



Over verboden bedingen in huwelijksche voorwaarden (194-198 B.W.)

<https://hdl.handle.net/1874/241907>

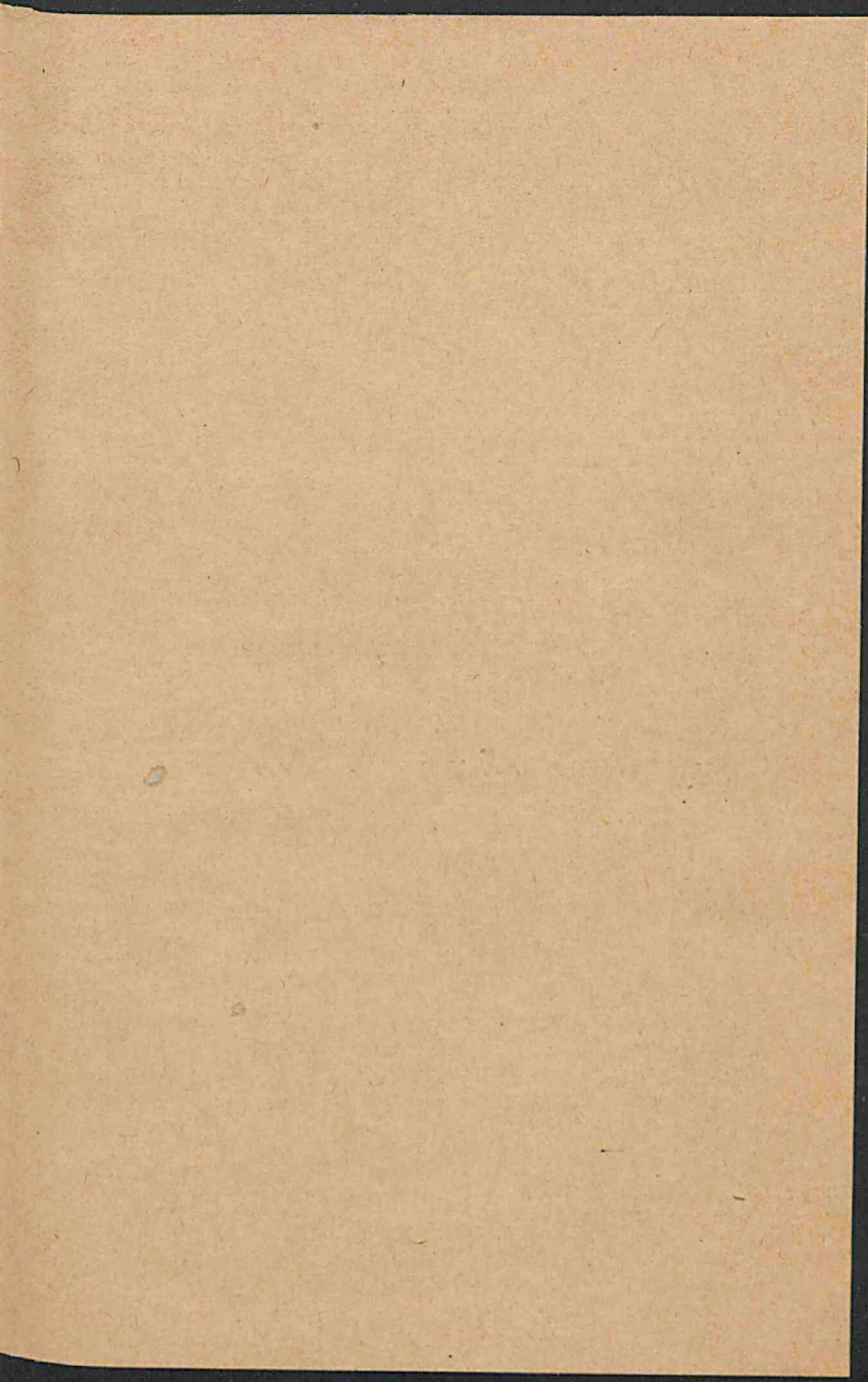
J. C. IMMINK.

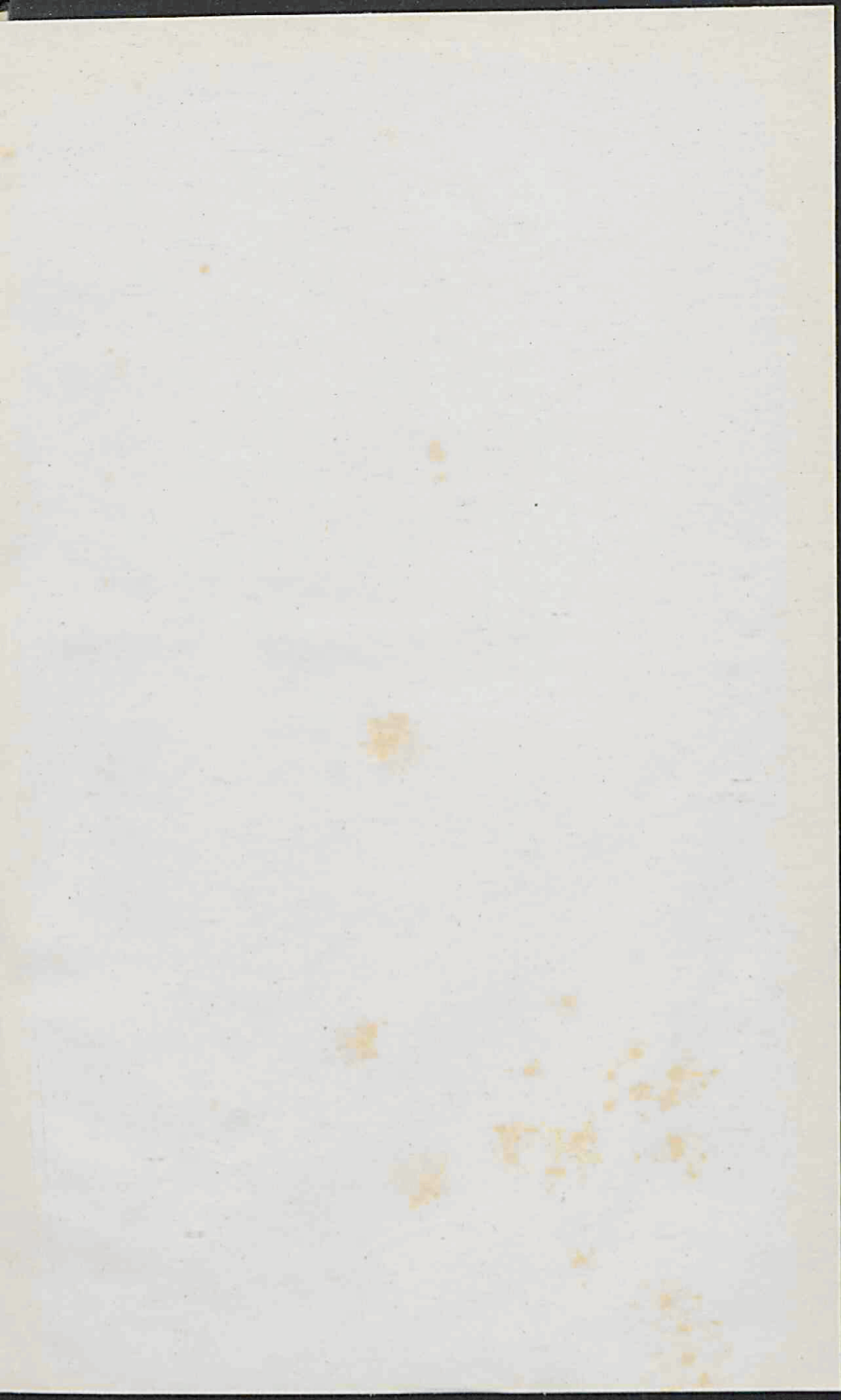
OVER VERBODEN BEDINGEN

IN

HUWELIJSCHÉ VOORWAARDEN.

(194—198 B. W.)





OVER VERBODEN BEDINGEN

IN

HUWELIJKSCHE VOORWAARDEN.

(194—198 B. W.)

STOOMDRUK VAN J. VAN BOEKHOVEN TE UTRECHT.

Dins 31 Oct 1882.

OVER

VERBODEN BEDINGEN IN HUWELIJSCHÉ VOORWAARDEN.

(194—198 B. W.)

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

D^r. J. J. P. VALETON, J^r.

Hoogleeraar in de Faculteit der Godgeleerdheid,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT,

EN OP VOORDRACHT DER

RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TE VERDEDIGEN

op DINSDAG 31 OCTOBER 1882, des namiddags ten 3 ure,

DOOR

JACOB CHRISTIAAN IMMINK,

geboren te IJSELSTEIN.



UTRECHT,

A. F. BLANCHE & C^o.

1882.

Aan mijnen Vader.

OVER
HETGEEN BIJ DE ARTIKELEN 194 TOT EN MET 198
VAN HET BURGERLIJK WETBOEK
VERBODEN IS
IN HUWELIJSCHEN VOORWAARDEN TE BEDINGEN.

Den inhoud der wetsbepalingen, die wij kortelijk wenschen toetelichten, zullen wij bij de behandeling van elk artikel afzonderlijk mededeelen en dan tevens voldoende gelegenheid hebben om te spreken over hetgeen te dezer zake vroeger hier te lande reeds is geweest. Reeds vooraf echter merken wij op dat de voor ons doel belangrijke beginselen uit het Rom. Recht en Oud-Vaderlandsche rechten meerendeels in het Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland, zijn opgenomen, hetwelk op den 1^{sten} Mei 1809 die oude rechten verving.

De voornaamste bepalingen uit dat Wetboek zijn voor ons doel, art. 7 der inleiding, luidende: „Alle „bedingen of overeenkomsten, welke strijdig zijn

„met de bepalingen der wetten die op de publieke „orde of goede zeden betrekking hebben, zijn kracht „teloos,” en wat ons onderwerp in het bijzonder betreft, art. 63, volgens hetwelk men bij huwelijksche voorwaarden al zoodanige bedingen kan maken als men goedvindt, mits zij noch met de wetten, noch met den aard des huwelijks strijdig zijn; terwijl in art. 71 eene meerdere vrijheid dan bij ons art. 197 wordt verleend.

Dit wetboek hield echter spoedig op van kracht te zijn door de inlijving van ons vaderland onder de heerschappij van den Franschen Keizer, ten gevolge waarvan op den 1^{sten} Januari en den 1^{sten} Maart 1811 de Fransche Wetboeken, voornamelijk de Code Civil, hier te lande in werking kwamen, terwijl deze in eenige Zuidelijke deelen van ons vaderland, die nimmer tot het Koninkrijk Holland behoorden, reeds vroeger wettig gezag verkregen en dit tot 1 Oct. 1838 behielden.

Behoort dit Wetboek tot eene der voornaamste bronnen van ons privaat Nederlandsch recht, in het bijzonder mag dit gezegd worden voor het onderwerp dat ons bezighoudt, daar bijna alle verbiedende bepalingen, vervat in de te behandelen arti-

kelen van ons Burgerl. Wetboek, in de artt. 1387 tot en met 1390 C. C. en vele andere elders in dit Wetboek worden teruggevonden. Zoo vinden wij de beperkende of verbiedende bepalingen, vervat in de artt. 170, 187, 202 en 1109 B. W., terug in de artt. 223, 1453, 1395, 1399, en 791 C. C. Over den oorsprong der artt. 1387—1390 C. C. verspreiden de Fransche schrijvers weinig licht, zelfs in de Conférence du Code Civil en in Locré „l'esprit du Code Napoléon,” wordt daarvan geen spoor gevonden.

Wij spreken het eerst over art. 194, luidende:
*„De aanstaande echtgenooten kunnen door huwelijksche
 „voorwaarden afwijken van de regelen opzichtelijk de
 „wettelijke gemeenschap vastgesteld, mits dezelve niet
 „met de goede zeden of met de openbare orde strijdig
 „zijn, en bovendien onder de navolgende bepalingen.”*
 en wel alleen over hetgeen hier wordt verboden, omdat dit het hoofdbeginsel bevat, waardoor de volgende door ons te behandelen artikelen, bijna alle, zoo niet alle worden beheerscht, en deze slechts strekken ter aanwijzing van de bedingen die de Wetgever in strijd achtte met de openbare orde of de goede zeden.

Ons art. 194 is een dier wetten, welke art. 14 der

Wet, houdende algemeene bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk, op het oog heeft. Evenals in het Wetboek Lodewijk Napoleon vindt men deze hoofdbepaling in de inleiding van den Code Civil; van daar dat in het W. L. N., bij de behandeling der huwelijksche voorwaarden, dat verbod niet werd herhaald en in den Code Civil, in art. 1387, alleen van de goede zeden gesproken wordt. ¹⁾

Wat verstaat men door *openbare orde* en *goede zeden*?

Wetten van openbare orde zijn die wetten, welke in het algemeen belang der ingezetenen ter handhaving eener geregelde orde in den Staat zijn vastgesteld.

Wij moeten daaronder allereerst de Staatwetten rangschikken, maar niet uitsluitend deze. Wanneer wij spreken van openbare orde bij onze burgerlijke handelingen, dan begrijpen wij daaronder die orde, welke wij zelfs door geene overeenkomsten kunnen verstoren; en zoo bedoelt ook de wetgever met wetten op de openbare orde, die regelen of voorschriften welke hij in het algemeen belang der maatschappij heeft vastgesteld en waarop geen inbreuk kan worden gemaakt, noch waarvan afstand

1) zie art. 7 W. L. N. en art. 6 C. C.

kan worden gedaan. Alle handelingen of overeenkomsten welke daarmede strijden, zouden zonder gevolg blijven, dus nietig zijn of als niet geschreven worden beschouwd, al ware die nietigheid niet voor eenig bijzonder beding uitgesproken.

Wettelijke voorschriften in het particulier belang van personen gegeven, waarvan deze afstand kunnen doen, zijn daarentegen geene voorschriften van openbare orde. „Personne”, zegt Locré d. I. bl. 224, „ne peut déroger au droit établi en faveur d'un autre”, omdat deze de openbare orde aangaan, doch ook: „chacun peut renoncer au droit établi en sa „faveur,” omdat deze slechts zijn bijzonder belang betreffen en daarbij alzoo geen algemeen belang, geene openbare orde betrokken is.

Zoo dikwijls het voorschriften geldt, bij welker opvolging de maatschappij belang heeft, hetzij ter verzekering van rust en veiligheid, ter verkrijging en handhaving van personeele of zakelijke rechten, moeten wij aannemen dat deze tot de openbare orde behooren, om het even of die voorschriften voor bijzondere gevallen in gebiedenden of verbiedenden vorm zijn gegeven of als algemeen geldende regelen in de Wet zijn beschreven. Wenscht men een voor-

beeld: de meeste bepalingen omtrent het houden der registers van den Burgerlijken Stand zijn in gebiedenden, die der naams- en voornaamsveranderingen in verbiedenden vorm gegeven, terwijl de Wet houdende algemeene bepalingen uitsluitend algemeene regelen bevat; doch alle behooren zij tot de openbare orde, die in de maatschappij moet worden gehandhaafd; alle zijn gegeven en vastgesteld in het algemeen belang.

Op zulke wetten mag geen inbreuk worden gemaakt, en evenmin kan van de rechten, die zij geven, afstand worden gedaan, al behoeven wij de rechten natuurlijk niet uit te oefenen. Indien b. v. iemand, volgens de wet op het kiesrecht, bevoegd is om als kiezer op te treden, staat het hem vrij om daarvan geen gebruik te maken; is hij bevoegd een huwelijk te sluiten, huwelijksche voorwaarden te maken, ook dan is hij allezins vrij om dit na te laten; maar het afstand doen van die rechten zou hem niet beletten om zelfs zonder uitdrukkelijke herroeping, dat recht toch uitte oefenen. Deze zijn alle rechten van openbare orde, die den staat en de bevoegdheid der personen betreffen en dus geene rechten in ons bijzonder belang gegeven, evenmin als die van voogd of curator te zijn, welke ons door

de Wet ten behoeve van derden zijn opgedragen en die wij (voorbehoudens de uitzonderingen) verplicht zijn te aanvaarden. Onder rechten, in ons bizonder belang gegeven, versta men alleen die zakelijke rechten, die ieders bizonder eigendom zijn en waarover hij vrije beschikking heeft, en die personeele rechten, die de Wet ons vrijheid laat al dan niet aan te nemen en waarvan wij met wettig gevolg afstand kunnen doen.

Dikwijls is het zeer moeielijk te bepalen wat tot de openbare orde behoort en meermalen wordt de rechter geroepen om daarover uitspraak te doen ¹⁾, doch nog moeielijker is het te bepalen wat *goede zeden* zijn, of welke voorwaarden daarmede strijden.

Goudsmit zegt daarvan in zijn Pandecten-systeem ²⁾: „Welke voorwaarden als onzedelijk zijn te beschouwen, vermocht zelfs een Papinianus niet dan in „een algemeenen term uit te drukken (L. 15, D. de „cond. inst. (28, 7)): Quae facta laedunt pietatem, „existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere

1) Zie Arr. H. R. 6 Maart 1872.

2) Zie d. I. bl. 147.

„nos quidem posse credendum est. L. 27. pr. D. eod.”
 Ook in den Code Civil en in ons vigeerend Burgerlijk Wetboek wordt daarvan geene algemeene omschrijving gevonden. Alleen in het Ontwerp van 1820 wordt in art. 1705 gezegd: „alle voorwaarden „die uit haat, spruitende uit verschil van godsdienstige gevoelens voortkomen, of iemand in de vrije „keuze van zijn godsdienst belemmeren, zijn verboden.” Dit ontwerp werd echter niet tot wet verheven, terwijl het wetboek Lodewijk Napoleon in artt. 677, 678 en 679 slechts drie gevallen omschrijft, die bij testament verboden of geoorloofd zijn. *Verboden* worden de voorwaarden:

- a. die uit godsdienstigen haat voortspruiten;
- b. die iemand in de vrije keuze zijner godsdienst belemmeren;
- c. waarbij men verplicht wordt ongetrouwd te blijven.

Als *geoorloofd*, niet met de goede zeden strijdende, worden daarentegen toegelaten de voorwaarden:

- a. mits hij met zekere persoon of personen niet trouwe;
- b. wanneer de eene echtgenoot den anderen echt-

genoot tot erfgenaam stelt of eenig voordeel maakt, zoolang hij weduwnaar of zij weduwe zal blijven.

Deze wetsbepalingen vinden gedeeltelijk haren oorsprong in het Romeinsche Recht. Goudsmit noemt ze in zijn bovenaangehaald werk ¹⁾, volgens wiens aanhalingen bovendien ook toenmaals voor onzedelijk werden gehouden:

1. de voorwaarde van niet of alleen naar de keus van een derde te trouwen. L. 22, L. 72 § 4. L. 79 § 4. D. de cond. (35. 1);
2. het beding van straf voor het geval van echtscheiding of omgekeerd. L. 2. C. de inut. stip. (8. 39). L. 5. C. de inst. et subst. (6. 25);
3. de beperking van vrijheid in het kiezen of verlaten van woonplaats. L. 71 § 2. D. de cond. (35. 1);
4. beperking van vrijheid in het maken van uiterste wilsbeschikkingen door middel van strafbedingen. L. 61. D. de V. O. (45. 1).
5. de oplegging van den eed om na te komen wat bij testament geboden was.

1) Pand. Syst. d. I. bl. 148¹⁾.

Van deze laatstgenoemde bedingen zouden wij thans enkelen meer in strijd met de openbare orde durven verklaren.

In ons oud-vaderlandsch recht schijnt men tusschen openbare orde en goede zeden niet nauwkeurig onderscheid gemaakt te hebben; vermoedelijk werd toen al wat tegen de openbare orde streed ook beschouwd als te strijden tegen de goede zeden, rede en billijkheid. Wij werden in dit gevoelen versterkt door hetgeen wij lezen bij Lijbrechts, in zijn redenerend vertoog over 't notaris-ampt, d. I, p. 80, alwaar worden aangehaald vele bedingen, die alleen daarom ongeoorloofd waren. Zoo werd o. a. het beding bij huwelijksche voorwaarde, dat eene vrouw de helft in de winst zoude genieten, zonder in de schade te deelen, strijdig geacht met de goede zeden, en de bekrachtiging daarom door den Hove geweigerd, Grotius, Liber 2, part. 12, en wordt slechts ééne sententie van den Hove van Holland van den 6^{den} Juni 1632 genoemd, waarbij wordt geoordeeld over een beding dat wij ook thans als in strijd met de goede zeden kunnen aanmerken, nl.: „dat in geval „zij elkander niet zouden kunnen verstaen, in wat „maniere alsdan hare goederen zouden verdeeld wor-

„den.” „Omdat dit zoude strijden tegen de liefde
 „en getrouwheid die man en vrouw elkander schul-
 „dig zijn en oorzake zoude kunnen geven tot onlusten
 „en oneenigheden en tot provisionele separatie.”

Het zoude ons te ver heen leiden, indien wij hier wilden onderzoeken wat te dezer zake door vele uitnemende fransche schrijvers is gezegd of wat de Fransche of Hollandsche jurisprudentie in bijzondere gevallen ons leeren.

In de commentaren op den Code Civil vinden wij geene algemeene omschrijving, geen vasten regel van hetgeen de wetgevers onder openbare orde of goede zeden verstonden, evenmin in de schrijvers. Zie o. a. Paillet, manuel du droit français, die zich bepaalt tot de aanhaling van onderscheidene rechterlijke uitspraken en tot het ontwikkelen van eenige bijzondere gevallen; en Marcadé, Zachariae en meer anderen, die ook het begrip van openbare orde of goede zeden niet omschrijven. De schrijvers over Nederlandsch Burgerlijk Recht zijn uitvoeriger. Zoo zegt de Pinto ad art. 14 A. B.: „Echter is het niet „mogelijk a priori bij eenen algemeenen regel vast „te stellen, welke handelingen en overeenkomsten „in de termen van dat artikel kunnen vallen.”

Evenzoo Prof. Diephuis, d. I, bl. 80 (1870) die, sprekende over art. 14 A. B., het volgende zegt: „Zij (de bepaling van art. 14) spreekt van wetten, „die op de publieke orde betrekking hebben, maar „kan bezwaarlijk gezegd worden daardoor een duidelijk kenmerk aangegeven, waarnaar zich met „zekerheid laat beoordeelen of eenige wetsbepaling, „al dan niet, in de termen van art. 14 valt, en „daarom boven alle afwijking door particuliere willekeur verheven is; het begrip van openbare orde, „door de Wet niet nader omschreven, is vooral niet „zoo bepaald, dat het een duidelijk en ondubbelzinnig „kenmerk oplevert voor de grens, die de daar bedoelde wetsbepaling van alle andere scheidt.” Wat hier alleen van openbare orde wordt gezegd is zeer zeker op goede zeden toepasselijk. Prof. Opzoomer (in zijne aantekeningen op de A. B. bl. 222), hoewel van oordeel dat het vrij duidelijk is wat men door wetten op de openbare orde moet verstaan, erkent toch, dat het niet altijd gemakkelijk zal zijn van eene wet uittemaken of zij tot die klasse behoort.

Uit al hetgeen wij hierboven zeiden en aanhaalden, komen wij tot het besluit, dat om te beoordeelen wat goede zeden zijn, wij dit evenzeer aan

de leer der moraal als aan die des rechts hebben te toetsen en zoowel op bizondere omstandigheden als op beginselen hebben te letten. Worden de regelen der moraal aan godsdienstige beginselen en die des rechts aan de wet ontleend, toch kan de laatste de eerste niet missen, hoezeer tusschen beide verschil van opvatting kan bestaan. Men denke slechts aan het verbod om een huwelijk te sluiten; dit zou, om het even of het uit overeenkomst of wel uit testament voortspuit, den toets des rechts niet kunnen doorstaan; en toch wordt die verbindtenis door de moraal niet algemeen afgekeurd. Zoo is b. v. de ongehuwde staat voor Priesters en kloosterlingen der R. C. Kerk verplichtend, niet alleen in ons vaderland, maar overal elders.

Bij de beoordeeling wat goede zeden zijn, zegt Goudsmit, zal veel afhangen van den maatschappelijken en oeconomischen toestand eens volks en de zedelijke begrippen, die op een bepaald tijdstip bij hen zijn doorgedrongen. Zoo b. v. zal in een Staat, waar door al te lichtvaardige huwelijken het pauperisme te zeer is toegenomen, niet elke beperking ten dien aanzien als onredelijk kunnen worden beschouwd, evenmin als in een anderen de voor-

waarde om op een bepaalde plaats te verblijven.

Een algemeene regel, voor hetgeen onder openbare orde of goede zeden moet begrepen worden, bestaat dus niet. De wettelijke grens tusschen goede en slechte zeden is nergens bepaald; toch is zeer zeker alles wat in strijd is met de goede zeden, ook in strijd met de openbare orde ¹⁾, maar geenszins omgekeerd. Alle strafwetten strekken tot handhaving der openbare orde, maar daarom zijn alle overtredingen, waarop straf is bedreigd, niet in strijd met de goede zeden; de vergissingen van openbare ambtenaren, die met boete gestraft worden, krenken de goede zeden niet.

Dikwerf zal er dus strijd bestaan of door onze handelingen of overeenkomsten de openbare orde of de goede zeden zijn verstoord, en de rechter geroepen worden in vele bijzondere gevallen te beslissen. Niet alleen de Wet, maar ook de geest des tijds zal daarop invloed uitoefenen.

Maar art. 194 verbiedt niet alleen iets te bedingen bij huwelijksche voorwaarden, dat strijdt tegen de goede zeden en de openbare orde, maar ook

1) Zie aant. bij Opzoomer A. B. bl. 233 en Locre d, I p. 234.

alles wat strijden zou tegen den inhoud der daarop volgende artikelen 195, 196, 197, 198; althans wij vermoeden dat de Wetgever in het bijzonder deze bedoelde, toen hij ten slotte van art. 194 vaststelde, „en bovendien onder de navolgende bepalingen,” vermits de onmiddelijk daarop volgende artt. geen verbod inhouden.

Bij de ontwikkeling dier artikelen, voor zoover zij eenig verbod behelzen, zal voldoende blijken dat de daarin vervatte voorschriften bijna alle tot de openbare orde betrekking hebben.

Volgens art. 195 vermag men bij huwelijksche voorwaarden „niet afwijken van de rechten, welke „uit de macht van den man, als zoodanig, en uit de „vaderlijke macht voortspruiten, noch van de rechten „welke de wet aan de betrekking van langstlevenden „echtgenoot heeft verbonden.

„Zij kunnen insgelijks niet afwijken van de rechten „welke aan den man, als het hoofd der echtver- „bindenis, toekomen.”

Blijkbaar is dit artikel uit art. 1388 C. C. overgenomen. De uitzonderingen toch, in ons artikel voorkomende, betreffen alleen de goederen en derzelve beheer en bevestigen wat de Consul Tronchet

bij de discussie over art. 1388 C. C. zeide ¹⁾: „Qu'il „faut distinguer — les règles qui tiennent à l'ordre „public, de celles qui ne se rapportent qu'aux intérêts „pécuniaires des époux. La liberté de les changer „ne doit exister que pour ces dernières; mais les „règles qui concernent l'ordre public doivent demeurer „invariables, etc.”

In ons Oud-Vaderlandsch recht heerschte dezelfde geest. Ook destijds zouden dergelijke bepalingen ongeoorloofd zijn geweest. Die omtrent de voogdij van den man, in het W. L. N. art. 147 en vlgd., bevestigen dit; de regelen aldaar geschreven, zijn toch uit het Oud-Vaderl. en Rom. Recht gesproten. Maar laat ons zien wat eigenlijk in art. 195 verboden wordt.

Eerstelijk wordt verboden aftewijken van de rechten welke uit de macht van den man, als zoodanig, voortspruiten, d. i. van de rechten die hem in het algemeen belang als echtgenoot op den *persoon der vrouw* toekomen en ons in den 6^{den} titel van het B. W. zijn opgeteekend, voornamelijk in art. 161: „de vrouw is aan haren man gehoorzaamheid ver-

1) Conf. Tome 5, p. 215.

„schuldigd. Zij is verplicht met den man zamen te wonen en hem overal te volgen waar hij dienstig oordeelt zijn verblijf te houden.” Hier is alleen sprake van de personeele, geenzins van de reële rechten van den man, en deze bepaling behoort zeer zeker ter bevordering van de openbare orde in de maatschappij, maar ook evenzeker tot die voorschriften, welke alleen door de wederkeerige geneenheid der echtelieden kunnen worden gehandhaafd. Door geene rechtsmiddelen is de vrouw tot de erkenning dier macht van den man te dwingen; elke veroordeeling tot gehoorzaamheid of bijwoning zal onuitgevoerd blijven of slechts tijdelijk werken; elk dwangmiddel ontbreekt en zou ook bij toepassing niets dan schade aanbrengen. Maar toch heeft die bepaling recht van bestaan en kan ze nuttig werken. Elk beding toch, dat de aanstaande echtgenooten in strijd hiermede bij hunne huwelijksche voorwaarden willen maken, zal hun door hunnen raadsman, als nietig zijnde, worden ontraden, en de notaris, als in strijd met art. 6, alinea 1 v. d. Wet op het Notaris-ambt, weigeren optenemen het beding: dat de vrouw gedurende hun huwelijk de plaats der gemeenschappelijke woning zal kunnen bepalen; dat

de man buiten hare toestemming niet van woonplaats zal mogen veranderen; of dat zij niet verplicht zal zijn ten alle tijde met den man samentewonen, en zij die woning, zoo dikwerf als zij goedvindt, zal kunnen verlaten; enz. Nu weten zij vóór de voltrekking van hun huwelijk wat zij niet mogen bedingen, wat niet mag gebeuren, en dit kan misschien nuttig werken om de vrouw voor dergelijke dwaasheden te behoeden.

Dit is echter, voor zooveel wij kunnen nagaan, het eenige nut dat dit verbod uitwerkt; zoo staande huwelijk het gebod tot samenwoning wordt overtreden en daardoor de maritale macht geschonden, moge de man een vonnis kunnen verkrijgen, waarbij zijne vrouw tot bijwoning veroordeeld wordt, maar eene dadelijke herhaling kan hij niet verhinderen, geen lijfswang kan hij bedingen ¹⁾ of doen toepassen; alleen dan wanneer dat niet samenwonen in kwaadwillig verlaten ontaardt, zal hij echtscheiding of scheiding van tafel en bed kunnen vorderen ²⁾, maar daarmee zal ook zijn maritale macht eindigen.

Vervolgens wordt bij art. 195 verboden: *afte wij-*

1) art. 588 B. Rv.

2) art. 264 en 288 B. W.

*ken van de rechten die uit de vaderlijke macht voort-
spruiten*, d. i. niet alleen van de macht die aan den
vader over de personen en goederen zijner kinderen
in den 15^{den} Titel v. h. 1^{ste} boek van het B. W.
is verleend en waaraan wij meenen art. 401 B. W.
te mogen toevoegen, maar evenzeer van de macht
bij dien titel en in art. 552 B. W. aan de moeder
toegekend, indien de vader staande huwelijk afwe-
zig of anderszins buiten de mogelijkheid is om die
macht uitte oefenen. Deze rechten gaan zelfs door
geene echtscheiding of scheiding van tafel en bed
geheel verloren ¹⁾. Al deze bepalingen kunnen ter
handhaving der openbare orde en ter bevordering
der goede zeden niet worden gemist. De goede
opvoeding der kinderen is niet alleen in hun, maar
ook in het algemeen belang der maatschappij; en is
dit ten aanzien van den *persoon* des kinds waarheid,
evenzeer heeft de openbare orde belang dat er een-
heid zij in het beheer van de *goederen* dier minder-
jarigen, en de maatschappij, dat zij wete met wien
en hoe zij handelen kan en dat er wettige bewijs-

1) art. 285, 301 en 372 B. W.

middelen kunnen worden verkregen van geoorloofde overeenkomsten.

Niet altijd is het zeker wat onder die vaderlijke macht hier moet verstaan worden; zoo zouden wij b. v. bij de artt. 375 en vlg., die ook in den titel, handelende over de vaderlijke macht, geschreven staan, kunnen vragen of bedingen daarmede in strijd, ook bij ons art. 195 zijn verboden, ware het niet dat wij van oordeel zijn dat de wederkeerige verplichtingen, bij die artt. opgelegd, tot de openbare orde behooren en de wetgever die bizonder handhaaft in art. 384 luidende: „alle overeenkomsten, waarbij „zoude worden afgezien van het recht om onder„houd te genieten, zijn nietig en van onwaarde.” Om dezelfde reden achten wij een beding, strijdende met het recht der ouders om toetestemmen in het huwelijk hunner kinderen, van onwaarde, hoewel dat recht niet voortspuit uit de vaderlijke macht, hoe nauw het daaraan ook verwant is. De vaderlijke macht eindigt zoodra het kind meerderjarig wordt, het recht om toetestemmen in het huwelijk, blijft ook na dien tijd nog geruimen tijd bestaan; de eerste is personeel en eindigt met den dood van vader of moeder, het laatste recht gaat naar beider overlijden,

gedurende de minderjarigheid van het kind, op de grootouders ¹⁾, en eerst bij hunne ontstentenis op de voogden over.

Wij vertrouwen hiermede over deze zaak in verband met ons doel genoeg gezegd te hebben en wezen alleen op de laatste vraag, omdat ons art. 195 *algemeen* spreekt van de vaderlijke macht, en er tusschen de rechtsgeleerden verschil bestaat wat tot die macht behoort ²⁾. Art. 1388 C. C. beperkte het verbod tot bedingen strijdende met de rechten „conférés au *survivant* des époux par *le titre paternelle*,” waardoor dit verschil destijds niet bestond. Thans is niet alleen het beding verboden dat de moeder, na het overlijden van den vader, de vaderlijke macht niet zal mogen uitoefenen en dat zij bij huwelijksche voorwaarden van dat recht afstand doe, maar even krachteloos zou een beding zijn, waardoor haar staande huwelijk die macht werd onthouden, wanneer de vader daartoe buiten de mogelijkheid of afwezend was, zonder orde op zijne zaken gesteld te hebben ³⁾.

1) Zie Opzoomer, het Burg. Wetb. verklaard d. 2, bl. 232 (1869) en Marcadé, t. a. p., II 140.

2) Opzoomer d. 2 bl. 222 en v. en 232 en v.

3) art. 355 en 552 B. W. Wij willen hiermede geenzins beweeren dat

Dikwijls staan de voogdij en de vaderlijke macht met elkander in nauw verband en zijn of kunnen daaruit moeilijkheden ontstaan; deze behooren echter niet tot ons onderwerp en wij gaan daarom over tot het beschouwen van het verbod, om bij huwelijksche voorwaarden aftewijken van de *rechten, welke de wet aan de betrekking van langstlevenden echtgenoot heeft verbonden.*

Die rechten zijn vele in getal; men denke slechts aan die, welke aan de vrouw na het overlijden van haren man zijn toegekend in onderscheidene artikelen van ons B. W., zooals in art. 11, waarbij aan de weduwe van een vreemdeling de hoedanigheid van Nederlandsche vrouw, na inachtneming van eenige formaliteiten, wordt teruggegeven; aan artt. 92 en 101, waarbij zij wordt geroepen tot het geven van toestemming in het huwelijk harer kinderen en aan art. 116, waarin het recht tot stuiting van dat huwelijk in vele gevallen aan haar wordt verleend; aan art. 187, waarbij haar recht wordt gegeven om van de gemeenschap afstand te doen, en aan art.

men tijdens het bestaan van den C. C. hier te lande, bedingen konde maken in strijd met de artt. 148 C. C. en vlgd., alleen omdat dit in den titel van het huwelijk staat en niet in dien van de vaderlijke macht.

221, waarin haar ook, als weduwe, bewijsmiddelen worden toegestaan, die den man worden onthouden; men denke voorts aan de bepalingen in den titel der vaderlijke macht, om van andere rechten te zwijgen. Ofschoon de wetgever, door zijn voorschrift, dat van bovenstaande rechten niet mag worden afgeweken, in het algemeen spreekt, heeft hij toch vermoedelijk meer bedoeld die rechten, welke aan den langstlevenden echtgenoot, in den titel der voogdij, zijn verleend. De man heeft als weduwnaar geene meerdere rechten, dan hij staande huwelijk bezat; deze worden zelfs daardoor minder en zijne verplichtingen uitgebreider. Maar ook die verplichtingen, voor zooveel die uit de maritale of vaderlijke macht voortspruiten, of aan de betrekking van langstlevenden echtgenoot zijn verbonden, mag men bij huwelijksche voorwaarden niet uitbreiden of inkorten, noch daarvan op eenigerlei wijze afwijken, zelfs niet al zijn die rechten of verplichtingen zoowel voor den langstlevenden man als voor de vrouw geschreven ¹⁾.

Zoo wij nagaan welke rechten aan den langst-

1) Zie artt. 182, 366, 370, 390 B. W. enz.

levende der ouders in den titel der voogdij zijn verleend, dan vinden wij:

- a. dat de voogdij der minderjarige kinderen aan den langstlevende van rechtswege behoort ¹⁾;
- b. dat dit recht, als de vrouw de langstlevende is, voor haar kan worden beperkt door den man, die haar een raadsman kan toevoegen ²⁾;
- c. dat de moeder niet verplicht is de voogdij aan te nemen en door hertrouwen dat recht kan verliezen, evenzeer als zij, krachtens de bepaling in den titel der vaderlijke macht, door het aangaan van een tweede huwelijk, het vruchtgenot van de goederen harer kinderen verliest ³⁾;
- d. dat zij die verloren voogdij kan terug bekomen en ook het verliezen der voogdij, door inachtneming van voorgeschreven formaliteiten, kan voorkomen:
- e. dat zij bij ontbinding van het tweede huwelijk in de voogdij terugtreedt ⁴⁾;

1) Art. 400 B. W.

2) Art. 401 B. W.

3) Art. 404, 405, 371 B. W.

4) art 406 B. W.

- f. dat de langstlevende der ouders het recht heeft om een voogd over zijne minderjarige kinderen te benoemen, ten ware hij dit recht, door het niet opvolgen van wettelijke voorschriften, mocht hebben verloren ¹⁾;
- g. dat deze in zijn beheer als voogd of voogdesse aan minder formaliteiten en plichten is verbonden dan een door hem of door den kanton-rechter benoemden voogd ²⁾.

Van geene dezer rechten zou bij eenige overeenkomst kunnen worden afgeweken; die afwijking zou nietig zijn, omdat ze zou strijden met de openbare orde; hoeveel te meer nu dit bij ons art. 195 uitdrukkelijk verboden is.

Nu moge prof. Diephuis het twijfelachtig noemen of het recht der moeder, om de voogdij te weigeren of te aanvaarden, wel tot de openbare orde behoort ³⁾, wij deelen dien twijfel niet, omdat zelfs zonder het verbod in art. 195, zij onbevoegd zou zijn om staande huwelijk, zelfs met toestemming van den man, van

1) artt. 409, 411 B. W.

2) artt. 429, 446, 448, 466 B. W.

3) Diephuis d. 4, bl. 314.

dat recht afstand te doen of eenige voorloopige overeenkomst te treffen, waarbij dit haar recht, indien zij weduwe werd, zou worden gewijzigd; de regel dat hetgeen niet verboden is als geoorloofd moet worden beschouwd, kan hier niet worden toegepast; de hoofdzaak is hier, niet het recht van keuze, maar het belang van het kind. Als de vader verzuimde aan de zwakke moeder eenen raadsman toevoegen, en zij zich onbekwaam acht de voogdij uitte oefenen, dan geeft de wet haar nog vrijheid om die voogdij, uit liefde tot haar kind, aan eenen derde over te laten. Het is een recht dat de Wetgever in het algemeen belang der maatschappij vaststelde, een recht ten bate van een ander, van het kind, gegeven. Dit recht der moeder geldt dus mede de openbare orde. Wij worden hierin te meer bevestigd door hetgeen wij lezen bij de Pinto, 4^e druk, 2^e ged., bl. 30 en vooral bij Voorduin d. 2, bl. 361. Toen toch tijdens de beraadslagingen over dit art. 195, door de afdeelingen der Tweede Kamer werd gevraagd:

„Welke is de reden, dat de echtgenooten bij hunne „huwelijksche voorwaarden niet mogen afwijken van „de rechten, welke bij de Wet aan den langstleven-

„den der echtgenooten zijn toegekend?” werd daarop door de Regeering geantwoord:

„De oorzaak dier verbiedende bepaling is daarin „gelegen, dat de rechten, welke de Wet aan den „langstlevenden der echtgenooten toekent, tot de „publieke orde behooren en ook derden, b. v. kin- „deren uit het huwelijk geboren, kunnen betreffen; „zulks het aan de echtgenooten niet behoort vrijte- „staan, om van die rechten aftezien.”

Reeds vroeger wezen wij er op dat er moeilijkheden kunnen rijzen, hoever de vaderlijke macht zich uitstrekt indien een der ouders overleden is of ook de langstlevende de voogdij niet heeft aanvaard of verloren. Prof. Opzoomer toont dit aan (d. 2 bl. 226 en vlgd.) en geeft daarbij zeer gewichtige wenken, die echter thans voor ons onderwerp van geen belang zijn, omdat in ons art. 195 hetzelfde verbod bestaat voor beide gevallen.

Eindelijk zegt art. 195: *„Zij kunnen insgelijks „niet afwijken van de rechten, welke aan den man, „als het hoofd der echtverbintenis, toekomen.”*

Wij hebben hier te doen met de rechten, die door de wet aan den man zijn toegekend op de *goederen der vrouw*, in het bijzonder beschreven in de arti-

kelen 160, 163, 165 en 179 B. W. Ze staan in nauw verband met de rechten van den man als zoodanig en zijn soms moeilijk daarvan te onderscheiden. Is hij volgens art. 162, 2e lid, verplicht haar persoon te beschermen, dan moet hij ook in rechten voor haar kunnen optreden en haar bijstand verleenen in alle zaken die haar belang betreffen. Omdat hij man is, bezit hij beide bevoegdheden; eene spruit uit de andere voort en er zou geene schade uit ontstaan indien wij die afscheiding niet in de wet vonden en art 160 alleen sprak *van den man* en niet *van den man als hoofd der Echtvereeniging*.

Voor zooveel ons bekend is, wordt die titel aan den man ook nergens elders dan bij de artt. 160 en 195 in de wet gegeven. Die benaming heeft ook iets stuitends voor de vrouw en zal dan ook zeker zeer zelden in een huwelijksche voorwaarde voorkomen.

Nog stuitender was de titel van voogd in het Oud-Vaderlandsche recht. Hugo de Groot zegt daarvan in zijne Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid B. I, D. 5: „Dit het huwelick dan, „zooals gezeit is, wettelick zijnde aangheghaen, „werd de vrouw ghehouden voor onmondig en de

„man werd genoemd man ende voogd ofte kerck-
 „voogd van de vrouw.” En van Leeuwen, IV boek,
 deel XXIV n^o. 4: „De vrouw werd in het Oud-
 Vaderl. recht voor onmondig gerekend en stond
 onder voogdij van haar man.” Deze voogdij was
 in het W. L. N. gehandhaafd ¹⁾, terwijl de Code
 Civil, evenals onze wet, sprak van „droits qui ap-
 partiennent au mari comme chef” ²⁾. Doch laat ons
 zien welke bedingen bij huwelijksche voorwaarde
 strijden zouden met het laatste verbod in art. 195.

Wij hebben daartoe slechts naar de aangehaalde
 artikelen te verwijzen, die alle in het belang der
 openbare orde geschreven zijn. Zoo is het dan
 verboden te bedingen dat de vrouw zonder bijstand
 van haren man: *a.* in rechten zal kunnen verschi-
 nen; *b.* in strafzaken dien bijstand zal behoeven;
c. zonder rechterlijke machtiging een eisch tot echt-
 scheiding zal mogen instellen tegen den man; *d.* de
 goederen der gemeenschap zal besturen; *e.* zonder
 dien bijstand in de acte of zonder schriftelijke toe-
 stemming van den man, iets zal mogen geven,

1) Art. 147 W. L. N.

2) art. 1388 C. C.

vervreemden, verpanden of verkrijgen. De rechten van den man, als het hoofd der echtvereeniging, mogen echter niet worden ingekort, noch uitgebreid, verder dan de wet uitdrukkelijk toelaat.

Dat de rechter geene inkorting van dat recht heeft gewild, volgt duidelijk uit het 2^{de} lid van art. 163, alwaar wordt gezegd, dat indien de man zijne vrouw heeft gemachtigd om zekere acte of verbintenis aantegaan, zij daardoor niet gerechtigd is om zonder uitdrukkelijke toestemming van den man, eenige betaling te ontvangen of daarvoor kwijting te geven, en uit de bepaling van art. 170, volgens welke eene algemeene machtiging, zelfs bij huwelijksche voorwaarden, niet verder geldig is, dan met betrekking tot het beheer van de goederen der vrouw. Wil de man een gedeelte zijner rechten door de vrouw doen uitoefenen, dan is daartoe eene bijzondere volmacht noodig, die de man staande huwelijk geeft ¹⁾ als hij in het bezit zijner rechten is, waarbij hij dan duidelijk uitspreekt wat hij wil dat zij doen mag; verder mag zij niet gaan.

1) art. 1850 B. W.

Het geven eener volmacht bij huwelijksche voorwaarde is ons niet duidelijk; veeleer gelooven wij dat hier gedacht moet worden aan het reserveeren van rechten ten haren behoeve, of aan uitdrukkelijke bedingen; maar ook deze zullen zich dan niet verder mogen uitstrekken dan tot het beheer. Eene volmacht, daartoe bij huwelijksche voorwaarde gegeven, is ja onherroepelijk, omdat huwelijksche voorwaarden, staande huwelijk, niet veranderd mogen worden ¹⁾; maar zal de vrouw immer volmacht vragen voor iets wat zij bedingen kan? Wij gelooven het niet.

Is er geene andere beperking geoorloofd, dan die uit de wet zelf voortvloeit, en die wij lezen in art. 160 alinea 3 en art. 179 al. 3 en 4, in de titels over scheiding van goederen en van tafel en bed en ook in ons art. 195, het recht van den man mag ook niet worden uitgebreid door beperking van de personeele rechten der vrouw. In alle zaken, waarin de wet niet uitdrukkelijk het recht van bijstand door den man vordert, is de vrouw bevoegd zonder dien bijstand te handelen en elk beding in een huwelijksche voorwaarde zoude nietig zijn, waarbij

1) Art. 204 B. W.

aan de vrouw het recht werd benomen om zonder bewilliging van den man: *a.* uiterste wilsbeschikgen te maken; *b.* de hypotheek, die zij bedongen heeft, te doen inschrijven of ter verkrijging dier bedongen hypotheek eene rechtsvordering intestellen; *c.* als gemachtigde voor eenen derde op te treden, of *d.* haar verboden werd, om bij weigering van den man om haar te machtigen, de tusschenkomst van den rechter te vragen. Door al deze bedingen zou de man rechten verkrijgen, die de wet uitdrukkelijk aan de vrouw geeft en ten hare behoefte als het ware voorbehoudt.

Wij merken verder op dat bij art 163 alleen sprake is van *zakelijke rechten*; de personeele rechten van de vrouw zijn door dat artikel geenszins ingekort, b. v. niet het recht om staande huwelijk, zonder bewilliging van den man, toetestemmen in het huwelijk van haar kind, zelfs uit beider huwelijk geboren, hoeveel te meer dan in dat van haar kind in eerder huwelijk of buiten echt verwekt, en evenmin het recht om een natuurlijk kind te erkennen. Bedingen, waardoor deze rechten worden belemmerd, zouden evenzeer de rechten van den man uitbreiden als die der vrouw verkorten, en daardoor

zou gezondigd worden tegen de openbare orde.

Alle deze rechten moeten alzoo *stricto jure* worden opgevat.

Misschien rijst hier de bedenking of door de uitbreiding of inkorting der rechten van den man, de openbare orde wel wordt geschonden, omdat de man als hoofd der echtverbintenis slechts invloed uitoefent op de *goederen* of de *zakelijke rechten*, die door het huwelijk ontstaan.

De goederen zijn als bizonder eigendom der echtgenooten zeer zeker ter hunner vrije beschikking; de maatschappij heeft er geen belang bij of die goederen in of buiten gemeenschap worden gehouden (zij kan daarvan kennis nemen ¹⁾), noch of zij worden verkocht, verruild of in natura bewaard; dit zal geen stoornis in de openbare orde teweegbrengen; maar wel zou het dit kunnen doen, indien er onzekerheid kon bestaan over het recht dat door de wet aan den persoon des mans, als hoofd der echtverbintenis, is gegeven. De maatschappij heeft er behoefte aan dat de vrouw in gewichtige hande-

1) Art. 207 B. W.

lingen worde gesteund en wete hoe en met wien men wettig handelen kan, opdat de eigendom niet onzeker worde.

De uitzonderingen, die ons in art. 195 zijn vermeld, bevestigen dit. De wetgever heeft het noodig geoordeeld door eene uitdrukkelijke wetsbepaling, ter aanmoediging der huwelijksverbindtenissen, de daarbij aan de vrouw gegeven rechten, aan den man, als hoofd der echtvereeniging, te onttrekken, maar vordert daartoe een uitdrukkelijk beding. Hij (de man) bestuurt de goederen aan de vrouw persoonlijk toebehoorende, *ten zij het tegendeel zij bedongen* zegt art. 160. Al die uitzonderingen betreffen echter slechts het *beheer*, geenszins den *eigendom* der goederen, art. 163 belet de vrije beschikking daarover zonder bijstand van den man.

Het recht der vrouw, om voor zich te bedingen het beheer der goederen, is van oud vaderlandschen oorsprong. De Groot, *Inl. B. I. d. 5*, leert reeds dat bij „voorwaerden, ghemaect voor bande des huwelicks, „kan een vrouw bedingen dat den man gheen bewint „zal hebben van hare goederen ende hem oversulcks „iet trachtende te vervremden ofte te belasten, sulcs „rechtelick verbieden.” Ook in het *W. L. N. artt.*

74 en 151 was dit recht voor de vrouw bewaard, terwijl ook tijdens het gelden van het Fransche recht hier te lande, de in art. 195 gemaakte uitzonderingen bestonden en terug worden gevonden in artt. 1536 tot en met 1539 C. C. Vermits die uitzonderingen op zich zelf geene verbodsbepalingen bevatten, merken wij daaromtrent alleen op, dat hare vermelding in ons artikel, geene andere beperkende bedingen omtrent het beheer uitsluiten; wij zien zelfs geen reden waarom het aan de vrouw b. v. ongeoorloofd zou zijn te bedingen, dat hare buiten gemeenschap gehouden goederen, gedurende het huwelijk, onder de bewaring van een derde zullen blijven, deze dezelve beheeren zal en de vruchten aan den man of aan de vrouw uitkeeren, indien deze laatste namelijk een beperkt of volkomen genot harer inkomsten heeft bedongen. Ook in het Oud-Hollandsch Recht was dit geoorloofd ¹⁾.

Maar sluit de uitzondering in ons artikel, omtrent het beheer van de goederen der vrouw, die buiten

1) Zie Lijbrechts, deel I, bl. 97: „Zij kan ook bedingen hare goederen „buiten de Bijwoning te houden, zonder verplicht te zijn dezelve intebrengeu, „maar te mogen laten tot hare verzekering onder een derde persoon. Holl C. 3 deel Cons. 203.”

de gemeenschap blijven, geene andere beperkende bedingen te dien aanzien uit, (omdat de wet daartoe in art. 160, alinea 3 volkomen vrijheid geeft), dan begrijpen wij niet waartoe die uitzondering, dat voorbehoud hier is gemaakt. Even weinig grond bestaat voor de vermelding van hetgeen wij als eene uitzondering in het laatste lid van art. 195 lezen: „Het staat hun ook vrij te bedingen, dat „niettegenstaande de invoering der wettelijke gemeenschap, de onroerende goederen, de inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld en „de andere effecten en inschulden, ten name der „vrouw staande en door haar aangebracht, of die „staande huwelijk van hare zijde in de gemeenschap „mochten vallen, buiten hare medewerking niet „door haren echtgenoot zullen mogen worden vervreemd ¹⁾ of bezwaard,” omdat het zelfs volkomen geoorloofd is, al die goederen geheel van de gemeenschap uit te sluiten en zij dan evenmin zonder medewerking der vrouw kunnen vervreemd of bezwaard worden. Dit is eene allezins geoorloofde afwijking van de regelen omtrent de wettelijke ge-

1) In de wet van 16 Juni 1832 Stbl. No. 31 staat VERKOCHT.

meenschap vastgesteld. Kan men nu dit meerdere doen, waarom zou dan het mindere verboden zijn? Wilde de wetgever het ter verduidelijking vermelden, dan had het in art. 179 eene plaats moeten vinden.

Na overweging van dit een en ander komen wij tot het besluit, dat al de verbodsbepalingen, evenzeer als de daarop gemaakte uitzonderingen, in ons art. 195 konden gemist worden en dat zij daarom niettemin zouden bestaan. Maar nu ze eenmaal in ons art. 195 geplaatst zijn, willen wij ze ter verduidelijking gaarne behouden, omdat niettegenstaande haar bestaan er nog dikwijls twijfel ontstaat, wat al of niet is verboden en haar bestaan ons nu het oordeel van velen doet kennen. Zoo werd de H. Raad nog onlangs geroepen om in een verschil over belastingheffing uitspraak te doen over de wettigheid van het beding bij huwelijksche voorwaarde, waarbij bedongen werd, dat er algeheele gemeenschap van goederen zou bestaan, onder voorwaarde, dat zoo de man de eerststervende was, eenige goederen door de vrouw aangebracht, van de gemeenschap zouden zijn uitgesloten, en dat, kwam de vrouw te overlijden vóór haren man, dan

eenige door hem aangebrachte goederen evenzeer zijn bizonder eigendom zouden blijven. Bij die uitspraak werd dat beding gehandhaafd, omdat het bevat eene voorwaardelijke verbindtenis en wel een onder ontbindende voorwaarde ¹⁾.

Nu moge deze beslissing tot ons onderwerp in geen rechtstreeksch verband staan, toch is ze te opmerkelijk om ze hier voorbij te gaan, omdat ze aanleiding kan geven tot de vraag of het bestendigen dier leer wenschelijk is, volgens welke het eigendomsrecht gedurende het huwelijk onzeker blijft.

Hetzelfde geval bestaat bij het algemeen als geoorloofd gehouden beding, waarbij de gemeenschap van winst en verlies wordt bedongen, indien er geene kinderen, en algeheele gemeenschap, indien er kinderen uit het huwelijk geboren, bij derzelver ontbinding, aanwezig zijn. Dan is er eene geoorloofde verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde. Maar in beide gevallen is de eigendom tijdelijk onzeker en wordt de bepaling in art. 202, dat de huwelijksche voorwaarden beginnen te werken van het oogenblik der voltrekking des huwelijks, en dat

1) Arr. H. R. 7 Jan. 1881.

geen ander tijdstip daarvoor mag worden bepaald, van luttel belang. Een verbodsbepaling van zulke bedingen, is voor derden wenschelijk, of wel eene bepaling, dat er gedurende de onzekerheid ten opzichte van derden, algeheele gemeenschap zal bestaan. Art. 208 al. 1 kan hier geene hulp verleen.

Wij meenen over art. 195, in verband tot hare verbodsbepalingen genoeg gezegd te hebben. Zien wij nu wat art. 196 bepaalt.

Volgens dit art. is *het aan de aanstaande echtgenooten verboden bij huwelijksche voorwaarden afstand te doen van hetgeen hun de wet in de nalatenschap hunner afkomelingen toekent, of de nalatenschap dier afkomelingen te regelen.*

Het was oudtijds in Holland geoorloofd, dat de ouders van aanstaande echtgenooten bij de huwelijksche voorwaarden hunner kinderen, afstand deden van de legitieme portie, welke hun op de nalatenschap van hun kind zoude toekomen, indien dit zonder afkomelingen mocht overlijden. Ook in het W. L. N. ¹⁾ wordt die afstand uitdrukkelijk toegelaten en mede in Frankrijk was hij oudtijds geoor-

1) art. 84 W. L. N.

loofd. ¹⁾ De Code Civil heeft hem afgeschaft ²⁾ en die afschaffing is bij ons art. 196, in verband met art. 1370, gehandhaafd, ten gevolge van het beginsel in de beide laatsbedoelde wetboeken aangenomen, dat men geen afstand kan doen van eene nalatenschap welke nog niet is opengevallen, noch over zoodanige nalatenschap eenig beding aangaan. ³⁾

Wij gelooven dat het verbod van art. 196 geheel ligt opgesloten in art. 1370 B. W. en dat wij dus eerstgenoemd artikel zouden kunnen missen; alleen de groote vrijheid die bij huwelijksche voorwaarden aan de contracteerende partijen wordt gegeven, evenzeer als het vroeger hier te lande bestaande recht, gaf tot haar opname aanleiding. Er wordt dan in art. 196 en 1109 niets meer of anders geleerd, dan hetgeen wij in het 2^{de} lid van art. 1370 aantreffen of daaruit volgt. Heeft art. 1370 B. W. zijn ontstaan voornamelijk te danken aan het belang der moraliteit en strekt het vooral tot handhaving van goede zeden, bij ons art. schijnt meer gelet op de openbare orde in de maatschappij, waarin het

1) Massé d. 3 bl. 103

2) art. 1389 C. C.

3) artt. 791, 1130 C. C. 1109 en 1370 B. W.

ongeeoorloofd moet zijn afstand te doen van rechten die men nog niet bezit ¹⁾ of te beschikken over rechten van derden, die zelf nog niet bestaan; door welk laatste vooral inbreuk zou worden gemaakt op de rechten van den erflater en op die der erfopvolging, zooals die door de wet zijn geregeld en waarvan niet bij huwelijksche voorwaarde, maar alleen bij testament kan worden afgeweken.

Trouwens veel practisch nut heeft art. 196 zeker niet. Wie toch denkt er aan om vóór het sluiten van zijn huwelijk, afstand te doen van de nalatenschap der nog ongebornen kinderen, of om de nalatenschappen dier kinderen te regelen, nog meer om daarover een beding met zijn aanstaanden echtgenoot te maken. Het getal dergenen die door dit verbod in hunne plannen worden gehinderd zal wel gering zijn en het zou zeker ons wetboek niet ontsieren indien het daarin werd gemist. Prof. Diephuis ²⁾ is echter van gevoelen dat de opname van dit artikel

1) Marcadé T. 3, p. 170 handelende over art. 771 C. C. zegt: „que toute stipulation, tout convention quelconque, relative à une succession qui n'est pas encore ouverte, est radicalement nulle, comme contraire à l'ordre public.”

2) Diephuis d. 4, bl. 315

eenig nut kan hebben, omdat het zijn bestaan ontleent aan vroegere rechten, die trouwens onzes inziens ontwijfelbaar zijn afgeschaft door de invoering, zoo van ons wetboek, als van den Code Civil ¹⁾.

Zien wij thans wat art. 197 verbiedt:

*„Zij (de aanstaande echtgenooten) mogen niet be-
„dingen dat de een tot een grooter aandeel in de schul-
„den zal gehouden zijn, dan deszelfs aandeel in de
„baten der gemeenschap belooft.”*

Wij merken dadelijk dat dit verbod alleen kan te pas komen, indien er eenige gemeenschap van goederen bestaat, hetzij die geheel of beperkt is, en waarbij in den regel iedere echtgenoot voor de helft in de baten en in de lasten draagt. Hieruit blijkt echter ook dat de wet stilzwijgend erkent, dat van die gelijkmatige verdeling kan worden afgeweken. Ook volgt dit uit art. 194, waarbij die afwijking als niet strijdende met de openbare orde of goede zeden wordt toegelaten, voor zooveel daarbij niet wordt gehandeld tegen het verbod in ons art. 197 vervat, dat eene ongelijkmatige verhouding tusschen baten en lasten verbiedt; iets wat zeer

1) Wet. v. 16 mei 1829 Stbl. No. 33 en 30 Ventôse an 12, art. 7.

zeker in strijd zoude zijn met den aard der huwelijksverbintenis, die de bevordering van het gemeenschappelijk belang der echtgenooten bedoelt, en waarom de wetgever door dit gebod verhinderde, dat de een zich ten koste van den ander zou kunnen verrijken.

Het beding, dat de man bij invoering eener beperkte gemeenschap van winst en verlies, alleen al de lasten des huwelijks zal dragen en dus ook al de schulden zal betalen, indien er geen winst wordt verkregen, is niet verboden, omdat een dergelijk beding gelijk staat met de invoering eener gemeenschap van vruchten en inkomsten, en bovendien hetzelfde geval zou bestaan, indien de vrouw, na ontbinding van een ingevoerde gemeenschap van winst en verlies, daarvan afstand deed.

Ook is het beding geenszins ongeoorloofd, waarbij al de tegenwoordige en toekomstige goederen der echtgenooten in gemeenschap worden gebracht, onder bepaling, dat deze, na ontbinding, geheel aan den man zullen behooren, doch dat hij daarentegen ook al de lasten des huwelijks alleen zal dragen.

Noch in het eerste, noch in het laatste geval wordt de man belast met een grooter aandeel in

de schulden, dan zijn aandeel in de baten der gemeenschap beloopt.

De wet staat dus toe te bedingen, dat de echtgenooten ongelijke aandeelen in de gemeenschap hebben zullen, mits er evenredigheid zij tusschen baten en schulden.

Ook de Code Civil huldigt het zelfde beginsel ¹⁾ en behandelt in art 1520 en vlg. onderscheidene bedingen die ter ongelijkmatige verdeeling der gemeenschap leiden en ook thans niet ongeoorloofd zijn, althans indien wij daarvan uitzonderen wat art. 1523 van dat wetboek bepaalt.

Een beding waarbij eenvoudig, na invoering der wettelijke gemeenschap, wordt bedongen, dat de *erfgenamen* van den eerststervende met een bepaalde som voor al hunne rechten op de gemeenschap moeten tevreden zijn, komt ons ongeoorloofd voor, nu een dergelijk beding in ons wetboek niet

1) 1521 C. C.: „Lorsqu'il a été stipulé que l'époux ou ses héritiers „n'auront qu' une certaine part dans la communauté comme le tiers ou le „quart, l'époux ainsi réduit ou ses héritiers ne supportent les dettes de la „communauté que proportionnellement à la part qu' ils prennent dans „l'actif.

„La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de supporter „une part dans les dettes égale à celle qu' ils prennent dans l'actif.

uitdrukkelijk is toegestaan; daardoor zou inbreuk gemaakt worden op de wettelijk bepalingen der erfopvolging, waarvan alleen bij testament kan worden afgeweken (art 921 B. W.), en geenszins bij huwelijksche voorwaarden, waarbij de echtgenooten alleen ten behoeve van *elkander* giften na doode kunnen doen. Dit beding zou de langslevende echtgenoot daarom niet behoeven natekomen, voor zoo veel de bepaalde som meer bedroeg dan de zuivere helft der gemeenschap, terwijl, indien zij minder dan die helft uitmaakte, de erfgenamen evenzeer het beding ten hunnen opzichte, als nietig zouden kunnen beschouwen en de uitkeering eischen van de helft des gemeenschappelijken boedels. Wordt men geacht bedongen te hebben voor zich en voor zijne erfgenamen, dan toch alleen, om hen bij opvolging te doen treden in al onze rechten ¹⁾. Nergens wordt toegestaan om bij overeenkomst de rechten onzer erfgenamen te verkorten of uittebreiden.

Maar daarom is het niet verboden, om bijaldien bij huwelijksche voorwaarde op geoorloofde wijze van de gelijkmatige verdeeling is afgeweken, aan

1) 1354 B. W.

den langstlevende, bij ontbinding des huwelijks het recht te geven, om desnietteenstaande, de gelijkmatige verdeling, dus de helft te vorderen; daardoor worden geene wettige rechten der erfgenamen benadeeld; zoo wordt niet gehandeld over rechten van derden, art. 1376 B. W. ¹⁾, maar worden alleen de belangen der echtgenooten geregeld. Is hierdoor de langstlevende bevoordeeld, dan heeft hij dit als een zeer geoorloofd huwelijksbeding en geenszins als gift ontvangen. Door eene vereeniging in algeheele gemeenschap van ongelijkmatige fortuinen, heeft evenmin eene huwelijksgift plaats en zelfs geen legitieme portie kan het aldus verkregen voordeel inkorten.

Omtrent het verbod in ons art. 197 vinden wij alleen in art. 71 W. L. N.: „de bepaling dat de „geheele winst alleen voor den eenen, en alle verlies voor den andere zijn zal, is nietig;” en in de beide volgende artikelen een paar aanwijzingen van (ook thans nog) geoorloofde bedingen, die alle uit

1) Art. 1376 B. W.: „Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de „handelende partijen. „Dezelve kunnen aan derden niet ten nadeele verstreken; zij kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, dan alleen in „het geval voorzien bij art. 1353.”

het Oud-Hollandsch Recht zijn voortgesproken. Zoo ook zegt de Groot in zijne Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, L. 2, d. 12: „Oock „d'een of d'ander mag eenighe voordeelen bedinghen, „maer niet om deel te hebben in de winste zonder „in verlies ghehouden te zijn; alsoo sulcs te zeer „gaet buiten reden.

„Maer wel vermagh de vrouw te bedinghen haer „vrije keur om nae 't scheiden van 't huwelick te „komen in de helft van winst ende verlies, ofte „hare inghebrachte goederen na haer te nemen.”

Evenzoo van Leeuwen in zijn Rooms-Hollands Regt IV Bouk, XXIV deel, p. 406: „Uitgezondert dat „men niet mag bedingen deel te hebben in de winst „staande huwlijk te vallen, sonder in de schade ge- „houden te zijn. Hoedanige onderhandeling bij den „Regts-geleerden Societas Leonina genoemd werd „en na regten niet bestaan mag. Als alleen dat „eene vrouw haar vrije keur mag bedingen, om na „'t scheiden van het huwelijk te komen in de helft „van de winst en verlies, indien zij wil, of anders „haar ingebrachte goederen na haar nemen.”

Eene verdere uitweiding hierover achten wij thans van geen belang, doch meer noodig is de vermel-

ding van de vraag, die de regtsgeleerden ruim een halve eeuw bezig hield en nog niet is opgelost, deze nam: Wanneer de echtgenooten tegen het verbod van art: 197 hebben gezondigd en b. v. bepaald dat de vrouw $\frac{1}{3}$ deel van de baten der gemeenschap zal genieten en $\frac{2}{3}$ der schulden betalen, zal dan dit beding geheel nietig zijn, of zullen de schulden eenvoudig verminderd en op die wijze de evenredigheid hersteld worden?

Onder onze vaderlandsche rechtsgeleerden zijn de Pinto en prof. Diephuis van het laatste gevoelen; Prof. Opzoomer is daarentegen van oordeel, dat het geheele beding nietig is en als niet geschreven moet worden beschouwd.

Voor zooveel ons bekend, werd de rechterlijke beslissing hierover nimmer ingeroepen, en dit pleit zeer zeker voor het begrip van billijkheid en recht dat in de maatschappij heerscht en voor het nut van den authentieken vorm, die voor de huwelijksche voorwaarden is voorgeschreven, waardoor de aanstaande echtgenooten voor dergelijke verboden bedingen worden bewaard. Maar dit neemt de waarde van eene juiste uitlegging niet weg, omdat het *kan* gebeuren, dat zulk een beding is gemaakt. Behooren

wij eene keuze te doen, dan scharen wij ons aan de zijde van den Hoogleeraar Opzoomer en zeggen: het geheele beding en niet slechts een gedeelte daarvan is verboden.

Wij mogen hier toch niet blijven hangen aan de letter der wet en aannemen dat er alleen staat: het aandeel in de *schulden* mag niet grooter zijn dan in de baten, tengevolge waarvan wij wel een grooter aandeel in de *baten* dan in de schulden zouden mogen bedingen. Voor ons is de vraag van prof. Opzoomer, in zijne bestrijding van eerstgenoemden schrijver „*waarom niet omgekeerd*” ¹⁾ afdoende, en wij kunnen niet instemmen met prof. Diephuis ²⁾, die van oordeel is dat alleen de onevenredigheid van het aandeel der schulden, met dat der baten, verboden is en dat de schulden altijd naar het aandeel van de baten moeten geregeld worden.

Deze letterlijke opvatting achten wij in strijd met het rechtsbeginsel, dat de kennis der wetten zich niet bepaalt tot hare woorden, maar zich moet uit-

1) Opz. d. I bl. 225 in not.

2) Diephuis d. 4 bl. 304 en 305.

strekken tot hare bedoeling ¹⁾, daar toch volgens de geschiedenis van ons artikel, die bedoeling geene andere is, dan om eene ongeoorloofde bevoordeeling staande huwelijk te voorkomen; welke bevoordeeling evenzeer zou geschieden, door een grooter aandeel in de baten dan in de schulden toe te staan. Had de wetgever bedoeld wat prof. Diephuis wil, dan zou dit door hem zijn uitgesproken, zooals dit omtrent de nietigheid der conventie in art. 1521 C. C. 2^e lid ²⁾ is geschied. Wij erkennen echter dat die redactie ook hare bestrijders heeft gevonden ³⁾ en even als ons gevoelen hare zwakke zijde heeft.

Eindelijk blijft ons nog over het verbod vervat in art. 198 B. W. luidende: „*Zij (de aanstaande echtgenooten) kunnen niet, in algemeene bewoordingen, bedingen dat hunne verbindtenis zal geregeld worden door buitenlandsche wetten, of door eenige*

1) Leges scire non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. L. 17 ff de Legibus.

2) La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de supporter une part dans les dettes égale à celle qu'ils prennent dans l'actif. Zie p. 44.

3) Rogron ad art. 1521 C. C.

„gewoonten, wetten, wetboeken of plaatselijke keuren, welke te voren in de onderscheidene gedeelten des koninkrijks zijn van kracht geweest.”

Het verbod in dat artikel wordt noch in het W. L. N., noch in de vroeger hier te lande geheerscht hebbende wetten of keuren, uitdrukkelijk vermeld.

Het is zijn oorsprong verschuldigd aan art. 1390 C. C. ¹⁾ van waar het met eenige uitbreiding (voornamelijk tot buitenlandsche wetten), in ons artikel is overgenomen, terwijl art. 1390 zelf is ontstaan uit de noodzakelijkheid om den velen costumen, die tijdens de redactie van dit artikel in een gedeelte van Frankrijk op verschillende wijzen de gemeenschap van goederen regelden, het gezag op afdoende wijze te ontnemen ²⁾. Dergelijke redenen deden ook ons artikel behouden; waaromtrent de Heer Nicolai bij de beraadslaging in 1822, ter toelichting zeide: „Il était important de ne pas perpétuer comme loi de l'état, des codes, des coutumes

1) Art. 1390 C. C.: „Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code.

2) Rogron ad. art. 1390 C. C.

„des statuts, qui ont cessé de nous régir; il convient aussi d'écarter de notre législation uniforme et nationale, des législations dissemblables et étrangères; il a donc fallu défendre au contractants de s'en référer en termes généraux à ce qui n'existait plus, ou à ce qui n'avait jamais existé pour nous ¹⁾.”

Het doel van ons verbod kan daarom geen ander zijn, dan om te verhinderen dat door de vrijheid, aan de huwelijksche voorwaarden verleend, het gezag van de oude wetten wordt bestendigd of dat van vreemde wetten ingevoerd; daardoor zouden toch die bedingen aan twijfel of onzekerheid worden prijsgegeven, terwijl de eenvoudige inroeping van vreemde wetten in strijd zoude zijn met de soevereiniteit van den staat.

De belangen van den Staat in het algemeen en die der echtgenooten en van derden, die met hun handelen, in het bijzonder, zouden er door gekrenkt worden. Zulke bedingen zouden echter ook strijden met de openbare orde, en ons verbod zoude daarom gemist kunnen worden, te meer nu die wetten, voor zooveel ze in ons vaderland vroeger gezag hadden,

1) Voorduin d. 2 bl. 368.

uitdrukkelijk zijn afgeschaft ¹⁾. Het verbod heeft echter deze goede zijde, dat het ons leert verstaan niet alleen wat verboden, maar ook wat geoorloofd is.

Mag men in huwelijksche voorwaarden in algemeene bewoordingen o. a. niet bepalen, dat men invoert de legale gemeenschap zooals die in art. 1401 en vlgd. van den Code Civil, of zooals die b. v. in de Handvest van IJselstein voorkomt, daarom is het niet verboden, maar allezins geoorloofd, bijzondere bedingen te maken, welke met den inhoud dier wetten overeenkomen, al worden daartoe dezelfde woorden gebruikt, als in die wetboeken worden gevonden ²⁾, indien wij slechts niet naar die wetten verwijzen of daaruit iets overnemen wat met onze thans heerschende wetten zou strijden. Zoo zou het beding nietig zijn, waarbij aan de vrouw werd toegestaan om binnen drie maanden en veertig dagen na het overlijden van haren man afstand van de gemeenschap te doen ³⁾, of waarbij eene gift werd bedongen grooter dan onze wet toestaat ⁴⁾.

1) Wet 16 Mei 1829 Stbl. No. 33.

2) v. d. Voort op dit artikel, spreekt dit tegen.

3) art. 188 B. W., art. 1457 C. C.

4) art. 1094 C. C. art. 223 B. W.

Maar het nut van dit verbod wordt nog duidelijker, indien wij letten op de weinige kennis die de ingezetenen van velen onzer oude wetten bezitten, waarom ik hierboven noemde de Handvest van IJsselstein, wier bestaan zelfs in die gemeente slechts aan enkelen bekend is, en waarvan vermoedelijk geen tien exemplaren in geheel ons land gevonden zullen worden.

Ten slotte blijft ons nog de vraag over, wat zal het gevolg zijn indien een of meer der behandelde verbodsbepalingen is overtreden? Zal daardoor de de geheele huwelijksche voorwaarde nietig zijn, of zal de nietigheid alleen die bedingen treffen waardoor die overtreding is begaan?

Wij vertrouwen geen tegenspraak te zullen vinden indien wij het laatste aannemen, daar waar dit beding op zich zelf staat. Maar hoe zal het zijn indien van zulk een verboden beding de overige, anders geoorloofde, bedingen zijn afhankelijk gemaakt en deze als eene voorwaarde gesteld, bij welker vervulling geene gemeenschap van goederen tusschen de echtgenooten zal bestaan en de man zijn aanzienlijk fortuin en de vrouw haar geringen aanbreng in bizonderen eigendom zullen behouden, om alleen de winst,

die bij ontbinding des huwelijks mocht aanwezig zijn, gelijkmatig te verdeelen? (door zulk een beding toch zou de man bewogen kunnen worden bij huwelijksche voorwaarde, een gedeelte zijner rechten aan de vrouw aftestaan); hoe zal het zijn indien verder b. v. wordt bepaald, dat indien die voorwaarde niet wordt nagekomen er eene gemeenschap van goederen zal bestaan, waarbij de vrouw voor $\frac{2}{3}$ in de baten en lasten deelen zal?

Wij oordeelen dat hier niet alleen het oorspronkelijk ongeoorloofd beding, maar ook al wat daarvan afhankelijk werd gemaakt, nietig is. Waar het fundament niet deugt, zakt het geheele gebouw ineen, en hier moet art. 1290 B. W. worden toegepast, volgens hetwelk iedere voorwaarde om iets te doen, wat bij de wet verboden is, de overeenkomst, die men daarvan deed afhangen, van onwaarde doet zijn en dientengevolge ook de daarop gestelde straf ¹⁾; zoodat, indien er geene andere geldende bedingen of bepalingen in de huwelijksche voorwaarden zijn gemaakt, deze geheel nietig zullen zijn en de wettelijke algeheele gemeenschap van goederen zal bestaan.

1) art. 1341 B. W.

STELLINGEN.

STEFAN

STELLINGEN.

I.

De wil om schuldvernieuwing te bewerken, moet bij de gevallen in L. 8. C. de nov. (8, 41) genoemd, uitdrukkelijk verklaard zijn.

II.

De minor kan zich zonder toestemming van zijnen curator verbinden, maar niet vervreemden.

III.

De wettige afkomelingen van natuurlijke wettig erkende kinderen, kunnen bij plaatsvervulling de legitieme portie van hunnen vader of hunne moeder niet vorderen.

IV.

De moeder, die ter goeder trouw een tweede huwelijk heeft aangegaan, herkrijgt het verloren vruchtgebruik bij nietigverklaring van het huwelijk.

V.

De vrouw kan gedurende het geding van echtscheiding verlof vragen om de goederen der gemeenschap te doen verzegelen, beschrijven en waardeeren.

VI.

Het voorschrift van Art. 340, al. 2 B. W. verdient afkeuring.

VII.

Wanneer ten gevolge van het onvermogen van den laatsten begiftigde, de erfgenaam, wiens wettelijk erfdeel verkort is, niets kan terug krijgen, mag hij den voorafgaanden begiftigde aanspreken, die hem gesubrogeerd wordt.

VIII.

De uitgever van boekwerken is koopman.

IX.

Art. 787 sub 2^o W. v. K. behoorde te luiden:
De aanstelling van eenen of meer curators, *niet* uit de schuldeischers te kiezen.

X.

De wijze van procederen in zake van registratie, zegel en successierechten is geheel in het nadeel der belastingschuldigen vastgesteld.

XI.

De rechter is niet verplicht de nietigheid der dagvaarding, omdat zij niet door eenen bevoegden deurwaarder is beteekend, uittespreken, wanneer de gedaagde, op de dagvaarding verschenen zijnde, haar niet inroept.

XII.

Ten onrechte beweren Chauveau en Hélie, dat de misdaad van art. 345 C. P. kan geschieden door de eenvoudige aangifte bij den burgerlijken stand, dat eene vrouw, die niet is bevallen, is bevallen.

XIII.

Hij, die een hem toevertrouwd blanc-seing des bewust aan een ander ter hand stelt, die ten eigen behoefte een door den onderteekenaar niet bedoeld schuldbekentenis er op zal schrijven, is medeplichtig aan valscheid.

XIV.

Bij beoordeeling der vraag of er aanzetting tot zelfmoord plaats had (art. 294 Wetboek v. Strafr. van 1881) zal de rechter niet aan art. 47. sub 2 gebonden zijn.

XV.

In geval van verstek kan art. 203, alinea 2 Strfv., geen toepassing vinden.

XVI.

Het amendement van den Heer Dumbar, op den 15^{den} November 1871 behandeld, om art. 5 der begroting voor 1872 te verminderen met f 8000.—, met de uitgedrukte bedoeling om de Regeering te dwingen, het bestaande gezantschap bij den Paus intetrekken, is in strijd met art. 55 Grw.

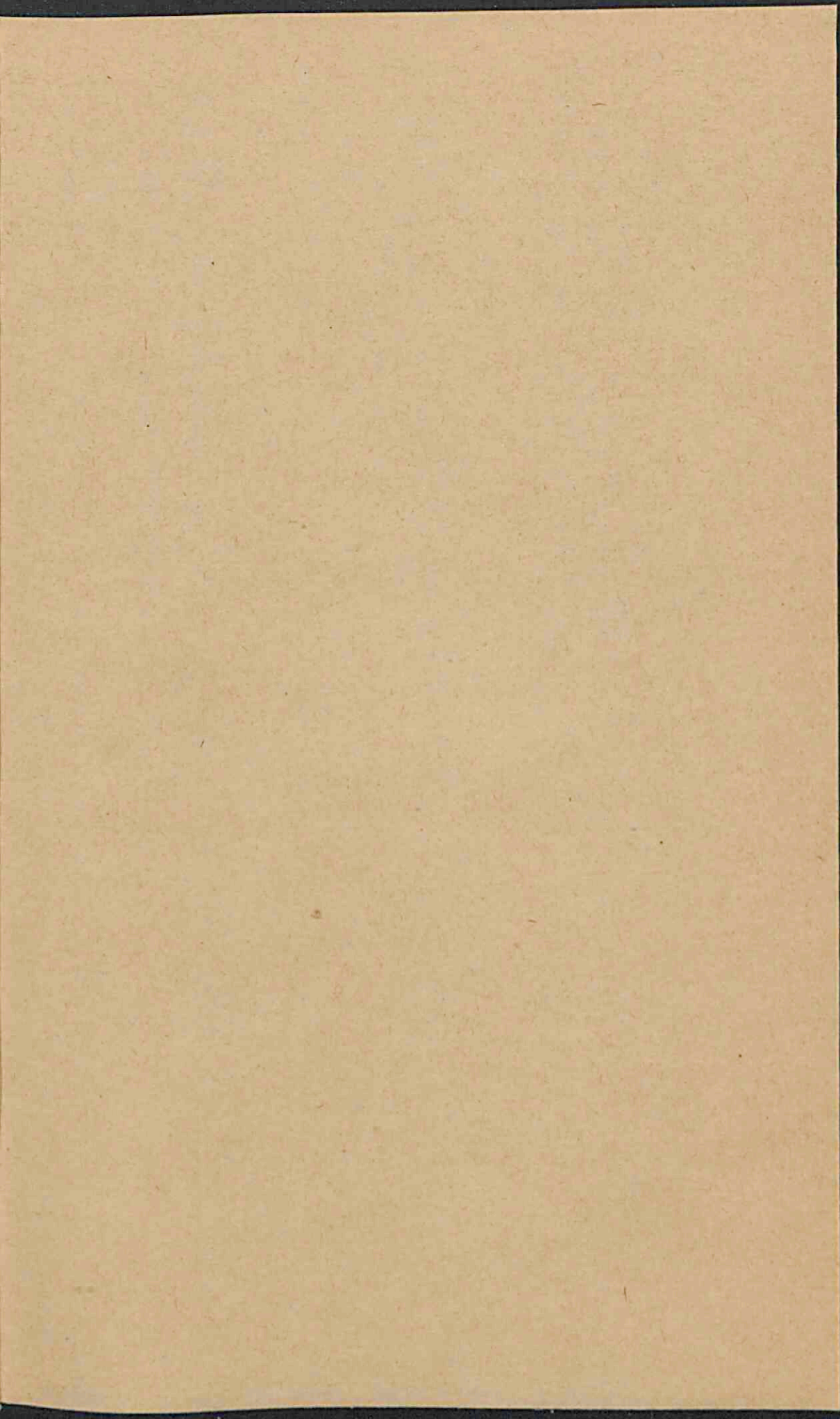
XVII.

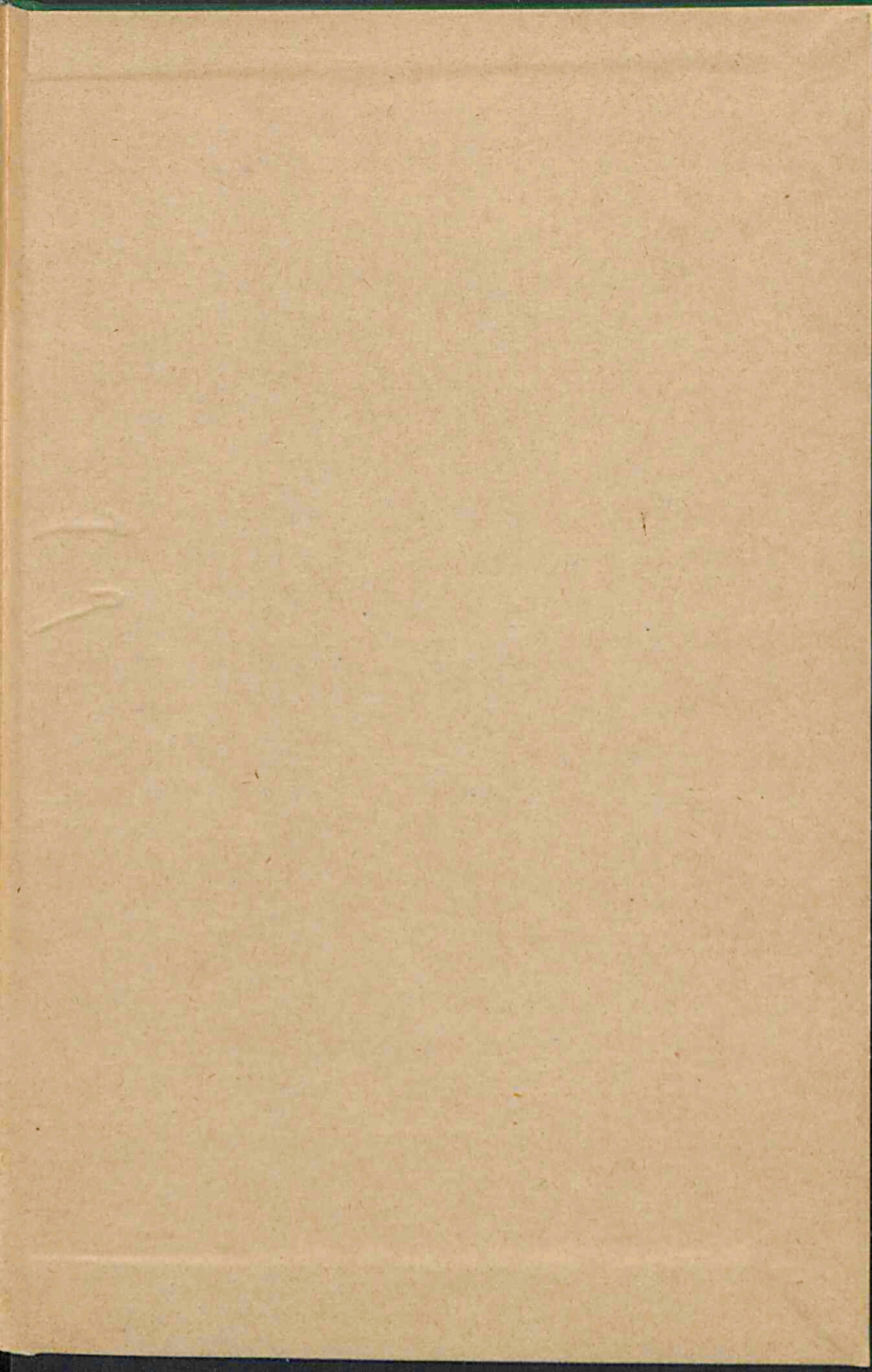
Het besluit der Kamer van 21 December 1878,

om geene nominatie voor de vacature in den Hoogen Raad optemaken, is ongrondwettig.

XVIII.

Ten onrechte verlangen sommigen, dat des Konings recht van oorlogverklaren beperkt worde.





D
Ut
18