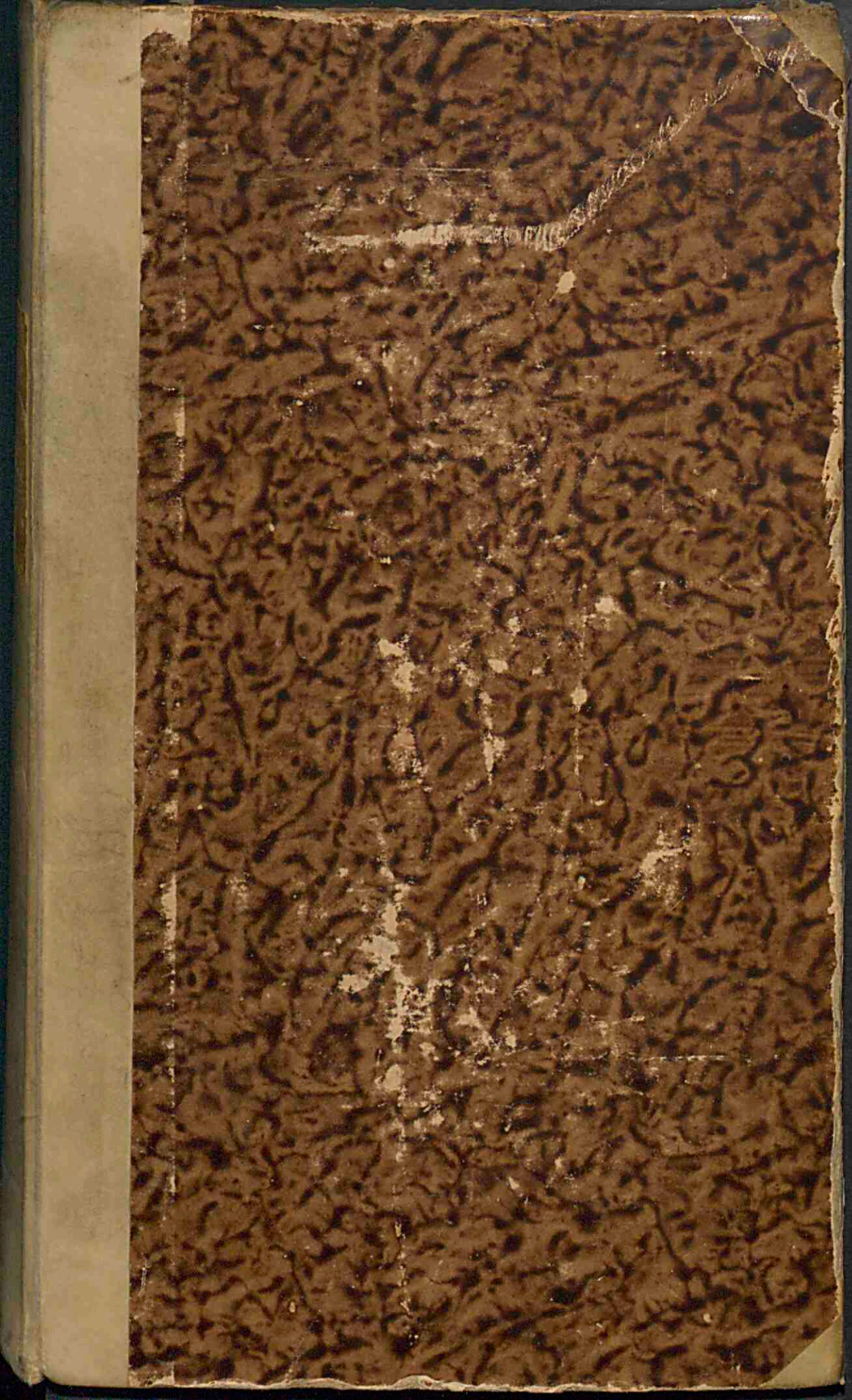




Specimen juridicum inaugurale de facultate conjugum pactis nuptialibus jus constituendi quod inter se et extraneos valeat

<https://hdl.handle.net/1874/312762>



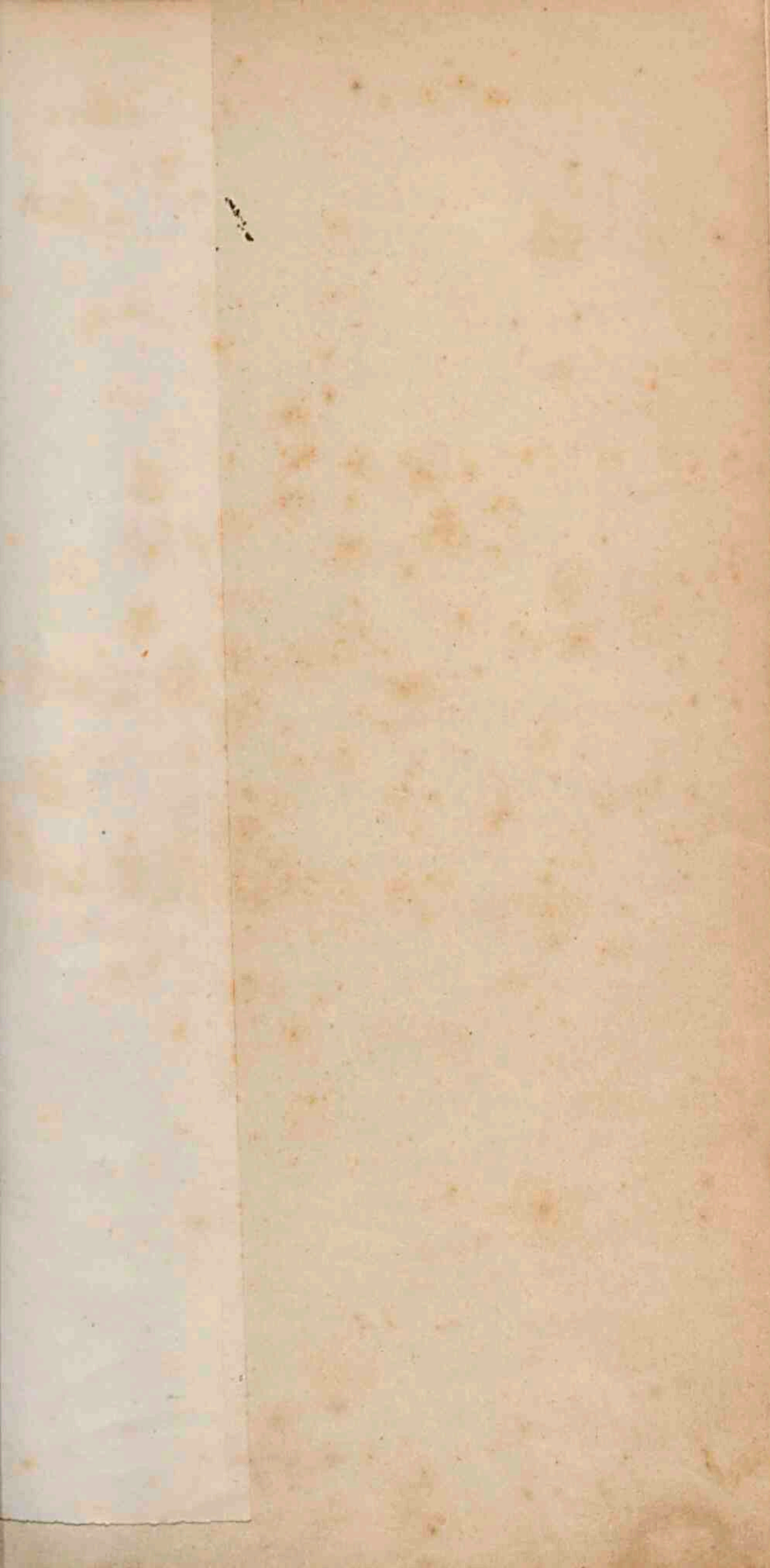
Doctrina Miscell.

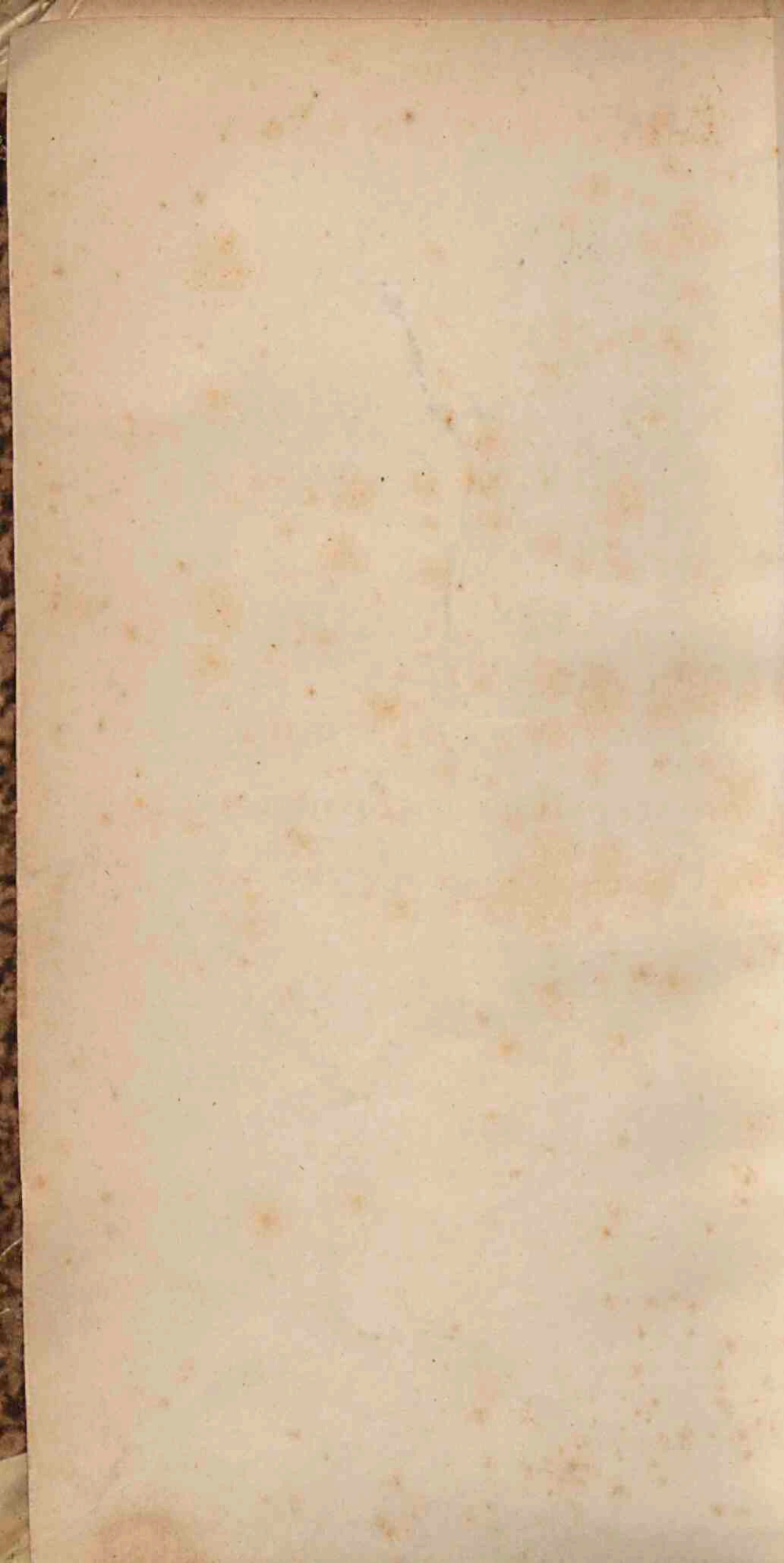
Quarto No.

192.

1. Synappel, M. J. De facultate conjugum
pactis nuptialibus jus constituen-
di quod inter se et extraneos valeat.
2. Aerofen Beyeren M. Pöschel, G. F. E. Van.
Theses jur. inaug.
3. Hoorthuysen, F. J. Van. id.
4. Porte, J. H. Andrieu de la. id.
5. Klerck, A. G. de. De L. Munatio Planco.
6. Thysfen, H. F. De morte suspensorum
nec non de quaestione utrum vivus
quis an mortuus, suspensus fuerit,
novis aliquot casibus subjectis.
7. Hanlo, J. E. M. De extracti carnis
frigidae parati virtute nu-
triente.
8. Verhoeff, A. J. Quaest. argum. chir.
9. Eijk, A. Van. Quaest. argum. obstetr.
10. Geer, L. de. De oraculo in Misabitas,
quod occurrit Jesaiae c. 15 et 16.
11. Leurren, G. Van. De poeta dictione in epistola
Jacobi.
12. Jansen, A. J. M. Quaest. obstetr.
13. Kraispinet, A. L. Theses jur. inaug.
14. D' Uroy, D. M. M. d' Hanguet. Theses jur. inaug.
15. Nes + Meerkerk, N. H. Van. De rectoribus.
16. Quiter, J. Coomans de. Quaedam de ob-
servatione arteriarum, casu praemisso.
17. Loonen, L. Van. Quaest. obstetr.
18. Callenfels, J. v. d. Beke. De vi nervorum
vaso-motoriorum et circulationem et caloris
productionem.
19. Reeken, G. C. Van. De apparatus oculi
accommodationis.

20. Maitland, P. A. F. De susuro jugu
21. Hugenpoth, O. M. M. A. P. Theses jur
22. Strick v. Linfchoten, J. B. id.
23. Callenfels, J. v. d. Beye. Quaest. obfta
24. Muller, L. F. A. De motibus qui
dicuntur reflexos.
25. Horck, D. G. Theses jur. inaug.
26. Schimmelpenninck v. d. Oyp, G. A.
De porta in quem naris se per
causa recipiat.
27. Prins, B. G. Haverkamp. Theses
inaug.
28. Dreeselhuys, G. De aëris vi in corp.
Humanum pro humore contini
diversa.
29. Teljer, A. H. De bilis concreme
vulgo calculis dictis.
30. Steen, P. De loco τῆς ἀποκρίσεως
~~ἐν~~ ἐν ὅλοις πάντων.
31. Hagen, H. G. De dogmate immac
latae Conceptionis Mariae.





SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

**FACULTATE CONJUGUM,
PACTIS NUPTIALIBUS JUS CONSTITUENDI,
QUOD INTER SE ET EXTRANEOS VALEAT.**

RECHTSAKTE VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RECHTER VAN DE

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0629 7935

1.

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

FACULTATE CONJUGUM

PACTIS NUPTIALIBUS JUS CONSTITUENDI

QUOD INTER SE ET EXTRANEOS VALEAT,

QUOD

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

JACOBI VAN HALL,

ORD. LEON. NEDERL. EQUITIS, ORD. CORON. QUERN. DECURIONIS,
JUR. ROM. ET HOD. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU,

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

PRO GRADU DOCTORATUS,

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

MENSO JOANNES PIJNAPPEL,

AMSTELODAMENSIS,

DIE XXIV APRILIS MDCCCLV, HORA I,

IN AUDITORIO MAJORI.

AMSTELODAMI,

APUD J. H. GEBHARD ET SOCIOS.

MDCCCLV.



LIBRARY

OF THE

UNIVERSITY OF

CHICAGO



TYPIS C. A. SPIN ET FILII.

PARENTIBUS

OPTIMIS, CARISSIMIS.

P R A E F A T I O.

Cognati et amici, qui quid agam curant, me per tempus aliquanto longius in dissertatione scribenda occupatum fuisse sciunt; cujus tamen titulus huic opusculo inscriptus non est. Quod quoniam fortasse mirabuntur, eorum quidem gratia quaedam mihi hac de re praemonenda esse videntur. Qui vero ejus rei sunt ignari, eos ut haec potius negligant precor, ne forte, quod ajunt, ipsa excusatione mea accusarer.

Inquirentem et scribentem tria me in dies magis gravabant: primum quod opusculum meum solitos fines specimini academico constitutos longe excessurum erat; deinde quod, quo magis in stadio progrediebar, meta eo longius recedere videbatur; denique, quam aegerrime ferebam, necessitas Latine ea dicendi, quae, Romano plerumque juri opposita, ad jus Germanicum et recentius pertinebant. Ita factum est, ut quod maxime studueram, ut dissertationem propositam absolverem, id nunc relinquerem (postea ad eam, si videretur, rediturus); quod vero hucusque posterioris curae esse duxeram, ut titulum Doctoris peterem, id nunc imprimis agerem.

Nolui tamen iis, quae molitus eram, omnino non uti; quare inde sumsi quae dissertationi sufficere viderentur. Olim de omni jure inter conjuges et extraneos scribere constitueram; nunc vero ex iis, quae jam scripseram, eam partem elegi, quae agebat de facultate conjugibus permissa, ut pactis nuptialibus jus ipsi suum constituerent. Haec enim absoluta et Latine conscripta, paucis admodum mutatis aut additis, per se constare mihi videbatur. Prioris autem dissertationis universe eum servavi ordinem, ut hic quoque tertiorum maxime haberem rationem: primum quoniam id mutari, nisi omnibus eversis, non poterat, deinde quoniam ea, de quibus scripsi, tertiorum imprimis causa comparata sunt.

Ecce origo opusculi. Esto piaculum iis, qui jam dudum me exhortati sunt, ut ex spatiis Academiae in Forum descenderem. Utinam ne nimium in eo offendant, si qui forte meliora speraverint.

Restat, ut more majorum gratum animum profitear erga eos, quorum institutione frui mihi licuit. Ex quibus jam fato functus est Vir Clarissimus C. A. DEN TEX; qui ea fuit et inter eruditos celebritate et erga discipulos benevolentia, ut ingenio et moribus ipse sibi monumentum exegerit. Gratus discipulus quodnam pietatis munus defuncto reddat, praeter corollam tumulo projectam?

“Parva petunt Manes.

“Tegula projectis satis est velata coronis.”

Tibi vero, Vir Clarissime M. DES AMORIE VAN DER

HOEVEN, *gratias maximas mihi agere licet. Plurimum me tibi debere gratus hic publice profiteor. Quamquam non meum est, uberrimam doctrinae tuae copiam aut eximiam eloquentiam praedicare, quae non tantum discipulis tuis, sed universis civibus urbis nostrae, vel dicam patriae, nota sunt. Hoc vero et officium et locus meus postulare videntur, ut singularem tuam benevolentiam commemorem, qua me semper excepisti, et opiniones meas immaturas disputatione tua flectere, corrigere, explicare voluisti. Ut idem semper beneficium in me conferre velis precor. Deus autem Optimus Maximus diu te servet in Athenaei Amstelodamensis utilitatem et decus.*

Tibi quoque, Vir Clarissime DE BOSCH KEMPER, pro consiliis et auxilio, quae numquam mihi praestare dignatus es, gratias persolvo. Hoc imprimis doleo, tum demum Professoris in Athenaeo nostro munus tibi esse delatum, quum solitum studiorum cursum ego jam peregissem. Qui vero institutioni tuae committuntur, his utinam per longum tempus prosis, et mihi quoque, etiamsi te duce stipendia non merui, aliquando adesse velis.

Denique te compello, Vir Clarissime J. VAN HALL, Promotor aestumatissime, ut gratias tibi reddam pro eximia humanitate tua erga me peregrinum neque alia tibi necessitudine devinctum, nisi quod in Athenaeo Amstelodamensi, cujus quondam decus fuisti, nunc Patronus esse pergis, studia peregerim.

“Le contrat de mariage est la charte du foyer domestique. — Nul
“contrat ne demande plus de certitude, de publicité et de solennité. Il
“n’est pas seulement une règle pour les deux familles qui s’unissent et
“pour la famille nouvelle qui va sortir de cette union; il est encore une
“loi pour les tiers et la base du crédit des futurs époux”.

TROPLONG.

ARGUMENTI CONSPECTUS.

INTRODUCTIO.

- § 1. De jure conjugum respectu bonorum.....pag. 1.
§ 2. De facultate conjugibus data, ut ipsi jus suum constituent...'' 6.

CAPUT I.

DE FINIBUS LIBERTATIS CONJUGUM, PACTIS
NUPTIALIBUS JUS CONSTITUENDI, QUOD INTER SE
ET EXTRANEOS VALEAT.

- § 3. De necessitudine inter pacta nuptialia et legem.....'' 10.
§ 4. De variis juris matrimonialis figuris.....'' 23.

CAPUT II.

DE FORMA, QUA PACTA NUPTIALIA CONFICIANTUR
OPORTET.

- § 5. De tabulis nuptialibus coram notario conficiendis. De ratione,
qua voluntas conjugum pactis nuptialibus consignetur. De
mutationibus ante nuptias contractas faciendis.....'' 39.

CAPUT III.

DE INSCRIPTIONE FACTORUM NUPTIALIUM IN ACTIS
PUBLICIS.

- § 6. Quid inscribi oporteat? Quae sit inscriptionis vis?.....pag. 48.
 § 7. Judicium de inscriptione secundum legem nostram....." 56.

CAPUT IV.

DE IMMUTABILITATE JURIS MATRIMONIALIS.

- § 8. Principium immutabilitatis. — Exceptiones....." 62.
 § 9. I. Mutata conjugum condicio.
 II. Donatio uni ex conjugibus facta, praeter communio-
 nem bonorum universalem." 65.
 § 10. III. Separatio bonorum. — Introductio....." 73.
 § 11. III. Separatio bonorum. — De iis, quae in utilitatem ter-
 tiorum lege constituta sunt....." 75.
 § 12. III. Separatio bonorum. — De vi retroactiva et de nulli-
 tatibus....." 91.
 § 13. III. Separatio bonorum, separationis thori ac mensae se-
 quela....." 107.
 § 14. IV. Communio restaurata....." 109.
 § 15. V. An pacta nuptialia in diem, aut ex die, aut sub con-
 dicione fieri possint?....." 116.
 § 16. VI. An jus matrimoniale mutetur, si conjuges patriam
 mutant?....." 121.

INTRODUCTIO.

§ 1.

De jure conjugum respectu bonorum.

Quod ad bona et statum conjugum variis temporibus diversum jus Romae viguit. Antiquis temporibus mulier viro nubens capitis diminutionem patiebatur. Ex patria potestate exibat, ut in manum viri conveniret; quae autem sui juris jam esset, desinebat sui juris esse. Omnia, quae habebat mulier, quaeve in posterum acquisitura erat, marito acquirebantur. Filiae loco erat uxor, et durante matrimonio sub potestate viri posita, et post mortem viri partem hereditatis, qualem filia, nactura. Tria hic notanda sunt: uxor conveniebat in familiam viri, at simul ex familia, qua nata erat, exibat; bona conjugum dividua non erant, at simul tantum non omne jus mulieris tollebatur; denique diversus erat viri et uxoris in vita civili locus, at uxoris nullus fere locus.

Non semper hoc jus duravit. Tempora, quorum imaginem dulcissimam depinxit COLUMELLA ¹, praeterierunt. Ju-

¹ *De re rustica*, Lib. XII. Praef. § 7, 8.

ris simul et morum conversio facta est. Potestas maritalis sublata est; omnia autem, quibus vetus jus se commendaverat, eodem tempore sublata sunt. Uxor jam amplius in manum viri non convenit; sed ne in familiam quidem mariti venit. Ex patria potestate non exit, ac si quid acquirat, non marito, sed patri acquirat. Si pater mortuus est, et in tutela est mulier, tutoris jus non solvitur, maritus uxoris tutor non fit. Si denique sui juris est mulier, prorsus non mutatur ejus condicio. In ipso matrimonio velut extranei sunt conjuges, quod ad jus. Dividua ac separata bona, aequalis utriusque status. Sibi quisque acquirat, se solum obligat, sua quisque negotia gerit. Pecuniam mutuam conjux conjugi dat ¹; actione legis Aquiliae alter alterum convenit ²; vix est quin etiam furti vir cum uxore agere possit ³. Pauca tantum in jure Romano placita inveniuntur, ex quibus conjuges jure non prorsus extraneos existimari appareat: donationes inter virum et uxorem prohibita, edictum unde vir et uxor, jus dotium imprimis, alia quaedam. Adhuc in his jus potius admittere videtur quod est, quam favere ubi non est. Ipso jure saltem nulla dos. Egregia quaedam de natura matrimonii et de conditione conjugum scripserunt Jurisconsulti Romani; sed moribus et factis omnia relinquebantur: a jure haec videbantur esse aliena.

Aliter omnino res apud nos se habet. Jus conjugum apud nos hoc ipso nititur: conjuges sibi invicem non esse extraneos. Jus Romanum hac in re non secutum est jus nostrum; sed Germanici magis juris indolem refert, juris scilicet pietate

¹ CATO apud GELLIUM, XVII. 6.

² L. 27, § 30 D. *ad leg. Aq.* (IX. 2), l. 56 eod.

³ L. 3 D. *de act. rer. amot.* (XXV. 2).

insignis, imprimis in rebus ad familiam pertinentibus; quod purius adhuc et sanctius religio Christiana reddidit. Naturam quoque rerum atque hominum magis jus nostrum, quam Romanum, sequitur. Quae varia bonorum et personarum condicio fert, ea etiam ad jus pertinere nos ducimus. Matrimonium igitur nos quoque “consortium omnis vitae”¹ dicimus; sed hanc ob causam juris etiam conjugalis nostri caput et principium non est separatio et exclusio, non jura ac commoda dividua; sed communio, amor, fiducia.

Ex ea communione universe haec sequuntur, quae tamen non omnia jure civili nostro recepta sunt. Primum contractus et actiones plerasque inter conjuges locum habere non posse. Deinde conjungi utriusque bona, sive laxiore vinculo, possessione, administratione, usufructu communi, sive interna universarum rerum confusione, adeo ut quae ab uno conjuge collata sint, omnino non distinguantur ab iis, quae alter contulerit, sed per omnia aequiparentur. Deinde debita ab alterutro contracta utrique incumbere, tum matrimonii onera, quae natura sua ad utrumque pertineant, tum cetera quoque debita, quum in concursu creditorum conjugem tamen conjux propior sit, ut jacturam suae rei faciat, quam extranei. Deinde alterutro conjuge defuncto, non tamen protinus omnes nuptiarum effectus recedere, sed conjugem superstitem universitatem vel partem bonorum hereditario jure nancisci, sive omnium bonorum, si confusa utriusque bona fuerint, sive bonorum defuncti, si confusa non fuerint; praesertim quum liberi plerumque supersint, ita ut, quamvis parentum unus decesserit, familia tamen remaneat, et communio quaedam subsistat, quae communionis conjugalis imaginem referat.

¹ MODESTINUS in L. 1 D. *de ritu nupt.* (XXIII. 1).

Haec omnia ad effectus matrimonii in jus pertinent. Sed alia quoque res gravissima ex eodem fonte manavit: augeri jus ac potestatem viri, uxoris vero administrandi, contrahendi, agendi facultatem circumscribi. Diversa omnino sunt viri et mulieris mores, studia, facultates, vires, virtutes. Ita natura viro et mulieri, licet idem vitae propositum ac finem prosequantur, diversam tamen vitae rationem monstravit, atque impares paribus rebus operam dare noluit. Ad res domesticas mulierem destinavit; ad duros labores virum formavit. Locum, quo mulier facultates suas exerceat, atrii inprimis et familiae finibus circumscripsit; viris autem vitam publicam, commercia hominum aperuit, agendi necessitatem imposuit. At diversa et propria utrumque sequi, non sinit studium sui, quod inter homines obtinet, atque hinc necessitas, quae suas quemque res agere jubet. In matrimonio vero, quod decet, idem fieri potest, et viro ac mulieri eum locum occupare licet, qui cujusque facultatibus conveniat. Mulier nupta virorum negotia tuto relinquere potest, et studia, quibus natura sua adversatur. Potest tota esse in officiis uxoris et matris. Is enim cum illa communem vitam agit, qui eam tueatur ejusque negotia curet. Ejus est industria, labore, mercatura, victum quaerere, bona administrare, rem pecuniariam procurare. Quidquid autem agat et studeat, non solum sui causa laborat, nec sua tantum negotia gerit, sed uxoris quoque commodis consulit. Uxor quoque, ubi agendi officium sibi incumbit, in rebus domesticis, non pro se sola, sed et pro marito agit, ejusque res suo loco procurat. Egregie hac in re communio cernitur, explosa regula, quae inter extraneos obtinet, neminem suis factis alteri aut prodesse aut nocere. Conjugum vero conjuncta sunt commoda. Quisque quae ad alterum pertinent, ad se quoque perti-

nere existimat. Non sua quisque via solus ingreditur; sed communiter vitae stadium permeant, idem in bonis, idem in malis passuri.

Praecipua recensui, quibus jus conjugum diversum est a jure extraneorum. Nonnulla etiam attigi, quae jure nostro aut recepta non sunt aut parum saltem explicata; quae tamen non omisi, quoniam et ad jus Germanicum pertinerent, et naturae matrimonii egregie convenirent. Sed quaedam eorum jure Romano sublata sunt; quae vero remanserunt, eodem jure adhibito, ad normam juris extraneorum contorta saepe sunt et deformata; — qua in re major doctrinae est culpa, quam legum ¹. Sed de hac re plura addere vetat me argumenti mei circumscriptio. Restat mihi ut ostendam, quomodo secundum jus civile nostrum jus conjugum a jure extraneorum distet. Ac tria hic imprimis in censum venire videntur: 1^o. communio bonorum universalis et particularis; 2^o. mariti potestas, administratio, ususfructus; 3^o. circumscripta uxoris contrahendi, alienandi, agendi facultas. Horum autem ea est natura, ut non conjuges solos, sed et extraneos (quos usu hodierno *tertios* vocabo) spectent. Patet enim, omnium hominum, quibus cum conjugibus res sit, interesse, utrum quae conjuges habeant et acquirant, iis propria sint, an in unam convenient omnium bonorum universitatem; porro cui bonorum administrandorum et alienandorum jus competat; porro quousque se obligare quisque possit, quaeve bona judicati exsequendi causa vendi queant ob debita ab

¹ Ita ex conjugali bonorum communione, quae est negatio omnis domini inter conjuges, factum est condominium pro indiviso; obligatio unius conjugis facto alterius per mandatum tacitum explicatur; jus mariti in bonis uxori propriis administratio rei *alienae* dicitur, et diligentia igitur diligentis requiritur; alia hujusmodi.

alterutro conjuge contracta. De singulis igitur non agitur juribus, sed de ipso *jure*, quod singulis juribus normam constituat. Quod si verbo nominare velim, quo, quantum fieri potest, rei natura designetur, *statum* conjugum dicerem. Omnia autem, quae *statum* personarum spectant, ad universos homines pertinere constat.

§ 2.

*De facultate conjugibus data, ut ipsi jus suum
constituant.*

Jus omne ac status personarum in matrimonio diversus est a jure et statu extraneorum. Sed non unum est jus matrimoniale, neque inter omnes homines idem. Varium enim jus postulat diversus hominum in societate locus ac fortunarum condicio, morum quoque et indolis diversitas; denique varia ipsius juris origo et progressus historicus, et eorum quae fuerunt memoria, non parvi hac in re sunt momenti. Non potuit lex omnes has diversitates contemnere; nec tamen ipsa potuit sua cuique adaptata constituere. Libero igitur conjugum arbitrio reliquit, ut ipsi jus suum constituerent. Hinc pacta nuptialia. Quae a ceteris pactis omnibus longe diversa sunt, non solum gravitate, sed et natura sua. Partim enim contractus, partim legis naturam habent: contractus, quoniam privatorum hominum conventionem constant; legis, quoniam *statum* conjugum definiunt, et adversus tertios valent. Cetera pacta sunt *causae obligationum*, et sub lege igitur posita sunt, quae est *juris fons*¹; pacta vero nuptialia quodammodo juxta legem posita sunt, atque ipsa quoque sunt fons juris.

¹ Cf. VON SAVIGNY, *System d. heut. Röm. Rechts*, I, § 6.

Ceterorum pactorum effectus ad contrahentes restringuntur. “*Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”¹. Pacta vero nuptialia adversus omnes homines legis vim obtinent. Non igitur dubito, quin libertatem conjugum, pactis nuptialibus jus suum constituendi, *autonomiam* dicam.

Non semper tamen ea libertas conjugibus data fuit. Priscis Germanorum temporibus jus, moribus insitum, summa habebatur regula, cui omnes homines obtemperare oporteret. Ab eo jure recedere nefas; hominum arbitrio nihil concessum; quae a proavis tradita fuerant, tamquam a Deo constituta, pie omnes colebant. Sed medio aevo duae exstiterunt causae, quae illam juris constituti religionem, si minus everterint, attamen valde concusserunt; quarum una erat Germanica, et nobiles inprimis spectabat, altera vero Romana, et majorem in urbium cives vim habuit. Prior causa erat imperantium infirmitas, et potentia ac superbia eorum, qui latifundiis exultantes, nulli legi praeter voluntatem suam parerent. Omnibus ita vinculis solutis, imperio et legibus deficientibus, consuetudine et moribus debilitatis, unum inter homines vinculum remanebat fides conventionum. Hinc ingens pactorum vis: pacta feudalia, pacta successoria, pacta matrimonialia, pacta familiae. Qua in re hoc peculiare erat, quod non paciscentium solum, sed omnium in posterum successorum jura definiebantur. Omni enim juri Germanico et feudali proprium est, publica et privata jura confundi. Feudis igitur concessis vel oblatis, vel etiam bonorum censualium possessione data, ipsa conventionione *lex terrae* constituebatur. Eodem modo pacta

¹ Art. 1134 Cod. Nap.; Art. 1374 pr. Cod. civ. nostri.

nuptialia erant *lex familiae*. Ordo imprimis succedendi ejusmodi pactis constitui solebat ¹.

Altera causa, quae pactis nuptialibus favebat, erat juris Romani increscens vis. Juris enim Romani principium est libertas hominum (scil. patrumfamilias). Contrahendi quoque liberrimam omnibus facultatem dat. Sed effectus contractuum juris privati (quod a jure publico bene distinguitur) finibus circumscriptus est. Jus igitur Romanum favebat libertati conjugum, pacta nuptialia conficiendi, quibus *ipsorum* jura definirentur; sed autonomiae omnino non favebat. Autonomia, privatis hominibus concessa, jure Romano est monstrum.

Conveniebant igitur jus feudale et jus Romanum in libertate concedenda; sed de finibus libertatis et de vi atque effectu pactorum nuptialium valde discrepabant; unde juris quaedam varietas et incertitudo orta est. Sed tempore diversa utriusque juris principia ad concordiam et consonantiam magis magisque redacta sunt. Licentia juris feudalis circumscripta est, privatis hominibus civitatis et legum imperio subjectis. Mansit tamen consuetudo, pactis nuptialibus de jure successionum quaevis statuendi. Tabulae enim nuptiales praesentibus consanguineis confectae, pacta habebantur familiae, quibus quisque de jure suo constituere posset, quod vellet. — Juris autem Romani quamvis maxima vis in omne jus recentiorum gentium et fuerit et hodie adhuc sit, illius tamen *individualismus* (sit venia verbo) in jus familiae populorum originis Germanicae numquam penitus penetravit. Matrimonium apud eos semper socie-

¹ Vid. LABOULAYE *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, Lib. III. — Conventionum omnis generis magnam copiam exhibent multae quae exstant Chartarum Collectiones.

tas habita est, non meri juris privati, sed juris naturalis et juris publici; adeo ut pactis quoque nuptialibus non singulorum conjugum, sed ipsius societatis conjugalis leges, cunctorum hominum causa, constitui viderentur. Quo magis autem propria pactorum nuptialium natura agnoscebatur, eo magis quoque de forma eorum, de promulgatione, de stabilitate, propria quaedam in utilitatem tertiorum praecepta sunt. Sed mirum videri non potest dubia, incerta, varia, haec olim fuisse. Tendebat tempus ad fidem publicam et jura tertiorum tuenda; sed quae huc pertinebant, nec generalia erant, nec constanter servata. Neque id certe fieri poterat, dum jus Romanum vim legis habebat. Post legum vero Codices confectos novam aetatem ingressi sumus. Nostri inprimis temporis et nostri est juris, cognitionem et necessitudinem et nexum, quo homines variis modis junguntur, observare, et simul juris securitatem tueri. Utrumque in jure quoque matrimoniali lex nostra conjunxit. Primum igitur statuo, libertatem conjugibus datam, pactis nuptialibus jus suum constituendi, esse *autonomiam*, re et effectum a contractibus juris communis longe diversam. Sed haec addo:

1°. Autonomiam conjugum non esse absolutam, sed lege definitam et circumscriptam.

2°. Pacta nuptialia certo modo conficienda esse, quo omnis de jure matrimoniali dubitatio removeatur.

3°. Pacta nuptialia promulganda esse, ut omnibus hominibus jus matrimoniale innotescat.

4°. Quod semel a conjugibus jus matrimoniale constitutum est, post contractas nuptias mutari non posse.

Ecce Dissertationis argumentum. De singulis rebus singulis Capitibus agam.

CAPUT I.

DE FINIBUS LIBERTATIS CONJUGUM, PACTIS NUPTIALIBUS JUS CONSTITUENDI, QUOD INTER SE ET EXTRANEOS VALEAT.

§ 3.

De necessitudine inter pacta nuptialia et legem.

Solent scriptores proclamare, plenam libertatem sponsis dari, pactis nuptialibus jus suum constituendi. Nobilem tamen illam libertatem non parum circumscriptam esse invenimus, ubi Titulum VIII^{um} Codicis Civilis nostri inspexerimus. Circumscripta est morum causa, legis causa (art. 194); potestatis maritalis causa, patriae potestatis causa, conjugis superstitis causa (art. 195); debilitatis uxoris causa (art. 187); juris hereditarii et libertatis testandi causa (art. 196); aequitatis causa (art. 197); codificationis causa (art. 198). Non desunt igitur, quibus autonomia conjugum circumscripta sit. Equidem de iis hac ratione agam, ut mihi ipsa vox *autonomiae* sit dux. Primum de restringenda conjugum facultate *jus* constituendi (*νόμος*), deinde de restringenda libertate conjugibus data, ut *ipsi* illud jus constituent (*αὐτός*), agam; de illa brevius, de hac copiosius.

Primum igitur autonomia conjugum, quae olim in omne

jus profluebat, intra fines juris matrimonialis reducta est. De jure, quod inter parentes et liberos valeat, et de jure hereditario, nihil pactis nuptialibus statui potest.

Art. 196 C. C. "De aanstaande echtgenooten kunnen bij huwelijksche voorwaarden geen afstand doen van hetgeen hun de wet in de nalatenschap hunner afkomelingen toekent, noch de nalatenschap dier afkomelingen regelen".¹

Articulus, vel prior saltem ejus pars, abundare alicui videri possit, ob art. 1370 § 2 C. C., quo omnia pacta de hereditate nondum delata prohibentur². Sed quoniam pacta nuptialia autonomiam constituunt, ea quae de pactis universe praescripta sunt, non per se ad pacta quoque nuptialia pertinent. Necesse igitur erat, ut expresse hac in re autonomia circumscriberetur; eo magis quum, sicut supra monui, quaevis olim pacta successoria tabulis nuptialibus inseri solerent³. Quaedam vestigia latae ejus conjugum potestatis etiam hodie remanserunt in Sectione 3 et 4 Tituli VIII Codicis Civilis nostri, quibus statutum est, ut donationes pactis nuptialibus factae a solennitatibus juris communis liberae essent; deinde ut hereditas pactis nuptialibus dari posset, quamvis alioqui testamento tantum, i. e. voluntate ambulatoria, non pacto, i. e. voluntate irrevocabili, dari possit; denique ut tertii quoque, sive consanguinei sive extranei, pactis nuptialibus accedere possent, ut donationes bonorum praesentium vel hereditatis in conjuges conferrent. Sed praeter haec veteris juris vestigia,

¹ Cf. art. 1109 C. C.

² DIEPHUIS, *Ned. Burg. Regt.*, I n. 935.

³ DE GROOT, *Inleiding t. d. Holl. Rechtsgel.*, Lib. II, Pars 29, van *verkiezinge van landrecht*; et copiose ARNTZENIUS *Institutiones juris belgici civilis*, Tit. v. § 59—76. Cf. POTHIER *Introduction au traité de la communauté*, n. 2.

reliqua, quae huc pertinent, abrogata sunt, neque amplius valet paroemia juris patrii: *huwelijksvoorwaarden dooden alle regten.*¹

Accessi ad argumenti partem, de qua uberius mihi agendum est: scilicet de restringenda conjugum autonomia, respectu *fontis* juris matrimonialis. Quaeritur, quatenus illud constituatur ipsa conjugum voluntate et facto; quatenus igitur libertas conjugibus data revera *autonomia* dici possit. In Introductione ad hanc Dissertationem pacta nuptialia quodammodo juxta legem posita esse contendit, atque ipsa fontem esse juris. Ad hanc thesin jam revertor, ut eam accuratius definiam et explicem. Ac revera pacta nuptialia, quibus jus ac status conjugum definitur, longe diversa sunt a pactis communibus, ex quibus inter duos homines juris vinculum oritur, in quibus certa obligatio vel certum jus in re vertitur. Attamen pacta quoque nuptialia non extra legem posita sunt; sed necessitudo quaedam inter utrumque intercedit, de qua nunc acturus sum.

Priusquam vero meam hac de re sententiam exponam, de nonnullis aliorum sententiis agendum est, quo magis via mihi aperta et parata sit postea.

A. Sunt qui plenissimam defendant conjugum autonomiam, adeo ut etiam jus legis non valeat tamquam lex, “vi ipsius consuetudinis immediate et in se”, sed tamquam voluntas ac tacita conventio conjugum. Haec doctrina in primis MOLINAEUM defensorem nacta est²; quem tamen protinus ARGENTRAEUS magno ardore refutavit³. Hunc secutus

¹ Vid. ARNTZENIUS l. c. § 34.

² *Consil.* 53.

³ Ad art. 218, Consuetudinis Britanniae, glossa 6.

est apud nos MATTHAEUS ¹, cujus etiam argumenta sunt lectu dignissima. MOLINAEO tamen major pars veterum scriptorum assensit ², ejusque doctrinam etiam nunc non sine jactatione quadam tuetur TROPLONG ³. Quod minus ipsius quaestionis, de qua agitur, gratia factum esse videtur, quam ob aliam quaestionem, de qua MOLINAEUS et ARGENTRAEUS disputantes, in hanc inciderunt. Quaerebatur enim, utrum bona immobilia diversis locis sita, quod ad jus matrimoniale, regerentur jure domicilii conjugalis, an jure loci, quo sita essent. Equidem de hac quaestione postea verbo agam. Nunc vero, ut quaestio de necessitudine inter legem et pacta nuptialia pure dijudicetur, removenda sunt quae ad diversitatem statutorum pertinent. — Doctrina autem conventionis tacitae ob tres rationes mihi videtur rejicienda.

Primum pugnat ea cum ipsis principiis juris matrimonialis nostri. Doctrina MOLINAEI hac ratiocinatione nititur. Condicio extraneorum, jus scilicet separatum ac dividuum, conjugum quoque naturalis est condicio; ea ipso jure adest; inde incipimus, atque eo fundamento jus matrimoniale extruitur. Ubi igitur diversum jus viget, necesse est, aut conjuges id pactis nuptialibus, mutato jure naturali, introduxerint, aut ipsa lex onus in se susceperit, pactum illud supplendi. — At haec prorsus falsa et rejicienda esse, jam in Introductione ostendi. Est enim haec juris Romani ratiocinatio, a jure nostro aliena. Nobis jus conjugum naturale non est jus separatum, velut extraneorum, sed jus communionis; neque conjugibus facultas data est, ut jus

¹ *Paroemiae*, II n. 60—64. Cf. VAN DER MUELEN, *Costumen van Utrecht*, Rubr. XXII, art. 1, § 37.

² VOET, RODENBURG, ABR. A WESEL, alii, qui enumerantur a FOELIX *Droit international privé* § 90, 2^{ae} ed.

³ *Contrat de mariage*, n. 21 seqq., 301, 2212.

extraneorum in jus communionis flecterent, sed ut a jure communionis recedentes, ad jus extraneorum quodammodo accederent.

Deinde doctrina conventionis tacitae non minus pugnat cum natura universi juris. Secundum eam doctrinam juris legitimi matrimonialis (sicut juris hereditarii legitimi) hoc est fundamentum, quod conjuges, si ea de re voluntatem expressissent, idem censendi sint constituturi fuisse: jus igitur legis nihil aliud esse, quam praesumptionem et conjecturam de voluntate eorum, ad quos res pertineat. Sed fateor hanc non esse meam de jure sententiam. Quamquam longius esset id copiose explicare. Pauca igitur dumtaxat opponam. Certe concedo jus patrium (si quidem revera jus patrium dici potest, neque obsoletum est) plerumque cum voluntate conjugum convenire, et statuere, quod ipsi statuissent, si ipsorum pactis relictum esset. Sed nego, legis vim hinc manare, quod singulis casibus singuli conjuges ipsum jus legis constituissent. Jus legis licet conveniat cum voluntate populi generali, tamen non valet vi conventionis sive verae sive fictae. Nam longe distat conventio singulorum hominum a generali populi voluntate et consuetudine. Quod enim ex conventionione manat, est meri arbitrii; sed consuetudini populi inest persuasio de eo, quod fieri *oporteat*. Natura ejus est moralis: non licentiae est et voluntatis, sed justitiae et necessitatis.

Hucusque legem per se spectavi, neque facultatis conjugum ab ea recedendi, rationem habui. Hinc tamen a defensoribus conventionis tacitae gravissimum petitur argumentum. Quod distinguas ab argumento, quod modo retuli. Illud enim erat hoc. Lex statuit, quod voluntas conjugum esse intelligitur; revera igitur nihil est praeter aut veram aut fictam conjugum conventionem. Sed argumentum, ad

quod nunc responsurus sum, est hoc. Lex aliquid statuit, sive praesumptam conjugum voluntatem secuta, sive non secuta: id nihil refert; sed quoniam conjuges a lege recedere possunt, propterea, si ab ea non recesserunt, pacto suo et consensu tacito jus legis comprobarunt. Jus igitur legis a MOLINAEO ejusque sectatoribus aut a priori pactum conjugum habetur, lege conjugum voluntatem secuta; aut a posteriori, quum conjuges legem secuti sint. “*Donc avant et après la volonté se trouve toujours dans la communauté légale*”¹. Sed neque haec argumentatio mihi probanda videtur. Nam minime constat, conjuges scientes et volentes jus legis secutos esse, idque igitur comprobasse. Lex etiam eorum statum definit, qui omnis juris ignari nihil omnino ipsi voluerunt; et eorum, qui paciscendi facultatem non habebant; et eorum, qui quamvis a lege dissentirent, voluntatem suam tamen non expresserunt, e. g. quoniam per errorem aliud jus legis esse putarent; et eorum, qui voluntatem suam non rite nec modo lege constituto expresserunt. Denique adeo consensus conjugum non requiritur, ut etiam expressus unius conjugis dissensus nihil efficiat. Sed age fac conjuges scientes et volentes pacta nuptialia non confecisse, et jus legis obtinere ipsos quoque voluisse: tamen magis universae legi assenserunt, quam singula legis placita noverunt et probarunt. Vel sic igitur jus matrimoniale non ex conventionem, sed ex lege descendit, cui se conjuges commiserunt, et quam pro se statuere passi sunt. Viri cel. MONTAIGNE secuti sunt consilium: “*de s’en rapporter à l’usage du païs, et de ne pas s’écarter de la commune et legitime ordonnance; car les Loix y ont mieux pensé que nous,*

¹ TROPLONG, *Contr. de mar.* n. 22.

“*et vaut mieux les laisser faillir en leur eslection, que de nous hazarder de faillir temerairement en la nostre*”¹. Jam utrum revera melius sit legis sapientiae se committere, an pacta nuptialia conficere, in medio relinquam; sed hoc constare puto, unam partem eorum, qui pacta nuptialia non conficiant, id per ignorantiam et incuriam omittere; alteram vero partem propterea, quoniam legis imperio ipsi se committant. Sed quomodo idem TROPLONG, qui verba MONTANII cum laude refert, communionem legalem ex pacto tacito manare contendere possit, non intelligo. Mihi haec docti Magistratus sententia aequae absurda videtur, ac si quis contendat, litigantes si iudicis sententiae se committant neque contradicant, aut si appellandi facultate non utantur, quum possent, tum sententiam iudicis non valere propria vi, sed ex voluntate litigantium. Denique usque eo progredior, ut etiam si qui conjuges inventi sint, qui universum legis jus noverint et scientes probarint, e. g. causarum patronus, qui leges omnes penitus cognovit, et sponsam quoque rem edocuit, ne tum quidem communionem legalem ex conventionione conjugum descendere concedam. Lex etiam tum sua vi obligat. Conjuges imperium legis patiuntur, et quamvis singula volentes patiantur, et prohibere potuissent, quominus ea paterentur, tamen, quum id non prohibuerunt, natura legis non mutatur.

Repudiatur igitur doctrina pacti taciti a plerisque scriptoribus recentioribus. Inter quos eminent HASSE, qui ea, qua insignis est, argumentandi vi et sermone conciso, diversae scholae auctores asperius perstrinxit². Repudiatur

¹ *Essais* L. II, c. 8, cit. a TROPLONG l. c.

² *Beytrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, § 23.

quoque ab omnibus fere Germanistis, qui dicuntur; denique a plerisque recentioribus juris gentium privati interpretibus. Soli remanent scriptores quidam Francici, qui auctoritatem MOLINAEI et POTHIERII contemnere nefas habent ¹.

Non omnes tamen, qui veterem doctrinam repudiant, aequè vehementer in eam invehuntur. Sunt qui similia in locum ejus subrogare conati sint. Ita SAVINIUS ² doctrinam liberae submissionis (“*freie Unterwerfung*”) proposuit. Sed neque hanc concedere possum. Verum est, conjuges se legi submittant necesse non esse, sed a lege posse recedere. At hic subsistendum est. Si quis ex illa omissione *actum liberum* efficiat, atque inde argumentetur, imo omnem legis vim ex eo actu (qui numquam fuit) deducat, eum falli puto. Libera igitur submittio aut nihil significat, aut si *actus* esse intelligitur, a conventionem tacita vix distat, atque iisdem dubiis obnoxia est. Ipse SAVINIUS distinctionem suam vocavit: “*eine allerdings etwas subtile Unterscheidung*” ³. Revera omnis veteris doctrinae mutatio, quam SAVINIUS proposuit, huc redire mihi videtur, quod nomen elegerit minus offendens, et cum famoso contractu sociali minus cognatum.

Postremo adhuc animadvertam, non ex verbis legis hanc quaestionem dijudicari posse. Unde hoc tantum effici possit, quid legislator ea de re *senserit*. Sed quid *statuerit* nostra interest. Distinguenda sunt ea, quae sunt legis, et quae sunt doctrinae. In lege sola est quaestio, quid juris sit; in doctrina, quomodo illud jus intelligendum sit. Si quis tamen verbis legis aut sententiae legislatoris aliquid hac in re tribuat, certe neutrum apud nos pacto tacito favet.

¹ Vid. uberrima argumenti historia literaria apud FOELIX l. c.

² *Syst. d. héut. Röm. Rechts*, VIII, § 379 n^o. 3, coll. § 360 n^o. 2.

³ VIII, p. 112.

Videatur articuli 194 Cod. Civ. nostri et articuli 1387 Cod. Civ. Franc. diversitas, et quae ea de re in Coetu Legislativo acta sunt ¹.

Art. 1387 C. N. "La loi ne régit, l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, cet."

Art. 194 C. C. "De aanstaande echtgenooten kunnen door huwelijksche voorwaarden afwijken van de regelen, opzigtelijk de wettelijke gemeenschap vastgesteld, cet."

Porro art. 174 C. C. communionem bonorum ipso jure ("van rechtswege") obtinere ait. Neque apud nos, sicut in Francia, illi Codicis parti, quae de jure bonorum matrimoniali agit, inscriptus est unus Titulus: *du Contrat de mariage*. Alia hujusmodi argumenta collegit DIEPHUIS ².

Priusquam finem huic tractatui de pacto tacito imponam, videamus quae inde deduxerint Jurisconsulti. Ita mihi facultas erit docendi, pactum tacitum minime desiderari, etiamsi eodem omnino perveniam, quo scriptores, qui istam doctrinam Palladium juris matrimonialis esse existiment. Quaestiones autem, in quibus ea usu venit, sunt haec.

1. Quaestio utrum bona immobilia regantur lege domicilii, an lege rei sitae. — Haec est ipsa quaestio, ex qua omnis MOLINAEI et ARGENTRAEI disputatio orta est. Ille contendebat, universa conjugum bona, ubicunque sita essent, regi jure domicilii mariti: quum lex ex voluntate conjugum obligaret, neque hi jura extera et jura diversa, sed jus sui domicilii et jus unum voluisse intelligendi essent. ARGENTRAEUS vero et MATTHAEUS, rationibus MOLINAEI rejectis, de ipsa quoque quaestione diversam sententiam tulerunt. Equidem hac in re MOLINAEO assentior, licet rationem, quam affert, rejecerim. Sed minime opus est aut pacto tacito aut libera

¹ Vid. VOORDUIN, II, p. 356 et 357.

² *Ned. Burg. Regt*, I, n. 772 et 885.

submissione. Olim quum magni habebatur bonorum mobilium et immobilium diversitas, et gravis erat statutorum realium auctoritas, ea fortasse doctrina opus erat, ut lex domicilii ad bona alibi sita extenderetur. Nunc vero jus magis habetur jus personarum, quam jus territoriale. Sicut igitur reges non terrae hodie, sed populo imperare intelliguntur, ita etiam leges, quae statum personarum definiunt, non bonis, quae sub imperio jacent, sed civibus scriptas esse intelligimus. Nihil igitur refert, ubi bona sita sint. Neque utrum mobilia an immobilia sint. Bona etiam immobilia ad universitatem bonorum, ad patrimonium, nos putamus pertinere. Centrum autem universi patrimonii est persona domini. Id igitur solum refert, quod personae domicilium, quaeve personae sit lex ¹.

Dicat quis huic sententiae adversari apud nos articulum 7 Legis generalia praecepta continentis, quo statutum est, ut bona immobilia regerentur lege rei sitae. Sed aliud est quid efficiant, aliud quae sint statuta realia. Neque eadem nunc ad statuta realia pertinere intelliguntur, quae olim. Est haec res juris consuetudinarii, idque tempore progressum est et flexum. Parum igitur hac in re leges nobis prosunt, quarum indolem bene definivit SAVINIUS hisce verbis: “Die Gesetze über die Behandlung der Collisionen “sind meistens nur der Ausdruck irgend einer unvollständigen ungenügenden Theorie” ².

2. Quaestio, quo jure regantur conjuges, si alibi nuptiae contractae sunt, quam ubi conjuges habitant. — Etiam haec

¹ Cf. VON SAVIGNY, *System*, VIII, § 360, n. 3 et § 366. Contra, FOELIX, § 9 et 57.

² *System*, VIII, p. 130. Cf. (eod. § 378) ejusdem interpretatio paragraphi 32 juris generalis Borussici, quae convenit cum art. 7 Legis nostrae.

quaestio a Viro doct. TROPLONG ¹ deciditur, adhibita doctrina pacti taciti. Conjuges enim quamvis peregre nuptias contraxerint, tamen jus exterum sequi noluisse contendit. Sed neutiquam hac doctrina opus est. Statuta enim personalia sequuntur personam ubicunque degit. Jus igitur matrimoniale non regitur lege ejus loci, quo nuptiae contrahuntur, sed lege domicilii mariti. Paroemiam juris gentium privati: "locus regit jus matrimoniale," nondum cognovi.

3. Quaestio, an mutetur jus matrimoniale, si conjuges in aliam patriam migrant. — Sed hanc postea tractabo, ubi de immutabilitate juris matrimonialis agam.

De doctrina pacti taciti tantum.

B. Altera doctrina a multis proposita est haec: duos esse juris matrimonialis fontes, legem et pacta nuptialia, atque id hoc modo, ut lex unius juris sit fons, pacta vero nuptialia aliorum jurium: si nihil conjuges pacti sint, jus legis, i. e. communionem bonorum universalem, obtinere; sin pacta nuptialia confecta sint, haec juris matrimonialis esse fontem. — Haec sententia magis, quam praecedens, legi tribuit quod legis est. Sed in eo peccare videtur, quod legis effectum finibus communionis bonorum universalis circumscribat, deinde quod nimis voluntatem conjugum et legem a se invicem divellat; una juxta alteram posita, sed necessitudinis inter utramque nulla ratione habita.

C. Denique meam hac de re sententiam exponam. — Facultas conjugibus data est, ut ipsi, facto et voluntate sua, jus matrimoniale constituent; sed lex tamen voluntati conjugum accedit, ac praecepta, consilium, auctoritatem interponit. Puto legem esse et juxta pacta nuptialia,

¹ *Contr. de mar.* n. 33.

et in pactis nuptialibus, et supra pacta nuptialia. Puto legem voluntatem conjugum ducere, deinde ea quae voluerunt explere et explicare, denique libertatem eorum cohibere et circumscribere. Haec accuratius definiam.

Primum lex varia jura proponit, quid iis proprium sit statuit, qui sint eorum effectus ostendit. Lege igitur jura matrimonialia definiuntur, sive ipso jure ea obtineant, sive a conjugibus pactis nuptialibus adoptentur. Itaque (et haec prima est autonomiae restrictio) libera conjugum voluntas magis est adoptio, submitio, receptio, quam spontanea constitutio. Non solum lex non sequitur voluntatem conjugum, sed contra conjuges legem sequuntur. Non tamen libertas conjugibus ademta est, quaedam definiendi et constituendi, quae lege definita et constituta non sunt, salvis vetitis. Sed de hac libertate duo mihi monenda sunt. 1^o. Varietas jurium matrimonialium revera non ita est infinita, ac proponi solet. Varias sunt hominum condiciones, et mores, et de eo, quid juris esse oporteat, opiniones; sed numerus non ita magnus jurium matrimonialium huic varietati respondet. 2^o. Conjuges non prohibentur pactis nuptialibus multifaria pacisci, sicut pactis communibus; sed eorum tum effectus non latius quoque quam pactorum communium tendit. Varietas ex iis praesertim oritur, quae solos conjuges spectant: donationes, legata, heredis institutiones, doaria, cetera. Quae pactis quidem nuptialibus continentur, sed ad autonomiam, i. e. ad jus, quod conjuges sibi et tertiis constituunt, proprie non pertinent.

Deinde lex ex iis, quae proponit, quaedam aliis praefert, eaque ut ipso jure obtineant providet. Non tamen absolute; sed ita ut si qui nihil pacti sint neque omnino de re cogitaverint, eorum jus ipsa constituat; iis vero, qui sua voluntate jus suum definire cupiant, consilium quasi det

eorumque voluntatem ducat; sicut eleganter scripsit FOELIX ¹: “La loi imprime une direction aux faits de “l’homme.” Lex statuit, quid optandum et naturale sit; sed libertatem concedit, ut ab eo recedatur. Ac si inde recessum est, iterum lex statuit, quid deinde optandum et naturale sit; neque umquam conjuges relinquit, sed perpetuo libertatis eorum est dux. Minus recte igitur sola communitio bonorum universalis jus legitimum esse habetur. Revera multa praeterea sunt, quae ipso jure obtinent.

Denique lex circumscribit. Quaedam enim absolute praescripta sunt, neque ab iis recedere licet. Ultimus est terminus, quem transgredi non permittitur. Sicut igitur modo ostendi, quaedam esse, quae locum haberent, nisi exclusae essent, ita haec locum habent, etiamsi exclusae sint.

Summa eorum, quae proposui, est haec. Jus matrimoniale aut lege constituitur, aut voluntate conjugum. Huic tamen plerumque lex accedit. Quod si fiat, factum conjugum aut in electione, aut in libera submissione, aut in necessaria submissione consistit. Ex triplici autem definitione autonomiae tres manant quaestiones, de quibus sequenti paragrapho acturus sum :

1°. Quae sint variae juris matrimonialis figurae, ex quibus conjugibus electio detur?

2°. Quatenam earum ipso jure obtineant, et quo ordine?

3°. Quis sit ultimus terminus, quem conjuges excedere prohibeantur?

Ubi haec absolverim, rem penitus tractasse mihi videor.

¹ *Droit intern. privé*, § 90 coll. § 87.

§ 4.

De variis juris matrimonialis figuris.

Quaestio prima: *Quae sunt variae juris matrimonialis figurae, ex quibus conjugibus electio datur?*

Varium conjugum jus esse potest et respectu bonorum communicandorum, et respectu onerum matrimonii, et respectu potestatis maritalis, et respectu condicionis uxoris. De quibus duplici modo agi potest: ut aut per se quidque spectetur, et de singulis singula sive lege sive pactis nuptialibus constituentur; aut quaedam eorum jungantur, et juris matrimonialis quasi figurae fiant. Ejusmodi figurae in Francia dicuntur *régimes*, in Germania *Güterrechte* vel *Gütersystemen*. Apud nos vero proprium nomen non habent, quoniam ipsa res nobis minus nota est. Jure enim patrio antiquo varia jura matrimonialia ipsa lege recepta et definita non erant. Unum erat jus patrium (*landrecht*). A quo certe saepissime sponsi recedebant; sed plerumque non ita, ut aliud juris systema excluderetur, aliud adoptaretur. Communio bonorum non erat juris matrimonialis figura ex multis una; neque ea pure excludi solebat; sed singulis, quae ex ea sequuntur, derogabatur. Stipulabantur igitur sponsi, ut bona redirent ad latum, unde venissent; vel ut bona cuique salva forent; vel ut bona haec vel illa in communionem non venirent; vel ne de aere alieno ante nuptias contracto teneretur conjux, qui non deberet; vel ne uxor teneretur de debitis in matrimonio contractis; vel ne uxoris bona administraret maritus; alia.

Eadem erat ratio juris matrimonialis Francici. Quod primum certo quodammodo ordine disposuit POTHIER ¹. Hunc rursus

¹ *Traité de la communauté*, Pars I, cap. 3.

secuti sunt legislatores Francici. Sed neque in opere Viri cel. POTHIER, neque in Codice Napoleontico (qui nimis fideliter celebrem JCtum imitatus est) bene distinguuntur ea, quae revera diversae juris matrimonialis figurae dici possunt, ab iis clausulis, quibus haec vel illa figura leviter tantum mutatur. Ita articulo 1391 C. N. duo dumtaxat nominantur jura (*régimes*): jus communionis et jus dotale. Reliqua omnia nomine clausulae (*clause*) usurpantur. Praestat art. 67 C. M. Fr., quo tria jura enumerantur, addito jure separationis. Sed recte ab interpretibus observatum est, si Codicis dispositionem et ipsarum conventionum naturam cognoverimus, plura esse jura diversa reperiri. MARCADÉ ¹ quinque jura distinguit:

la communauté légale,
la communauté conventionnelle,
l'exclusion de communauté,
la séparation de biens,
le régime dotal.

Quod vero secundo loco communio pacticia nominata est, minus recte factum esse videtur. Est enim magis nomen generis, quo plures species comprehenduntur, velut communio acquaesuum, communio universalis, aliae. Sed quum haec ad jus Francicum pertineant, et exempli gratia tantum a me allata sint, plura ea de re non addam.

Codex noster inter jus patrium antiquum et Codicem Francicum positus est, partim hujus, partim illius rationem secutus. Quasdam igitur juris matrimonialis figuras distinxit et separate tractavit, ita ut certo nomine designari, et verbo a conjugibus vel excludi vel adoptari possint,

¹ Ad Tit. V Libri III Cod. Nap., n. II.

velut communionem bonorum universalem, communionem lucri et damni, communionem fructuum et reddituum. De aliis vero rebus magis in genere egit, velut de potestate maritali et de condicione uxoris. Unde quaedam nascuntur difficultates, quum dubitari possit, quid huic vel illi juri proprium sit. Ita e. g. status uxoris ex iisdem semper articulis Tituli VI cognosci oportet; quum tamen fieri non possit, ut jus uxoris idem sit, et ubi communio est et ubi non est, et ubi maritus bona uxoris administrat, et ubi ipsa sibi administrationem bonorum suorum stipulata est. Hac in re praestare mihi videtur Codex Civilis Francicus, in quo primum generalia principia exposita sunt Tit. V Cap. 6 Libri I, deinde Titulo V Libri III ad singulas juris matrimonialis figuras applicata, et quantum necesse est, flexa. Quocunque vero modo res Codice nostro tractata sit, et quocunque nomine dicta, tamen divisio quaedam et recensio, quae non omnia quidem, sed praecipua jura matrimonialia comprehendat, eaque certo ordine disponat, etiam nobis facienda videtur. Quod enim Codex inchoatum reliquit, doctrinae absolvendum permittitur. Distinctiones igitur graviores faciendae sunt, quibus materies comparata ordinetur. Erunt quasi viae per labyrinthum; spatium vero intermedium conjuges suis pactis explere et variare possunt.

Si quis igitur diversa jura matrimonialia, quae lege nostra recepta et definita sunt, ita recensenda et dividenda esse existimet, ut aut communio bonorum sit, sive universalis sive particularis, aut sua cuique bona propria sint: eum puto et graviora quaedam omittere, et male dividere. Divelluntur enim cognata, junguntur diversissima. Mihi quidem sequens divisio plurimum placet:

I. Jura communionis.

- a. Communio bonorum universalis (art. 174—193).
- b. Communio lucri et damni (art. 210—218).
- c. Communio fructuum et reddituum (art. 219).
- d. Administratio et ususfructus mariti (art. 160 et 201).

II. Jura separationis.

- a. Ususfructus et administratio separata per pacta nuptialia (separatio bonorum pacticia, art. 195 § 2).
- b. Ususfructus et administratio separata per sententiam judicis (separatio bonorum judiciaria, art. 249).

Haec divisio ab ea, quae vulgo proponitur, hac in re differt, quod illud jus, quod sub litera *d* nominavi, plerumque non communioni, sed separationi accenseatur. Quod fit, et quoniam illius juris propria natura non agnoscitur, et quoniam communioni et separationi alia significatio tribuitur, atque ego illis tribuo. Utroque igitur respectu divisio mea orationem pro domo desiderat.

Jus administrationis et ususfructus maritalis (quod art. 160 et 201 definitum est) et minoris facere solent scriptores, quam fas est, et naturam ejus haud raro pervertunt. Tria hic mihi animadvertenda sunt. Primum pertinet illud ad jus bonorum, neque personas tantum conjugum spectat, sicut quidam docuerunt, secuti dispositionem Codicis nostri, qui articulum 160 in Titulo VI *de juribus et officiis conjugum* collocavit, quasi aut Titulus VII et VIII de juribus et officiis conjugum, aut de bonis Titulus VI non ageret. Deinde eadem Codicis dispositione factum est, ut jus articuli 160 aliquando haberetur et proponeretur tamquam regula absoluta; quum tamen illud jus non sit unum semper, sed diversum

et a jure mariti in bonis communionis, et ab eo juris systemate, ubi ipsi uxori ususfructus et administratio bonorum suorum concessa est. Altero igitur loco contendo, jus administrationis et ususfructus maritalis inter varias juris figuras admitti oportere. Denique illud ad jura communionis pertinere contendo. Natura ejus prorsus perverti mihi videtur, quod secundum regulas juris Romani explicatur. Unde fit, ut in systemate juris desinat esse jus conjugum, sed solitum fiat jus extraneorum, quod utrum inter conjuges quoque, necne, usu veniat, nihil referat quod ad jus. Scriptores vero Germanici recentiores propriam hujus juris naturam luculenter exposuerunt, neque illud minoris fecerunt, neque minus juris Germanici indolem referre, neque minus a jure Romano diversum, neque minus naturae matrimonii congruum esse existimarunt, quam communionem bonorum, quae dicitur. Nomen scriptores Germanici in infinitum variarunt. Vocarunt eam communionem usufructuariam (quam distinguas a communione fructuum), deinde *äus- zere Gütergemeinschaft* ¹, *formelle Gütergemeinschaft* ², *Gütervereinigung*, *Gütereinheit*, *Güterverbindung* ³. Praestare mihi videtur, quae magis certa sit, WALTERI ⁴ definitio: "*das unter der Nutzgewalt des Ehemannes geeinte Ehegut.*" Dicitur quoque jus Speculi Saxonici, ex quo etiam nomen manavit: *ungezweiet Gut*, i. e. bona individua nec separata, sed tamen non ita confusa, ut unum prorsus sit patrimonium ⁵. Hollandiae quoque jure antiquo res est notissima,

¹ HASSE, *Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischen Recht*, Introd. § 8.

² RUNDE, *Deutsches eheliches Güterrecht*, § 33.

³ BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, § 151, n. 3.

⁴ *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, § 192.

⁵ Spec. Saxon. I. 31: "Mann und Weib haben kein gezweiet Gut bei *ihrem Leben.*"

ubi, quamvis utriusque patrimonia confusa non essent, tamen bona separata non erant; sed lata erat viri bonorum alienandorum et debita contrahendi potestas, omni hac in re inter bona viri et bona uxoris distinctione sublata. In Codice quoque Francico civili res suum locum invenit; sed nomine valde improbando dicta est: *la clause portant que les époux se marient sans communauté* ¹.

Comperta hujus juris natura, jam ultro apparet, quare omnium jurium summam divisionem hanc fecerim, ut aut communioni aut separationi ea accenserem. Quarum utriusque propria et diversa est natura. Communio enim separationi opposita est, sicut jus Germanicum juri Romano, sicut jus conjugum juri extraneorum, sicut bona individua (*ungezweites Gut*) bonis dividuis (*gezweites Gut*). Attamen vel ubi separata sunt bona, aliquam vim communio vitae habet, in eo, quod uxori ad graviora negotia auctoritate et consensu mariti opus est. Quod si deficeret, uxor etiam nostro jure, sicut olim Romae, ejusdem prorsus esset conditionis ac quaevis alia persona: "*une pensionnaire dans la maison du mari.*" ²

Restat ut de nominibus verbum addam. Usus sum voce *separationis*, non solum ut illud conjugum jus designarem, quod, communionem per sententiam iudicis sublata, existit; sed eadem quoque voce usus sum, ubi idem jus pactis nuptialibus introductum est. Hac in re secutus sum usum dicendi legis Francicae. Recessi vero a lege nostra; qua consulto vox *separationis* omissa est, ne duae res confundantur ³. Sed non metuo, ne confundantur; inprimis vero

¹ Art. 1530—1535 C. N.

² LABOULAYE, *Condit. civ. et polit. des femmes*, p. 62.

³ Vid. VOORDUIN ad art. 195 C. C., annot. IV (II, p. 361).

curo, ut conjungantur. — Magis fortasse offendet usus vocis *communione* pro nomine generis. Ac concedo id confusione cuidam locum dare posse, quum eidem verbo lege alia significatio tribuatur. Neque igitur vocem urgeo. Si quis meliorem habeat, libenter arripiam. Equidem vero non habui, quo melius peculiarem conjugum condicionem, ab extraneorum jure diversam, designarem. Deinde nomen non a me male generi, sed ab aliis speciei datum esse contendo. Nam revera non in sola communione bonorum, quae dicitur, peculiare conjugum jus et natura matrimonii cernitur; sed ea ex multis formis, quibus communio conjugalis apparet, una est. — Denique hoc etiam atque etiam monitum volo, communionem conjugalem, quam dico, *prorsus diversam* esse a communione juris Romani. Est res jure Romano ignota, nec solum inter conjuges ignota, sed omnino ignota. Nulli igitur systemati nec divisioni juris Romani adaptari potest. Non est "*juristisch construierbar*," sicut rectissime ait LENZ¹, scilicet si, ut LENZIO videtur, jus Romanum solum *juris* nomine dignum sit.

Quaestio secunda: *Quaenam juris matrimonialis figurae ipso jure locum habent, et quo ordine?*

Si conjuges nihil pacti sunt, ipso jure obtinet universalis bonorum communio.

Art. 174, § 1 C. C. "Van het oogenblik der voltrekking des huwelijks bestaat, van regtswege, algeheele gemeenschap van goederen tusschen de echtgenooten, voor zoo verre daaromtrent bij huwelijksche voorwaarden geene andere bepalingen gemaakt zijn."

Sin vero communio bonorum a conjugibus pactis nuptialibus sublata est, ipso jure obtinet communio lucri et damni.

¹ *Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule*, pag. 349.

Art. 199, § 1: “De uitsluiting der gemenenschap van goederen brengt geene uitsluiting van winst en verlies mede, ten ware ook deze uitdrukkelijk uitgesloten mogt zijn.”

Sed quid si nominatim sublata et exclusa est? Sunt qui communionem fructuum et reddituum tum ipso jure obtinere contendunt; sunt qui negent. Inter priores nominandus est DIEPHUIS¹. Inter posteriores SCHÜLLER² et OPZOOMER³. Expressa legis placita non dantur. Hanc ob rem communionem fructuum et reddituum ipso jure locum habere negat SCHÜLLER. Hanc ob causam de re dubitari posse, et ad indolem legis confugiendum esse contendit DIEPHUIS. Videmus quid inde deduxerit vir amplissimus.

Statuit DIEPHUIS legem nostram communioni bonorum favere, adeo ut omnia, quae sublata non sint, communionis jure regantur, eaque, quantum fieri possit, et quam diu fieri possit, conjugum sit jus. Hinc manare, ut communio lucri et damni ipso jure obtineat, ubi communio bonorum exclusa sit; quod praeterea expressis verbis articulo 199 statutum sit. Sed ex eodem principio manare, ut etiam communio fructuum et reddituum ipso jure obtineat, ubi et communio bonorum et communio lucri et damni exclusae sint; neque necesse esse, ut id, quod ex lege sequatur, expressis verbis iterum confirmetur. — Mihi hisce argumentis nondum persuasum est, ut Viro ampl. assentiar. Videtur DIEPHUIS non satis attendisse, communionem bonorum et communionem lucri et damni et communionem fructuum et reddituum singulas esse juris matrimonialis figuras, diversas et distinctas. Conveniat fortasse ejus argumentatio juri patrio antiquo, quo non tres, sed una erat communio, neque igitur ipsa bonorum

¹ *Ned. Burg. Regt.*, I n. 951.

² *Burg. Wetb.*, ad art. 199 et 219.

³ *Burg. Wetb.*, ad art. 199 (I, p. 81 seqq.).

communio tollebatur, alia subsistente communionem, sed quaedam communionem eximebantur, aliis sub communionem remanentibus. Quum igitur ipsa communio bonorum subsisteret, ultro apparet in eam omnia bona venisse, quae nominatim exempta non essent. Ita etiam intelligenda mihi videntur verba GROTII¹: “De vruchten van goederen komen ook in gemeenschap, ten ware dezelve namelijk daaruit gehouden waren”. Fructus igitur et reditus in communionem bonorum universalem veniunt. Communionem vero particularem fructuum et redituum frustra in jure patrio antiquo quaesivi². At prorsus aliter res nunc sese habet. Apud nos dum communio bonorum universalis subsistit, omnia, quae ea communionem continentur, valebunt, nisi nominatim sublata sint. Hoc, et nihil amplius, sequitur ex artt. 174, 194, 205, 207, 208. Ubi vero ipsa communio bonorum sublata est, communio lucri et damni obtinet; sed id unice articulo 199 nititur. Neque idem de communionem fructuum et redituum, deficiente legis placito, statui potest. Si quis autem id ex ipso art. 199 deducere velit, eum argumento ab analogia mire abuti putem.

Fuse quoque DIEPHUSIUM refutavit OPZOOMER. Attamen etiam hic quaedam scripsit, quae minus probanda mihi videntur. Ait OPZOOMER communionem bonorum omnia comprehendere: si quis igitur communionem bonorum excluserit, eum eodem actu etiam communionem lucri et damni et communionem fructuum et redituum exclusisse, quae priore contineantur. Quod tamen nego. Aliud est omnem bonorum communionem, aliud communionem omnium bonorum excludere. Videtur etiam OPZOOMER non satis attendisse,

¹ *Inleiding*, II, 12, § 12.

² Cf. OPZOOMER l. c.

communione bonorum esse juris matrimonialis figuram ex pluribus unam. Deinde OPZOOMER legislatorem reprehendit, quod articulus 199 negative conceptus sit. Praestare putat articulum 179 Cod. Lud. Nap.: “Schoon de gemeenschap van goederen is uitgesloten, heeft echter plaats de gemeenschap van winst en verlies”. Hinc enim apparere communionem lucri et damni lege introductam esse; quum forma nostri articuli ostendere videatur, eam etiam sine expressis legis verbis subsistere, modo ne pactis nuptialibus sublata sit. — Etiam hic Viro clar. non assentior. Formam articuli nostri, per negationem conceptam, laudo. Ea enim significatur fundamentum juris matrimonialis nostri non esse jus separatum extraneorum; neque igitur communionem lucri et damni novi aliquid esse, lege introductum; sed naturae matrimonii et conditioni conjugum congruum, lege confirmatum. Quod vero lege confirmatum et statutum non est, nobis supplere hic non licet. Num igitur ex forma articuli 199 sequitur, etiam communionem fructuum et reddituum ipso jure locum habere? Neutiquam. Sed hoc inde sequitur, lege si id statutum esset, eadem tum forma statutum fuisse oportere.

Communione igitur fructuum et reddituum nego ipso jure locum habere: primum quoniam id lege statutum non est; deinde quoniam *aliud* lege statutum est. Hoc est alterum argumentum meum et priore gravius. Hoc autem nunc exponam.

Supra quatuor nominavi jura communionis, et quarto loco illud jus nominavi, si bona quidem propria sunt, sed administratione tamen et usufructu conjuncta. Hanc autem juris matrimonialis figuram ipso jure locum habere contendo; eamque ordine sequi communionem lucri et damni ex ipsa articulorum dispositione apparet. Postquam enim lex articulo 199 statuit, communionem lucri et damni, com-

munione bonorum exclusa, obtinere, articulis 200 et 201, quid deinde fiat, statuit.

Art. 200. "Ook kan, in geval van uitsluiting of van beperking van gemeenschap, de som worden bepaald, welke de vrouw jaarlijks tot de huishouding en de opvoeding der kinderen uit hare goederen zal moeten bijdragen."

Art. 201. "Bij gebreke van bedingen daaromtrent, zijn alle de vruchten en inkomsten uit de goederen van de vrouw ter beschikking van den man."

Memorie van Toelichting ¹. "Indien de echtgenooten ook de gemeenschap van winst en verlies hebben uitgesloten, en ieder hunner den eigendom zijner eigene goederen behoudt, kan echter de vrouw zich niet stilzweigend onttrekken het hare bij te dragen tot de huishouding en de opvoeding der kinderen; zij kan bij de huwelijksche voorwaarden de hoegrootheid van haar aandeel in die lasten vaststellen, doch bij gebreke van bedingen daaromtrent, komen al de vruchten en inkomsten, uit hare goederen voortkomende, ter beschikking van den man."

Quum igitur duplici modo reditus uxoris cum reditibus viri confundi queant, aut per communionem fructuum et redituum, aut per usumfructum maritalem, non prius lex, sed posterius ipso jure locum habere constituit.

Quod contra hanc sententiam, quam etiam SCHÜLLER proposuit, argumentatus est DIEPHUIS, collationem redituum prorsus alienam esse a quaestione proposita, non intelligo. Revera enim nihil minus alienum esse potest. Vinculum est inter utramque, et internum per cognationem rerum, et externum, quod ex dispositione articulorum et ex historia legis cognoscitur. Quod ut magis pateat, praeter verba legislatoris supra citata, etiam sequentes articulos Codicis Ludovici Napoleontis describam:

Art. 65. Al wat bij huwelijksvoorwaarden uit de gemeenschap niet is uitgesloten, blijft in de gemeenschap.

¹ VOORDUIN, II, p. 369.

Art. 66. De gemeenschap van goederen enkel zijnde uitgesloten, blijft de gemeenschap van winst en verlies.

Art. 67. De gemeenschap van winst en verlies, uitdrukkelijk zijnde bedongen, sluit de gemeenschap van goederen uit.

Art. 68. Beiden uitdrukkelijk zijnde uitgesloten, blijft echter de gemeenschap van de vruchten, baten en inkomsten der aangebragte en naderhand opgekomen goederen.

Art. 69. Men kan deze laatstgemelde gemeenschap bij beding inkorten, door te bepalen, hoeveel elk der echtgenooten, uit zijne eigene inkomsten, in de algemeene huishouding zal inbrengen, of dat de kosten der huishouding, en alle de lasten van het huwelijk, uit de goederen van een van beiden, zullen worden gedragen ¹.

Ex hac serie jurium matrimonialium a legislatore nostro exemta est una communio fructuum et reddituum, in cujus locum substitutus est ususfructus mariti. Cetera vero manserunt, ita ut aut omnes reditus ipso jure conferantur, aut pars eorum, si id pactis nuptialibus constitutum est.

Tres igitur juris figurae ipso jure obtinent, suo quaeque loco et ordine, nisi exclusae sint. Transeo ad ea, quae tolli non possunt; quae igitur valent, etiamsi exclusae sint.

Quaestio tertia: *Quis est ultimus terminus, quem conjuges excedere prohibentur?*

Libertas conjugibus data est, ut ipsi quoque novi aliquid constituent. Possunt a juribus lege propositis et definitis recedere, et multifaria pacisci, quibus spatium, quo diversa jura distant, completur. Attamen etiam haec pacta ad singula jura legitima quasi pertinent; deinde extremus iis terminus constitutus est, quem excedere non possunt.

1. Primum agam de pactis, quae ad communionem bonorum pertinent. Quorum praecipua sunt haec: pacta de iis, quae in communionem veniant; pacta de partibus, quas conjuges in communione habeant; pacta de potestate ma-

¹ Cf. art. 353, 360 et 361 Speciminis anni 1820.

riti in bonis communibus. De singulis quaedam animadvertam.

a. Pacta de iis, quae in communionem veniant. — Licet bona ex communionem eximere. Nusquam enim vetitum est, neque naturae communionis adversatur. Contra ejusmodi pacta semper usu venerunt. Articulus quoque 175 C. C. ostendit, licet communio bonorum obtineat, tamen quaedam conjugibus propria esse posse. Non tamen propterea fit communio particularis, sed communio est universalis minus plena; scilicet nisi bona per universitatem excludantur, sed si singula eximuntur. ¹

Finitima huic est quaestio, an etiam debita quaedam communionem eximi possint, ita ut eorum causa bona communionem vendi nequeant. Ex art. 176 C. C. haec quaestio dirimi non potest. Quo statutum quidem est, ut omne aere alienum in communionem veniret; sed articulo quoque 175 statutum est, ut omnia bona in communionem venirent; idque ipsum quaeritur, an articulo 176 derogari possit, sicut articulo 175. Ac puto inter conjuges pactum vim habere, adversus tertios vero nihil efficere. Jura enim tertiorum lege definiuntur. Lex autem universa bona cum omni aere alieno conjunxit, atque unum cujusque hominis patrimonium esse voluit, et dum vivit, et ubi defuncti bona in alium transeunt ². Idem jus in communionem bonorum quoque obtinet, quae est quasi successio per universitatem. Ipsa quidem lex huic regulae derogare potuit. Ita exempli gratia in communionem lucri et damni quaedam debita cum bonis communionem, quaedam cum bonis cuique propriis lege conjun-

¹ Cf. HASSE, *Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, § 41—43 et 50—54.

² Art. 1147 et 1177 C. C.

guntur, et tria patrimonia fiunt. Ita in Francia quoque lex bona mobilia et acquæstus cum aere alieno conjunxit; deinde quædam uxoris debita in communionem non venire statuit¹. Sed si fundamentum historicum et legitimum deficit, ubi aliud erit fundamentum? Conjugum arbitrio hoc relinqui non potest. Privatis hominibus non licet sua auctoritate novas bonorum et debitorum universitates conficere. Possunt quidem conjuges bona quædam communionem eximere; sed singulæ sunt res, quæ sua debita non habent. Numquam fit patrimonium, proprie sic dictum². Si quis conjugibus eam potestatem velit concedere, ut pro arbitrio constituent, quæ bona quibus debitis obligata sint, omnis fides corruat. Consequens esset, ut conjuges omnia bona in communionem inferre possent, omnia debita eximere. Quod certe nemo contendat. Sed si hoc negas, ubi sunt fines, quid fieri, quid non fieri possit? Si bona propria ad debita propria solvenda sufficiunt, res est parvi momenti; at si non sufficiunt, eadem rei iniquitas inest, sive omnia sive quædam debita communionem exempta sint. Semper inde sequitur, ut creditores debitorum benevolentiam committantur. Id autem vetitum est articulo 14 Legis generalia præcepta continentis, et ipso articulo 194 C. C. Denique quod a nonnullis proponitur argumentum, pacta nuptialia promulgari, id nihil efficit. Non enim promulgando tertiis jus auferre licet. Sed ad hæc postea reversurus sum.

b. Pacta de partibus definiendis, quas conjuges in communionem habeant. — Solent conjuges post dissolutum matrimonium dimidiam quisque partem bonorum nancisci, et

¹ Art. 1424, 1426 Cod. Nap.

² Vid. de natura patrimonii HASSE, *Revision*, § 50; idem *Ueber Universalitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession*, in *Archiv f. d. civ. Praxis*, V, p. 1—68.

dimidium aeris alieni ferre. Sed pacisci possunt, ut inaequales sint viri et uxoris partes. Extremum vero terminum constituit art. 197, quo prohibitum est, ne impares sint commodi et incommodi partes.

c. Pacta de potestate mariti in bonis communionis. — Articulo 179 latissima marito in bonis communionis potestas conceditur, jus utendi et abutendi, potestas domini. Restricta tantum est quod ad donationes (art. 179 § 3 et 4), et quod ad jus testandi (art. 950). Comparari igitur potest cum jure domini ejus, qui liberos habet. Haec potestas mariti ad necessaria communionis pertinet. Solum sibi uxor pacisci potest, ne bona immobilia et obligationes suo nomini inscriptae, quae ipsa in communionem contulit, a marito, nisi ipsa consentiente, alienari possint. Sed ex dispositione articuli 195, quo illa facultas data est, apparet hunc ultimum hac in re esse terminum, neque ulterius a potestate mariti conjuges recedere posse, dum communio bonorum subsistit.

2. Ubi omnis communio exclusa est, utriusque tamen conjugis bona communi administratione conjuncta sunt. Legitimam tum mariti potestatem definit art. 160. Quam tamen conjugibus aut extendere aut restringere licet. Imo omnem bonorum uxoris administrationem marito adimere et ipsi concedere licet. Sed etiam huic libertati ultimus terminus constitutus est articulis 163 et 165. Numquam enim uxori, sine auctoritate mariti vel judicis, graviora negotia peragere aut in jus venire licet.

3. Denique quaedam de redditibus conferendis mihi moneunda sunt. Plerumque redditus simul cum ceteris bonis communicantur; sed etiam ubi communio, proprie sic dicta, non est, tamen uxori bonorum suorum redditus conferendi sunt ad sustinenda onera matrimonii; ejusque rei haec est ratio, ut aut omnes conferantur (art. 201), aut pars (art.

200, 248 § 1), aut nihil (art. 195 § 2). Sed rursus lex ultimum constituit terminum. Nam quidquid conjuges pacti sint, semper tamen si maritus ad paupertatem pervenit, impensae matrimonii ex bonis uxoris solvendae sunt; art. 158, 159, 248 § 2.

CAPUT II.

DE FORMA, QUA PACTA NUPTIALIA CONFICIANTUR
OPORTET.

§ 5.

De tabulis nuptialibus coram notario conficiendis. De ratione, qua voluntas conjugum pactis nuptialibus consignetur. De mutationibus ante nuptias contractas faciendis.

Inter ea, quae ob propriam pactorum nuptialium naturam praescripta sunt, primum nominavi certam formam. De qua igitur primum agere me cogit opusculi mei dispositio, non argumenti gravitas. Perspicua enim sunt legis placita; paucissimae dantur quaestiones et raras controversias. Unus aliquando vel alter dissentit Jurisconsultus; sed quae ejusmodi prolata sunt, magna plerumque argumentorum vi reliquorum scriptorum omnium consensu explosa sunt. Narrandi igitur magis et referendi, quam disputandi et judicandi officium mihi incumbit.

Tria inprimis sunt, de quibus agendum est.

1. Solemnis pactorum nuptialium forma.
2. Ratio, qua voluntas pactis nuptialibus consignetur.
3. Solemnitates, quae postulatur, si quid ante nuptias contractas in pactis nuptialibus mutandum videtur.

I. *Solennis pactorum nuptialium forma.*

Art. 202 § 1 C. C. “De huwelijksche voorwaarden moeten, op straffe van nietigheid, vóór het aangaan des huwelijks, bij notariële akte worden verleden.”

Supra exposui, quantum et conjugibus et tertiis gravitatis habeant pacta nuptialia. Quae igitur certissima sint necesse est: primum ut omni dubio careat, utrum pacta nuptialia confecta sint, necne; deinde ut tempus certum sit, quo confecta sunt; denique quae iis scripta sunt ne mutari, deleri vel adulterari possint.

Idem in Francia quoque praeceptum est ¹. Sed alia jure patrio antiquo usu recepta erant. Sponsorum plerumque arbitrio relictum erat, utrum publicas an privatas tabulas conficere vellent. Imo in Hollandia nudis verbis pacta nuptialia confici poterant. Apud Trajectinos requirebatur, ut coram notario et testibus conficerentur, si pactis adjiceretur condicio, ne mariti debitis ante nuptias contractis obligaretur uxor. In multis quoque patriae regionibus requirebatur consanguineorum praesentia et subscriptio. Denique, sicut in Introductione jam monui, prima olim vestigia reperiabantur eorum, quae lege nostra, melius perspecta pactorum nuptialium natura, explicata et certius constituta sunt. ²

Solennis pactorum nuptialium forma, quam lex praescripsit, est stricti juris. Irritum enim esset legis praeceptum, si impune posset negligi. Tabula igitur privatim confecta, ac deinde notario tradita apud eumque deposita, in tabulae authenticae locum substitui non potest. ³ Si quid

¹ Art. 1394 C. N. Cf. POTHIER, *Introd. au traité d. l. commun.*, n. 12.

² Ample de forma pactorum nuptialium secundum jus patrium antiquum scripsit ARTZENIUS, *Inst. jur. belg.*, Tit. V n. 11—30.

³ DIEPHUIS, I n. 900; TROP LONG, *Contr. d. mar.*, n. 185.

autem hac in re observatum non est, pacta nulla sunt, et communio bonorum obtinet. Quaeri potest, an ipsis quoque conjugibus adversus tertios haec nullitas prosit. Sed ad hanc quaestionem respondebo Capite sequenti, ubi de promulgatione juris matrimonialis agam, quae cum effectu pactorum nuptialium adversus tertios arctissime conjuncta est.

Jubet praeterea art. 202, pacta nuptialia ante matrimonium confici; quod cohaeret cum immutabilitate juris matrimonialis. Capite igitur quarto hac de re agam.

Denique verbo adhuc moneam oportet, sponsis minorennibus ad pacta nuptialia conficienda eorundem auctoritate opus esse, quorum consensus ad ipsum matrimonium contrahendum requiritur ¹. Qua in re tria animadvertenda sunt, quae a jure communi recedunt. 1^o. Ipse pupillus contrahit, quum in ceteris tutor pro pupillo contrahere soleat. 2^o. Non tutor qua talis, sed parentes et avi auctoritatem interponunt; deinde, si deficiunt, tutor. 3^o. Auctoritate interposita pupillus quaevis contrahere potest, nullis praeterea solennitatibus requisitis ².

II. *Ratio, qua voluntas sponsorum pactis nuptialibus consignetur.*

Quamvis praeter articulum 198, de quo protinus agam, nulla hac de re praecepta in lege inveniantur, neque poenae constitutae sint, si quid secus factum sit, tamen quid fieri oporteat, dubium non esse potest. Ex iis enim, quae de natura autonomiae conjugum scripsi, ultro apparet, pacta nuptialia ita conficienda esse, ut ea, quae lege definita sunt, aut confirmentur, aut excludantur, aut ex variis juribus optio fiat. Itaque pauca plerumque verba, nomen

¹ Art. 206 C. C.; art. 1398 C. N.

² Vid. MARCADÉ, ad art. 1398, n. I.

conventionis notae, relatio ad articulum legis sufficiunt ¹. Brevitati enim et perspicuitati consulere oportet; praesertim quum non solum conjugum, sed et tertiorum jus pactis nuptialibus definiatur. Raro autem eveniet, ut sponsi aliquid novi constituent; plerumque ex iis, quae nota et lege quoque definita sunt, haurient. Certe a lege potest recedi; sed ubi recessum non est, omni verborum prolixitate carere possumus. Ea tantum usui sunt, quibus legis placita augeantur et explicentur; sed in pactis nuptialibus, quae inspexi (eorum autem acta publica magnam copiam praebent) ejusmodi nihil inveni. Omnino vero reperi ambages, periphrases quibus significatio legis obscurior facta erat, placita denique ex antiquis formulis vel ex hoc illove commentario, ut videtur, descripta, quae aut legi aut aliis eorundem pactorum placitis congrua non erant; quae etiam litium causae jam fuerunt ². Denuo igitur compertus sum, simplicitatem et brevitem a notariorum moribus abhorrere.

Sicut permissum et rei naturae congruum est, ut ea, quae lege nostra definita sunt, pactis nuptialibus generaliter aut excludantur aut confirmentur, ita vetitum est, leges et consuetudines abrogatas vel exteras citari.

Art. 198 C. C. "Zij kunnen niet, in algemeene bewoordingen, bedingen dat hunne verbindtenis zal geregeld worden door buitenlandsche wetten, of door eenige gewoonten, wetten, wetboeken of plaatselijke keuren, welke te voren in de onderscheiden gedeelten des koninkrijks zijn van kracht geweest".

Haec igitur pro non scriptis habentur. Quod autem contendit TOULLIER ³, generaliter quidem leges abrogatas pactis nuptialibus confirmari vel adoptari non posse, sed articulum

¹ Cf. art. 1391 C. C. Fr.

² Vid. Sententia Tribunalis Amstelodamensis 27 Nov. 1849 in *Regtsgel. Bijblad*, 1850 p. 302 seqq.

³ XII, n. 7.

quemdam vel partem earum specialem citari vetitum non esse, id merito a reliquis scriptoribus omnibus reprobatum est ¹.

III. *Solennitates, quae postulantur, si quid ante nuptias contractas in pactis nuptialibus mutandum videtur.*

Art. 203 C. C. “De veranderingen die daarin, vóór het voltrekken des huwelijks, zouden mogen worden gemaakt, kunnen op geene andere wijze worden tot stand gebragt, dan door eene akte, in denzelfden vorm als de huwelijksche voorwaarden verleden.

Geene veranderingen zijn bovendien van waarde, zonder de tegenwoordigheid en de gelijktijdige toestemming van alle de personen, die in de huwelijksche voorwaarden partijen geweest zijn”.

Primum inquiram, quae mutationes dicendae sint; deinde qua forma fiant necesse sit; denique agam de praesentia et consensu eorum, qui in pactis nuptialibus conficiendis partes egerunt.

Art. 203 noster ex art. 1396 C. C. Fr. desumptus est. Articulus Francicus secretas quoque pactiones et antigrapha (*contre-lettres*) nominat; cui verbo invidia inest, quum eo nomine praesertim dicantur, quae in fraudem tertiorum fiunt. Apud nos res non expresse memoratur, sed nomine generis continetur. — Num vero mutationibus accensendae sunt, quae interpretandi causa pactis nuptialibus postea adduntur? RODIÈRE et PONT ² haec formae mutationibus praescriptae obnoxia non esse putant. Recte vero MARCADÉ ³ interpretationem aut non esse conventionem contendit, nec tum vim conventionis habere; aut omnino esse conventionem, ac tum formae lege praescriptae obnoxiam. — Denique quid reliquae additiones, quibus ipsum jus, pactis nuptialibus constitutum, non mutatur; donationes praesertim? Suntne prohibitae, nisi fiant

¹ DURANTON, XIV n. 32; TROPLONG, n. 138; MARCADÉ, ad art. 1390—1393, n. I; DIEPHUIS, I n. 941.

² *Contrat de mar.*, I n. 137—139. Cf. POTHIER, *Introd. à la Comm.*, n. 13.

³ Ad art. 1394—1397, n. III. Cf. DIEPHUIS, I n. 911.

modo lege constituto, an libere fieri possunt? De donationibus ab extraneis conjugibus factis dubitari non potest. Quae profecto non sunt mutatio pactorum nuptialium, neque igitur articulo 203 circumscribuntur. Hac de re omnes consentiunt ¹. Accedunt apud nos expressa legis verba. Articulus enim 231 tertiis permittit, ut donationes in conjuges conferant, sive tabulis nuptialibus, sive separatis tabulis coram notario confectis. Sed quid donationes inter ipsos sponso? TOULLIER contra POTHIER ² opinionem defendit, eas liberas esse: quum eae dumtaxat conventiones prohibeantur, quibus juri pactis nuptialibus constituto derogaretur. Reliqui vero scriptores Francici diversam opinionem tuentur. Putant talibus donationibus statum conjugum, quem definiverant pacta nuptialia, mutari ³; deinde tertiis, qui donationem uni ex conjugibus fecissent, jus acquisitum esse, ne bona ea donata, nisi ipsis consentientibus, in aliam familiam transferrentur ⁴. — Non cedo hisce argumentis. Posterius imprimis non magni facio. Si conjuges per donationem bona dare prohibentur, poterunt tamen per testamentum ea in alium transferre. Ad quem ea bona perveniant, non est in potestate donatoris. Non potest is dominus esse desinere, et simul rei dominium et potestatem retinere. Quod autem ad alterum argumentum attinet, conjuges statum mutare non posse: non puto conjugum statum donationibus factis mutari. Ipsam hanc ob causam donationes inter conjuges et ante et post pacta nuptialia fieri posse puto, quoniam iis singula jura transferuntur, status vero et jus conjugum non

¹ TOULLIER, XII n. 57 seqq.; TROPLONG, n. 245, MARCADÉ, l. c.

² *Introd. à la Comm.*, n. 13.

³ RODIÈRE et PONT, MARCADÉ, l. c. "Ces donations dérangent l'état réciproque, que le contrat donnait aux époux."

⁴ TROPLONG, n. 241.

mutatur. Donationes per pacta nuptialia facere licet; sed non necesse est hoc modo fiant. Tantummodo donationes ita factae multis juris communis praeceptis solutae sunt; quae vero separatim tabulis fiunt, in omnibus juri communi sunt obnoxiae, et donationibus inter extraneos acquirantur. Hanc quoque ob causam non obstat meae sententiae, quod in art. 231 C. C. additum est (quod in lege Francica non legebatur) donationes, a tertiis in conjuges conferendas, non solum tabulis nuptialibus, sed etiam separatim tabulis fieri posse; in articulo vero 223, ubi de donationibus ipsorum conjugum agitur, talis mutatio et additio facta non est. Non obstat, inquam, mihi. Nam tabulis separatim articuli 231 tamen idem effectus tribuitur. Hoc autem conjugibus permissum non est.

Quod ad formam lex praescripsit, ut omnes mutationes eodem modo fierent, quo ipsa pacta nuptialia confecta sunt; i. e. tabula coram notario facta. Quod praeterea Codex Civilis Francicus tertiorum gratia jussit, mutationes ita tabulae accedere oportere, ut unus esset actus continuus, id a legislatore nostro omissum est. Nobis enim alia tertiorum gratia praescripta sunt; neque eorum, quomodo tabulae nuptiales confectae sint, sed quid actis publicis inscriptum sit, interest.

Denique agendum est mihi de § 2 articuli 203, de praesentia scilicet et consensu omnium, qui in pactis nuptialibus conficiendis partes egerunt. — Qui nomine eo designantur? Primum sponsi; deinde ii, quorum consensus requiritur, si sponsi minores adhuc sunt; denique donatores. Non vero ii, qui honoris causa tantum rei interverunt. Scriptores quidam Francici ¹ iis accensendos

¹ DURANTON, XIV n. 57; ODIER, *Contr. d. mar.*, II n. 660; RODIÈRE et FONT, *C. d. M.*, I n. 141; MARCADÉ, ad art. 1394—1397, n. IV.

etiam esse contendunt sponsorum majorennium parentes, quorum *consilium* ad contrahendas nuptias rogari oportet ¹. Ajunt consensum quidem parentum hoc casu necessarium non esse, sed tamen, deficiente consensu, impedimenta nuptiis objici, adeo ut fortasse relinquere matrimonium liberi malint, quam pietati erga parentes deesse: ubi consensus igitur parentum, sicut fieri solet, datus sit, ratione habitata pactorum nuptialium, ea pacta mutari non posse, nisi iisdem approbantibus. Eadem quaestio etiam apud nos usu venit, quamvis de consensu parentum ad nuptias contrahendas alia quaedam lege nostra ac lege Francica statuta sint. In Francia enim *consilium*, apud nos consensum parentum rogari oportet; in Francia semper, apud nos usque ad annum trigesimum; in Francia deficiente consensu *actus pietatis* (vel *impietatis*, ut quibusdam videtur) sufficit; apud nos iudicis interventio requiritur, cujus tamen hac in re persuadendi magis, quam jubendi aut vetandi, est officium ². Sed puto et secundum legem Francicam et secundum nostram, opinionem, de qua agitur, falsam esse, idque duplici modo. Primum quoniam aliud est dari, aliud rogari consensum oportere; deinde quoniam consensus non ad pacta nuptialia, sed ad ipsas nuptias requiritur. Et quamvis fieri possit, ut prius in posterius vim habeat, tamen ubi lex tacet, ea transferre nobis non licet ³.

Requiritur lege Francica et nostra, ad mutationes pactorum nuptialium, partium *praesentia atque omnium simul datus consensus*. TOULLIER ⁴, secutus MALEVILLE, satis praeepto legis factum esse ait, si modo omnes appellati sint.

¹ Art. 151 Cod. Nap.

² Art. 99—103 C. C.

³ Cf. TOULLIER, XII n. 51; TROPLONG, n. 239.

⁴ XII, n. 50.

Miror unum praeterea inventum esse, qui eandem sententiam amplecteretur ¹. Lex enim postulat praesentiam, et additio, quam ad art. 1396 C. C. Fr. in Consistorio Principis (*Conseil d'Etat*) proposuit JOLLIVET: "*ou elles duement appelées*", ceterorum suffragia non tulit ². Deinde lex postulat consensum, et quemadmodum qui tacet non utique fatetur, ita certe non consentit, qui appellatus non venit. Denique lex postulat, ut consensus ab omnibus eodem tempore detur; convenire igitur omnes et adesse voluit, non solum consentire. Ratio, quam TOULLIER pro sua opinione affert, est haec: fieri fere non posse, ut omnes, qui semel convenerint, jam iterum cogantur convenire; pacta igitur nuptialia, si legem stricte interpretemur, immutabilia evadere. At primum haec non est ratio legis, sed ratio utilitatis contra legem. Deinde ne improbanda quidem mihi videtur lex. Sponsorum certe consensus, et quorum sponsis auctoritate opus est, deficere posse nemo contendat. Donatorum vero? Sed hi quoque munificentia sua jus consecuti sunt, ut pacta nuptialia, ipsis non consentientibus, ne mutarentur. Jus enim matrimoniale, quod sponsis futurum esset, vim habuisse potest in donationem conferendam. Immutabilia tamen ita pacta nuptialia non redduntur. Namque omnem donationem sponsi relinquere possunt. Non quidem ita, ut pacta nuptialia praeter voluntatem donatoris mutentur; sed nusquam vetitum est, priora pacta missa facere, nova conficere. Idem quoque fieri oportet, si quis eorum, quorum consensus requiritur, tempore intermedio vita defunctus est ³.

¹ BATTUR, *Communauté*, I n. 49.

² Vid. *Conférence du Code Civil*, V p. 244.

³ Cf. DIEPHTS, I n. 907 et 908; TROPLONG, n. 234—236; MARCADÉ, l c.

CAPUT III.

DE INSCRIPTIONE PACTORUM NUPTIALIUM IN ACTIS PUBLICIS.

§. 6.

Quid inscribi oporteat? Quae sit inscriptionis vis?

Pactis nuptialibus jus constituitur, quod non inter conjuges solos, sed adversus tertios quoque valeat. Quorum igitur magnopere refert, quid ea pacta constituent, nosse. Nec conjugibus relinqui possit, ut rem tertios doceant; sed ab omni ignorantiae aut fraudis periculo hi tuti non erunt, nisi ipsi tabulas nuptiales inspicere queant, ac sua commoda ipsorum diligentiae, non aliorum benevolentiae, et bonae fidei commissa sint. In jure matrimoniali conventio legis vice fungitur. Sicut ergo legem promulgari oportet, ita et pacta nuptialia. Actis igitur publicis ea inscribi jussit lex nostra.

Hujusmodi inscriptiones, Romanis ignotae, imprimis conveniunt cum jure recentiorum temporum, quae magis magisque eo tendunt, ut omnibus arcanis prohibitis, fidem et securitatem juris tueantur. Ita actis inscribuntur hypothecae; per ea quoque bonorum immobilium dominia transferuntur; eodem modo si qui mercatores societatem inierunt, leges societatis omnibus, quorum interest, notae fiunt;

denique ob similem rationem acta status civilis introducta sunt. Pacta autem nuptialia jam olim in plerisque patriae nostrae provinciis tabulis publicis inscribi solebant¹. Sed tamen res non tanti habebatur. Varium de necessitate inscriptionis erat jus; varia de effectu sententiae. In Hollandia inscriptionem jusserunt Ordines, Placito 30 Julii 1624, quod tamen ab initio inde numquam observatum est, et in desuetudinem abiit, ut tradunt Doctores². Addunt: ex favore mercaturae, ne arcana patrimoniorum panderentur et mercatorum corrueret fides. Dicendum potius foret: ex favore fraudatorum. Omnia enim, quae securitati juris favent, etiam mercaturae favent, neque iis fides mercatorum infringitur, sed confirmatur. Legislatores igitur noster promulgationem pactorum nuptialium praescribere non dubitavit, nec mercatores hodie, quod sciam, rei adversantur, et iudices legem tuerentur.

Accuratius jam videamus, quid lex hac de re statuerit.

Art. 207 C. C. "Geene bepalingen, in huwelijksche voorwaarden voorkomende, waarbij van de wettelijke gemeenschap geheel of gedeeltelijk wordt afgeweken, zullen ten aanzien van derden vroeger kunnen werken, dan van den dag der overschrijving dier bepalingen in een openbaar register, hetwelk daarvan zal worden gehouden, ter griffie der rechtbank van het arrondissement waarin het huwelijk is voltrokken, of de huwelijks-akte is overgeschreven, bijaldien het huwelijk buiten 's lands is aangegaan".

Praecipuae quaestiones, de quibus hic mihi agendum est, sunt haec:

- a. Quid inscribi oportet?
- b. Quae inscriptionis est vis?

A. Promulgatio praescripta est, ne libertas conjugum

¹ Vid. ARNTZENIUS, *Instit. jur. Belg. civ.*, Tit. V, § 27.

² GROENEWEGEN, *De leg. abr.*, ad L. ult. C. *de jure dot.* (V. 12); *Observatiën op DE GROOT*, I, Obs. 42; ARNTZENIUS, l. c.

jus suum constituendū in damnum tertiorum evaderet. Non igitur, ut necessario fieret, praescriptum est. Conjuges inscriptionem omittere possunt; sed si jure, quod pactis nuptialibus constituerint, adversus tertios uti velint, necesse est, ut promulgatum sit. Unde protinus sequitur, non necesse esse inscribantur, quae tertiorum scire non interest. Deinde ea tantum inscribi oportet, quae ipsorum conjugum voluntate constituta sunt; quae vero ipso jure obtinent, sine inscriptione subsistunt.

Necesse non est, ut pacta, quibus in aliqua re a jure communi recessum est, integra describantur. Satis est, si ipsae clausulae derogantes promulgentur. Sed has tamen integras describi praestat, quo magis cautum sit, ne ea, quae inscripta sint, ab ipsis pactis nuptialibus differant. Deinde idem quoque suadet ipsa vox: descriptio (“*overschrijving*”), qua legislator in art. 207 usus est ¹.

Si quid igitur pactum conventum est, quod a placitis legis recedit, id inscribi oportet. Sed quaeritur, an singula quoque bona, quae communia non fiunt, et in pactis nuptialibus recensentur; quaeritur, an donationes quoque inscribendae sint. — Distinguendum hic esse puto inter bona viri et bona uxoris. Viri bona numquam inscribi necesse est. Vir enim communionis caput et dominus est (*seigneur et maître*, ut dicebatur vetere jure Francico), neque igitur tertiorum scire interest, utrum bona ipsius an communionis sint. Quod ad uxoris vero bona attinet, iterum distinguendum esse puto inter pacta nuptialia, quibus ipsa communicatio sublata est, et pacta, quibus bona quaedam communione exempta sunt. Ubi posterius factum est, singula bona promulganda esse videntur. Si enim regulam generalem

¹ Cf. VOORDUIN, ad art. 207, annot. VII, X et XI.

adoptamus, omnia, quae excipi volumus, nominatim excipienda sunt. Bona tamen immobilia per universitatem excipi possunt. Ne in pactis quidem nuptialibus tum nominantur, neque igitur necesse est, nec fieri potest, ut in actis publicis singula inscribantur. Sed ubi haec vel illa tantum exempta sunt, ea nominatim inscribi oportet. Tenendum est hac in re, bonorum immobilium, quae in communionem veniant, nullam transcriptionem in actis hypothecariis fieri; sed durante quoque matrimonio subsistere inscriptionem eorum nomini ejus, a quo collata sint. Jussit quidem Minister Regis pro rebus ad aerarium pertinentibus, Rescripto 12 Septembris 1842, bona communionis, instrumentis magistratui exhibitis, in nomen viri transcribi. Sed Minister hoc Rescripto potestatis suae fines egressus est; deinde sanctio poenalis deficit; denique instrumenta nulla exhiberi possunt, ubi jus legis conjuges adoptarunt ¹.

Hactenus, si ipsa bonorum communio subsistit. Sin vero sublata est, aliter res se habet. Bona tum immobilia, et bona mobilia, quae dominorum nominibus inscripta sunt, promulgari necesse non esse, ultro apparet, quum, cujus sint, aliunde pateat. Sed neque bonorum mobilium inventaria, quae secundum art. 205 aut art. 220 pactis nuptialibus inseruntur vel annectuntur, inscribantur necesse est. Quare enim inscribantur? 1^o. Ut uxor bona sua alienata a tertiis revindicare possit. At contendo, uxorem bona sua mobilia revindicare non posse, etiamsi nominatim in actis promulgatum sit, quatenus bona marito alienare non liceat. Pactum enim, quo mariti potestas in bonis mobilibus circumscripta

¹ Vid. Rescripti excerpta apud LEON, *Regtspraak van den Hoogen Raad*, ad art. 174 C. C., et in diario *Weekblad van het Regt*, n. 449, ubi praecceptum vituperatur tamquam mancum, inutile et fraudationum causa. Cf. porro POLS, *De openbaarheid des eigendoms*, p. 78 et 79.

est, vim tantum habet inter ipsos conjuges. Adversus tertios vero regula valet, possessionem tituli loco esse. Quum igitur maritus possidet, necesse non est tertii inquirant, an dominus quoque sit. — 2^o. Ut in concursu creditorum uxoris bona salva sint, neque ob debita mariti vendi queant. At contendo, ea salva esse, etiamsi nihil nominatim inscriptum sit. Praeceptum enim articuli 205 eo tendit, ut fraudi conjugum obstetur, atque ut probationes difficiles et lites avertantur; non vero ut tertii condicionem fortunarum conjugum doceantur. Cujusvis creditoris interest, nosse rem pecuniariam debitoris, neque hac in re conjuges a ceteris hominibus differunt. A jure communi recedunt conjuges, ubi communionem bonorum excludunt; hoc igitur promulgari oportet. Sed ubi bonorum inventaria conficiunt eaque pactis nuptialibus inserunt, non autonomia utuntur, nec jus aliquod constituunt; sed tantum, quod est, modo legitimo probationis causa referunt.

Ob easdem causas necesse non est, summa pecuniae promulgetur, quam uxor marito in dotem dedit; quamquam hanc quoque rem scire tertiorum magnopere refert, imprimis inter mercatores. Sed etiam hoc casu uxor aequiparari potest cuivis extraneo, qui viro pecuniam mutuam dedit.

Itaque si quid probationis habent bonorum allatorum inventaria, et summa pecuniae in tabulis nuptialibus nominata, ut ea adversus tertios valeant, inscribantur necesse non est. Quae vero probandi vis iis tribuenda sit, exponere, non hujus est loci. Hic tantum monere volui, ea valere aut non valere, probare aut non probare, sive actis publicis inscripta sint, sive non. Quod verum habetur, valet etiam sine inscriptione. Quod verum non habetur, etiam inscriptum, verum non fit. Sed hoc pertinet ad quaestionem de vi et effectu inscriptionis, de qua nunc acturus sum.

B. Vis inscriptionis huc redit, ut omnia, quae praeter communionem legitimam conjuges pacti sint, adversus tertios non valeant, nisi inscripta sint. Tertii, quod ignorant, non curant; sed jure legitimo utuntur. Inter conjuges vero, et adversus conjuges quoque, pacta nuptialia valebunt, si forte tertii ea noverint et sibi prodesse existiment. Quod sequitur ex verbis articuli 207 "*ten aanzien van derden*"; deinde ex universa promulgationis natura, quae unice in tertiorum utilitatem praescripta est; quam igitur non ita explicari oportet, ut in detrimentum eorum evadat. Denique si promulgatio omissa etiam conjugibus prodesset, non solum illi ex sua culpa fructum perciperent; sed etiam communionem honorum, quam ante nuptias contractas sustulissent, durante matrimonio restaurare possent.

Hucusque egi de pactorum nuptialium promulgatione prorsus omissa. Sed quid, si quaedam conjuges promulgarunt, quaedam reticuerunt? Tertii tunc nihil curant praeter jus legis et ea quae inscripta sunt. Cetera conjugibus adversus tertios non prosunt; sed rursus tertii adversus conjuges iis uti possunt, si res ipsis nota sit, et si id prodesse sibi videatur. Denique quid, si pacta inscripta sunt, quibus postea mutatione facta, vel novis omnino tabulis confectis, derogatum est? Tunc quae inscripta sunt, non valent, quoniam sublata sunt; quod vero postea constitutum est, non valet, quoniam inscriptum non est. Conjuges igitur non habent quod graventur, si tertii jure communionis utantur. Sed ipsis tertiis eo quoque jure, quod promulgatum est, uti licet. Promulgatio quidem per se spectata et ab ipsis pactis nuptialibus separata, nullam habet vim, sicut mox docebo; sed valet tamquam descriptio. Praesumptio est juris et de jure, ea quae inscripta sunt, cum ipsis tabulis convenire. Conjuges saltem non possunt contra ea, quae

ipsi promulgarunt, provocare ad ea, quae non promulgarunt. Sed quum nullum tempus ad promulgandum definitum sit, conjuges semper errorem (si error sit) corrigere poterunt.

Sequitur quaestio, quae sit vis pactorum nuptialium, quae non modo lege constituto confecta sunt, si tamen promulgata sint. Art. 202 C. C. statuit ut nulla sint, nec dubitari potest, quin et conjugibus inter se et tertiis nullitas prosit. Poteruntne vero conjuges ea nullitate adversus tertios quoque uti, qui fidem promulgationis secuti sunt? Res ambigua est. Sed tamen potius mihi videtur, non posse: ob analogiam ejus quod in societate mercatoria juris est ¹.

Comperto quae sit vis inscriptionis, ut accuratius rem definiam, restat ut ostendam, quam vim inscriptio non habeat. Promulgationem per se spectatam et a pactis nuptialibus separatam nihil efficere, supra jam monui. Si quid igitur conjuges pacti sint, quod minorem habeat vim, inscriptione ea non augetur; nec si quid pacta nuptialia vitiet, inscriptione corrigitur; nec denique jura tertiorum pactis inscriptis minui possunt. Sunt qui existiment, omnia quae promulgata sint, ob id solum adversus tertios valere, qui habeant quod sibi imputent, si damnum passi sint, quum periculum novissent, aut saltem novisse possent. At promulgatio non est contractus inter promulgantem et eos, in quorum gratiam promulgatur. Nosse non est consentire. Ad contractum autem requiritur consensus. Promulgatio pactorum nuptialium minime aequiparari potest cum promulgatione legum venditionis, quae ob id solum promulgantur, ut jus inter emptorem et venditorem constituatur. Pactis vero nuptialibus accedit inscriptio, sicut promulgatio

¹ Art. 22 Cod. Merc.

legi. Sicut igitur promulgatio legis non est juris fons, sed ipsa lex, etiamsi sine promulgatione inutilis sit, ita quoque pacta nuptialia non hanc ob causam adversus omnes homines valent, quoniam promulgata sunt, sed promulgari oportet, quoniam natura sua destinata sunt, ut adversus omnes homines valeant. Verum igitur est, nulla pacta valere, nisi promulgata sint; at verum non est, omnia pacta, quae promulgata sunt, propterea valere. Promulgatio requiritur, at non sola requiritur, et pacta, quibus jus publicum aut jura tertiorum laeduntur, ab initio nulla sunt, nec promulgatione vires acquirere possunt. Si conjuges e. g. quaedam debita communione bonorum universali exemerunt, quod supra ostendi adversus tertios nullam habere vim, hoc, quamvis promulgatum, non magis valet, quam si promulgassent, se debita contracturos, at non soluturos esse. Non potest quis de tertiorum juribus statuere, etiamsi usque adeo impudens fuerit, ut id publice promulgaret. Tertii, qui post talem promulgationem cum conjugibus agunt, propterea juri suo renuntiassent minime censendi sunt. Impune ista ignorant, et quamvis noverint, tamen non curant. Inscriptionem jussit lex in commodum tertiorum, quo magis securi cum conjugibus agerent. Non igitur inferioris conditionis esse possunt, quam si lex ipsis non cavisset. Ea pacta, quae adversus tertios valerent, si promulgatio praescripta non esset, e. g. olim in Hollandia, nunc non valent, nisi promulgata sint; at quae tum non valerent, ea nec hodie valent, quamvis promulgata. Denique promulgatione non nova vis pactis acquiritur, sed ea, quae iis inest, conservatur; non aliquid additur, sed aliquid non adimitur.

§ 7.

Judicium de inscriptione secundum legem nostram.

Si jus nostrum de promulgandis pactis nuptialibus cum jure Francico ¹ comparamus, multa aliter lege nostra statuta esse reperiemus. Codex Francicus solos mercatores pacta nuptialia inscribere jubet. Apud nos promulgationis praeceptum omnes homines obligat. Deinde hoc tantum lex Francica inscribi jubet, si conjuges communionem bonorum adoptarint, aut separatis bonis matrimonium inierint, aut jus dotale elegerint ². Apud nos omnia, quibus a jure communi recessum est, inscribantur necesse est. Porro lege Francica jussi sunt mercatores, vel potius tabelliones, pacta intra mensem, postquam confecta sunt, promulgare. Apud nos nullum tempus fatale promulgationi constitutum est. In Francia quamvis pacta aut omnino aut tempore utili inscripta non sint, tamen vim non amittunt; sed tabelliones mulcta puniuntur, et aliquando ipsi mercatores, si forocesserint, inferioris conditionis sunt. Apud nos pacta non promulgata adversus tertios nullam habent vim; promulgata autem vim non habent, nisi a die inscriptionis. Denique ipse modus promulgandi differt. Apud nos pacta nuptialia actis perennibus inscripta conservantur, et perpetuo a tertiis inspicere possunt; secundum jus Francicum annuis tabulis inscripta per tempus exponuntur.

Hisce mutationibus legislatores nostri eo magis cavere voluerunt, ne tertii sua inscitia aut fraude conjugum damnum paterentur ³. Dubito vero, an propositum assecuti

¹ *Code de Comm.* art. 67—69; *Code de Proc.* art. 872.

² Vid. tamen TROFLONG, *Contr. d. mar.*, n. 191.

³ Vid. VOORDUIN, ad art. 207, n. 8 et 9 (II p. 381 seqq). Cf. ASSER, *Hel. Ned. Burg. Wetb. vergel. m. h. Wetb. Nap.*, § 143—146.

sint. In duobus imprimis legem nostram non satis securitatem juris tueri puto, nimirum quod ad tempus, et quod ad locum inscriptionis. Denique praeceptum promulgationis minus late, quam oporteat, tendit; quamquam hac in re certe legi Francicae lex nostra praestat.

Conjugibus pacta sua, quaecumque velint, inscribere lex nostra permittit; quamquam nullam habent vim, nisi a die inscriptionis. At quid ita de jure tertiorum fit? Jus matrimoniale ne mutari posset, imprimis in commodum tertiorum statutum est. At hoc praeceptum irritum fit, si conjuges, primum ommissa, deinde quaecumque lubet, facta inscriptione, alio tempore alio jure uti possint. Tertii numquam securi erunt, et si acta publica semel inspexerint, jam nondum scibunt, quid juris sit. Necesse est, ut semper Tribunal adeant et actorum volumina evolvant, antequam cum conjugibus agant. Heri enim communio juris erat; at hodie forte apparebit, separationem bonorum inter conjuges obtinere. Plerumque homines acta tribunalium perscrutari non solent; at si eam inquisitionem incommodis et difficultatibus obstruis, omnis promulgationis utilitas evanescit. Propterea censeo, tempus definiendum esse, intra quod nisi pacta nuptialia inscripta sint, amplius inscribi nequeant. Ut lex nostra nunc sese habet, potius duco jus Francicum, quod corrigere voluit legislator noster. Quamquam enim mulcta, qua tabellio punitur, tertios non juvat, sicut observatum est ¹, tamen multo majus est praesidium in diligentia tabellionis, insuper mulctae periculo stimulati, quam in licentia conjugum, qui nulla necessitate ad inscriptionem constringuntur, imo eam sui commodi causa et in fraudem tertiorum differre possunt.

¹ VOORDUIN, II p. 383.

Altera quoque res animadvertenda est, qua utilitas promulgationis magna ex parte sublata est. Pacta inscribuntur in actis Tribunalis, in cujus jurisdictione matrimonium contractum est. Si igitur conjuges in urbe habitant, quae a sede Tribunalis aliquantum remota est, aut si durante matrimonio domicilium mutarunt, tertii, qui cum iis agere velint, primum iter facere debebunt, operam et pecuniam impendere, ut scire possint, quid inter se et conjuges juris sit. Imo saepe fieri potest, ut acta publica omnino inspiciere, etiam magna opera et expensis non possint, si nesciunt, ubi matrimonium contractum sit; quod facile fieri potest, si forte, ut solet, eo loco contractum est, quo aut ipsa mulier, aut tutor mulieris habitabat, aut si conjuges durante matrimonio in aliam urbem migrarunt. Tunc tertii in actis Tribunalis ejus urbis, in qua et ipsi et conjuges habitant, nulla pactorum inscriptione inventa, putant, et quodammodo jure putant, communionem inter conjuges obtinere; verum sero se deceptos esse reperient. Vellem igitur pacta nuptialia eo loco inscribi necesse esset, ubi conjuges habitant, et praeterea necessitas iis imponeretur, ea iterum inscribendi, quandoque domicilium mutarent. Actorum, quibus dominia et hypothecae inscribuntur, et quae etiam habentur in urbe, ubi est sedes Tribunalis, brevis tamen descriptio in cujusvis Communitatis tabulario invenitur. Certe hoc saltem fieri oporteret in re, quae ad omnes homines pertinet, et saepius ad eos, qui vitae modestia et rerum angustiis intra fines urbis suae coërcentur.

Eo magis mirandum est, legislatorem haec neglexisse, quum eadem, quae monui, partim in Specimine anni 1820 statuta essent, partim a quibusdam Delegatis in Coetu Legislativo proposita. Speciminis art. 392 statuebat, ut pacta inscribenda essent ab eo, qui in quavis Communitate

esset ab actis. Quod tamen plurimorum Delegatorum suffragia non habuit; sed potestati judiciali res mandata est, quasi administrationis tantum ratio habenda esset, et commodum ac jus tertiorum hac in re nullius essent momenti ¹. In eodem Specimine anni 1820, simili casu, is magistratus designatus erat, qui est ab actis status civilis. Nimirum Specimen duos communionis legalis species continebat: communionem universalem, i. e. communionem patriam, et communionem particularem, i. e. communionem Francicam. Inter utramque sponsis eligendum erat in limine matrimonii coram magistratu, qui est ab actis status civilis, qui rem ipsis actis inscriberet ². Sed acriter rem Delegati reprehenderunt, qua omnia munera confunderentur. Nec certe valde erat probandum, optionem inter varia jura matrimonialia sponsis inconsultis, jamjam nuptias contracturis, et longe alia cogitantibus, proponi. Sed magistratus tamen designatus a re non adeo alienus erat: quum status conjugum ex conventionibus nuptialibus pendeat.

Denique hoc quoque reprehendendum videtur, quod legislator non universa, quibus jus matrimoniale constituatur, in iisdem actis inscribi jusserit. Communio enim non solum pactis nuptialibus, sed et separatione bonorum tolli potest. Haec autem in actis Tribunalis non inscribitur. Promulgatur certe, sed suo modo ³. Varietas hac in re legislatori placuit. In lege Francica eadem est et separationis et pactorum nuptialium promulgandorum forma. Posterior ex priore desumta est. In nostra vero lege pactorum nuptialium promulgatio prorsus alia est; separationis in

¹ Vid. VOORDUIN, ad art. 207, n. 1—3 (II p. 378 et 379).

² Vid. Speciminis anni 1820 art. 248; VOORDUIN, II p. 292.

³ Art. 811 C. Pr.

paucis dumtaxat mutata. Fit autem ea hoc modo. Sententia per annum in albo proponitur, et in sede Tribunalis, a quo sententia lata est, et in urbe, in qua habitant conjuges; ternae praeterea promulgationes in diariis faciendae sunt, uno mense inter binas promulgationes interposito. Certe quaedam in hac meliora sunt, nec libenter ea caream; sed tamen vellem insuper inscriptio quoque in actis, in quibus pacta nuptialia inscribuntur, praecepta esset: ita ut promulgatio in diariis aliaque, quae praescripsit art. 811 C. Pr., tertios mutationem juris matrimonialis monerent, eo tempore quo fieret, acta vero Tribunalis docerent in sempiternum.

Supra comparationem institui inter praeceptum generale articuli 207 Cod. civ. nostri et praeceptum articuli 67 Cod. Merc. Franc., specialiter mercatoribus scriptum. Sed accessit in Francia, die 10 Julii anni 1850, lex, quae promulgationem magis universe fieri jussit. Quae quoniam novum promulgandi modum introduxit, non inutile mihi visum est, ut, quid ferat, breviter hic exponerem ¹. Jubentur ea lege tabelliones, qui pacta aliqua nuptialia confecerint, sponsis instrumentum tradere, quod, ubi nuptiae coram magistratu, qui est ab actis status civilis, contrahantur, huic exhibeatur. Instrumentum illud nihil aliud contineat necesse est, quam pacta nuptialia confecta esse, deinde quando, inter quos, coram quo, confecta sint. Haec autem Magistratus, actis status civilis praepositus, in actis inscribit. Sed praeterea si conjuges instrumentum ejusmodi nullum exhibeant, magistratum eos interpellare oportet, sintne pacta nuptialia confecta, necne, et quae responderint, actis consignare. Itaque si

¹ Ipsa lex, qua artt. 75, 76, 1391, 1394 Cod. Nap. mutati sunt, legitur apud MARCADÉ, ad art. 1390—1393, n. VI.

tertii in actis status civilis nihil de pactis nuptialibus inveniant, scibunt ea male sese habere, et ab omni negotio cum conjugibus abstinere iis proderit. Si vero, pacta nuptialia confecta esse, acta ferant, tertii cum conjugibus contracturi, ut pacta sibi exhibeantur, postulare poterunt. Quid vero, si acta status civilis docent nulla pacta nuptialia adesse? Hic est cardo quaestionis. Sed fatendum est, legem magna molitam esse, ut haud multa consequeretur. Exspectes, si pacta nulla adesse in actis legatur, ea pacta, si tamen adsint, adversus tertios non valere. Sed legislator Francicus effectum legis latius tendere noluit, quam ut bona dotalia tum ab uxore, consentiente marito, alienari possent. Vis igitur legis satis circumscripta est, neque apud nos lex ita concepta quidquam efficeret. Bona enim uxoris ne alienari possint, Codex noster nec praecipit nec permittit. Sed ipse tamen promulgandi modus, quem lex Francica anni 1850 introduxit, mutatis mutandis, etiam ab aliis populis adhiberi possit.

CAPUT IV.

DE IMMUTABILITATE JURIS MATRIMONIALIS.

§ 8.

Principium immutabilitatis. — Exceptiones.

Jus matrimoniale non solum publice notum, sed et stabile sit necesse est. Conjuges igitur pacta sua nuptialia ante matrimonium conficere oportet; stante vero matrimonio jus, quod semel adoptarunt, mutare non possunt.

Art. 174 § 2 C. C. "De gemeenschap kan, staande huwelijk, niet door onderlinge overeenkomst der echtgenooten worden opgeheven of gewijzigd."

Art. 204. "Na de voltrekking des huwelijks, kunnen de huwelijksche voorwaarden op geenerlei wijze worden veranderd."

Idem praeceptum de jure matrimoniali non mutando etiam in Codice Napoleontico legitur ¹. Sed TOULLIER ² postquam primum contendit, illud, sicut juri Romano, ita et rationi congruum non esse, deinde probare conatus est, pacta nuptialia impune mutari posse, si modo conjuges usque ad mortem in animo mutandi perstiterint. Per fas et nefas Vir clar. affirmavit, pacta nuptialia nihil esse praeter vulga-

¹ Art. 1395 et 1399 C. N. Cf. POTHIER *Introduction au traité de la communauté*, n. 18.

² XII, n. 24—41.

rem inter duos homines conventionem. Neque igitur varia legis placita sine ira aut studio perpendit, ut inde propriam et peculiarem pactorum nuptialium naturam cognosceret; sed diversam prorsus rationem secutus est. Primum thesin generalem posuit: pacta nuptialia a vulgaribus conventionibus minime distare; tum, inde profectus, omnia quae pactis nuptialibus propria sunt, ratiocinando flectere, minuere, tollere conatus est. Haecce vero Viri clariss. sententia ab omnibus scriptoribus reprobata est. “Elle n’a pas fait fortune”, quemadmodum ait TROPLONG, “elle est restée dans l’isolement”¹. Ceteri igitur Jurisconsulti et legis praeceptum tuiti sunt et rationi quoque congruum esse putarunt.

Ratio enim legis duplex est. Primum afferri solet, mutationem juris matrimonialis fore in fraudem legis, qua donationes inter conjuges prohibentur. Quod tamen magis, quam necesse est, jus Romanum olet. Praeterea si de solis donationibus prohibitis loquimur, speciem generi substituimus, atque eam speciem, quae ob liberalem naturam matrimonio egregie convenit. Sed pacta inter conjuges et contractus omnes communioni conjugali adversantur. Hoc enim contractuum natura et postulat et fert, ut separata sint contrahentium commoda, ut distinguatur *meum* a *tuo*, et sibi quisque consulat. Matrimonii vero natura et fert et postulat, ut omnia inter conjuges communia sint, ac numquam conjugum unus sua commoda ab alterius commodis separet, iisve opponat. Primum igitur ipsorum conjugum ea est condicio, ut ad mutandum jus suum apti non sint. Deinde juris quoque matrimonialis natura mutationes non fert. Jus

¹ *Contr. d. mar.*, n. 202. Cf. eodem n. 172—174; MARCADÉ, ad art. 1394—1397, n. I.

enim matrimoniale arctissime cum ipsis nuptiis cohaeret. Sicut igitur nuptias, ita et jus matrimoniale stabile esse oportet. Conjugum status non potest quovis tempore mutari; sed ut certus sit, et ipsius natura et commercium inter homines tertiorumque commoda flagitant. Pacta igitur nuptialia merito lex fundamentalis juris domestici dicta sunt ¹.

Minus certa minusque generalis erat immutabilitatis regula in jure patrio antiquo. Aliquando quidem scriptores rem sine restrictione enuntiant ²; sed in Hollandia tamen pacta nuptialia mutuo consensu a conjugibus testamento revocari poterant, in Frisia etiam per pactum posterius stante matrimonio ³.

Sed apud nos quoque, quamvis certa et generalis sit regula, exceptiones tamen quaedam dantur; quae partim juri tertiorum magis favent quam nocent, partim necessario admittendae fuerunt, ne graviora commoda laederentur.

Mutatur igitur apud nos jus matrimoniale:

- I. Si conjuges condicionem mutant.
- II. Si quae donatio uni ex conjugibus ea lege facta est, ne bona donata in communionem universalem venirent.
- III. Separatione bonorum.
- IV. Communionem restauranda.
- V. Quaeri potest, an pacta nuptialia in diem, aut ex die, aut sub condicione fieri possint.
- VI. Inquirendum est, an mutetur jus matrimoniale, si conjuges patriam mutant.

¹ TROPLONG, *C. d. M.*, n. 16.

² DE GROOT, *Inleiding*, II. 12. 5; ARNTZENIUS, *Instit. jur. Belg.*, Tit. IV § 10 n. 2.

³ Vid. ARNTZENIUS, *I. J. B.*, Tit. V § 10 in fine, et § 79—84, et qui ab eo citantur.

De singulis exceptionibus paullo accuratius acturus sum. Quae ubi absolverim, et Capiti et Dissertationi finem imponam.

§ 9.

I. *Mutata conjugum condicio.* II. *Donatio uni ex conjugibus facta, praeter communionem bonorum universalem.*

I. Status conjugum non solum lege et pactis nuptialibus definitur; sed ipsa quoque condicio, in qua conjuges versantur, et negotia, quibus operam dant, vim aliquam in jus matrimoniale habent. Si ergo vir, qui antea de redditibus suis vivebat, mercaturam suscipit, aut si, pecunia jam parata, pro aleis mercaturae quietam sine periculo vitam optat, mutata condicione, jus quoque matrimoniale quodammodo flectitur. Sed gravior est mutatio, et ad tertios magis pertinet, si uxor mercatrix fit, aut mercatrix esse desinit. Status enim uxoris mercatricis differt a statu ejus, quae curas domesticas non egreditur. Cavit igitur lex, ut omnia, quae huc pertineant, publice nota sint. Certe utrum mulier mercatrix sit, necne, ex ipso facto apparet, neque speciali significatione caret vox, qua nostra lingua dicitur: *openbare koopvrouw*. Ubi vero non facto, sed jure mercatrix esse desinit, consensu a marito revocato, lex in utilitatem tertiorum praescripsit, ut ea revocatio promulgaretur; art. 168 § 4. De modo promulgandi nihil lege praescriptum est. Ex analogia autem similium casuum sequi videtur, per diaria eam fieri oportere ¹.

II. Altera juris matrimonialis mutatio est, quae fit per

¹ Vid. *DIERHUIS, Ned. Burg. Regt*, I, n. 728.

factum extraneorum. Quamvis enim conjuges communionem bonorum adoptarint, in quam universa bona praesentia et futura, nullis exemptis, veniant, tamen extraneis licet quaedam bona uni ex conjugibus ita dare — sive testamento, sive donatione inter vivos — ut ejus propria sint, neque in communionem veniant.

Art. 175 C. C. “De gemeenschap omvat, wat hare baten betreft, alle de roerende en onroerende goederen der echtgenooten, zoowel tegenwoordige als toekomstige, ook die welke zij om niet verkrijgen, tenzij de erf-later of de schenker uitdrukkelijk het tegendeel mogt hebben bepaald.”

Causa redditur haec: qui possit majus, eum et minus posse; qui ergo possit non dare, quod est majus, eum et sub modo dare aut legare posse. Quaeri vero potest, an majus sit non dare, quam jus matrimoniale flectere. Attamen ubi haec exceptio invenitur ¹. Quamvis igitur ratione res forte non valeat, valet tamen consuetudine et lege.

Nota hic est quaestio, an id quoque, quod liberis jure legitimo ex hereditate parentum competat, iis ita dari possit, ne in communionem veniat. Negavit id fieri posse DELVINCOURT ², hoc argumento usus, testatorem sub conditione vel sub modo bona relinquere non posse, ubi facultas dandi *aut non dandi* ei non competat. Diversam opinionem tuitus est TOULLIER ³, eamque utilitatis et aequitatis rationibus fulsit; sed quaestionem principalem adeo quaestionibus accessoriis obscuravit, ut res ita proposita pure dijudicari nequeat. Eum secutus, idem defendit ZACHARIAE ⁴,

¹ ARNTZENIUS, *Instit. jur. Belg.*, Tit. IV § 18 n. 14; art. 175 Cod. Lud. Nap.; art. 1401 n. 1 C. C. Fr.; POTHIER, *Communauté*, n. 102; RUNDE, *Deutsches eheliches Güterrecht*, § 36 n. 3.

² Ad art. 1401 C. N. (III p. 238).

³ XII, n. 114.

⁴ § 507 nota 13 (III p. 183, 5^{ae} edit.)

idque, ut solet, quantum potest brevissime ¹. Apud nos rursum negavit bona sub hac condicione relinqui posse DIEPHUIS ², unam hanc ob causam, quod ea bona lege liberis deferantur, nec parentes de iis quidquam statuere possint. Equidem quoque dubium non esse puto, quin negandum sit. Non tamen licet rem ita paucis absolvere, postquam tractatu paullo longiore Jurisconsulti quidam Amstelodamenses DIEPHUSIUM refellere conati sunt ³. Minus feliciter, ut mihi videtur. Sed argumentis hoc iudicium corroborare necesse est.

Jcti Amst. ita fere ratiocinantur. Articulum 175 univ-erse de testatoribus loqui ostendunt, neque igitur distinctionem ex eo probari posse. Quod vero attineat ad art. 960, quo parentum testandi facultas in gratiam liberorum circumscripta sit, primum animadvertunt, leges, quae in gratiam alicujus scriptae sint, non ita explicari oportere, ut in detrimentum ejus evadant; deinde Virum ampl. DIEPHUIS reprehendunt, quod verbum “*beschikken*” male interpretatus sit: exheredare, onerare, diminuere, ea voce intelligendum esse ⁴; hic vero jus liberorum non circumscribi et minui, sed extendi, quum quod jure legitimo competat, idem testamento majus et plenius detur. Quis

¹ DIEPHUIS alia ZACHARIAM dicere facit, distinctione quoque proposita inter donationem pactis antenuptialibus et donationem stante matrimonio factam. Ac merito; sed in mea editione haec non leguntur. Fortasse apud AUBRY et RAU.

² I, n. 790.

³ *Vragen van Ned. Regt, beantwoord door eenige Amst. Regts-beoefenaars, Tweede Verzam.*, Quaestio 4, pag. 31—36. Cf. iudicium, quod de opusculo et de ipsa quaestione, de qua agitur, tulit Vir clar. M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN in *Nieuwe Bijdragen v. regtsgel. en wetgev.*, III p. 382 seq.

⁴ Citantur artt. 223, 231, 928, 965, 966, 975, 976, 1020, 1066 C. C.

ergo, ajunt Jcti Amst., de testamento queri possit? Alter conjux? At is ex suo capite hereditatem non petit. Heredis autem qualitas personam non egreditur ¹. Creditores? At hi melius jus exercere non possunt, quam habet debitor. Denique legitimarius ipse? Eum certe voluntate testatoris non teneri concedunt Jcti Amst.: vetare enim articulum 960, legitimarii libertatem ullo modo circumscribi. — Jam statim animadverto, Jctos Amstelodamenses ita aedes, quas magna opera extruxerint, ipsos evertere. Nam si potest conjux, debet bona communioni cedere. Duo dumtaxat dantur: ut aut necesse non sit bona communicare, neque tum liceat; aut liceat, ac tum oporteat. Tertium non datur. Quaestio semper est necessitatis, non voluntatis. Libera optio, ut aut dare conjux possit, aut retinere, naturae matrimonii adversatur. Obstat et immutabilitas juris matrimonialis, et donationes inter conjuges prohibita: et art. 174, et art. 1715 C. C. Jcti igitur Amst. ubi negant quidem, conjugem bona communioni cedere debere, posse tamen concedunt, se ipsi interficiunt et suo gladio pereunt ². Sed alii fortasse prudentiores negabunt, conjugem bona sub ea condicione data in communionem conferre posse. Thesis igitur ex ordine mihi probanda est. Ac primum condicione legitimae liberorum adjecta jus conjugis legitimarii circumscribi contendo, deinde jus alteri conjugi acquisitum auferri. Prius ex natura communionis, posterius ex natura legitimae probare conabor. In hisce autem explicandis, ut ea quae dicam magis perspicua sint, ac certo nomine conjux legitimarius ab altero conjuge distinguatur, fingam, ex eo quod plerumque fit, *uxori* sub condicione, de qua agitur, bona relicta esse.

¹ Citantur artt. 1116 et 1136 C. C.

² Cf. M, DES AMORIE VAN DER HOEVEN in *N. Bijdr.*, l. c.

Primum igitur, quid ferat *communio* *natura*, non satis perspicere videntur diversae sententiae fautores. Duo argumenta ab iis proponi vidimus: ea, quae in gratiam alicujus scripta sint, non ita explicanda esse, ut in detrimentum ejus evadant; deinde testamentum, quo bona communione eximantur, uxori non nocere, sed prodesse. Nego vero legem secundum meam explicationem in detrimentum uxoris evadere; nego testamentum uxori prodesse; nego uxorem, quae talia contendat, in jure audiendam esse. Conjuges in contrahendis nuptiis omnia bona communicarunt, neque est, quod animum censeantur mutavisse. Communio non uno actu, quo tempore matrimonium inibatur, nititur; sed constans et perpetua conjugum voluntas esse intelligitur. Uxor igitur bona sua cum marito communicare vult, et si parens testamento statuit, ne in communionem ea veniant, revera jus uxoris circumscribit. At quid si forte ipsa uxor bona cum viro non communicari malit? Non licet malle. Ubi communio bonorum obtinet, non licet uxori aliquid sibi prodesse existimare, quod marito non prosit. Comoda utriusque conjuncta esse oportet; ac si quis sua comoda ab alterius commodis separare velit, certe in jure non audietur. Omni igitur testamento, quo bona quaedam communione eximuntur, jus legitimarii circumscribitur, aut saltem praesumptione juris et de jure circumscribi intelligitur.

Sequitur, ut ex *natura legitimae* thesin meam probem. Sicut jus matrimoniale legitimum non ex pacto tacito oritur, ita neque hereditas, quae lege defertur. Libertas tamen hominibus data est, testamento a jure legis recedendi. Sed ubi de jure liberorum agitur, eadem libertas data non est, certe valde est circumscripta. Si naturam legitimae bene intelligere cupimus, non ex jure Romano, sed ex

jure Germanico haurire oportet. Apud Romanos juris hereditarii caput est testamentum; apud Germanos certus ordo, omni privatorum hominum arbitrio superior: "Deus non homo facit heredes" ¹. Apud Romanos portio legitima particula bonorum constat, et favore legis liberis datur; apud populos Germanicos sancta habentur sanguinis jura, nec nisi singulari favore, idque posteriori demum tempore, permissum est, ut particula bonorum liberis auferretur aliisque daretur. Jure Romano si non satis liberis relictum est, lege testamentum corrigitur, et quod deest suppletur; inde autem, atque eo tempore, liberorum nascitur jus. Apud Germanos vero liberi, etiam vivis parentibus, jus quoddam habent in bonis, ac propterea circumscripta est facultas parentum testandi. Denique jus liberorum legitimum anomalia est in jure Romano; apud populos vero originis Germanicae principale est ac necessarium ². A jure igitur Germanico doceamur: non ut, quae interierunt, redintegremus; sed ut, quae sunt, penitus pernoscamus. Missis igitur factis, quae hodie usu non veniunt, hoc tamen teneamus necesse est, legitimam non solum expectationem esse, sed et jus: "*Wartrecht*" vicini nostri vocant: spem, quae ob certitudinem in jus abiit. Neque hoc jus morte demum parentum existit, sed semper liberis competit, etiamsi peti nondum possit, ac magis sit "in habitu quam in actu." Conjux igitur id conjugii in matrimonium confert; atque ipso tempore, quo nuptiae contrahuntur, jus communioni acquiritur. — At Jcti Amst. heredis qualitatem personae

¹ Vid. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, § 186; idem *Zur Lehre von dem deutschen Erbrecht*, in *Kritische Ueberschau d. deuts. Gesetzgeb. u. Rechtswiss.*, I p. 392.

² Cf. de legitima juris Romani et juris Germanici LABOULAYE, *Condition civile et politique des femmes*, pag. 19 seqq. et 102 seqq.

inhaerere contendunt, nec maritum ex suo capite hereditatem, quae ad uxorem pertineat, petere. — Hanc observationem aut nihili esse puto, aut minus veram. Si JCTi id dumtaxat volunt, in matrimonio non absorberi nec tolli singulas conjugum personas, equidem certe non negabo; sed nihil ista observatione probatur. Sin hoc velint, maritum non *suum* jus petere, id minus verum mihi videtur. Omnia, quae conjuges acquirunt, statim communioni cedunt, neque ullud est temporis punctum, quo viri aut uxoris propria fuerunt. Qui docent, bona primum ejus esse, cui obvenerint, deinde tacita interveniente traditione communionis fieri, eos juris Romani de societate placita male ad communionem puto referre. Haec est ipsa juris Romani indoles, diversa ab indole juris nostri, ut omnium hominum jura prorsus a se invicem separet et sejungat, ita ut per se omnino illa constant et subsistant, neque quae ab uno facta sint, alteri nocere aut prodesse possint, nisi conventionem quadam (licet tacita et ficta) interveniente. Romani *jura* semper et *obligationes* urgebant, quae a personis separari nequeunt; nos vero de *bonis* magis et de *debitis* agimus, eaque separamus ab ipsis personis. Omnia igitur conjugum jura, nisi saltem necessario cum persona conjuncta sint (jura personalissima quae dicuntur), bona communionis esse intelliguntur. Bona quoque hereditaria revera non conjugum obveniunt, sed a latere conjugis communioni; ac legitima liberorum communionis magis, quam ipsorum conjugum, legitima dici possit.

Denique si in fine hujus tractatus, exemplum JCTorum Amstelodamensium secutus, ipse quoque rogem, quis, bonis communionem exemptis, de ea re queri possit, respondeo: primum uxor; deinde maritus, is autem triplici jure: ex capite uxoris, ex capite communionis, ex capite suo; deni-

que creditores, qui, quod praeter legem factum est, rescindere possunt, si ad suum detrimentum tendit.

Magis ambigua, quam praecedens, mihi videtur quaestio, an uxori etiam hoc modo bona dari aut legari possint, ut in iis mariti administratio et ususfructus cessent, eaque ipsi uxori concedantur et tribuantur. Plerique scriptores Francici fieri posse censent ¹. Negat vero apud nos DIEPHUIS ²; cui assentior. Extranei conjugibus possunt dare aut non dare; sed de jure matrimoniali nihil statuere possunt. Quod ipsi conjuges mutare nequeunt, nedum extranei. Analogia articuli 175 hic adhiberi non potest, quoniam regula generalis immutabilitatis obstat. Ac praeterea, bonis propriis uni conjugum extra communionem concessis, leviter tantum jus matrimoniale flectitur; at conversio juris conjugalis est, si, contra pacta nuptialia, separata administratio et ususfructus uxori permittitur. Non igitur hanc potestatem extraneis concedo, ut eam condicionem donationi vel legato adjicere possint. Deinde idem argumentum, quo in quaestione superiore tractanda usus sum, hic quoque usu venit. Concedunt scriptores Francici, non ita dominium circumscribi posse, ut domino facultas adimatur, bonorum suorum administrationem alii permittendi; uxorem igitur legati condicionem non prohiberi, quominus a jure suo desistat. At rursus contendo, uxorem, si possit, debere quoque bona sua marito administranda concedere. Nam si uxor domina nulla extranei voluntate tenetur, ipsius est voluntas, qua maritus excluditur, et jus matrimoniale mutatur. — Ceterum quod ad effectum attinet, legata valebunt, et condicio pro non scripta habe-

¹ TOULLIER XII n. 142; TROPLONG, *Contr. d. mar.*, n. 68 et 224; DEMOLOMBE, IV n. 171. Contra, DELVINCOURT, III p. 239; BELLOT DES MINIÈRES, *Contr. d. mar.*, I p. 300.

² I, n. 793.

bitur, ob art. 935 C. C.; donationes vero irritae erunt, ob art. 1290.

§ 10.

III. *Separatio bonorum. — Introductio.*

Separatio bonorum triplici respectu cernitur. Primum, praesidium est, uxori adversus potestatem mariti datum. Quando illud impetrare possit, quaeritur. Deinde est fons novi mulieris status. Quis sit ille status, inquirendum est. Denique mutatio est juris matrimonialis, itaque res, quae ad tertios pertinet. Quaeritur, quid lege statutum sit, ne eorum commoda laederentur. Priores duae quaestiones non sunt hujus loci. De postrema agam.

Separatio bonorum latius tendit, quam ipsum verbum significare videtur. Non enim de bonis communibus solum dividundis, sed etiam de administratione mariti tollenda agitur¹; unde fit, ut separatio bonorum usu quoque veniat, quamvis nulla umquam communio (sensu legis) fuerit. Quovis respectu res ad tertios pertinet. Post separationem enim suis quisque tantum debitis tenetur, neque amplius omnium bonorum est universitas, sed propria sunt viro et uxori bona; porro dum minuitur potestas viri, augetur jus mulieris. Gravissima hac mutatione conjuges facile in detrimentum, imo in fraudem tertiorum abuti possent. Aut enim conjuges obaerati lucrum, quod uxori obventurum esse scirent, salvum ei servare et creditoribus possent subripere, simulata bonorum separatione facta, aut tertios, qui post separationem cum ipsis agerent, mutati juris matrimonialis inscios, circumvenire possent.

¹ Cf. supra § 4, p. 26.

Ne talia fierent, sequentia lex statuit. Separatio bonorum non nisi per sententiam iudicis, certis casibus lege definitis, fieri potest; actionem a muliere institutam promulgari oportet; tertii intervenire possunt; sententiam iudicis promulgari oportet; sententiae executio fiat intra certum tempus necesse est. De hisce legis praeceptis, quibus tertiorum iuribus et commodis consultum est, primum agam. Deinde de effectu separationis acturus sum, imprimis de effectu retroactivo, et de casibus, quibus sententia effectum non sortitur, scilicet de nullitatibus. Denique inquiram, quid peculiare aut diversi statuendum sit, ubi bonorum separatio sequela est separationis thori ac mensae.

In hac inquisitione multum nobis prodesse potest comparatio legis Francicae ¹, quam legislator noster accurate secutus est, quibusdam dumtaxat mutationibus levioribus factis, iisque hic quidem minus felicibus. Lex Francica rursus magna ex parte desumpta est ex jure consuetudinum et ex opere Viri cel. POTHIER de communione ². — Non multum hac in re juvat jus nostrum antiquum. Scriptores enim nostri separationem bonorum magis universe tangunt, quam tractant ³. In Codice Lud. Nap. et in Specimine anni 1820 separatio bonorum conjuncta erat cum separatione thori, mensae atque habitationis. Sed potestas ac tutela mariti separatim tolli poterat ob abusum. Fiebat pacto, quod ut adversus tertios valeret, a iudice confirmari, et promulgari oportebat ⁴.

Sicut jam monui, et divisio bonorum et sublata viri

¹ Art. 1443—1450 C. C., 865—874 C. Pr.

² *Traité de la communauté*, n. 510—522.

³ DE GROOT, *Inleiding*, I. 5 § 24, et qui citantur ab ARNTZENIO, *Inst. jur. Belg.*, Tit. IV § 29 n. 9.

⁴ Art. 171 n. 2 et 3 Cod. L. N.; art. 244 Spec. 1820. Cf. ARNTZENIUS, Tit. VI § 33 n. 4.

tutela hodie conjuncta sunt in una separatione bonorum. Unde multae oriuntur difficultates. Legislator enim initio regulam posuit, sed in singulis tractandis rei immemor fuit. Ita factum est, ut, verbo deceptus, plerumque divisionem bonorum solam, non mutatum mulieris statum cogitaverit. Alter difficultatum fons est, quod res in duobus codicibus tractata est¹, qui nec fines suos semper servarunt, neque in omnibus conveniunt. Unde fit, ut aliquando unius codicis articuli per alterius praecepta ambigui fiant.

§ 11.

III. *Separatio bonorum.* — *De iis, quae in utilitatem tertiorum lege constituta sunt.*

Primum, quod lex constituit, ne hac juris matrimonialis mutatione commodis tertiorum noceretur, est hoc: separationem non nisi per sententiam iudicis, certis casibus lege definitis, fieri posse. Separatione mutuo consensu facta, nihil agunt conjuges; art. 241 § ult. C. C. Ita lex cavet, ne separationes clandestinae aut sine justa causa fierent. Sed hoc satis non est. Lex etiam adversus simulatas separationes cavet. Non igitur inquiritur, quid inter conjuges pro vero habeatur, sed quid revera factum sit. Sola confessio mariti in jure tamquam probatio non admittitur; art. 810 C. Pr. Aliquando etiam iudex ex officio testes citare jubebit, usus articulo 199 § 2 C. Pr. Sed imprimis art. 243 C. C. hic attendendus est, quo creditoribus viri interveniendi facultas data est.

“De schuldeischers van den man kunnen in het geding tusschen beide komen, om den eisch tot scheiding van goederen te betwisten.”

¹ Cod. civ. art. 241—250, et Cod. de modo proc. art. 804—814.

Quorum interest legem observari, iis legem tuendi munus datum est. Ita demum sententia iudicis fit contradictoria. Creditores enim hac in re legitimi contradictores sunt. Quare etiam a Regis Ministris in responso ad art. 813 C. Pr. dato, dicti sunt nomine partium (*partijen*)¹. Sunt partes accedentes (*gevoegde partijen*). Hanc ob causam imprimis rejicio opinionem Viri cons. DE PINTO², qui fraudem conjugum creditoribus aequè probandam esse censet ad opponendum secundum art. 243, ac si rescissio petitur secundum art. 247. Equidem ceterorum omnium interpretum cum Francicorum tum nostrorum opinionem secutus³, creditores iisdem argumentis uti posse existimo, quibus et maritus utitur. Creditores intervenientes non solum cavent, ne qua fraus fiat, sed etiam ne quid contra legem fiat. Conungi oportet hanc interventionem cum separatione mutuo consensu prohibita, et confessione mariti non admissa. Praeterea idem probat diversitas articuli 243 et articuli 247, et verbis, et re.

Art. 247. "De schuldeischers van den man, die niet in het geding zijn tusschen beide gekomen, kunnen zich tegen de scheiding verzetten, al ware dezelve reeds ten uitvoer gelegd, indien hunne regten daardoor opzettelijk mogten verkort zijn."

In hoc igitur fraus memoratur, in illo non item; in uno de prohibenda, in altero de rescindenda separatione agitur. Aequum autem est, majus jus dari ad prohibenda futura, quam ad rescindenda quae facta sunt. Itaque manifestum est, probationem doli a creditoribus intervenientibus non requiri; neque articulos 243 et 247 hocmodo equiparandos

¹ Vid. VAN DEN HONERT, *Handboek v. d. Burg. Regtsv.*, § 813.

² *Handl. t. h. Burg. Wetb.*, annot. ad § 147 (II p. 96).

³ DIEPHUIS, I n. 1153; NIENHUIS, *Akademische voorlezingen over het Nederl. burg. regl.*, I § 63; TROPLONG, *Contr. d. mar.*, n. 1398.

esse. Sed quaeritur, an forte alio modo equiparandi sint, probatione doli etiam ad rescindendam separationem non requisita. Quod contendit TOULLIER¹, eumque secutus NIENHUIS². TOULLIER verbis articuli 1447 C. N. “*en fraude de leurs droits*” damnum significari contendit, quod ipse eventus rerum afferat; sed in difficultatem incidit, quod eadem verba in art. 1167 C. N. legantur, ubi manifesto de dolo agitur. At apud nos diversa sunt verba articuli 247 et articuli 1377, quorum hic de creditorum juris diminutione dolosa (“*bedriegelijke verkorting*”), ille de consulto facta (“*opzettelijke verkorting*”) loquitur; atque novum argumentum ex ipsa hac diversitate hausit Clar. NIENHUIS. Omnem vero opinionem prorsus rejiciendam esse puto. Obstat eadem, quam modo exposui, interventionis et rescissionis diversitas; obstant diversa articulorum 243 et 247 verba; obstat constans verborum *in fraudem creditorum* significatio, quibus merum damnum, quod creditores facto debitoris passi sunt, numquam intelligitur; obstat denique ipsius articuli 247 verbum “*opzettelijk*”: quod enim consulto factum est, ut jura creditorum minuerentur, id dolose factum est. Ut haec igitur actio competat, non sufficit, aliquid contra legem factum esse. Secundum legem judicatum est, et ne bis in idem judicetur, vetitum est. Sed requiritur, ut et fraudandi animus et eventus damni fuerit. Prorsum eadem est actio, de qua in art. 1377 agitur, quae vulgo actio Pauliana dicitur. Quare quae de hac valent, de actione quoque articuli 247 valeant necesse est.

At si eadem est actio, cur expresse hic datur, quae semper competit? Quia non de dominio vel obligatione, sed de

¹ XIII, n. 88—90.

² *Voorlezingen*, I § 63 nota 5.

statu personarum hic agitur. Sententia separationis ad universos homines pertinet; omnibus hominibus objici potest exceptio rei judicatae; nemo rem inter alios actam esse proclamare potest. Hanc ob causam interveniendi facultas, quae etiam est juris communis ¹, hic expresse creditoribus datur. Imo invitantur quasi, ut interveniant, actionis promulgandae necessitate mulieri imposita ², et certo tempore constituto, intra quod de separatione sententia ferri nequit ³. Sed hanc quoque ob causam, ubi sententia lata est, locum hic nullum habet vulgaris oppositio, quae tertiis, si quid damni per sententiam passi sint, permitti solet (*tierce-opposition*) ⁴. Extenditur interventio; restringitur oppositio. Ob causas solum extraordinarias sententiae oppugnandae facultas creditoribus permittitur et restituitur, si quid in fraudem ipsorum factum sit.

Propria, quam exposui, sententiae separationis natura expressa et confirmata est articulo 813 C. Pr.

“Indien de vereischten, in deze afdeeling voorgeschreven, in acht genomen zijn, zal, nadat de termijn, waarvan in het voorgaande artikel gesproken wordt, verschenen is, het vonnis van scheiding ook ten aanzien van de schuldeischers van den man geldig zijn.”

Idem, quod contendi, etiam DE PINTO ⁵ hoc articulo contineri censet. At scriptores quidam prorsus aliter articulum interpretantur. Quod ut intelligatur, prius de art. 873 C. Pr. Fr. agendum est.

¹ Art. 285 seqq. C. Pr.

² Art. 242 C. C. et art. 807 C. Pr.

³ Art. 809 C. Pr. — Ob hunc articulum cessare hic puto articulum 288 C. Pr. Contra OUDEMAN, *Ned. Wetb. v. Burg. Regtsv.*, III § 104, ob art. 288 inutilem esse censet articulum 809.

⁴ Art. 376 seqq. C. Pr.

⁵ *Handl. t. h. Wb. v. B. Rv.* ann. ad § 551 (II p. 829 seq.)

“Si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, après l'expiration du délai, dont il s'agit dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation.”

Omnes fere interpretes Francici hoc articulo de praescribenda actione rescissoria articuli 1447 C. N. (nostri Codicis art. 247) agi putant ¹. Tempus autem, articulo praecedenti constitutum, est annus, per quem sententia separationis in albo proponitur. — Jam eodem modo DIEPHUIS ², NIENHUIS ³ et OUDEMAN ⁴ nostrum art. 813 interpretantur. De re non dubitasse, sed scriptores de jure Francico inconsulti secuti esse videntur. Novam igitur inquisitionem res postulat.

Ac primum ne interpretatio quidem articuli Francici omni dubio caret. Ipsa quae de hoc articulo in Sectione legislativa Tribunatus habita est gravissima disputatio ⁵ alii explicationi magis favere videtur. Scriptores igitur nonnulli, atque inter eos CARRÉ ⁶, dissentiunt ab iis, quos supra nominavi. Jus creditorum separationem oppugnandi non solum admittunt, ubi solennitates perfectae non sunt, sed tum quoque, si quid in fraudem creditorum factum est, quod est vitium multo gravius; neque obstare putant, quod illa exceptio in ipso art. 873, haec autem in art. 1447 legatur: legem enim generalem non derogare speciali. Sed quidquid in Francia juris sit, certe noster art. 813 multum ab articulo Francico differt. Videatur historia articuli nostri

¹ TOULLIER, XIII n. 85 et 93; TROP LONG, *C. d. M.*, n. 1399, ubi plures quoque scriptores citantur.

² *Ned. Burg. Regt.*, I n. 1170 et 1171.

³ *Voorlezingen*, I § 63 nota 4.

⁴ *Ned. Welb. v. Burg. Regtsv.*, III § 104 in fine.

⁵ Vid. LOCRÉ, *Législation civ. comm. et crim. de la France*, XXIII p. 131 seqq., collata pag. 88.

⁶ *Lois de la proc.*, Question 2959.

apud VAN DEN HONERT ¹. Primum specimen propositum prorsus articulum 873 C. Pr. Fr. referebat, omissis tantum verbis "*par tierce opposition.*" Rogabant Delegati quidam, quare ea verba omissa essent. Tunc hoc fere responsum est: creditores *pendente lite* intervenire posse; *sententiam vero latam* adversus eos quoque valere, scilicet si omnes solennitates perfectae essent; sin quaedam omissae, tertios rem inter alios actam esse proclamare posse. Haec explicatio non prorsus conveniebat cum articulo proposito. Quid tunc? Mutatus est articulus, ut magis cum explicatione conveniret, atque ea forma proposita est, quae nunc legitur. Quum post rerum conversionem in Belgio Codices novo examini submitterentur, iterum a nonnullis Delegatis rogatum est, quare art. 873 C. Pr. Fr. omissus esset? et ab aliis propositum, ut in fine articuli haec verba adderentur: "salvo quod articulo 262 C. C. (scil. Cod. 1830, hodie art. 247) statutum est." Responsum est: articulum 873 C. Pr. Fr. consulto omissum esse, quia pugnaret cum art. 262 (i. e. 247) C. C.; neque tamen necesse visum esse, ut verba: "salvo art. 262", adderentur, quoniam id haud dubium esset.

Significatio igitur, quam supra articulo 813 tribui, cum verbis legis convenit, quae sunt quam maxime generalia, cum art. 247 minime conjuncta. Eadem significatio confirmatur ipsius legislatoris interpretatione. Certe quae anno 1837 in Coetu Legislativo acta sunt, non tanti sunt habenda; quum forma articuli tum neque constituta neque mutata sit. Probant tamen etiam haec, legislatorem tum articulum eodem modo interpretatum esse, quo et mihi explicandus videtur. Sed graviora sunt, quae anno 1828

¹ *Handboek v. d. Burg. Regtsv.*, p. 738.

acta sunt. Quorum duo imprimis attendenda sunt: primum omnia, quae de oppositione agerent, omissa esse; deinde legislatorem hoc solum proclamasse: sententiam adversus creditores valere, si solennitates perfectae essent; sententiam adversus creditores non valere, si solennitates perfectae non essent.

Unde igitur efficiunt Doctores, de praescriptione in art. 813 agi? Ex verbis: "*nadat de termijn, waarvan in het voorgaande artikel gesproken wordt, verschenen is.*" Ac revera ea verba cum mea explicatione pugnare videntur. Ipse enim concedo, sententiam adversus tertios statim valere, imo, propter vim retroactivam, ex die actionis institutae; valere igitur, si solennitates perfectae fuerint, non *postquam* tempus, quo perficiuntur, peractum est. Accuratius igitur de hisce verbis mihi agendum est.

In primo specimine articuli Francici ea non legebantur. Addita sunt suadente Sectione legislatoria Tribunatus. Sed nondum mihi contigit, ut intelligerem, quare addita sint, quidve significant. Si tamen conjecturam mihi facere licet, puto vulgarem tertiorum oppositionem anni tempore circumscribere legislatorem voluisse. Specimen enim propositum tertiorum oppositionem omnino prohibebat, appellandi vero iis dabat facultatem. Articulus tunc ita sese habebat:

"Si les formalités prescrites au présent Titre ont été observées, les créanciers du mari ne pourront former tierce-opposition au jugement de séparation, sauf à eux à en interjeter appel" ¹.

Postrema verba de appellandi facultate creditoribus data, omnibus Tribunis omittenda videbantur. Sed opponendi jus quidam tertiis restituendum putabant, quia art. 474 C. Pr. Fr. id semper concederet. Alii merito oppositionem

¹ Vid. LOCRÉ, l. c.

hic prohibitam esse censebant, lata interveniendi facultate creditoribus permessa. Ex hac diversitate opinionum tertia fluxisse videtur, quae utramque conjungeret, opponendi jure permissio quidem, sed per breve tempus. Actio vero articuli 1447 omnino extra disputationem erat.

Quod ad nostrum articulum attinet, puto imprimis nobis cavendum esse, ne nimium ea verba: "*nadat de termijn verschenen is*", urgeamus; quae ex lege Francica descripta, casu in nostram irrepserunt. Legislator ea nihili fecit; in explicando articulo ea prorsus omisit; egit tantum de principio et de fine articuli, de solennitatibus et de effectu adversus tertios, neque apparet, eum quidquam de tempore statuere voluisse. Si quis igitur me roget, quomodo ea verba in lege nostra accipiam: puto ea pertinere ad solennitates, quae perfectae non sint, nisi sententia per tempus constitutum in albo proposita fuerit. Tum igitur legis verba hoc significant: sententiam adversus tertios valere non constare, priusquam omnes solennitates perfectae, atque annus quoque peractus fuerit ¹. Sed quocunque modo ea verba articuli 813 interpreter, tamen optime sese non habent. Quid plura? Concedo mea explicatione *quodammodo* vim inferri verbis legis. Sed magis contorta mihi videtur eorum interpretatio, qui legis verba generalia de ipso casu, de eoque solo, agere contendunt, ad quem in articulo prorsus non refertur, quem legislator exclusit, exempta ex articulo voce *oppositionis* (quae legitur in art. 247), quem denique, quum ultima legi sanctio accederet, et Regis Ministri et Coetus Legislatorius ab hoc articulo alienum et extra illum positum esse existimabant. Si quis autem hanc articuli restrictionem relinquere velit, atque

¹ Cf. DE PINTO, l. c.

ea, quae generaliter dicta sunt, generaliter quoque velit accipere, ac propterea quoque de actione articuli 247: is non poterit verba “*nadat cet*” mihi objicere: ipse enim in omnibus casibus, praeter actionem articuli 247, ea verba tueri nequit; neque una, sed duae difficultates ei incumbunt, primum quod iis verbis non satis tribuat, deinde quod ea pro lubitu nunc urgeat, nunc omittat.

Sententia igitur adversus omnes homines valet. Ipse art. 813 addit, si omnia rite facta fuerint, et praeceptis legis obtemperaverint conjuges. Huc pertinent, praeter ea, de quibus jam actum est, promulgatio sententiae et ejusdem exsecutio.

Art. 244 § 1 C. C. “De scheiding van goederen moet, vóór het ten uitvoer leggen daarvan, openlijk worden bekend gemaakt, op straffe van nietigheid der tenuitvoerlegging.”

Pacta nuptialia lex jussit actis publicis inscribi. Ob eandem causam necesse est, ut omnis juris matrimonialis mutatio promulgetur. Minus recte igitur DIEPHUIS¹ scripsit, promulgationem propterea solum requiri, ut creditores sententiam oppugnare possint. Promulgationem sententiae non cum art. 247, sed cum art. 207 conjungi oportet. Neque igitur mirum est, hanc promulgationem requiri etiam post promulgationem actionis a muliere institutae; quae et minus solennis est, et separationem futuram et incertam spectat, ad quam attendunt ejus temporis creditores, non vero universi homines, qui in posterum cum conjugibus acturi sunt. Ceterum supra jam monui diversitatem modi promulgandi secundum art. 811 C. Pr. et secundum art. 207 C. C.² Denique de

¹ I, n. 1158.

² Vid. supra § 7.

tempore, quo promulgationem fieri oportet, mox agam: pendet enim ex tempore executioni praescripto.

Sequitur igitur, ut de executione sententiae agam.

Art. 246 C. C. “Het vonnis, waarbij de scheiding van goederen is toegestaan, vervalt van rechtswege, indien hetzelfde niet, blijkens eene daarvan op te maken authentieke akte, vrijwillig is ten uitvoer gelegd door de werkelijke verdeeling der goederen; of wanneer, binnen den tijd van ééne maand nadat het vonnis kracht van gewijsde heeft bekomen, geene regterlijke vervolgingen daartoe door de vrouw zijn begonnen, en regelmatig worden voortgezet.”

Nisi promulgatio facta sit, executio jure fieri nequit. Contra sententia lata et promulgata inutilis est, nisi intra certum tempus executio sequatur. Lex enim voluit, ut separationes verae essent. “Il ne faut pas,” ait NICOLAÏ, “que dans une matière aussi grave, un vain simulacre “puisse remplacer la réalité”¹.

Tria hic animadvertenda sunt: forma, qua executionem fieri oportet; tempus, intra quod fiat necesse est; tempus, ante quod fieri nequit.

Quod ad formam, art. 246 praescripsit, ut executio fiat divisione bonorum et actu authentico. Cessat tamen aliquando bonorum divisio, si mulier communione omnibusque bonis desistit, aut si communio omnino non fuit, et nulla bona dividenda sunt. Quem casum Codex Francicus comprehendit verbis: “*par le paiement réel des droits et reprises de la femme*”². Legislator vero noster articulum restrixit. Necesse igitur est, ut Jctus rursus extendat et suppleat. Ita denique eodem redimus, unde mutando aberravimus.

Quod ad tempora attinet, articulo 246 ad executionem mensis tempus datur, postquam sententia vim rei judicatae

¹ VOORDUIN, II p. 427.

² Art. 1444 Cod. Nap.

nacta est. Tempus autem, ante quod exsecutio fieri nequeat, constituit art. 244 § 1 C. C., quem supra citavi, quocum conferatur art. 812 C. Pr.

“De vrouw mag niet beginnen het vonnis ten uitvoer te leggen dan van den dag af, waarop de bij het voorgaande artikel voorgeschrevene formaliteiten zullen vervuld zijn, zonder dat zij echter behoefte te wachten tot dat de termijn van een jaar, vastgesteld bij n^o. 1 van het voorgaande artikel, verlopen zij.”

Artt. 246, 244 et 812 sumti sunt ex artt. 1444, 1445 Cod. Nap. et 872 C. Pr. Fr. Sed tempora apud nos longiora sunt. Tres mutationes hac in re legislator noster fecit. Primum, tempus quindecim dierum produxit in tempus triginta dierum; deinde tempus illud non ex die sententiae dictae computandum esse jussit, sed postquam sententia vim rei judicatae nacta est; denique executionem per duos menses distulit, promulgatione in diariis jussa, uno inter binas promulgationes mense interposito; quae promulgationes in diariis non requiruntur in Francia. Mutandi igitur libidini ample legislator noster indulsit; sed vereor, ne hic quoque mutaverit in deterius. Brevia enim tempora, non longa res postulat. Brevi tempore, quo exsecutio fieri possit, mulieris, quo fieri debeat, tertiorum commodis consulitur. Res universos homines spectat; sententia promulgatur; effectus sententiae retroaguntur. Cunctando igitur et differendo, securitati et stabilitati juris valde nocetur. — Sed imprimis infelix mihi videtur mutatio, qua dies sententiae dictae mutatus est in diem, quo sententia vim rei judicatae nacta est. Optandum enim foret, ut appellandi quoque facultas brevi temporis spatio circumscripta esset, sicut simili casu factum est, scil. ubi de statu ejus, qui foro cecidisse perhibetur, controversia agitur ¹. Idem autem hic quoque lex Francica nacta

¹ Art. 791 Cod. Merc.

est, executione intra quindecim dies *post sententiam latam* jussa. Ita enim maritus aut acquiescere aut appellare cogitur. In nostra vero lege ex ipso appellandi tempore peracto mensis computatur. In Francia quindecim dies, ad executionem perficiendam dati, appellandi tempus coarctant; apud nos longo appellandi tempore breve executionis tempus producitur.

Multas quoque difficultates parit mutatio, quam tertio loco nominavi. Quaeritur scilicet, quomodo cum art. 246 cohaereant duo menses ad promulgandam sententiam in diariis requisiti. Num absorbentur tribus mensibus, qui marito ad appellandum dati sunt, ita ut mensis, quo executio fieri debet, statim postquam sententia vim rei judicatae nacta est, currere incipiat? An post illud tempus iterum tres menses dantur, quorum duo ad promulgationes in diariis, unus ad cetera transigenda? Posterius verum esse puto. Utraque mutatio (scil. mutatio in art. 246 C. C. et mutatio in art. 811 C. Pr.) per se spectari debet. Nullam in una alterius rationem legislator habuit. Lex Francica ad promulgandum et executionem faciendam quindecim dies concessit, nostra lex unum mensem. At promulgandi causa ex uno tres menses fiunt, duobus mensibus inter initium promulgationis et reliquam executionem quasi intercalatis. Derogant igitur artt. 811 et 812 C. Pr. articulo 246 C. C. Dies autem, ex quo computatio fiat, propterea non mutatur. Tres enim menses in art. 246 ad appellandum marito dati sunt, non ad executionem faciendam, neque igitur ad promulgandum uxori. Ac ne certum quidem est trium mensium tempus. Si enim prius maritus acquiescit, prius quoque sententia vim rei judicatae nanciscitur. Casu igitur fit, ut aliquando promulgatio eo tempore fieri possit. Ac si non potest, ex quo tunc die promulgationis duo menses

computabuntur? Quum nusquam lex disertis verbis eum diem constituerit, omnis temporum determinatio, praeter diem articuli 246, arbitraria mihi videtur. Denique antequam sententia vim rei judicatae nacta est, res incerta est et rescindi potest. Et promulgationem igitur et executionem legislator post eam diem fieri maluit. Ita demum certo fundamento nitimur. Ita quoque mutatio legislatoris nostri, qua pro die sententiae vis rei judicatae substituta est, non probanda quidem, sed probabilis tamen videtur.

Nova difficultas ex eodem fonte oritur, si sententia absente marito lata est. Art. 246 executionem fieri jubet, postquam sententia vim rei judicatae nacta est. At sententia, quae absente reo lata est, ipsa executione vim rei judicatae nanciscitur (art. 81 C. Pr.), nisi saltem reus ante acquiescat. Itaque terminus articuli 246 plerumque hic usu non veniet. Verteremur in circulo. Quid igitur? An, deficiente termino rei judicatae, omnis hic terminus deficit, praeter eum, quo cunctae sententiae, quae absente reo latae sunt, extinguuntur? Ita judicatum est a Tribunali Amstelodamensi¹, quod statuit, executionem per sex menses differri posse, ob art. 88 C. Pr.; et adhuc per duos menses, ob art. 811: contra agere enim non valentem non currere praescriptionem; — ita ut in summa mulier octo menses haberet. Ac revera lex non patitur aliter judicari; quamquam ita res per longum tempus differri potest. Ubi enim postremo mulier virum prosequitur, ut executio fiat, poterit is, oppositione facta, iterum rem in iudicium deducere; tum, postquam res ex ordine peracta sententiaque lata est, mulier rursus executionem differre poterit. — At ita in lege scriptum est.

Opinionem minus probandam protulit NIENHUIS, scil. exse-

¹ Sententia 23 Oct. 1850, descripta in *Weekbl. v. h. Regt.*, n. 1173.

cutionem hic non sex menses differri posse, sed annum ¹. Quod cohaeret cum opinione, de qua mox agam: executionem semper, etiamsi sententia sit contradictoria, per annum differri posse. Quod nego. Sed fac me concedere. Tamen nego idem, quod fieri possit, si omnia ex ordine peracta sint, usu venire, ubi sententia absente reo lata est. Specialia derogare generalibus, ait NIENHUIS; sententiam igitur, quae absente reo lata sit (quod sit generale), nisi intra sex menses executio facta sit, exstingui, ob art. 88 ²; at *separationis* sententiam, quae absente marito lata sit (quod sit speciale) anno praescribi, ob art. 813 ³. — Equidem ex eodem argumento prorsus contrarium efficio. Equidem quoque ajo, specialia derogare generalibus; separationis igitur sententiam contradictoriam (quod est generale) anno praescribi; at separationis sententiam, quae absente marito lata sit (quod est speciale) sex mensibus praescribi. Sententiae universe brevi tempore non praescribuntur, sive executio fiat sive non fiat. Regulae autem derogatur in sententiis separationis; quae *ob propriam separationis naturam* anno praescribuntur; quod jam dicis causa concedo. Sed etiam huic regulae in separationis sententiis, quae absente marito latae sunt, iterum derogatur *ob propriam sententiarum quae absente reo lata sint naturam*, quae dilationem non patitur. — Itaque, etiamsi praemissas Viri clar. NIENHUIS concedam, conclusionem tamen nego.

Sed nego quoque praemissas. Videamus etiam hanc quaestionem. Sunt qui existiment, executionem semper per an-

¹ *Voorlezingen*, I § 63 nota 4. — Citat NIENHUIS Arrestum Curiae Supremae 8 Oct. 1852, quo sua opinio confirmetur.

² Legitur apud NIENHUIS art. 83. Manifestum vero est, hunc esse errorem typographicum, et legendum esse 88.

³ Quomodo Viri Clar. id ex art. 813 deducant, mox ostendam.

num differri posse. Duo argumenta proferuntur. Primum, art. 812 C. Pr. Ex iis enim, quae in fine hujus articuli dicta sunt, non *necesse esse* ut mulier executionem usque post annum peractum differat, sequi videtur, tamen mulieri per annum executionem differre *licere*. Sed nego verba articuli ita extendi posse. Praeceptum articuli 246 C. C. adeo certum est, ut ei verba quaedam ambigua, et minus forte eleganter dicta, derogare non possint. Imo ipsa illa verba prorsus contrarium significant ejus, quod inde interpretes, quos refutare hic conor, effecerunt; ac scripta sunt, ut idem dubium tollerent, quod nunc ex ipsis movetur ¹. Quod docet historia legis. Articulus enim noster 812 descriptus est ex art. 872 C. Pr. Fr., in quo eadem est ambiguitas. Verba autem, de quibus agitur, in primo ejus articuli specimine non legebantur; sed addita sunt, Sectione legislativa Tribunatus haec monente: “L'article disant aussi “que le jugement devra être inséré sur un tableau, et ex-
“posé pendant un an, il faut empêcher, qu'on ne pense
“que la femme devra attendre l'expiration de l'année. La
“section propose d'ajouter: *sans que néanmoins il soit né-
“cessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an*” ². Hisce igitur verbis nihil mulieri tributum aut datum est; sed aliquid ademptum, quod prior articuli pars ei concessisse videbatur. Nihilosecius in Francia initio Tribunalia quaedam judicaverunt, mulierem executionem per annum differre posse, ob art. 872 collato articulo 174 C. Pr. Fr., qui in nostro codice non legitur. Sed hodie ea opinio ab universis scriptoribus, a Tribunalibus quoque et a Curia

¹ Cf. OUDEMAN, *Ned. Wetb. v. Burg. Regtsv.*, III § 105.

² *Loché Législ. civ., comm. et crim. de la France*, XXIII p. 131. Videantur articuli 872 priora specimina eodem p. 87 et 110.

Suprema Francica rejicitur. “Il est étonnant”, ait TROPLONG, “que l’opinion contraire ait eu quelque succès devant les “tribunaux; elle est aujourd’hui abandonnée”¹.

At apud nos opinionem contemptam recoxerunt Tribunal Amstelodamense in Sententia supra citata, et Curia Suprema in Arresto, citato a Viro clar. NIENHUIS; ipse quoque NIENHUIS eandem nuperrime defendit². Videtur Tribunal Amstelodamense argumento articuli 812 cessisse. Certe eo argumento nititur Arrestum Curiae Supremae³. Sed NIENHUIS novo argumento usus est. Urget Vir clar. verba in art. 246: “*nadat het vonnis kracht van gewijsde heeft bekomen*”. Quod tum demum fieri contendit, quum nullo modo, neque appellatione neque oppositione, sententia impugnari possit; sententiam autem separationis per anni tempus a creditoribus mariti impugnari posse (art. 247 C. C. et 813 C. Pr.); mensem igitur, intra quem executionem fieri oporteat, computandum esse post annum praeterlapsum, ac mulieri annum et mensem competere. Magis speciosum hoc quam verum mihi videtur. Ad me certe argumentum non pertinet, quod ea articuli 813 explicatione nititur, quam supra rejeci. Sed praeterea, ut sententia vim rei judicatae nanciscatur, non requiritur, ut *tertii*, qui in causa non fuerint, sententiam impugnare nequeant (tunc nulla fere sententia vim rei judicatae nancisceretur: oppugnandi enim facultas,

¹ *Contr. d. mar.*, n. 1358. Cf. MARCADÉ, ad art. 1444 et 1445 C. N., annot. II.

² *Loco cit.*

³ Arrestum invenitur in *Nederlandsche Regtspraak*, XLIII p. 54 seqq., et in *Weekbl. v. h. R.*, n. 1376. — In omnibus Sententiis, quas hic citavi, eadem causa vertitur. Cf. adhuc Sententia Tribunalis Amstelodamensis (Sectio pro Deo) 19 Oct. 1849 (in *Regtsgel. Bijblad*, XI p. 600 et 601), ubi principium litis invenitur. Arrestum Curiae Hollandiae de hac causa non inveni.

quae tertiis competit, et actio Pauliana, secundum jus commune nulla brevis temporis praescriptione intereunt); sed ut ab iis, inter quos res acta sit, nulla appellatio aut oppositio fieri possit. Oppositio tertiorum etiam hanc ob causam hic computari non potest, quia per eam sententia non prorsus inutilis fit, sed quod ad oppositentes solos evertitur et pro non lata habetur. — Sed de his postea.

§ 12.

III. *Separatio bonorum. — De vi retroactiva et de nullitatibus.*

Accessi ad quaestionem, omnium hujus argumenti difficillimam: de nullitatibus. Separatio bonorum, mutuo consensu facta, nulla est; art. 241. Divisio bonorum, ante promulgationem sententiae facta, nulla est; art. 244. Sententia, quae effectum non habuit, nulla est; art. 246. Separatio, quae in fraudem creditorum facta est, nulla est; art. 247. Habes hic collectionem nullitatum, qualem sibi optaret, qui ex industria de hoc argumento scripturus esset. Quaeritur, quae sit earum vis, qui, et quando, et quomodo, iis uti possint.

Sed priusquam de vi separationis inutilis agam, qui sint validae sententiae effectus spectabo. Novus ex separatione conjugum status oritur. Quem adversus omnes homines valere, non necesse est hic iterum moneam. Est enim hoc caput et principium omnium, quae de hoc argumento aut scripsi, aut scripturus sum. Sed de vi sententiae retroactiva copiosius mihi agendum est. Quo tendat, quos spectet, quaenam ex iis, quae pendente lite facta sint, hanc ob causam irrita fiant, inquiram. De nullitatibus igitur hic quoque agitur.

Omnium sententiarum, quibus jus aliquod iudex agnoscit et tuetur, communis est natura, ut actor, qui causam vicerit, omnia nanciscatur, quae habuisset, si sententia ipso die actionis dicta esset. Idem vero ex natura sententiae separationis non profluit, nec vis retroactiva huic tributa, eodem fundamento nititur. Quod eleganter ostendit OPZOOMER¹ adversus TOULLIER². Sententia enim separationis non confirmatur quod est, sed tollitur et mutatur. Communioni, quae usque adhuc viguit jure legitimo, novum jus et diversus conjugum status substituitur. Novae igitur illius condicionis effectus natura sua non retroaguntur; sed lege id constitutum est.

Art. 244 § 2 C. C. "Het vonnis, waarbij de scheiding van goederen is toegewezen, heeft, wat deszelfs gevolgen betreft, eene achteruitwerkende kracht, te rekenen van den dag der regtsvordering".

Legis hocce placitum desumptum est ex art. 1445 C. C. Fr.; hujus autem fundamentum est in opere Viri cel. POTHIER de communionem, et in jurisprudentia Tribunalis Parisiensis, dicti *le Châtelet*³. Veterem igitur secutus consuetudinem POTHIER docet, bona, quae post actionem institutam conjuges nacti sint, in communionem non venire. Itaque si qua bona mulieri pendente lite obvenerint, nec maritus in iis jus habebit, nec creditores communionis ea capere et iudicati exsequendi causa vendere poterunt. Sed quaeritur, an latius quoque tendat vis retroactiva. Quid debita post diem actionis contracta? Quid bona uxoris, quid bona communionis pendente lite a marito alienata? POTHIER de his tacet. Sed lex Francica et nostra universe de effectibus sententiae loquuntur. Dubitari tamen potest,

¹ *Burg. Wetb.*, ad art. 244 (I p. 100 seqq.)

² XIII, n. 95—97.

³ Vid. POTHIER, *Traité d. l. commun.*, n. 521.

quia de jure tertiorum imprimis hic agatur. Sunt igitur qui existiment, alienationes a marito factas ratas esse: virum enim, donec separatio bonorum facta sit, non desinere caput esse et dominum communionis, neque igitur alienandi facultatem amittere; eaque tantum posse rescindi, quae in fraudem uxoris facta sint; imo, quod ad tertios, haec quoque valere, nisi ipsi fraudis participes fuerint, ob art. 1377 C. C., omisso igitur hac in re articulo 244. Ita judicavit Tribunal Amstelodamense, Sententia 26 Aprilis 1848 ¹; et quodammodo etiam TOULLIER eadem videtur admittere ². Debita vero post diem actionis contracta iidem statuunt in communionem non venire ³. At puto non esse, quod distinguamus alienandi et debita contrahendi facultatem. Utraque enim eo tendit, ut communionis bona diminuantur. Ac si maritus tamquam communionis caput bona alienare queat, nescio quare creditores, quibuscum maritus pendente lite contraxerit, eadem bona iudicati exsequendi causa vendere non possint. Sed neutrum puto licere ⁴. Maritus post actionem institutam non amplius est caput et dominus communionis. Effectus separationis retroaguntur. Mulier igitur jus habet in dimidiam partem bonorum communionis, sicut fuerant die actionis; neque marito licet ullo modo jus illud diminuere. Nihil igitur refert, utrum actus viri in fraudem uxoris facti sint, an non. Neque refert, utrum tertii, necne, in bona fide fuerint: quos promulgatio actionis institutae monuit. Art. 244 quoque distinctioni non favet. Denique hoc legislator imprimis

¹ Legitur Sententia in diario *Weekbl. v. h. Regt.*, n. 1023, citato a LEON, *Regtspraak van den Hoogen Raad*, ad art. 244.

² XIII, n. 103.

³ Vid. Sententia citata et TOULLIER, n. 104.

⁴ Cf. TROPONG, *Contr. d. mar.*, n. 1381 et 1389.

studuit, ut simul et mulieris et tertiorum jura tueretur ¹. At nisi effectus sententiae quod ad tertios quoque retroagantur, jus mulieris inutile fit. Maritus enim pendente lite omnia bona dilapidare et perdere poterit. Creditores quoque universi, periculum moniti, invitantur quasi, ut bona capiant et dividant. Ubi postremo mulier agere poterit, nihil reliqui erit, nisi jus adversus maritum, qui non solvendo est.

Itaque creditoribus, quibuscum maritus pendente lite contraxit, in eam dumtaxat bonorum partem jus competit, quae divisione facta viro cesserit. At donec sententia lata non est, omnem hujusmodi executionem suspendi oportet. Ob eandem causam si qua maritus bona uxoris aut communionis pendente lite alienaverit, mulier ea revindicare poterit. Quod tamen cum restrictione quadam intelligendum est. Alienationes enim viri non per se irritae sunt, sed tum demum, si damnum inde uxori existeret. Itaque si pretium rei alienatae in rem communionis versum est, alienationem rescindi, mulieris non interest, nec rescindi ea potest. Tertiis enim, quantum fieri potest, parcere oportet. Idem dicendum est, dum vir dimidiam partem bonorum communionis non exhaustit. Tum enim suo jure usus est. Alienationum eadem est ratio ac debitorum. Sicut debita, post actionem mulieris a viro contracta, ipsum solum obligant, ita rerum quoque alienationes quasi propriae sunt viro, ad eum solum pertinent eumque obligant. Non omnis igitur res alienata confertur; sed in communi dividendo, ubi rationes redduntur, bona dicis causa restituuntur, sicut fuissent, si sententia eo die dicta esset, quo actio instituta. Tum bona alienata parti viri adjudicantur; quam si exce-

¹ Vid. VOORDUIN, ad art. 243, ann. 2 (II p. 426).

dunt, alienatio rescinditur, et bona conferuntur. Cum hac sententia pugnare videtur art. 950 C. C., quo conjugum testandi facultas ad dimidiam partem bonorum communionis restringitur, certarum autem rerum legata petere legatarii prohibentur nisi ipsae res legatae in communi dividendo testatoris parti adjudicentur, legatario tamen actione ad id quod interest adversus heredes data. At longe differunt legatum, quod quis *gratis nactus est*, et contractus *titulo oneroso factus*. Lata viri potestas concidit quod ad ea, quae post dissolutum matrimonium fient; sed dum communio adhuc subsistit, id administrationi concedo, ut eligere possit maritus, quas res alienare velit, modo ne dimidiae partis, quae sibi competat, vires excedat. Ac praeterea contra art. 950 cito art. 976 § 3, in quo agitur de rescindendis donationibus et legatis, quibus jus legitimum liberorum laesum est. Statuit autem articulus, ut bona a tertiis possessoribus evincere non liceat, dum ex ceteris donatarii bonis id quod interest praestari potest.

Bona alienata revindicandi facultas etiam hinc aliquando circumscribitur, quod in bonis mobilibus possessio valeat pro titulo. Quod ad tertios igitur, rei mobilis alienatio valebit, si rescissio a muliere petatur jure domini. Solae rescindi poterunt alienationes bonorum uxoris immobilium, et bonorum mobilium, quae nomini ejus inscripta sunt. Sed et bonorum communium omnium alienationes rescindi poterunt. Minus enim jus maritus habet (scil. pendente lite separationis) si communio bonorum est, quam si non est. Si communio non est, salvum est viro jus *sua* bona alienandi, unde fit, ut alia quoque bona, quae possideat, alienare queat. Non enim quaeritur, quis dominus sit, sed quis possideat. Sed ubi communio bonorum obtinet, *universum jus* mariti minuitur, omni bonorum discrimine

sublato. Tum igitur omnes res alienatae a muliere revindicare possunt. In *re* enim alienationis causa hic sita non est, sed in *persona*. Ac possessio quidem tituli loco est, si scilicet is, qui possidet, aliunde capax sit; sin vero capax non sit, possessio defectum non tollit. At sic tamen istae alienationes valebunt, ubi omnis persona recedit, exempli gratia si bona in emporio, vel per commissionarios, vel in auctione publica vendita sint. Imprimis igitur mulieri usui est jus, ipsi articulis 245 C. C. et 208 C. Pr. datum, ut, inventario confecto, aestimatione facta, signis apposis, cavere possit, ne bona a marito perdantur. Unde tamen argumentum peti nequit (sicut aliquando factum est) de finibus potestatis mariti pendente lite. Nam dubitari non potest, quin *facto* vir bona ita perdere possit, ut ne vestigium quidem eorum remaneat; sed an *jure* quoque alienare possit, quidve quondam valeat, nihil art. 245 docet.

Restat denique quaestio, an vis retroactiva meram quoque administrationem spectet: utrum maritus administrationem bonorum uxoris et communionis retineat usque ad sententiam latam, an haec quoque rescindatur; utrum status et condicio uxoris post sententiam demum mutetur, an ea quoque, quae pendente lite administrationis causa uxor fecerit, sententia lata confirmantur. Scriptores fere omnes docent, quod ad administrationem, sententiae effectus non retroagi¹. Unus apud nos OPZOOMER doctrinam professus est, administrationem quoque ex die actionis mulieri competere². Thesin eam imprimis adversus DIEPHUIS defendit, qui diversam opinionem tuitus erat³. Nuper Viro clar.

¹ TROPLONG, *C. d. M.*, n. 1382; MARCADÉ, ad artt. 1448 et 1849, n. I.

² *Burg. Welb.* I p. 104 seqq.

³ *Ned. Burg. Regt.*, I n. 1183.

OPZOOMER hac in re assensit Vir clar. NIENHUIS ¹. Attamen ei suffragari nequeo. Primum animadverto, jus administrandi non simul penes duas personas esse posse; itaque si penes maritum sit, ea quae mulier ea causa fecerit, nulla esse; sin penes uxorem, omnia quae maritus fecerit, rescindi posse. Satis igitur officio feci, si aut viro probaverim administrationem competere, aut mulieri non competere. Sed alterutro licet sufficiente, utrumque probare conabor.

Primum igitur: *vir administrationem retinet*. — Vis enim sententiae retroactiva non hoc fert, ut separatio fictione juris ipso die actionis facta esse intelligatur, omniaque ita habeantur, quasi tunc sententia lata esset; sed ut ex eo die status bonorum computetur. Si prior admitenda esset opinio, certe omnes actus viri irriti essent. Sed supra jam ostendi, etiam alienationes quasdam ratas esse. Certe valebunt, quae administrationis causa a marito facta sunt. Prorsus enim differunt alienatio et administratio. Alienatione bona perduntur; administratione conservantur. Ad alienationem proprium requiritur jus in re; administratio etiam pro aliis geritur. Alienationis jure semel tantum utimur; administratio natura sua continua est. Alienentur bona necesse non est; sed administrantur omnino oportet. At si status administrationem jure eum habere, qui causa superior futurus sit, tum omnino non administrabitur, donec sententia lata sit. Nam nemo certe cum eo agere velit, cujus jus forte resolvetur. Administratio igitur non potest pendere ex condicione, i. e. ex re futura incerta. Obligatio vel dominium per tempus incerta esse possunt, sed administratio etiam tempore intermedio usu venit, neque igitur ipsa potest esse incerta. Necesse est ut quis ipso

¹ Voorlez. I § 63 nota 13.

tempore litis, pendente condicione, administrationem habeat, et quidquid eveniat, jure habeat, ita ut quae hac lege fecerit, ex post rescindi nequeant. Si igitur rogas, quo fundamento administratio illa nitatur, ajo maritum negotia ejus gerere, cui postea jus competere apparebit. Dubitari autem non potest quin maritum, non uxorem, pendente lite negotia gerere oporteat. Is enim societatis conjugalis est caput, is bona possidet, is hucusque administrationem gessit, atque in posterum quoque geret, si forte uxori actio denegetur. Ea autem quae sunt, mutari non solent, priusquam certum est, ea mutari oportere. Ex condicione igitur viri et mulieris sequitur, illi potius quam huic administrandi jus competere. Ceterum ut hic distinguam bona communionis et bona propria uxoris, atque illorum viro administrationem concedam, horum adimam, sicut scriptores quidam fecerunt ¹, omnis me ratio deficit. Omnia enim, quae attuli, aequae de bonis propriis uxoris ac de bonis communionis valent. Nullum argumentum ex lata viri in bonis communibus potestate petivi, neque igitur est quod secus existimemus quod ad bona, in quibus minorem potestatem maritus habet.

Probavi maritum administrationem retinere. Idem jam *ex persona uxoris* probare conabor. — Ex separatione novus oritur conjugum status. Antea bona aut prorsus confusa, aut externo saltem vinculo conjuncta erant. Nunc autem cujusque bona separata sunt. Itaque nunc quoque uxor bona sua administrare possit necesse est. Quod tamen non ita pertinet ad effectus ipsius sententiae, ut retroagi debeat. Tum demum id postulatur, ubi ipsa bonorum separatio revera *adest*. Quod etiam ex verbis art. 249 apparet:

¹ TOULLIER, XIII, n. 62; DIEPHUIS, I, n. 1178.

“De vrouw, welke van goederen gescheiden is, bekommt de vrije beheering daarvan terug.”

et magis adhuc ex textu Francico articuli 264 Cod. anni 1830 (sumti ex art. 1449 Cod. Nap.):

“La femme séparée de biens en reprend la libre administration.”

Recuperamus autem in posterum.

Si quis igitur cum muliere pendente lite contraxit, et vir et mulier ad nullitatem negotii provocare poterunt secundum regulas juris communis. Quae vero cum marito administrationis causa peracta sunt, ea rata sunt, et a nemine oppugnari possunt. — Atque haec de administratione mariti et de condicione uxoris pendente lite sufficient.

Egi jam de communione ex die actionis sublata, et de nullitate eorum, quae post actionem institutam lege communionis facta sunt. Progredior ad nullitatem separationis, et eorum, quae lege separationis facta sunt. Sed quoniam plures hic nullitatum species sunt (equidem saltem plures admitto), universe quaedam de earum natura praemonenda sunt.

Nullitas mihi esse videtur rei vel actus alicujus minor in jure vis, ex vitio quodam profluens. Nullitates igitur gradu differunt. Sed si omnis vis et effectus concidit, tum nihil actum esse dicitur, et nullitas vocatur absoluta. Ceterae omnes relativae sunt: aut respectu personarum, si non omnes homines, neque adversus omnes, iis uti possunt; aut respectu rei, si id quod actum est, partim valet partim irritum est; aut respectu modi, si hoc vel illo tantum modo ad nullitatem provocari potest, exempli gratia si sententia judicis opus est, ut res nulla esse declaretur, aut rescindatur.

Hisce propositis, si, quae sit nullitatum separationis

natura quaeritur, dubitari non potest quin una sit absoluta: separationis mutuo consensu factae; qua nihil agunt conjuges. Neque de hac dubitari potest, quae adest, si in fraudem creditorum separatio facta est: quae est relativa et respectu modi et respectu personarum. Separatio enim tunc non ipso jure nulla est, sed rescindi eam oportet; neque ab omnibus hominibus rescissio peti potest, sed a creditoribus solum viri, qui non intervenerunt. Mulieris creditoribus separatio magis prodest, quam nocet; quare neque intervenire, neque sententiam oppugnare possunt. Ceterum intervenire posse eos quoque censeo, qui pendente lite cum marito contraxerint; at sententiam ob fraudem oppugnare eos solos, qui jam ante mulieris actionem creditores viri fuerint. Nam eorum tantum fieri potest ut jura consulto laesa sint. Si creditores posteriores fraudati sint, ipsa fraus non est in separatione, sed in contractu, quamvis forte separatio viam fraudi aperuerit.

Restant tres nullitates, quarum natura minus in promptu est, de quibus igitur latius est agendum.

1. Si quid eorum, quae lex in utilitatem tertiorum praescripsit, observatum non est.
2. Si judicati exsequendi causa bona divisa non sunt tempore utili.
3. Si sententia ob fraudem rescissa est (quod distinguas a casu, si sententia rescindi potest).

Sintne absolutae hae nullitates an relativae, et si relativae sint, quo respectu, quaeritur. Aliter: quid nullum est? et qui et adversus quos nullitate uti possunt?

1. Primum proposui nullitatem, si quid eorum, quae lex in utilitatem tertiorum praescripsit, observatum non est. Qua sequentes casus continentur: si promulgatio actionis mulieris aut omnino non facta, aut non rite facta

est; si sententia intra triginta dies post promulgationem actionis dicta est; si sententia aut omnino promulgata non est, aut non rite, aut non utili tempore promulgata.

Haec vitia non omnino nullam et inutilem separationem faciunt, sed a tertiis allegari possunt, ut probent separationem adversus se non valere. Hujus igitur nullitatis haec prima est restrictio, quod extranei soli, non ipsi conjuges ea uti possunt. Quod probat primum art. 813 C. Pr. "Si omnes solennitates perfectae sunt, sententia separationis adversus creditores quoque mariti valebit". Ergo ubi perfectae non sunt, adversus creditores mariti non valebit. Deinde idem confirmatur, comparatione instituta articuli 869 C. Pr. Fr. In quo postquam de praecepto promulgandae actionis mulieris actum est, legitur: "*à peine de nullité, laquelle pourra être opposée par le mari ou par ses créanciers.*" Ea verba legislator noster omisit. Unde efficio, apud nos maritum hanc nullitatem uxori opponere non posse, nedum creditoribus. Denique idem docent artt. 207, 253, 300, 304 C. C., in quibus agitur de re simili, vel dicam pari, scil. de pactorum nuptialium, de separationis thori ac mensae et de communionis restauratae promulgatione. In iis autem articulis legimus disertis verbis, sive eam rem, de qua agatur, *adversus tertios non valere*, sive *conjuges ea re adversus tertios uti non posse*, nisi promulgatio facta sit. — Dubitatio oritur ex art. 244 C. C., qui *nullam* executionem esse dicit, nisi antea sententia promulgata sit. Sunt igitur qui existiment, eo casu executionem prorsus irritam esse, ac neque tertiis neque conjugibus prodesse. At puto ita nullitati aliam significationem tribui ac fas est. Nullitas non solum dicitur, si quid prorsus irritum est, sed etiam, si quid minorem habet vim et effectum. Utrum hoc an illud sit, ex ipsa voce non

factam. Si exsecutio prorsus omissa est, separationem irritam et inutilem esse concedo. Sententia concidit, neque ullos effectus habet. Et conjugibus igitur et extraneis nullitas prodest. Imo ipsa mulier creditoribus suis nullitatem opponere poterit, si quid, marito non auctore, fecerit. Abuti quidem hoc jure poterit, ut creditores circumveniat; sed et si communio numquam sublata est, nihilosecius creditores circumvenire potest. Prorsus, exsecutione omissa, sententia adeo nulla est, ut separatio numquam facta habeatur. Exceptionem hic profert idem DIEPHUIS ¹, absolutae nullitatis defensor, paroemiae: ubi lex non distinguit cet., laudator. Putat, ea valere, quae mulier post sententiam fecerit, dum exsecutio facta non est, sed fieri tamen adhuc potest. Duo argumenta pro hac opinione afferit: analogiam articuli 252 § 1, et naturam rei. Merito eum reprehendit OPZOOMER ². Analogia hic adhiberi non potest, quoniam casus sunt prorsus diversi. In art. 252 agitur de separatione omnibus numeris absoluta, quae, donec tollatur, valet. At hic res perfecta nondum est, nec separatio tollitur, sed sententia pro non dicta habetur; unde fit, ut omnia ita habeantur, quasi numquam separatio facta fuerit. DIEPHUIS ³ etiam hoc argumento utitur, exsecutionem non promulgari, nec tertiis innotescere. Retorqueo argumentum in auctorem. Nam si exsecutio est factum privatum, quod non promulgatur: neque exsecutionem *non* factam esse, tertiis innotescit. Si igitur post tempus exsecutioni constitutum ipse DIEPHUIS concedat, actus mulieris non valere, nihil est quod secus existimemus de iis, quae ante tempus peractum facta sunt. Quod ad tertios, actus mulieris — sive tempore intermedio

¹ I, n. 1163.

² Ad art. 246 (I p. 107).

³ N. 1162.

sive postea facti — irriti erunt, si exsecutio omittatur; rati, si fiat. Semper tertii inquirant necesse est, utrum separatio perfecta sit, necne. Non est quod eos uno casu inconsultos cum muliere contrahere posse existimemus, actusque valere; altero vero casu diligentiam postulemus, et poenam nullitatis constituamus. Denique poterunt sibi tertii cavere, rebus cum utroque conjugē peractis. Sed plerumque maritus administrationem retinebit, dum exsecutio facta sit. Ita demum omnia ex ordine fiunt: administratio non intermittitur; alienandi vero jus per tempus pendet ex conditione (scil. exsecutionis), quae si existit, omnia habentur, quasi die actionis sententia lata esset, praeter administrationem; sin vero deficit, omnia, et sententia, et separatio, et effectus separationis praematuri, concidunt et jacent.

At quid, si exsecutio facta quidem est, sed sero? Conjuges nullitate uti non posse, neque inter se, neque adversus tertios, puto. Vitium emendarunt, nullitatem texerunt, separationem comprobarunt, jure suo destiterunt. Quid creditores? TROP LONG¹ distinguit creditores priores et posteriores. Illis semper nullitatem prodesse censet; his vero minime prodesse, sed separationem, quod ad eos, valere. Huic opinioni non assentior. Quod modo contendi adversus DIEPHUIS, idem nunc sustineo adversus TROP LONG. Exsecutio non est factum publicum. Hanc ob rem distingui non potest jus eorum, qui ante exsecutionem, et qui post eam cum conjugibus contraxerunt. Contra DIEPHUIS ita argumentatus sum: si post tempus exsecutioni constitutum nulla sit separatio, eam etiam ante tempus peractum nullam esse oportere. Nunc ita: si separatio ante exsecutionem adversus tertios non valeat, etiam quae post exsecutionem facta sint, non

¹ *C. d. M.*, n. 1368.

apparet. Promiscue lex et absolutas et relativas nullitates eadem voce designat. Adagium: "si lex non distinguit, nec nobis distinguendum est," quo saepius abutuntur homines, neque hoc loco usui est. Namque ipsum, distinguat lex necne, quaeritur. Ubi eadem sunt verba, re tamen saepe distinguitur. Rem igitur consideremus. Tum si et nexum animadvertamus articulorum 244 C. C. et 813 C. Pr., et naturam rei, sequi videtur relativam esse nullitatem. Sollemnitates in tertiorum solum commodum praescriptae sunt. Viri et mulieris, utrum fiant necne fiant, non interest, neque igitur iis vitium prodesse potest. Tertiis autem solis prodest, at neque universis, neque semper. Distinguendi sunt creditores, qui ante separationem cum conjugibus contraxerunt, et illi, qui post separationem creditores facti sunt; quorum his actionis, illis sententiae promulgatio omissa non nocet, neque igitur nullam separationem facit. Iterum quis dicat, articulum 813 non distinguere. At primum art. 813 rem non penitus tractat, sed via indirecta et argumentatione a contrario inde, quae volumus, deduci oportet. Deinde ipsius articuli significatio flectitur ad res et tempora, quibus usu venit. Sicut in art. 243 et 247 C. C., qui sint creditores mariti, de quibus agatur, ex tempore, quo interventio usu venit, apparet: ita in art. 813 quoque universe creditores nominantur, certi autem designantur ipso casu, quo articulus adhibetur.

Distinxi, ubi articulus non distinguit; non distinguo, ubi articulus distinguere videtur. Mariti creditores nominantur. An igitur uxoris excluduntur? Non puto. Sed plerumque tamen uxoris creditores, si jure communionis uti velint, aut a marito repellentur, si cum uxore, se non consentiente, contraxerunt, aut ex ipso actu apparebit, creditores separationem bonorum novisse, neque, ea lege rebus peractis, ad

communione provocare poterunt. Poterunt vero, si nihil ex actu apparet, e. g. si mulier mercatrix est. Ut dijudicemus, quando haec nullitas creditoribus prosit, imprimis tenendum est, omnem ejus vim huc redire, ut separatio adversus tertios, qui eam ignorare censentur, non valeat. Non igitur hanc habet vim, ut rescindatur quod separationis lege factum est; sed ut valeat quod communionis lege factum. Conjuges, si quid factum est aut fit, quasi communio adhuc obtineat, tertiis separationem opponere non possunt. Itaque creditores alterutrius conjugis utriusque bona iudicati exsequendi causa vendere poterunt; neque uxor rem suam, a marito alienatam, a tertiis poterit revindicare. Separatio enim, qua jus alienandi marito ademptum est, ad eos non pertinet. At valebunt et servandi erunt actus uxoris administrationis causa facti. Viro enim et uxori ostendi hanc nullitatem non prodesse, ac tertii ne tum quidem, quum semper communio fuerit, nullitatem conjugibus opponere possunt, si quid ab uxore citra jus suum factum est.

Summa igitur eorum, quae docui, est haec: valde ingratam atque iniquam esse condicionem conjugum, imprimis uxoris; quam si aegre ferant, poterunt modo lege constituto in gratiam redire, ut, communione restaurata, pari jure et ipsi adversus tertios utantur.

2. Sequitur, ut agam de nullitate, si executio facta non est tempore utili. Absolutam nullitatem esse, complures docent, iterum adhibita paroemia dilectissima, et sine dubio facillima, si lex non distinguat, nec nobis distinguendum esse¹. Attamen distinguam, auctore Viro cel. TROPLONG², inter executionem prorsus omissam et executionem sero

¹ DIEPHUIS, I, n. 1169; TOULLIER, XIII, n. 76.

² *Contr. d. mar.*, n. 1367—1376.

valere. Ait TROPLONG, quod ad creditores posteriores, separationem sine fraude factam esse. At fieri potest, ut etiam, quod ad creditores priores, sine fraude facta sit. Sed lex non praecise fraudem et collusionem vetuit; sed factum externum praescipit, quo collusio et fraudes averterentur. Itaque non quaeritur, an sine fraude, sed an tempore legitimo executio facta sit. Praeterea lex non ob id solum executionem fieri jussit, ut fraudes averterentur, sed ob aliam quoque causam. Jus matrimoniale certum et publice notum esse oportet. Mutatio aegre fertur. Ubi fertur, quantum minime potest, certitudini juris noceat oportet. Quare brevi tempore res absolvatur et perficiatur necesse est; neque fieri potest, ut primum promulgetur, tum cesset et differatur, tum rursus effectum sortiatur. — Sed quamvis non distinguam creditores priores et posteriores, tamen iis nullitatem non prodesse puto, qui executionem agnoverunt, aliove modo separationem comprobarunt. Hi quoque nullitatem texerunt, et jure suo destiterunt ¹.

Haec igitur de executione sero facta sentio. Sed fac, utili quidem tempore factam esse, sed non modo lege constituto. Ac puto, qualemcunque executionem conjugibus jus ad nullitatem provocandi adimere; tertiis vero vitiosam executionem non nocere.

3. Restat, ut de tertia nullitate agam, si separatio ob fraudem rescissa est. Duobus argumentis in diversas hic partes trahimur. Art. 380 C. Pr. docet, si quam sententiam tertii oppugnarint, et jure oppugnasse judicentur, sententiam rescindi quod ad oppositos, cetera vero rata manere. Contra separationis natura fert, ut quae ad unum pertinent, ad omnes pertineant. — Utrumque conciliari puto, si

¹ Cf. TROPLONG, n. 1369.

statuimus, adversus eos, qui post actionem separationis cum conjugibus contraxerunt aut contrahunt, separationem valere; prioribus vero creditoribus universis rescissionem prodesse ¹. Non enim propterea rescinditur separatio, quoniam in fraudem hujus vel illius, sed universe quia in fraudem creditorum facta est. Qui ipsi igitur rescissionem petere possunt, iisdem rescissio ab altero petita prodest. Creditoribus vero posterioribus non prodest, qui fraudati non sunt; quorum, quid fiat, non interest; qui, quid factum sit, nesciunt. Neque conjugibus, qui postquam propositum fraudulentum assecuti non sunt, si putent nihil esse, quod separatio duret, in gratiam redire poterunt.

§ 13.

III. *Separatio bonorum, separationis thori ac mensae sequela.*

Egi de vulgari separatione bonorum. Postremo breviter videndum est, quid peculiare aut diversi statuendum sit, ubi bonorum separatio ex corporum separatione profluit ². Pleraque, de quibus hucusque egi, tunc usu non veniunt. Tunc enim separatio bonorum sequitur separationem thori ac mensae, sicut accessorium sequitur suum principale. De bonorum separatione non primo loco agitur; ut bonorum communio tolleretur, nec mulier petit, nec iudex jussit; sed ex mutata conjugum condicione et sublata vitae communione sequitur, etiam bonorum jus mutari. Nulla igitur hic est fraudis suspicio, nec tertii intervenire, nec rem prohibere possunt. Cessant quoque pleraeque solennitates,

¹ Idem, MARCADÉ, ad art. 1446—1447, n. III in fine.

² Art. 298 C. C.

et dies constituti, et formae praescriptae; cessat etiam executionis intra breve tempus necessitas. Quorum pleraque tamen fient; sed etiamsi non fiant, irritam tamen separationem bonorum non reddunt. Separatio enim thori ac mensae irrita hanc ob causam non fit; hujus autem fata illa sequitur ¹. Omnium, quae in vulgari separatione bonorum usu veniunt, sola hic promulgatio requiritur ². Certum tamen tempus, intra quod promulgationem fieri oporteat, constitutum non est; iterum quoniam quidquid aut fiat aut omittatur, tamen communio bonorum durare non potest, ubi communio vitae sublata est. Itaque hoc tantum statutum est, ne separatio adversus tertios ante valeat, quam promulgatio facta sit.

Dubitari potest de vi retroactiva. TROP LONG ³ distinguit effectus separationis inter conjuges et adversus tertios. Adversus hos, effectus retroagi non putat, quoniam actio promulgata non sit; inter conjuges vero omnino retroagi: in actione enim separationis thori ac mensae inesse actionem separationis bonorum; omnia igitur, quae de vulgari bonorum separatione praescripta sint, etiam hic valere. Ita quoque Tribunal Amstelodamense ⁴ articulum 244 C. C. hic usu venire judicavit; quamquam in eodem articulo explicando (Cod. Nap. art. 1445) a Viro cel. TROP LONG multum Tribunal discrepat ⁵. Sed merito Curia Hollandiae articulum 244 male hic adhibitum esse judicavit ⁶. Actio enim separationis bonorum minime inest actioni separationis

¹ Cf. quae monnit NICOLAI, apud VOORDUIN, II p. 497 seq.

² Art. 300 C. C. et 828 C. Pr.

³ N. 1386—1388.

⁴ Sententia 26 Aprilis 1848. Vid. *Weekblad v. h. Regt.*, n. 1023.

⁵ Cf. supra pag. 93.

⁶ Arresto 19 Aprilis 1849. Vid. *Weekblad.*, eodem.

thori ac mensae. Fieri potest, ut illa prorsus extra mentem et consilium conjugum sit, ac mere ex mutatis rebus sequatur. Sin uxor revera habeat, quod praeter thori ac mensae, etiam bonorum separationem petat, nihil impedit, quominus utramque actionem instituat, et ob singulares separationis bonorum effectus, et hanc quoque ob causam, ut si majus sibi denegetur, minus tamen forte concedatur. Itaque censeo etiam hic separationem bonorum sequi separationem thori ac mensae, cujus effectus, qui sunt facti, retroagi non possunt ¹. Denique quod ad tertios, res procul omni dubio est, et ob art. 270 C. C. (qui convenit cum art. 271 C. N.):

“De regten van den man, opzigtelijk het beheer der goederen van de vrouw, worden, gedurende het geding, niet geschorst; behoudens de bevoegdheid der vrouw om, ter bewaring van haar regt, gebruik te maken van de behoedmiddelen, welke bij het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering op dat stuk zijn aangewezen.

Alle akten van den man, waardoor de regten van de vrouw opzettelijk verkort worden, zijn nietig” ².

et ob novum Codicis civilis nostri articulum 300,

“De vonnissen tot scheiding van tafel en bed zullen openlijk worden bekend gemaakt.

Zoo lang deze openlijke bekendmaking niet heeft plaats gehad, zal het vonnis tot scheiding van tafel en bed niet tegen derden kunnen werken.”

§ 14.

IV. *Communio restaurata.*

Separatione bonorum jus matrimoniale mutatur. Alia denuo juris matrimonialis mutatio fit, ubi separatio tollitur, et

¹ Idem MARCADÉ, ad art. 311, n. IV.

² Legitur articulus in sectione Codicis *de divortio*; sed ad separationem quoque thori ac mensae refertur articulo 301.

ad communionem revertitur ¹. Quamquam mutatio vix dici potest, qua prior mutatio tollatur. Separationis igitur ratione habita, jus conjugum communionem restauranda mutatur; sed ubi jus pristinum spectamus, ipsa separatione tollenda, stabilitas et immutabilitas juris matrimonialis confirmatur. Nam separatio non solum in posterum tollitur, sed fictione juris numquam fuisse intelligitur; una tamen exceptione admissa, de qua postea acturus sum.

In art. 251 tantum de *communione* restauranda agitur. Sed legislatorem in hoc Titulo non valde accurate locutum esse, et plerumque communionem bonorum dumtaxat cogitasse, quamquam in art. 241 de communi quoque omnium bonorum administratione tollenda ageretur, ubi *communio* proprie sic dicta numquam fuerit, supra jam monui ². Quia autem art. 241 hujus argumenti est caput, cetera ad id flectenda esse puto. Ob latioresem igitur vocis separationis usum, etiam communionis significationem hac in re extra solitum legislatoris usum extendere necesse est; neque articulum 251 de sola bonorum communionem, proprie sic dicta, sed de administratione quoque communi restauranda interpretari oportet. Quod negat DIEPHUIS ³: primum ob verba legis, deinde quoniam non eadem sit ratio. At si tamen in ceteris, e. g. in art. 246, verba legis tueri non possumus ⁴, ne nimium gravemur, si etiam articuli 251 verba minoris facere necesse est, quam verborum et literarum cultorem deceat. — Quod ad alterum DIEPHUISII argumentum attinet, puto Virum ampl. propriam administrationis

¹ Art. 251—253 C. C. — Cf. art. 1451 Cod. Nap., et POTHIER, *Communauté*, n. 523—529.

² Vid. § 10 et § 4, p. 26.

³ I, n. 1200.

⁴ Vid. supra pag. 84.

mariti naturam non satis agnoscere. Mihi autem ratio, quae pro communione facit, multo magis pro administratione mariti facere videtur. Minime sum ex iis, qui communionem bonorum, quae dicitur, κατ' ἔξοχὴν naturae matrimonii convenire existiment. Utrum conjuges post dissolutum matrimonium sua quisque bona recuperent, an dimidium bonorum omnium nanciscantur, parum referre mihi videtur. Sed constante matrimonio possessionem et administrationem et usumfructum separata esse, id communioni vitae, quam inter conjuges esse decet, adversari puto. — Dubia igitur Viri ampl. ΔΙΕΡΗΥΙΣ me non moverunt.

Comperto, quos casus lex comprehendat, deinde de singulis legis placitis hac de re videamus.

In restauranda communione multo minora praesidia legislator tertiis paravit, quam in tollenda. Multae quoque solennitates, quae, ut separatio fiat, requiruntur, hic usu non veniunt. Nulla hic sententia iudicis opus est; nulla certorum est casuum determinatio; nulla interveniendi facultas tertiis data est. Satis est conjuges consentire. Quod mirum non est. Concurrunt enim et favor communionis, et reditus conjugum ad jus pristinum, nec metuendum hic est, ne insidiae tertiis struantur.

Quaedam tamen merito legislator etiam hic praescripsit, partim tertiorum, partim ipsorum conjugum causa. Quatuor imprimis sunt modi sive cautelae, quibus pristini juris restaurandi facultas circumscripta est.

a. Reconciliatio et consensus per se non sufficiunt; sed actus authenticus requiritur, ut de consensu constet.

Art. 251. "De gemeenschap, door scheiding van goederen ontbonden zijnde, kan, met toestemming der echtgenooten, worden hersteld.

Zulks kan niet anders geschieden dan bij eene authentieke akte."

Res est nimis gravis, quam ut probatio ejus factis am-

biguis relinqui possit. Necessè est, ut èt tempus et ipse actus certa sint, deinde ut promulgari possit. Attamen cessat legis praeceptum, ubi separatio bonorum separationis thori ac mensae erat sequela, atque haec, reconciliatione facta, sublata est. Qua in re lex nostra a lege Francica differt. In art. 1451 C. N. legitur:

“La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties.”

At legislator noster primum casum omisit, de eoque separatim egit in Titulo de separatione thori ac mensae, articulo 303,

“De scheiding van tafel en bed gaat van rechtswege te niet door de verzoening der echtgenooten, en doet alle de gevolgen van het huwelijk herleven, ect.

Alle hiermede strijdende bedingen tusschen de echtgenooten zijn nietig.”

Hinc duo sequuntur: primum, separationem bonorum, dum separatio thori ac mensae subsistit, tolli non posse; deinde ubi separatio thori ac mensae, reconciliatione facta, sublata est, ipso jure etiam quod ad bona, pristinum jus instaurari¹. Diversum autem legis Francicae placitum ortum est ex observatione Viri clar. POTHIER², reconciliationem conjugum valde impeditum iri, si in gratiam redire non possent, nisi eodem tempore lata viri in bonis potestate restaurata. Eandem ob causam etiam a recentioribus scriptoribus Francis art. 1451 C. N. laudatur³. Sed ad haec respondeo, quod jam paragrapho praecedenti monui, si praeter

¹ Vid. ASSER, *Het N. B. Wb. vgl. m. h. Wb. Nap.* § 196. — Una Coetus Legislatorii sectio rogaverat, ut conjuges ad pristinum semper jus reverterent necesse non esset; sed res ceterorum suffragia non tulit. Vid. VOORDUIN, ad art. 303, n. VI (II p. 499).

² *Communauté*, n. 524.

³ MARCADÉ, ad art. 1451, n. I.

causas, ob quas separatio thori ac mensae petatur, etiam sit, quod bonorum separatio petatur, utramque obtineri posse; neque tum bonorum communionem, separatim sublatam, restaurari posse, nisi expressa conjugum voluntate, actu authentico consignata.

Art. 251 ait, communionem *haud aliter* restitui posse, quam actu authentico. Si quid igitur hac in re desit, inutilis erit restauratio. Effectus autem hujus nullitatis iidem sunt, ac si pacta nuptialia coram notario confecta non sunt ¹.

b. Ea, quae durante separatione a muliere administrationis causa intra fines juris sui facta sunt, rata manent. Quod et de mera bonorum et de thori ac mensae separatione lex statuit.

Art. 252 § 1. “Wanneer de gemeenschap hersteld is, worden de zaken in denzelfden staat teruggebracht alsof er geene scheiding had plaats gehad, onverminderd de nakoming der handelingen, welke, gedurende het tusschenvak sedert de scheiding tot op het herstel der gemeenschap, door de vrouw verrigt zijn.”

Art. 303 § 1. “De scheiding van tafel en bed gaat, van regtswege, te niet door de verzoening der echtgenooten, en doet alle de gevolgen van het huwelijk herleven, behoudens nochtans jegens derden de voortdurende kracht van de handelingen, welke gedurende het tijdvak tusschen de scheiding en de verzoening mogten hebben plaats gehad.”

Unum igitur separationis vestigium remanet. Jus enim separationis publice et legitime viguit, nec redintegratio communionis nec vis ejus retroactiva jura tertiis acquisita laedere possunt.

c. Jus matrimoniale restauratum prorsus idem esse oportet ac jus pristinum. Conjuges, alio jure ac viguit ante separationem introducto, nihil agunt.

Art. 252 § 2. “Alle overeenkomsten waardoor de echtgenooten de ge-

¹ Vid. supra § 5 pag. 40 seq., et § 6 pag. 54.

meenschap zouden herstellen, op andere voorwaarden dan waarop zij bevo-rens geregeld was, zijn nietig.”

Quaestio hic existit, utrum si qua conjuges pacti sint, a jure pristino diversa, ea dumtaxat nulla sint, an per ea omnis conventio vitietur. Eadem controversia in Francia quoque agitur. Noster enim art. 252 § 2 sumtus est ex art. 1451 § 4 C. N. Scriptores autem de jure Francico plerique pacta accessoria, quibus communio flectatur, inutilia esse censent; ipsius vero communionis restaurationem ratam esse ¹. Diversam opinionem defendit in Francia TROPLONG ², apud nos DIEPHUIS ³. Quorum argumenta huc redeunt: lege ipsam conventionem, qua communio restituatur, nullam declarari, nec nobis licere pro arbitrio legem circumscribere et flectere; deinde omnes distinctiones inter pacta, quae communionis restaurationem inutilem reddant, et pacta, quibus ea non vitietur, aequae esse arbitrarias, quum forte conjuges communionem non restitui, quam pacta accessoria rescindi, malint. — Quamvis non negem, haec argumenta gravia esse, tamen diversam opinionem amplector. In art. 252 non ipsa conventio principalis nominatur; sed de *omnibus conventionibus*, quibus pristina communio flexa sit, agitur. DIEPHUIS quidem contendit, conventiones non aequiparandas esse clausulis conventionum; sed diversa opinio magnam vim nanciscitur ex iis, quae hac de re scripsit POTHIER ⁴, quem etiam hic legislatores Francici secuti sunt. Eleganter et diserte imprimis MARCADÉ ex verbis celebris

¹ ZACHARIAE, § 516 in fine; ODIER, I n. 424; RODIÈRE et PONT, II n. 920 et 921; imprimis MARCADÉ, ad art. 1451, n. III.

² N. 1470. POTTO DELVIN COURT, III p. 46; BATTUR, *Communauté*, II n. 660.

³ I, n. 1194.

⁴ *Communauté*, n. 529 in fine.

Jurisconsulti argumentatus est. Equidem vero non puto *conventionem* hic propriam ac certam esse vocem. Puto, ea nec praecise ipsum actum restaurandi, nec clausulas, qui actu contineantur, significari; sed generalem esse vocem, qua universe omnia, quae pacta conventa sint, designentur. Si quid igitur pactum conventum est, quo *communio*, quae ante separationem fuerit, flecteretur, id irritum est. An vero omnis propterea communionis restauratio irrita sit, hinc pendet, utrum ea pacta ad essentiam rei pertineant, necne. Non enim contractus proprie restauratae communionis est causa, sed consensus et reconciliatio. Forma autem authentica requiritur, ut de consensu constet. Si pacta igitur naturae communionis adversantur, ita ut consensus adesse non appareat: nihil actum est; sin animus reconciliandi et communionis restaurandae appareat, restaurabitur, licet pacta quaedam irrita adjecta sint. Omnis enim mutatio juris matrimonialis est odiosa. Omnis quoque separatio bonorum odiosa est. Quam primum igitur fieri potest, ad jus pristinum et ad communionem revertitur. Si vero pactum accessorium restaurandae communionis est *condicio*, aliter res se habet. *Conditio* enim, ex qua res pendet, voluntate contrahentium ad essentiam rei pertinet. *Conditio* igitur nulla omnem rem irritam facit; art. 1290 C. C. Secus censet MARCADÉ; sed cum reliquis scriptoribus Francicis ab eo hic dissentior. Minus recte vero DIEPHUIS hoc argumento usus est, ut probaret, omnem semper restaurationem per pacta accessoria vitari. *Conditio* enim juris intellectum habet, neque omnia pacta accessoria condiciones esse intelliguntur.

d. Communionem restauratam esse, promulgari oportet.

Art. 253. "De echtgenooten zijn verplicht het herstel der gemeenschap openlijk bekend te maken.

Zoolang die openlijke bekendmaking geen plaats heeft gehad, kunnen de echtgenooten de gevolgen der herstelde gemeenschap niet aan derden tegenwerpen.”

Effectus omissae promulgationis hic iidem sunt, ac si separatio promulgata non est. Conjugibus vitium non prodest; neque eo nullitas tendit, ut rescindatur quod communionis lege factum est, sed ut valeat quod separationis lege factum.

Quod ad modum promulgandi attinet, eadem hic praescripta sunt, atque in separatione promulganda; art. 815 C. Pr.

Denique art. 304 C. C. docet, si sententia separationis thori ac mensae promulgata sit, etiam reconciliationem conjugum promulgari oportere.

§ 15.

V. *An pacta nuptialia in diem, aut ex die, aut sub condicione fieri possint?*

Jus matrimoniale stante matrimonio nullis pactis mutari potest. Num vero in ipsis pactis, ante nuptias confectis, varium et mutabile jus admitti potest, ita ut dies statuatur, a quo communicatio valeat, aut terminus, ad quem communicatio juris sit, aut per tempus communicatio universalis, deinde communicatio lucri et damni, tum aliud quoque jus admittatur? DIEPHUIS ait ¹, OPZOOMER negat ².

Ut hanc quaestionem dijudicare possimus, praeter art. 174 § 2 et 204 C. C., quibus principium immutabilitatis continetur, etiam articuli sequentes nobis attendendi sunt.

Art. 174 § 1. “Van het oogenblik der voltrekking des huwelijks bestaat, van regtswege, algeheele gemeenschap van goederen tusschen de echtge-

¹ I, n. 781 et 958 in nota.

² Ad art. 202 (I p. 85 seqq.).

nooten, voor zoo verre daaromtrent bij huwelijksche voorwaarden geene andere bepalingen gemaakt zijn."

Art. 202 § 2. "De huwelijksche voorwaarden beginnen te werken van het oogenblik der voltrekking van het huwelijk; *geen ander tijdstip mag daarvoor worden bepaald*".

DIEPHUIS sententia hisce argumentis nititur. Art. 174 sumptus est ex art. 1399 C. C. Fr. Omisit vero legislator noster verba: "*on ne peut stipuler, qu'elle commencera à une autre époque*". Legislator consulto haec verba omisisse censendus est. Sponsi igitur legi pactis derogare possunt; praesertim quum haec lex non sit juris publici, et sponsi omnia pascisci possint quibus utilitati publicae aut bonis moribus non noceatur. Articuli autem 174 § 2 et 204 ad hunc casum non pertinent. Spectant enim *constitutionem* juris matrimonialis, non jus matrimoniale ipsum. Jus illud immutabile non reddunt; sed prohibent, quominus *per factum conjugum stante matrimonio* mutetur.

Ita DIEPHUIS. Omnia vero nego, et plane Viro clar. OPZOOMER assentior. Primum enim contendo articulos 174 et 204 revera esse juris publici, in commodum tertiorum scriptos, nec tantummodo, ut putat DIEPHUIS ¹, ut contractus et donationes inter conjuges arcerentur. Quamvis ergo articuli illi, si verba urges, de conventionibus conjugum tantum agere videantur, tamen revera de objecto conventionum, i. e. de ipso jure matrimoniali agunt. Sed disertis quoque verbis idem lex statuit. Verba legis Francicae: "*on ne peut stipuler, qu'elle commencera à une autre époque*", non omisit legislator noster, sed transposuit in art. 202 § 2; quod non tantum re manifestum est, sed quod etiam ipse legislator testatus est ². Et merito transposuit: nam quae

¹ I, n. 783 et 909.

² Vid. VOORDUIN, ad art. 202, n. I (II p. 372).

de stipulatione agunt, ea non ad communionem, quae ipso jure obtinet, sed ad pacta nuptialia pertinent. Quid autem utriusque codicis praeceptum significat? Id ipsum prohibitum esse, quod DIEPHUIS admittit. Olim enim multis Consuetudinibus cum Francicis tum nostris statutum erat, ne communio statim post solenne votum, sed ut aut post concubitum, aut post annum et diem, aut post natos liberos inciperet¹; aliis saltem, ut post natos liberos natura communionis mutaretur, majore potestate marito in bonis concessa². Quae omnia prohibentur articulo 1399 C. C. Fr.³, et articulo 202 Cod. civ. nostri. — At DIEPHUIS, quamvis articulo Francico id prohiberi concedat, nostro tamen negat. Prior enim de communione loquitur, i. e. de jure uno et certo, at posterior de pactorum nuptialium effectu, qui etiam vario et mutabili jure constare possit. — Verum etiamsi ea, quae ipse legislator hac de re monuit, missa facias, tamen art. 202 aliud significare, quam art. 1399, non potest. Nisi enim hoc significet, nihil significat, et nisi varietas juris matrimonialis eo prohibeatur, nihil prohibetur. Porro quae est differentia inter jus pactis nuptialibus introductum, et effectum pactorum nuptialium? Et quae est differentia inter jus varium certo tempore constitutum, et jus, quod vario tempore mutatur? Et quid differunt pactum, quo sponsi communionem adoptarunt, incepturam e. g. post natos liberos, et pactum, quo pure communio constituitur, sed cujus effectus usque post liberos natos differuntur? Attamen prius valebit; posterius non valebit. Equidem subtilitatem non capio.

¹ Vid. de jure Francico inter alios TROPLONG, n. 326—328, et de jure nostro ARNTZENIUS, Tit. VI § 9.

² Vid. ARNTZENIUS, Tit. VI § 21 n. 3.

³ Vid. LOCRÉ, *Législ. civ. comm. et crim.*, XIII p. 343.

Alia quaestio, ei quam tractavi affinis, est haec: an pacta nuptialia sub condicione fieri possint? e. g. *si liberi nascantur*, (quod distinguas a clausula: *post liberos natos*). Fieri posse existimat DIEPHUIS¹, quamquam haesitans. Tamen hac in re multi ei scriptores Francici suffragantur². Equidem, secutus Virum clar. TROPLONG³, neque huic sententiae assentior. Eodem semper argumento nitor. Jus matrimoniale certum, immutabile et publice notum esse oportet. Quomodo autem certum esse potest, si pendet ex condicione, i. e. ex re futura *incerta*? Nec jus tertiorum neque ipsorum conjugum hoc patitur. Porro res eodem articulo 202 prohibetur. Pacta nuptialia effectum habent a die matrimonii. At qui effectum habere possunt, dum, quid constituent, incertum est? Denique rei natura obstat. Fieri potest, ut dominium vel obligatio quaedam per tempus suspendatur; sed status continuus suspendi non potest. Conjuges non possunt usque ad impletam condicionem in nullo statu versari. Itaque quum olim statuta quaedam communionem admitterent aut non admitterent, prout tempore mortis alterutrius conjugis aut essent aut non essent liberi: tum ejus communionis natura diversa erat a nostra, atque hereditarium magis quam matrimoniale erat jus⁴. Apud nos autem communicio statum et universum conjugum jus regit, neque ergo fieri potest, ut a posteriori appareat, utrum communicio fuerit, necne.

Pacta igitur nuptialia in diem, aut ex die, aut sub condicione fieri non possunt. Sed quid, si tamen ita confecta

¹ I, n. 782.

² TOULLIER, XII n. 84; DURANTON, XIV n. 97; ZACHARIAE, § 506 (III p. 179, 5^{ae} ed.).

³ N. 332. Cf. MARCADÉ, ad art. 1399, n. II.

⁴ Vid. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, § 164 n. I.

sint? Ambigua est quaestio, et similis ei quam supra tractavi, ubi quaerebatur, quid juris esset, si conjuges pacto de restauranda communione quaedam adjecissent, quibus jus pristinum flecteretur. Utroque casu, quod pacti sunt conjuges, pacisci non licet; quod vero licet, pacti non sunt.

MARCADÉ omnem hujusmodi conventionem inutilem esse censet, et communionem legitimam incidere necesse esse: ubi enim plura conjuges jura adoptarint, non esse quod unum alteri praeferamus; pro tempore quidem jus constitutum esse, non vero pro matrimonio; inter conjuges igitur haud aliud jus obtinere, ac si nihil pacti sint. Idem docet MARCADÉ, etiamsi varia jura, pactis nuptialibus adoptata, aequè omnia communioni adversentur: quoniam quid noluerint conjuges quamvis appareat, tamen quid voluerint non appareat. Ejusmodi igitur pacta nuptialia Vir cons. aequiparari posse censet testamento, quo testator bona sua ne ad heredes legitimos pervenirent, statuerit, nullo tamen herede instituto. Sed nego similes esse casus. Jus legitimum matrimoniale non est unum; sed varia jura lege recepta sunt, atque ita disposita, ut si unum exclusum sit, alterum tamen obtineat, sin hoc quoque exclusum, tertium obtineat. Itaque non eligendo solum, sed etiam excludendo, conjuges jus suum constituere possunt. Quare si ex pactis nuptialibus appareat, conjuges communionem bonorum noluisse, puto eam legitime exclusam esse. Si vero deinde quaeritur, quod jus, communionem sublata, futurum sit: alia statuenda esse puto, si pacta nuptialia sub condicione, alia si in diem confecta sunt. Si sub condicione, nullam conjugum voluntatem apparere, nisi voluntatem excludendi: illud igitur jus valere, quod magis communioni et potestati maritali faveat; non tam quoniam bonis moribus magis congruum sit (quod

dixerunt RODIÈRE et PONT ¹), sed quoniam in serie jurium matrimonialium superiori loco positum sit, atque ubi jus quoddam exclusum sit, sed tamen nihil certo constitutum, illud jus obtineat necesse sit, quod proxime jus exclusum sequatur. Sin pacta nuptialia in diem confecta sunt, ita ut post certum tempus jus, quod antea viguerit, mutaretur, secus existimo. Tunc enim conjuges jus certum designarunt; atque in eo tantum contra legem pacti sunt, quod statuerint ut jus post certum tempus mutaretur. Id igitur solum irritum est; jus autem, quod quondam valuit, per omne matrimonii tempus valebit.

§ 16.

VI. *An jus matrimoniale mutetur, si conjuges patriam mutant?*

Paragrapho tertio, quum de fontibus juris matrimonialis agerem, quaestiones nonnullas ex jure gentium privato attigi. Consulto vero tum omisi quaestionem, an jus matrimoniale, quod ipso jure obtineat, mutetur, si conjuges solo natali relicto in aliam patriam migrent. Propria enim et peculiaris hujus quaestionis natura est, quae utrum magis ad jus gentium privatum an ad jus transitorium pertineat, dubitari potest ². Ad prius non prorsus pertinet, quoniam non eodem tempore diversa jura concurrunt; sicut fit, ubi quaeritur quo jure regantur bona immobilia diversis locis sita; at hic unum jus post aliud venit. Nec tamen quaestionibus transitoriis haec per omnia aequiparari potest. Pleraque enim hujusmodi quaestiones existunt, si jus terrae

¹ *Contr. d. mar.*, I n. 85 in fine.

² Cf. VON SAVIGNY, *System*, VIII p. 7 et 495 seq.

mutatur, incolis eodem loco manentibus; hic vero non jus terrae flecti, sed ipsi conjuges alio migrare intelliguntur. Unde rursus gravis haec differentia oritur, quod si ipsi conjuges alio migrarunt, jus eorum matrimoniale in terra, in qua nunc degunt, numquam viguit, neque igitur incolis aut notum aut dilectum est; quae omnia aliter eveniunt, si quod jus in eadem terra prius viguit, postea vero abrogatum est.

Duorum igitur jurium, quae inter omnia imprimis ardua sunt, juris gentium privati et juris transitorii, difficultates hic conveniunt. Sed neque hic subsistitur. Accedit propria juris matrimonialis natura: quod primum lege constituitur aut lege saltem auxiliante; deinde non ad conjuges solos, sed ad omnes homines, quibuscum conjuges contracturi sunt, pertinet; denique non certo quodam tempore praestatur aut solvitur, sed per omne matrimonii tempus durat ac singulis juribus, quae nova semper existunt, normam constituit. Quare mirum non est, multum hac de re Virorum doctorum opiniones discrepare. Equidem Viro cel. BLUNTSCHLI¹ assentior, placitis legis deficientibus, quaestionem vix dirimi posse. In lege autem nostra nihil omnino hac de re statutum est; nec consuetudo diligenter observata mihi nota est; nec prudentium auctoritas aut jura vicinarum gentium cui parti magis favcant certo affirmari possit². Nihil igitur nobis restat, quam ut inquiramus, quid naturae et ingenio juris nostri magis conveniat. Ubi vero quid juris sit, ita incertum est, fieri non potest ut juris constituti et juris constituendi fines semper religiose serventur.

¹ *Deutsches Privatrecht*, II § 164 n. 2.

² Vid. BLUNTSCHLI, l. c., et SCHAEFFNER, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, § 109, 115 et 116.

Tamen, quantum potero, fines illos servare conabor, et separate de utroque agam. Ceterum hac in re aliorum praesertim opiniones tradam, quibus dubitationes tantum meas adjiciam: quid pro et contra faciat, exponam et perpendam; certam vero quaestionis decisionem aliis relinquam.

I. *Jus constitutum.*

A. Multi scriptores quaestionem ita solvere conati sunt, ut inquirerent utrum lex an voluntas conjugum juris matrimonialis legitimi esset fons. Quorum legem quidam illius juris fundamentum esse judicarunt, atque hanc ob causam mutato domicilio etiam jus conjugum mutari censuerunt, quum eorum jura et negotia prioris patriae legibus regi non possent, postquam alius civitatis facti essent cives ¹. Alii rursus jus conjugum non mutari docuerunt, quoniam ipsorum voluntas juris matrimonialis esset fons, et conventiones vim suam non amitterent, quamvis illi qui convenissent, domicilium mutarent ². His duas ob causas non assentior: primum quoniam nego jus legitimum ex tacita conjugum conventionem manare, deinde quoniam dubito an omnis conventio de jure matrimoniali, quamvis expressa, vim semper retineat, mutata conjugum patria. Prius supra (§ 3) satis copiose exposui. Fieri quidem potest (quamvis nec semper fiat nec vis legis inde manet) ut conjuges

¹ Hanc sententiam defenderunt STORY, et multi Germanistae: PAULSEN, PHILIPPS, RUNDE, alii, quos citat MITTERMAIER, *Grundsätze d. gem. deuts. Privatrechts*, § 400 nota 8. Male vero inter eos a Clar. MITTERMAIER (quem descripsisse videtur SCHAEFFNER) nominatur ARNTZENIUS, qui (Tit. IV § 13 in fine) diversam sententiam defendit. Male rursus HASSE ab utroque iis accensetur, qui jus matrimoniale non mutari defendunt.

² Huic sententiae favent omnes, qui doctrinam pacti taciti tumentur, quos vide apud FOELIX, *Droit internat. privé*, § 91. Iis etiam accensendum esse SAVINIUM, "liberae submissionis" defensorem, vix est quod moneam.

consulto, jure legis comprobato, pacta nuptialia conficere omiserint. Fieri igitur potest, ut *si* conjuges hoc praevidissent, omissis pactis nuptialibus, postea jus aliquod contra suam voluntatem superventurum esse, pacta nuptialia omnino confecissent. Fieri potest ut ea omnia facta *essent*; at ea facta non *sunt*. Conjuges lege jus suum constitui passi sunt, et quod inde sequitur, id quoque patiantur necesse est. Non nego illud aliquando valde durum esse posse; sed haec juris constituendi est ratio. Nihil certe lege nostra statutum est, ut iniquitas (si qua sit) tolleretur vel minueretur.

Altera causa, quare doctrina pacti taciti mihi videtur efficere non posse, ut jus conjugum, quod quondam valuerit, semper valeat, est haec: quoniam etiamsi *expressum* pactum adsit, illud tamen ceteris pactis equiparari non potest, sed valde dubium est an ea quoque, quae ipsis pactis nuptialibus constituta sint, vim suam semper retineant. Pacta enim nuptialia effectu a ceteris conventionibus longe differunt et legis vice quodammodo funguntur; deinde (quod ex prioribus sequitur) lege quoque definita et circumscripta est conjugum facultas pactis nuptialibus jus suum constituendi. De utroque fuse in Introductione et Capite I egi, neque ea, quae ibi exposui, hic referam. Ex iis autem sequitur, pacta nuptialia non hanc habere vim, ut nulla temporis aut loci, quo confecta sint, ratio habenda sit; sed contra cum lege ea conjuncta esse, secundum quam facta sint, quae explicentur et definiantur. Quum igitur Jurisconsulti, quorum sententiam tradidi, ea quae ipso jure obtinent semper valere profiterentur, quocumque conjuges domicilium transferant, quoniam lex proprie valeat vi tacitae conventionis: equidem contra haud scio an omnia pacta nuptialia vim semper retineant, quoniam eorum auctoritas saepe ab auctoritate legis separari nequeat.

Magis igitur generaliter quaestionem nunc pono, quam fieri solet, aut ipse eam hucusque posui; neque hoc solum quaero, an semper valeat quod ipso jure obtinet, sed etiam quod pactis nuptialibus constitutum est, scilicet si illa aut secundum priorem legem facta, aut nova lege circumscripta vel prohibita sint. — Doctrinam vero pacti taciti parum nobis prodesse, hic rursus apparuit. Restat ut ostendam ea opus non esse, etiamsi jus conjugum mutata patria non mutari censeamus.

B. Relicta controversia de *fonte* juris matrimonialis, scriptores permulti, et qui magna hac in re auctoritate gaudent, propriam illius juris *naturam* spectandam esse contenderunt, qua continuitas et stabilitas postuletur, sive ex lege jus manet, sive ex pactis nuptialibus ¹. Huc pertinent argumenta sequentia, quae arcissime inter se cohaerent.

1. Maritus mutandi domicilii est arbiter; uxor autem virum sequi coacta est. Non igitur marito ea potestas permitti possit, ut mutato domicilio, etiam jus matrimoniale mutet, unde fieri possit ut cum damno uxoris ipse fiat locupletior. — Hoc argumentum grave mihi esse videtur in jure constituendo, leve in jure constituto. Nam quamvis actus viri conjunctus sit cum mutatione juris matrimonialis, tamen voluntas viri mutandi juris causa non est, sed ipsa lex. Cavendum est, ne confundantur causa ex qua res oritur, et condicio quae existat necesse est, ut res fieri possit. Certe nihil impedit, quominus actus alicujus legitimus conjunctus sit cum damno alterius. Ita

¹ Ita FOELIX § 91; SCHAEFFNER § 114. VON SAVIGNY quoque (VIII, p. 332—333) eodem argumento subsidiarie utitur. Ex scriptoribus antiquioribus nominandus est i. a. MATHAEUS, *Paroemiae*, II, n. 65 et 66.

e. g. dubium non est, quin heredi liceat hereditatis partem, quae sibi obvenerit, repudiare, quamvis ea necessario ceterorum heredum partibus accrescat ¹. Si igitur damnosa est hereditas (ut eo casu fieri solet), actus heredis repudiantis conjunctus est cum damno coheredum. Ita quoque debitori licet cum gravi creditorum damno bona sua perdere, si modo nulla fraus creditoribus fiat. Eodem modo contendo, si qua ex potestate, marito concessa, sequantur, unde damnum uxori possit existere, lege eam potestatem circumscribi, aut alio modo caveri posse, ne uxoris commodis noceatur; Jurisconsulto vero non licere alicujus rei sequelas, quoniam aequitati adversari videantur, tollere.

2. Argumentum, quod modo retuli, erat hoc: non marito jus matrimoniale mutare licere. Ad quod respondi, jus (si mutetur) non a marito, sed lege mutari. Sequitur argumentum, ne lege quidem jus matrimoniale mutari, quum omnis juris transitorii sit regula certissima, jura acquisita auferri non posse. — Gravissimum mihi argumentum esse videtur et nostro quoque juri convenire ². Jura autem acquisita conjugibus adimerentur, si bona, quae hucusque propria fuissent, mutato domicilio communia fierent. Rursus si hucusque communio obtinuit, et forte bona hereditaria a latere unius conjugis in communionem venerunt, legitima ejus est spes et exspectatio, ut etiam bona, quae alteri conjugi obventura sint, in communionem veniant; neque hanc exspectationem ei auferre licet. Neutiquam igitur vim argumenti nego. Sed cum temperamento tamen quodam eo uti oportet; imo etiam refutari illud pos-

¹ Art. 1098 C. C.

² Vid. art. 1 Legis transitoriae nostrae.

sit. Itaque ne a ratione, quam mihi in hac materie tractanda proposui, recedam, quasdam etiam huic argumento sive restrictiones sive dubitationes adjiciam.

Primum animadverto, minus recte illud a multis scriptoribus haud sine jactatione ita propositum esse: migrationem non esse modum acquirendi vel amittendi dominii jure civili proditum. At dominium non acquiritur vel amittitur *per migrationem*. Distinguendae sunt variae causae, quarum haec est series. Per voluntatem mariti domicilium mutatur; per mutationem domicilii jus matrimoniale mutatur; per mutationem juris matrimonialis dominium acquiritur vel amittitur. Est autem hic modus jure civili omnino proditus, et vocatur confusio bonorum et separatio bonorum.

Deinde, communionis proprie non haec est natura aut propositum, ut unus conjux ditior, alter pauperior fiat; sed communio ea est conjugum condicio, quae legislatoribus nostris naturae matrimonii et juri patrio praesertim convenire visa est; quae postulare videatur, ut universa bona confundantur et per omnia inter se aequiparentur, sive a viro sive ab uxore collata sint. Quamvis igitur ex illa condicione sequatur, conjuges ditiores vel pauperiores fieri, tamen hoc non est id quod agitur (vel saltem agi oportet); neque communio per se in acquirendo vel amittendo dominio consistit, sed per consequentiam.

Denique imprimis nobis cavendum est, ne juris acquisiti notionem ulterius extendamus, quam natura ejus ferat. Si quis igitur ipsum statum conjugum sive ipsum juris matrimonialis systema (*régime*) jus acquisitum esse contendat: nego. Aequè id mihi improbandum videtur, ac si quis contendat jus publicum mutari, vel jura ac privilegia politica auferri non posse, quoniam jura acquisita sint.

Ipsam jus objectivum, quod dicitur, numquam alicui ita acquiritur, ut mutari non possit; sed hoc quaeritur, quae nam jura (jura subjectiva quae dicuntur) secundum illud jus acquisita sint; eaque inquisitio et distinctio difficillima esse solet. Jam eodem modo etiam hic inter ipsum jus matrimoniale et jura, quae secundum illud jus acquisita sint, distinguendum esse puto.

3. Etiam si lex juris matrimonialis sit fons, tamen lex illud eo tantum tempore constituit, quo nuptiae contrahuntur, idque ut per omne matrimonii tempus immutatum perduret; lex igitur *semel* dumtaxat et pro *omni* matrimonio jus conjugum constituit.— Haud parum hoc argumentum (quod etiam Codicis civilis nostri articulis 174, 202, 204 confirmatur) quaestionem propositam illustrat; sed tamen eam omnino absolvi et expediri nego. Lex enim non hoc imprimis constituit, quid inter conjuges, ubi primum nuptias contraxerint, juris esse oporteat; sed universe quid constante matrimonio juris futurum sit. Illud autem incipere a principio matrimonii, mirandum non est, quoniam tum quoque condicio existit, cujus gratia jus constitutum est. Deinde quod lex, jus, quod quondam obtinuit, semper obtinere voluit, id certe non multum probat: nam de eo hic casu agitur, ubi conjuges ex imperio unius legis exeunt, in alium transeunt. Patriam conjuges mutarunt; leges autem et jus sunt pars patriae. Denique praecipue de jure matrimoniali non mutando multo minor, quam solet, hoc casu est gravitas: tum quoniam jus non ipsorum conjugum factum, sed ipso jure mutatur; tum quoniam in tertiorum praesertim gratiam lex constituit, ne jus matrimoniale mutari posset, hoc autem casu, si jus mutatur, tertiorum commodis non nocetur, sed potius consulitur, quum pristinum conjugum jus iis prorsus ignotum sit.

C. Ita ultro accessi ad ea, unde nova quaestionis facies existit, quae vero prorsus neglexerunt Jurisconsulti, quorum hucusque opiniones retuli. Quaestio scilicet tertios quoque spectat; neque hoc solum agitur, ut jura conjugibus peregrinis acquisita conserventur; sed etiam ne quid contra securitatem juris aut fidem cum damno incolarum fiat ¹. Quid autem de juribus incolarum fieret, si in urbe, quae mercatura floreat, et quo ex universis mundi partibus homines immigrent, tot jura matrimonialia vigerent (videlicet ipso jure), quot sint civitates, ex quibus illi oriundi sunt? Quid si e. g. omnia Germaniae jura convenirent, de quibus scripsit BLUNTSCHLI ²: “Wir erfahren, dass die deutsche Nation in der That alle möglichen Gedanken über eheliches Güterrecht, gute und schlechte, die einen hier die andern dort zu Rechtsregeln ausgeprägt hat”. Mihi quidem valde dubium esse videtur, an inter nostrates jura valere possint, quae neque incolis nota, nec jure patrio recepta, imo prohibita saepe sunt.

Dubia haec confirmantur articulo 198 Cod. civ. nostri, quo conjuges in pactis nuptialibus leges exteras citare prohibentur; et articulo 207, quo omnium pactorum nuptialium, *quibus a communione bonorum universali recessum est*, promulgatio praescripta est. Certe articuli illi conjugibus peregrinis scripti non sunt (tum amplius *quaestio* non esset); sed quod sit ingenium et indoles juris nostri ostendunt. Argumenti vero ex art. 207 petiti minor est gravitas quam argumenti quod art. 198 praebet. Lege enim praecceptum non esse, ut mutato domicilio pactorum nuptialium

¹ Haec imprimis urserunt PHILIPPS, cujus argumenta vide apud SCHAEFFNER, § 110, 111 et 113; deinde BLUNTSCHLI, *D. Privatr.*, II, § 164, n. 2.

² § 164, n. 1 in fine.

transcriptio fieret, supra (§ 7) ostendi; neque igitur tertiis hoc inquirendum est, an in actis tribunalis, in cujus jurisdictione conjuges nunc habitant, pacta nuptialia inscripta sint; sed eo loco inquirant necesse est, quo matrimonium contractum est: quae vero ibi facta sunt, legibus quoque ejus loci regi, ultro apparet. — Ceterum etiam artt. 198 et 207 ostendunt, merito hac in re jus legis et pacta nuptialia a me conjuncta esse. Nam art. 198 non de jure legitimo agit (quod mirum certe non est), sed de ipsis pactis nuptialibus. Promulgatio autem juris conjugum exterorum non solum deficit, si conjuges nihil pacti sint; sed etiam ubi pacta nuptialia adsunt, eorum tamen promulgationem art. 207 non praescripsit. Agitur quidem in art. 207 de pactis nuptialibus peregre confectis; sed artt. 138 et 139, ad quos referri apparet, de eo tantum casu agi docent, si uterque conjux vel unus saltem Nederlandus sit, iique in terram nostram non migrent, sed revertant (“*terugkomst*” in art. 139); quos igitur in pactis quoque nuptialibus conficiendis non peregrini, sed nostri juris habuisse rationem probabile est. De nuptiis vero inter duos peregrinos in terra externa contractis omnino non egit legislator noster: dicas fere eum consulto hoc argumentum omisisse ¹.

D. Varia Virorum doctorum opiniones retuli; ex quibus ad jus constituendum uberrimos fructus percipere possumus. Sed in jure constituto fateor me non satis habere quod huic vel illi assentiar. In diversas partes trahor argumentis aequae gravibus: in medio igitur haesitans subsisto. Attamen nolo ita rem missam facere; sed priusquam

¹ Specimen anni 1820 de transcriptione pactorum nuptialium, a conjugibus peregrinis peregre confectorum, agebat articulo 393.

quaestionem relinquimus, videamus an forte distinguendo diversae sententiae quodammodo conciliari possint. Quatuor distinctiones se nobis offerunt; quas jam supra hic vel illic attigi, nunc vero latius explicabo.

1. Distinctio jurium conjugibus ante migrationem secundum vetus jus legitime acquiritorum, et jurium quae post migrationem semper nova existunt. Jus novum vim retroactivam habere non potest. Communio igitur, si qua in priore patria obtinuerit, in nova non obtineat, non tollitur ex tunc, sed dissolvitur ex nunc. Haec distinctio ab omnibus fere JCTis, qui jus matrimoniale mutari censent, probatur; atque in eo igitur utriusque partis principes consentiunt, ut mutatio domicilii vim non habeat in ea, quae ante migrationem facta vel acquisita sunt ¹.

2. Deinde in hoc omnes consentiunt, ut in terra, in qua nunc conjuges degant, nullum jus obtinere posse concedant, quod legibus ejus terrae prohibitum est (sicut olim in Normania communio bonorum ², vel apud nos praecepta juris Romani de fundo dotali), nec quidquam omittere licere, quod ut necessario fiat praescriptum est (e. g. ut, si uxor in jure agere velit, maritus vel judex auctoritatem interponat necesse sit). Distinguendae igitur sunt leges absolutae et leges, quae obligant quidem si ab iis recessum non est, sed a quibus tamen recedi potest.

Utraque distinctio, quam hucusque nominavi, quaestio definitur et circumscribitur, missis factis iis quae nihil quaestionis habent, et de quibus revera satis constat inter viros doctos. Jam vero majora tento, et in mediam aciem dimicationemque descendo, — dubio eventu.

¹ Vid. SCHAEFFNER, § 109. Miror SAVINIUM distinctionem non probasse.

² Vid. POTHIER, *Communauté*, Article préliminaire, n. 7.

3. Distingui possunt jura conjugum et jura tertiorum, ita ut quod ad hos, jus patrium valeat, inter ipsos vero conjuges jus pristinum vim retineat. Hac distinctione tertii imprimis favetur, nec tamen conjugum jura prorsus negliguntur. Coniunguntur enim hocmodo et conciliantur ea, quae sub litera *b*, et quae sub litera *c* exposui. Sed cum jure nostro distinctionem convenire, omnibus legis placitis hac de re deficientibus, affirmare non ausim. Jure vero Borussico ea recepta est; quo statutum est, ut, si forte conjuges ex civitate, in qua communio ipso jure non obtinebat, in aliam migrarint civitatem, in qua omnino illa obtineat, jus eorum non mutari intelligatur, si de ipsorum tantum commodis agatur; quod ad tertios vero omnia, quae post migrationem facta sint, ita habeantur, quasi communio obtineat ¹. Quantum autem VON SAVIGNY in hac quaestione tractanda tertiorum jura neglexerit, hinc imprimis apparet, quod jure Borussico universe *suam* opinionem confirmari, duabus tantum iisque admodum levibus exceptionibus adjectis, contendit ².

4. Denique in omni jure matrimoniali distingui possunt ea, quae condicionem praecipue conjugum, et ea, quae bonorum proprietatem maxime spectant. Ut supra jam monui, communio partim in dominio acquirendo vel amittendo, partim in novo conjugum statu introducendo consistit, eaque et juris matrimonialis et juris hereditarii naturae particeps est. Quod imprimis ex communiione, quae in secundis nuptiis obtinet, cognosci potest; in qua conjugum per tempus matrimonii condicio distinguitur a juribus eorum in bona post dissolutum matrimonium. Eodem modo

¹ *Allgem. Landrecht f. d. Preusz. Staaten*, II, 1, § 352.

² *System*, VIII, p. 334.

semper quaestionem status et quaestionem dominii distingui posse puto. Quarum ut haec pristino conjugum jure regatur, postulare videtur juris acquisiti ratio; illa vero jure terrae, in qua nunc conjuges degunt, et jura tertiorum et ipsius legis auctoritas flagitant. Itaque quae bona cuique propria sint, quae in communionem veniant, ex priore conjugum jure dijudicandum erit; novi vero juris est statuere, quid in ipsa communione, quid, eadem sublata, juris sit; quam potestatem maritus in bonis communionis habeat; cui administratio bonorum, quae cuique propria sunt, competat.

Non hoc mihi sumsi, ut distinctione proposita quaestionem solverem; sed digna tamen ea mihi visa est, quam aliorum iudicio submitterem. Postremo adhuc inquirere lubet, quaenam legis nostrae placita illi favere videantur. Ac primum cito art. 38 Legis transitoriae nostrae:

“De regten van echtelieden, vóór de invoering van het nieuw burgerlijk Wetboek getrouwd, worden, ten opzichte van hunne goederen, geregeld volgens de Wetten, welke op het oogenblik van het huwelijk in werking waren, of volgens hunne niet bij die Wetten verboden huwelijksche voorwaarden, om het even op welk tijdstip het huwelijk is ontbonden.”

Duo hic animadverto. Primum, verba: “*ten opzichte van hunne goederen,*” in lege transitoria, quae anno 1829 constituta est, non inveniri; sed adjecta esse, quum ea lex anno 1837 novo examini submitteretur; legislatorem autem de illa additione haec monuisse:

Memorie van Toelichting. “Artikel 19 der wet van 16 Mei 1829 kan geene andere regten der echtgenooten bedoelen, dan die, welke hunne goederen betreffen, daar alleen deze regten door de wet waaronder het huwelijk is aangegaan, worden geregeld, en geenszins de regten der echtgenooten, die den staat hunner personen betreffen, welke laatste alleen door de vigerende wet worden geregeld. Om die bedoeling stellig te doen uitkomen, heeft men de aangewezen bijvoeging noodzakelijk geacht”¹.

¹ Vid. VAN DEN HONERT, ad art.

Deinde attendenda mihi videntur postrema articuli verba: “*om het even op welk tijdstip het huwelijk is ontbonden,*” unde apparet legislatorem nostrum eam imprimis juris matrimonialis naturam cogitasse, quae in acquirendo vel amittendo dominio consistit, et cum jure hereditario cognata est.

Post art. 38 Legis transit. cito ejusdem legis art. 2 et art. 10 Legis gener. praec. continentis, qui etiam distinctioni, quam proposui, favere videntur. Regula iis continetur, actum regi loco ac tempore, quo factus est. Fa-teor quidem in lege nostra solam actuum formam nomi-nari; sed consuetudo legem latius extendi et ad substan-tiam quoque actus saepe trahi voluit.

Atque haec hac de re (quamvis attigerim magis omnia, quam exposuerim) sufficiant.

II. *Jus constituendum.*

Priusquam huic tractatui finem imponam, pauca de jure constituendo monere lubet, ut, quaenam in commodum vel conjugum vel tertiorum constitui possint, ostendam, quid-cunque legislatori de ipsa quaestione placeat. Ac quoniam egregia quaedam hac de re scripsit BLUNTSCHLI², paucis ejus sententiam exponam. Censet Vir clar. jus matrimoniale non simpliciter mutari aut non mutari statuendum esse; sed si non mutari jus statuatur, promulgandi saltem neces-sitatem conjugibus imponendam esse; sin vero illud mutari legislatori magis placeat, pacto tamen pristini juris servandi facultatem conjugibus dandam esse, si modo pactum illud a judice confirmetur, ac deinde promulgetur. Equidem pos-terius potius ducam. Namque et mutatio juris matrimonia-

¹ Loco citato.

lis et facultas conjugibus data, ut pacto pristinum jus servare possint, cum juris recepti indole convenire mihi videtur. Quemadmodum enim jus matrimoniale legitimum, simul ac nuptiae contractae sunt, ipso jure obtinet, nisi pacta nuptialia confecta sint, ita etiam mutato domicilio jus novae patriae incidit, nisi id quoque novis pactis nuptialibus excludatur. Ut jus vetus, ita quoque jus novum omnes conjuges obligat quidem, sed ita ut ab eo recedere liceat. — At juris matrimonialis natura mutationem non patitur. — Huic regulae certe derogatur; sed nec multum, nec cum gravi cujusquam incommodo. Nam si conjuges pactum, quo jus pristinum confirmarent, conficere neglexerint, atque igitur jus eorum mutatur, tertiis profecto non nocetur, qui prius conjugum jus ignorent; ipsi vero conjuges si damnum patiantur, habent quod sibi imputent. Sin vero conjuges pacto a jure novae patriae recedere cupiant, immutabilitatis praeceptum in eo vim obtinet, quod pacisci quidem licet, ut jus pristinum etiam in posterum valeat, aliud vero jus introducere non licet. Hujusmodi igitur conventionis eadem omnino esset ratio, ac si conjuges, primum separatione bonorum per sententiam judicis facta, deinde mutuo consensu ad communionem revertunt. — At pacta inter conjuges nullo modo ferri possunt. — Ipse hoc supra (§ 8) contendit; nec tamen dubium me movet. Non enim proprie ipsa conventio (ad quam *consensu* opus est) matrimonii naturae adversatur, sed cupiditas et proprii commodi cura, quae saepe obtinent inter contrahentes. Nihil igitur esse videtur quod conjuges prohibeantur jus pristinum pacto confirmare; quemadmodum etiam minime vetantur communionem bonorum sublatam pacto instaurare. Nullae enim hic licitationes; nec fieri potest ut quis, conventionem hoc vel illo modo concepta, majus vel minus lucrum faciat;

sed inter haec tantum optio conjugibus datur, ut jus pristinum aut confirment, aut mutari patiantur.

Hucusque defendi quae de pacto, quo conjuges pristinum jus confirmare possent, scripsit BLUNTSCHLI. Unum tamen hoc addendum videtur, ut non solum utrique conjugi facultas detur, ut pacto, sed etiam soli mulieri, ut declaratione apud judicem facta, jus vetus servare possit, si tamen et haec declaratio a judice confirmetur et promulgetur. Maritus enim mutandi domicilii est arbiter, nec satis est conjuges conjunctos salvos esse a damno, quod ex migratione sibi existere possit; sed uxorem quoque salvam esse oportet a damno, quod ei inferre potest maritus.

TANTUM.

T H E S E S.

I.

Recte AHRENS, *Droit naturel*, pag. 505 ed. Belg.

“Les doctrines exclusives ont fait leur temps; partout on cherche une doctrine harmonique qui concilie par des principes supérieurs les vérités partielles entrevues dans les systèmes précédents”.

II.

Minus probandum est, quod scripsit clar. OPZOOMER in *Themis*, 1854, pag. 195:

“De wetenschap heeft naast de godsdienst een vrij en eigen gebied, waar zij volmaakt zelfstandig is”.

Nihil scilicet per se omnino consistit, sed omnia necessitudine quadam inter se conjuncta sunt, quae ex eo ipso existit, quod omnium et origo et centrum est Deus.

III.

Recte BLUNTSCHLI, *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgeb. u. Rechtswiss.* in praef. pag. IV:

Wir wissen es nun, dass die Historie ohne Leben ist, wenn ihr das Wesen des innern Geistes verschlossen bleibt, und dass

die Philosophie eine Träumerin ist, wenn sie die leibhafte Gestaltung der Dinge nicht beachtet, in denen der Geist sich offenbart”.

Egredie quoque clar. OPZOOMER (in *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgel. en Wetg.*, 1852, pag. 537—563) experientiam omnium disciplinarum fundamentum esse oportere ostendit, eamque et adversus rationem speculativam et adversus rationem empiricam tuitus est.

IV.

Via experimentalis, quamvis in omnibus disciplinis probanda tamen non in omnibus eadem est. Hanc ob causam studia matheos tamquam propaedeusis ad studia disciplinarum moralium improbanda mihi videntur.

V.

Recte STAHL, *Philosophie des Rechts*, T. II, Pars 1, pag. 167 (2^{ae} edit.):

“Die den Lebensverhältnissen einwohnende Bestimmung (τέλος) ist das objective und reale Princip der Rechtsphilosophie im Gegensatze aller bloss subjectiven oder bloss logischen Principien”.

VI.

Jus quoddam absolutum, in quod temporum et locorum et populorum ratio vim non habeat, est res prorsus inanis.

VII.

Jus naturae quod dicitur (*Vernunftrecht*), dum absolutum esse voluit, juris tamen Romani tantum placita reddidit.

VIII.

Male a LENZ (in opere *Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts*) ipsum jus Romanum dicitur jus absolutum (“das absolute Recht”).

IX.

Injuria illi juris interpretandi rationi, quae historica dicitur, a multis vitio ducitur, quod mutationibus et progressui adversetur. Recte vero eam hisce verbis definiuit VON SAVIGNY, *System d. heut. Röm. Rechts*, in praef. pag. XIV seq.:

“Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn sie häufig so aufgefasst wird, als werde in ihr die aus der Vergangenheit hervorgegangene Rechtsbildung als ein Höchstes aufgestellt, welchem die unveränderte Herrschaft über Gegenwart und Zukunft erhalten werden müsse. Vielmehr besteht das Wesen derselben in der gleichmässigen Anerkennung des Werthes und der Selbstständigkeit *jedes Zeitalters*, und sie legt nur darauf das höchste Gewicht, dass der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntniss wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen”.

X.

Recte BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht, Vorwort*, pag. IX:

“In demselben Maasse, in welchem das neue Leben Anerkennung findet, wird der veraltete Gedanke aufgelöst und die abgestorbene Form zerfallen. Es gilt das nicht weniger von den römischen als von den mittelalterlichen Antiquitäten: und unsere Zeit scheint entschlossen, mit beiden aufzuräumen”.

XI.

Recte BLUNTSCHLI, eodem, pag. XIX:

“Es wäre in meinen Augen ein unverantwortlicher Rückschritt, wenn wir von neuem germanische und moderne Rechtsideen, die beide unter sich viel näher verwandt sind als man gewöhnlich meint, wieder unter die alt-römische Terminologie und Doctrin unterordnen wollten, ein Rückschritt, welcher die un-

glückliche Entfremdung der Jurisprudenz von dem Volksleben, um dessen Willen sie allein da ist, wieder steigern müsste”.

XII.

Falsa mihi videtur eorum sententia, qui contendunt, in jure positivo legem et sibi ipsam et nobis sufficere, nec JCo extra legem quidquam sequi aut opus esse aut licere.

XIII.

Ubi legis praecepta deficiunt, jus consuetudinarium ad suppleendam legem adhiberi oportet; neque articulo 3 Legis gener. praec. continentis, haec tribuenda est vis, ut consuetudo juris nostri fons esse non possit, nisi expressa lege monente et concedente.

XIV.

Imprimis improbanda est legum immutabilitas, quae nonnullis ad naturalia legum codicum pertinere videtur.

XV.

In interpretanda lege continuitatis juris habenda est ratio. Recte hac de re HOLTJUS, *Faillitenregt*, p. VII Introductionis:

“Eene verklaring van regtsinstituten uit de wet alleen, alsof wetten niet waren een product van lang voorhanden begrippen, is een bloote schijn. Men zal daaruit de voorschriften *weten*, zonder ze te *kennen*, omdat hun organisch wezen historisch is, en de voorhanden wet alleen het laatste phaenomenon.”

XVI.

Recte clar. OPZOOMER (*Aanteekening op de Wet houdende alg. bepp.*, p. 67) interpretatione semper opus esse contendit, etiamsi lex obscura non sit. Minus recte vero Vir clar. (*Burg. Wetb.*, III p. 322 seq.) scripsit, interpretationem historicam aliquando tantum usu venire.

XVII.

Minus recte PUCHTA (*Cursus der Institutionen*, II § 224) jus possessionis, prae ceteris juribus, ex jure personae (“*Recht der Persönlichkeit*”) deducit.

XVIII.

Improbanda est definitio successionis per universitatem, quasi sit continuatio personae, cui succeditur; neque haec definitio ex iis, quae hac de re in Digestis leguntur, profluit.

XIX.

Regula juris Romani, ex duorum hominum contractu tertiis nullum jus acquiri posse, minorem vim in jure nostro habet. Si quis igitur mercator cum magistro navis contraxit, et contractui hanc clausulam adjecit, ut ille eo loco, quo profecturus est, certae personae designatae ministerio utatur, poterit hic adversus magistrum navis agere ex contractu, secundum jus nostrum. Improbanda igitur videtur Sententia Tribunalis Amstelodamensis 23 Junii 1848 (*Regtsgel. Bijblad*, X p. 415 seq.).

XX.

Ad contractum jure nostro non requiritur consensus *eodem tempore* datus. Improbanda igitur eorum sententia, qui mercatorem, qui rem suam emendam alteri per epistolam obtulit, nulla obligatione teneri contendunt, priusquam ille acceptaverit.

XXI.

In cambiis non distinguenda sunt contractus cambialis et ipsae literae cambiales.

XXII.

Ubi plures, qui earundem literarum cambialium causa obligati sunt, foro cesserunt, detentor literarum ex cujusque debitoris

bonis tantum partem percipere potest pro rata debiti adhuc exstantis, deducto quod jam ex aliorum bonis solutum est.

XXIII.

Creditoribus societatis nominatae, quae foro cessit, nullum jus tribuendum est in bona, in societatem collata, prae creditoribus privatis sociorum.

XXIV.

Improbanda mihi videtur eorum de communione bonorum conjugali doctrina, qui condominium utriusque conjugis pro indiviso tuentur (RUNDE, ZACHARIAE, DIEPHUIS et permulti alii); et eorum qui personam moralem bonorum communionis dominum esse censent (HASSE); et eorum, qui maritum omnium bonorum dominum esse contendunt (TOULLIER); qui omnes mihi in eo falli videntur, quod naturam communionis ope *dominii* juris Romani explicare conati sunt.

XXV.

Minus recte GROTIUS (*Inleid. t. d. Holl. regtsgel.*, II. 28. 6) juris Scabinici, quod dicitur, hanc esse naturam et propositum scripsit, ut bona redeant ad latus unde venerint.

XXVI.

Minus recte JCti quidam contendunt, si uxori secundum art. 249 Cod. civ. nostri a iudice facultas concessa est, bona sua mobilia alienandi, tum quoque ob universa debita, quae contraxit, bona illa iudicati exsequendi causa a creditoribus vendi posse.

XXVII.

Conjux binubus secundi conjugis praedefuncti heredibus, communium bonorum dimidiam partem petentibus, opponere nequit placitum art. 236 C. C. Improbandum ergo Arrestum Curiae Supremae 23 Martii 1849 (*Weekbl. v. h. Regt.*, n. 1010).

XXVIII.

Eleganter clar. M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN (in *Regtsgel. Bijbl.*, 1853, p. 477 seqq.) ostendit verbis articuli 319 C. C. "*onder valsche namen*" significari nomina ficta, et minime eum casum illis designari, si quis inscriptus est quasi filius parentum, hominum notorum quidem, sed qui ejus parentes non sunt.

XXIX.

Recte BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, pag. 59:

"Von jeher haben sich sowohl Revolutionäre als Despoten am liebsten angeschlossen an naturrechtliche Theorien, die einen in diesem, die andern in entgegengesetztem Sinn; und eben deshalb haben beide das bestehende Recht, die einen der Obrigkeit, die andern der Unterthanen wenig geachtet, sondern sind darüber hereingebrochen und haben es mit Füßen getreten."

XXX.

Vera libertas non in eo consistit ut ipsi quaevis facere possimus, sed ne alii quoque quaevis facere possint.

XXXI.

In jure consuetudinario populi diligenter servato firmissimum contra omnem despotismum est praesidium.

XXXII.

Juris puniendi fundamentum idem est atque universae civitatis.

XXXIII.

Nimis ROSSI in opere suo de jure poenali propositum et effectus poenae a se invicem separat. Parum quoque sibi constare videtur Vir cel., quod primum defensionem societatis

civilis tamquam juris puniendi fundamentum prorsus rejicit, justitiae solius habita ratione; deinde ipse ad puniendum jus deficere concedit, nisi poenis constitutis societas civilis defendatur.

XXXIV.

In economia politica hoc maxime laudandum, quod omnium hominum et gentium commoda conjuncta esse ostendit.

XXXV.

Immerito a quibusdam economiae politicae vitio ducitur, quod de religione et ethica non agat. Abutuntur vero ea disciplina alii, ubi in rebus civitatis procurandis illius tantum praecepta curant, religionem et ethicam parvi faciunt.

XXXVI.

Falsa mihi videtur doctrina Viri cel. BASTIAT de fundamento juris domini.
