



# Beheer-beding en maritale machtiging

<https://hdl.handle.net/1874/362394>

H. qm. 192, 1942

BEHEER-BEDING  
EN  
MARITALE MACTHIGING

J. RIJKSEN

**A. qu.**  
**192**





# BEHEER-BEDING EN MARITALE MACTHIGING

## PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN  
DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP  
AAN DE RIJXSUNIVERSITEIT TE UTRECHT,  
OP GEZAG VAN DEN WAARNEMEND  
RECTOR MAGNIFICUS L. VAN VUUREN,  
HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER  
LETTEREN EN WIJSBEGEERTE, VOLGENS  
BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVER-  
SITEIT TEGEN DE BEDENKINGEN VAN  
DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID  
TE VERDEDIGEN OP WOENSDAG 1 JULI 1942,  
DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

JOHANNES RIJXSEN,  
GEBOREN TE UTRECHT



*Gewijd aan mijn Vader,  
Opgedragen aan mijn Moeder,  
Geschreven voor haar, die mijn Bruid zal zijn.*



BIBLIOTHEEK DER  
RIJKSUNIVERSITEIT  
UTRECHT.

Gaarne huldig ik een goede gewoonte door een van deze eerste bladzijden te wijden aan een woord van welgemeenden dank, allereerst aan U, Hooggeleerde van Brakel, voor de wijze waarop Gij als Promotor mij hebt geleid bij de arbeid die dit proefschrift eischte. Reeds door het kiezen van een voor notarieele kringen zoo belangwekkend onderwerp hebt Gij mij van Uw belangstelling verzekerd. De groote bereidwilligheid waarmee Gij mij vervolgens hebt bijgestaan door woord en daad, en bovenal het vertrouwen waarmee Gij mijn werk hebt gadegeslagen, zijn mij tot grooten steun geweest.

Voorts moge ik ook U, Hooggeleerden van de Juridische Faculteit, van mijn oprechten dank verzekeren voor het voorrecht dat ik gedurende mijn academische studiejaren mij onder Uw gehoor heb mogen bevinden.

## LIJST VAN EENIGE AANGEHAALDE LITERATUUR EN AFKORTINGEN.

- des Amorie van der Hoeven: M. des Amorie van der Hoeven, Voorlezingen over het Burgerlijk Wetboek opgeteekend door M. I. Pijnappel, 1850—51 (met de hand geschreven college-dictaat, wellicht later uitgewerkt).
- v. Apeldoorn: Prof. Mr. L. J. van Apeldoorn, Geschiedenis van het Nederlandsch Huwelijksrecht vóór de invoering van de Fransche wetgeving.
- Asser: Mr. Carel Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon (1838).
- Asser-Scholten: Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Eerste deel bew. door Prof. Mr. Paul Scholten, 7e dr. 1936.
- Aubry et Rau: Cours de Droit Civil Français, 5. éd, tome I 1897, tome VII 1913, tome VIII 1916.
- Bakker-Nort: Mevr. Betsy Bakker-Nort, Schets van de rechtspositie der getrouwde Vrouw in Duitschland, Zwitserland, Engeland, Frankrijk en Nederland, Ac. Pr. Groningen 1914.
- de Blécourt: Kort Begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht, 5e dr. 1939.
- van Brakel: Prof. Mr. Dr. S. van Brakel, Huwelijksvoorwaarden, houdende uitsluiting van elke huwelijksgemeenschap, Prae-advies voor de Broederschap van Notarissen 1935, Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland, 38e deel, 6e afl.
- Charondas le Caron: COVSTVME de la Ville, Prévosté et Vicomté de Paris avec les Comm. de L. Charondas le Caron, 1595.
- Ch. v. F.: Charterboek van Friesland.
- Christijn: J. B. Christijn, Brabandts recht, dat is Generale Costumen van den Lande en de Hertoghdomme van Brabandt (2dln. Antwerpen, 1682).
- Colin et Capitant: Cours Elémentaire de Droit Civil Français, tome I, 2e éd. 1919.
- Crahay: Coutumes de la Ville de Maestricht.
- Demolombe: Cours de Code Napoleon, tome IV (Traité du mariage) 2e éd. 1861.
- Diephuis: Mr. G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Recht, dl. IV 2e dr. 1886.
- Ferrière: Nouveau Commentaire sur La Coutume de la Prévoté et Vicomté de Paris, par M. Claude de Ferrière, 1770.
- Fockema Andreae: Prof. Mr. S. J. Fockema Andreae, Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis.
- Fockema Andreae: A. D. H. Fockema Andreae, De Rechtstoestand der gehuwde Vrouw, Ac. Pr. Leiden 1898.
- de Groot: Inleiding tot De Hollandsche Rechts-geleertheyd, Beschreven by Hugo de Groot, nieuwe uitg. door Prof. Mr. L. J. van Apeldoorn (met aant. Prof. Mr. S. J. Fockema Andreae).
- v. Hall: Mr. J. van Hall, Handleiding tot de beoefening van het Burgerlijk Regt in Nederland, 1851.
- Huber: U. Huber, Hedensdaegse Rechtsgeleertheyd (1686).
- Immink: J. Chr. Immink, Over verboden bedingen in huwelijksche voorwaarden (194—198 B.W.), Ac. Pr. Utrecht 1882.
- Josserand: Cours de Droit Civil Positif Français, tome I, 1938.
- v. d. Keesel: Theses Selectae.
- Kipp: Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den Romanischen Rechten.
- Klaasen-Eggens: Huwelijksgoederen- en erfrecht door J. G. Klaasen, bew. door Mr. J. Eggens, 6e dr. 1938.
- Koenen: H. J. Koenen, Beschouwingen over Rechtsgemeenschap, Ac. Pr. Amsterdam 1891.

- (Laman): Aanleiding tot de eerste beginselen der Groninger Regtskennis.
- Land-Star Busmann: Mr. N. K. F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 1e deel 1e stuk, 2e dr. 1909, herz. door Mr. C. W. Star Busmann.
- de Lange: C. J. de Lange, De huwelijksvoorwaarden in theorie en in de praktijk, Ac. Pr. Leiden 1920.
- Locré: La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, etc. tome IV (du mariage).
- O. Martin: La Coutume de Paris Trait d'Union entre le Droit Romain et les Législations modernes, Utrecht 1925.
- O. Martin: Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, tome II. 1.
- Moissinac: Paul Moissinac, Essai sur la Séparation de Biens contractuelle, Thèse pour le Doctorat, Paris 1920.
- Nienhuis: H. Nienhuis, Akademische Voorlezingen over het Nederlandsch Burgerlijk Regt, dl. I (1849).
- van Oven: Prof. Mr. J. C. van Oven en J. C. J. Waldorp, Prae-adviezen over Huwelijksvoorwaarden in verband met Faillissement, 1931.
- Opzoomer-Grünebaum: Mr. C. W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard door —, dl. I 3e dr. 1911, bew. door Mr. A. Grünebaum.
- v. Overvoorde: J. C. van Overvoorde, De ontwikkeling van den Rechtstoestand der Vrouw, volgens het Oud-Germaansche en oud-Nederlandsche Recht, Ac. Pr. Rotterdam 1891.
- Post: Mr. J. C. Post en P. A. Bruinsma, In hoever is het mogelijk bij onze bestaande wetgeving door middel van huwelijksvoorwaarden de vermogensrechtelijke belangen van de vrouw te waarborgen en op welke wijze? Prae-adviezen 1897, W.P.N.R. 1434 Bijvoegsel.
- Petit: Mr. Ch. J. J. M. Petit, De burgerlijke rechtstoestand der gehuwde vrouw, 1930.
- de Pinto: Mr. A. de Pinto, Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek, 1875 dl. II (5e dr.).
- Planiol: Traité Élémentaire de Droit Civile, 7e éd. tome I (1915).
- Planiol-Ripert-Rouast: Traité Pratique de Droit Civil Français, tome II 1926.
- Planiol-Ripert-Nast: hetzelfde werk tome VIII en IX.
- Pothier: Oeuvres de Pothier, uitg. Bugnet tome VII (Traité de la puissance du mari, traité de la communauté).
- Radier H.: De voogdij in het Noorden en Noord-Oosten van ons land gedurende de Middeleeuwen, Ac. Pr. Amsterdam 1881.
- Rooseboom: G. Rooseboom, Recueil van verscheyde Keuren en Costumen, midtsgaders Maniere van procederen binnen de Stadt Amsterdam (2e verm. dr., Amsterdam, 1656).
- v. d. Sande: J. v. d. Sande, Decisiones Frisicae (1635).
- Schermer-Böhntlingk: J. P. W. Schermer, Ontwerpen van Notarieele akten 1e deel, 5e dr., herzien door Mr. C. M. Böhntlingk. 1933.
- Schüller: Mr. C. L. Schüller, Burgerlijk Wetboek met aantekeningen (1841).
- Vernede: Mr. J. S. Vernede, Handleiding tot de Nederlandsche Wetgeving, 1844.
- Veegens-Pitlo: Mr. J. D. Veegens-Mr. A. Pitlo, Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, dl. I 1941.
- Viollet: Précis de l'Histoire du Droit Français.
- Völlmar: Mr. Dr. H. F. A. Völlmar, Nederlandsch Burgerlijk Recht, dl. I 1940.
- Voorduyn: Mr. J. C. Voorduyn, Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken, dl. II.
- v. d. Voort: Mr. H. W. van der Voort, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek uit deszelfs beginselen verklaard en met de bepalingen der Fransche Wetgeving vergeleken, 1e dl., 1e st. 1838.
- Voet: J. Voet, Commentarius ad Pandectas (2 dln., 1698/1704).
- Wijnants: Decisiones Brabanticae.
- Waldorp: zie van Oven.
- Wiarda: J. Wiarda, Schets van den rechtstoestand der gehuwde vrouw, volgens het ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek, Ac. Pr. Leiden 1895.

## INHOUD.

	Blz.
Lijst van eenige aangehaalde Litteratuur en Afkortingen.	
Hoofdstuk I. Probleemstelling en Inleiding . . . . .	1
Hoofdstuk II. Oud-Vaderlandsche precedenter . . . . .	19
Hoofdstuk III. Fransche precedenter en het systeem van den Code . . . . .	46
Hoofdstuk IV. Systeem van het huidig Nederlandsch recht	72
Meer uitvoerige inhoudsopgave . . . . .	115

## HOOFDSTUK I.

### § 1.

Wanneer een getrouwde vrouw bij huwelijksvoorwaarden het beding heeft gemaakt, bedoeld in art. 195 lid 2 B.W., kan men zich afvragen hoe het in dat geval gesteld is met de maritale machtiging. Is het beding zonder meer reeds voldoende om haar juridische onzelfstandigheid inzake beheer van eigen vermogen volkomen op te heffen, zoodat van een machtiging tot beheersdaden dan geen sprake zijn kan, of moet men aannemen dat bedoelde machtiging niet ontbeerd kan worden ondanks het gemaakt beding, dat dit laatste derhalve niet iedere beperking met betrekking tot bedoeld beheer voor de vrouw vermag op te heffen?

Art. 195 lid 2 rept niet van eenige machtiging, maar laat enkel afwijking toe van het beheersrecht dat art. 160 lid 3 den man toekent. Waarom zou dan tevens inbreuk gemaakt zijn op art. 163? M.a.w., bestaat er verband tusschen de artt. 160 en 163, bestaat er verband tusschen de rechten van den man als hoofd der echtvereniging, speciaal zijn recht van beheer over het privé-vermogen der vrouw, en de onzelfstandigheid welke art. 163 voor de vrouw decreeteert? Berust de beperking, die voor de vrouw het noodzakelijk gevolg is van het beheersrecht van den man ex art. 160, op anderen grondslag dan de beperking ex art. 163 of is de grondslag van beiderlei beperking dezelfde, ja, zijn beide misschien geheel te vereenzelvigen? In 't kort nogmaals: welke is de verhouding tusschen de artt. 160 en 163?

Wij kunnen hieromtrent in de litteratuur zeer uiteenloopende opvattingen beluisteren. Vooral door vroege auteurs wordt het nauwste verband gelegd tusschen beide artikelen, wordt art. 160 gezien als positieve kant van de juridische ongelijkheid tusschen echtgenooten, van welke ongelijkheid art. 163 de negatieve kant zou geven. Deze schrijvers leggen derhalve dit verband tusschen art. 160 en 163: *omdat* den man bijzondere rechten zijn toegekend dient de vrouw zich zonder zijn toestemming te onthouden van verschillende handelingen. De onzelfstandigheid der vrouw ex 163 zou derhalve gefundeerd zijn in de rechten van den man als hoofd, zoodat inbreuk op die rechten noodzakelijk met zich brengt inbreuk op bedoelde onzelfstandigheid. Hierover spreken we later uitvoeriger. Antipodaal aan deze opvatting is die, welke ieder verband tusschen beide artikelen loochent, integendeel scherp dogmatisch onderscheid maakt tusschen onbevoegdheid krachtens art. 160 en onbekwaamheid krachtens art. 163. Fragmenten van deze opvatting ontmoeten we herhaaldelijk, doorvoering tot in uiterste consequentie hoogst zelden.

Bedoeld dogmatisch onderscheid is gebaseerd op het aanvaarden

van verschillende grondslagen voor de rechten van den man als hoofd van de huwelijks-samenleving eenerzijds en de onzelfstandigheid der gehuwde vrouw krachtens art. 163 anderzijds. Met name zouden bedoelde rechten van den man als hoofd berusten op een ongelijke verdeeling van bevoegdheid, of, zooals men tegenwoordig gaarne zegt, een ongelijke verdeeling van bevoegdheids-sfeeren, welke ten doel zou hebben verzekering van gewenschte eenheid in de leiding van het gezamenlijk huwelijksbelang. Van de daarmee verbonden vraag naar de *bevoegdheid* der vrouw zou dan scherp onderscheiden moeten worden de vraag naar haar *bekwaamheid*, welke geregeld zou zijn in art. 163. Dit artikel zou een beperking voor de vrouw inhouden, geheel los van de regeling der bevoegdheids-sfeeren en berustend op geheel anderen grondslag dan deze, nl. bescherming der vrouw tegen zwakheid, onverstand en onervarenheid, bescherming welke wellicht als ongemotiveerd te laken is, maar niettemin voor ons stellig recht geaccepteerd zou moeten worden. Een onzelfstandigheid derhalve, die niet in wezen verschillen zou van de juridische onzelfstandigheid van minderjarigen en onder curateele gestelden.

Het is duidelijk dat het voor de beantwoording van onze vraag van het grootste belang is of bedoeld onderscheid al dan niet aanvaard dient te worden. Houdt inderdaad art. 163 een zelfstandige beperking in, de onbekwaamheid, naast een beperking die voor de vrouw noodzakelijk voortvloeit uit het feit dat het verrichten van een bepaalde handeling behoort tot de bevoegdheids-sfeer van den man, haar onbevoegdheid dus, dan ligt het voor de hand aan het bewuste beding slechts de beteekenis te hechten dat het de *beheersbevoegdheid*, welke normaliter aan den man behoort, binnen de bevoegdheids-sfeer van de vrouw brengt, dat het niettemin de *onbekwaamheid* tot beheer, welke krachtens art. 163 zou bestaan, onaangeraakt laat.

Deze eerste en centrale vraag wordt doorkruist door een andere, nl. of uit art. 163 wel is te concludeeren tot een beperking mede ten aanzien van beheersdaden. Voor hen die de scheiding tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid niet erkennen, maar verband zoeken tusschen art. 160 en 163, van ondergeschikt belang; voor hen die onbevoegdheid en onbekwaamheid wel scherp uiteen houden van het allergrootste belang.

Rondom de eerste vraag, die de kernvraag vormt, groepeeren zich tal van andere vragen, die daarmee samenhangen.

Stellen we ons eerst op het standpunt van hen die art. 163 zien als tegenhanger van art. 160. Inbreuk op de macht van den man brengt dan noodzakelijk mee inbreuk op de keerzijde van die macht, d.w.z. overeenkomstige opheffing van de onzelfstandigheid. Onze vraag wordt dan een vraag van interpretatie van het beding van art. 195. Wij moeten dan nagaan, welke de beteekenis is van dit beding, hoever de aldaar gedoogde inbreuk op de macht van den man gaat. Laten wij veronderstellen dat het artikel

toelaat de macht van den man inzake beheer van het eigen vermogen der vrouw geheel te ontnemen, ook iedere medezeggen-schap in dat beheer derhalve. Dan doet zich de vraag voor of niet hetzelfde resultaat bereikt kan worden door een algemeene machtiging tot beheersdaden, gegeven bij huwelijksvoorwaarden en dus onherroepelijk, hetgeen art. 170 toelaat. We moeten toch aannemen, dat, als de passieve kant der ongelijkheid is opge-heven, tevens de actieve kant is verdwenen, d.w.z. het beheers-recht van den man is prijsgegeven? Maar hoe is dan te verklaren het naast elkaar bestaan van de artikelen 170 en 195 lid 2, waar-van dan, in dit opzicht althans, één overbodig zou zijn?

Stellen we ons nu op het standpunt van hen die onbevoegdheid krachtens art. 160 en onbekwaamheid krachtens art. 163 scherp onderscheiden, om de consequenties of inconsequenties van dit stelsel aan het licht te brengen. Het beding van art. 195 lid 2 maakt inbreuk op een bevoegdheid van den man, en brengt het beheer van eigen vermogen tot de bevoegdheid van de vrouw. De onbekwaamheid der vrouw blijft onverkort bestaan, voor het voeren van beheer zou zij geen machtiging kunnen ontberen. Na scheiding van goederen komt het bedoelde beheer ook binnen de bevoegdheid der vrouw, maar art. 249 rept niet van machtiging. Zou de vrouw nu toch nog machtiging noodig hebben, terwijl zij tot beschikking over roerende goederen wel algemeen gemachtigd kan worden? Dit zou wel bijzonder vreemd zijn. Of moeten we aannemen dat art. 249, dat immers spreekt van „vrije beheering”, tevens afwijking inhoudt van art. 163, ofschoon dit laatste artikel uitdrukkelijk zegt ook te gelden al is de vrouw van goederen gescheiden? Is dan echter gemotiveerd de verschillende werking die het beding van art. 195, veelal „bedongen scheiding van goederen” genoemd, en de scheiding van goederen krachtens rechterlijk vonnis zouden hebben? Bestaat er inderdaad verband tusschen het beding en de scheiding van goederen? Andere conse-quentie van het hier gekozen uitgangspunt is, dat enkele mach-tiging tot beheer in geen geval de onzelfstandigheid der vrouw te dier zake zou kunnen opheffen: ook al wordt de onbekwaam-heid verholpen, de onbevoegdheid blijft bestaan. Van een mach-tiging tot beheer zou alleen sprake kunnen zijn als de vrouw reeds beheersbevoegdheid heeft, d.w.z. als zij het beding heeft gemaakt. Daardoor is ook de beteekenis van de in de artikelen 169 en 170 bedoelde algemeene machtiging beperkt tot het geval dat de vrouw beheer bedongen heeft, ofschoon in deze artikelen van een dergelijke beperking niet wordt gerept. Wij veronderstellen althans hierbij dat in deze artikelen geen ander machtigingsbegrip gehuldigd wordt dan in art. 163. Wenscht men de werking van een algemeene machtiging niet aan gemelde beperking onder-hevig te zien, dan is men genoodzaakt aan deze machtiging een andere beteekenis te hechten, b.v. daarin te zien volmacht of opdracht van beheersbevoegdheid, en *tevens* opheffing van onbe-



kwaamheid. Dat dit tot zeer bizarre consequenties voert zal hierna voldoende blijken.

De scherpe scheiding tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid zou, indien deze inderdaad voor ons recht ten aanzien van de getrouwde vrouw gemaakt dient te worden, nog op ander gebied zich doen gevoelen, een gebied waar we ons derhalve moeilijk geheel buiten zullen kunnen houden. Wij bedoelen het verrichten van handelingen met betrekking tot een gemeenschap van goederen. Art 179 brengt beheer en beschikking over de gemeenschap ongetwijfeld tot de bevoegdheid van den man. Derhalve zou de vrouw, ook al is zij gemachtigd, deze handelingen niet geldig kunnen verrichten. Deze conclusie is echter in flagranten strijd met tal van wetsartikelen. De huidige rechtspraak is dan ook in anderen zin gefundeerd. Er zijn verschillende kwesties die een helder oordeel in deze aangelegenheid belemmerd hebben: Moet hier onderscheid gemaakt worden tusschen optreden in rechte en het verrichten van handelingen buiten rechte? Welke is de juiste interpretatie van art. 179: „De man alleen beheert”? Heeft een machtiging om voor de gemeenschap op te treden niet noodzakelijk een ander karakter dan die tot handelingen in het privé-belang der vrouw, vertoont de eerste met name niet een mandaats-element dat de laatste niet zou kennen? Ja, zelfs is ontkend, dat art. 163 mede betrekking zou hebben op handelingen voor de gemeenschap! Op een en ander komen we later terug.

Het is opvallend dat aan de door ons bedoelde vraag in de litteratuur nagenoeg niet in scherp omlijnde vorm aandacht wordt geschonken. Of, en dit komt veelvuldig voor, men acht zonder meer vanzelfsprekend dat het bewuste beding opheffing van iedere onzelfstandigheid inzake beheer meebrengt, dan wel, en dit vooral bij meer moderne schrijvers, verschillende aan ons onderwerp verwante vragen zijn op z'n minst problematisch, terwijl het oordeel van den schrijver over de beteekenis van het beding zelf veelal slechts valt af te leiden uit zijn overige beschouwingen, welke bovendien zelden vrij te pleiten zijn iedere inconsequentie. Een en ander willen we demonstreeren aan den hand van uitlatingen van verschillende schrijvers, om daarbij de kwestie te zien in de veelvuldigheid van perspectieven die de zeer uiteenlopende standpunten der schrijvers ons bieden, hetgeen zijn waarde heeft, zoowel als inleiding, als ter verduidelijking van onze probleemstelling.

## § 2.

Völlmar I no. 99 merkt op, naar aanleiding van art. 163: „De beperking der handelingsbevoegdheid heeft slechts praktische beteekenis voor zoover de vrouw eigen vermogen bezit; ten aanzien van de huwelijksgemeenschap mist zij reeds door het wettelijk beheersrecht van den man zeggenschap.” De onbevangen lezer zal deze woorden aldus opvatten, dat de beperking welke art. 179

voor de vrouw meebrengt, het missen dus van zeggenschap ten aanzien van de gemeenschap omdat de man die zeggenschap heeft, in zegen een andere beperking is dan die welke art. 163 aan de vrouw oplegt. Doordat reeds de onbevoegdheid van art. 179 voor de vrouw bestaat, zou de onbekwaamheid die art. 163 meebrengt hier praktische beteekenis missen. Toch is de bedoeling van gemelde woorden blijkbaar een andere, want in n<sup>o</sup>. 103 acht Völlmar de opvatting van den Hoogen Raad aannemelijk, dat de vrouw met bijstand van den man voor de gemeenschap kan optreden (vgl. § 54). Blijkbaar is onze interpretatie van Völlmars woorden niet de juiste. Immers is men van meening dat iedere beperking voor de vrouw is op te heffen door enkele machtiging, dan gaat men er van uit dat hier alleen sprake is van één beperking. Bestond hier onbevoegdheid en onbekwaamheid naast elkaar, dan zou de machtiging weliswaar de onbekwaamheid opheffen, maar de onbevoegdheid onverlet laten, dan zou de vrouw ondanks de machtiging toch niet kunnen optreden. Blijkbaar bedoelt Völlmar dus te zeggen, dat de beperking welke art. 163 voor de vrouw uitspreekt met betrekking tot het verrichten van handelingen voor de gemeenschap overbodig is, omdat *dezelfde* beperking reeds voortvloeit uit art. 179: één beperking dus nl. onbevoegdheid der vrouw. Deze opvatting is in overeenstemming met art. 180, en vergt van de aldaar genoemde machtiging geen andere beteekenis dan de in art. 163 bedoelde heeft.

Echter verderop speelt Völlmar toch weer het onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid door het hoofd, want hij schrijft in n<sup>o</sup>. 105 over „handelingen, welke behooren tot de bevoegdheidssfeer van den man alleen en waartoe bijstand of machtiging de vrouw niet bevoegd vermogen te maken”? Het betreft hier de vraag, naar aanleiding van het bekende arrest H. R. 29 Juni 1936 N. J. 1937 no. 177 m. n. P. S., dat later nog uitvoeriger ter sprake komt, of de vrouw ex art. 169 door den rechter gemachtigd kan worden tot beheershandelingen ten aanzien van eigen vermogen.

Ook hier volgt Völlmar de opvatting van den Hoogen Raad, die deze vraag ontkennend beantwoordde, en zegt ter nadere adstructie: „De man heeft nu eenmaal in het systeem van de wet en behoudens afwijkend beding bij huwelijksvoorwaarden het beheer over de goederen van de vrouw en wat zou er van dit beheersrecht overblijven, indien de vrouw bij iedere haar onwelgevallige beheersdaad van den rechter permissie kon krijgen er tegen in te gaan?” Op grond van deze weinig principieele argumenteering, waarvan bestrijding niet in deze inleiding gepoogd dient te worden, aanvaardt Völlmar een resultaat dat theoretisch lijnrecht ingaat tegen hetgeen tevoren werd beaamd in een geheel analoge aan gelegenheid. Niet vol te houden is toch dat de rechten van den man ten aanzien van de gemeenschap niet bij uitstek tot zijn „bevoegdheidssfeer” zouden behooren! Ten aanzien van het beheer over het eigen vermogen der vrouw is de noodzakelijke conse-

quentie, dat ook de man zelf de vrouw niet tot dat beheer zou kunnen machtigen, hetgeen op zijn beurt tot de conclusie voert, dat de beteekenis van art. 170 en tevens van art. 169 voorzoover het beheer betreft beperkt is tot het geval dat het beheer aan de bevoegdheidssfeer van den man onttrokken is en gebracht in die der vrouw, hetgeen geschieden kan door het beding van art. 195 lid 2. Echter juist dit laatste geval noemt Völlmar onder de uitzonderingen op art. 163, onder de gevallen waarin de vrouw zelfstandig kan optreden (no. 100), zonder dat dus nog eenige machtiging te pas komt. Eenige nadere motiveering ontbreekt hier, evenals in no. 127 waar eveneens als vanzelfsprekend vermeld wordt dat het beding de vrouw bevoegd maakt zelf te handelen, waarmee blijkens het tekstverband bedoeld wordt: handelen zonder machtiging. Maar welke is dan de beteekenis die Völlmar hecht aan een machtiging volgens art. 170? Machtiging zonder beding baat niet, ingeval van beding overbodig! Het eenige wat overblijft is dat „machtiging” in art. 170 in anderen zin gebruikt wordt als in 163, en daaraan de gecompliceerde beteekenis is te hechten van middel om het beheer te brengen binnen de bevoegdheidssfeer der vrouw en tevens aan haar onzelfstandigheid ex 163 tegemoet te komen, dubbelganger in zekeren zin van het bewuste beding, dat ook noodzakelijk dezelfde gecompliceerde beteekenis zou hebben. Völlmar zelf echter legt nauw verband tusschen art. 170 en 163 (no. 99). Trouwens, hoe zou de in art. 170 bedoelde „machtiging” dan nog staande huwelijk mogelijk zijn, hetgeen art. 170 veronderstelt, terwijl art. 195 lid 2 een dergelijke regeling van huwelijksgoederenrecht, want dat is het dan toch, bij wijze van exceptie loelaat bij huwelijksvoorwaarden?

### § 3.

Veegens-Pitlo bl. 151/152 stelt voorop dat goed uiteen gehouden dienen te worden de omstandigheid dat de man is het hoofd der echtvereniging eenerzijds, dat de vrouw onbekwaam is anderzijds. De eerste omwille van de eenheid in huwelijk, de laatste tengevolge van de, door den Schrijver gelaakte, gedachte dat de getrouwde vrouw niet capabel zou zijn voor haar belangen te waken. De uit deze laatste omstandigheid voortvloeiende bevoegdheid om de vrouw te machtigen zou mede onderdeel van de maritale macht geworden zijn. Blijkbaar is de macht van den man volgens Veegens-Pitlo een gebroken macht: macht tot eenheid en macht tot bescherming. Deze tweeledigheid ligt ongewijfeld ten grondslag aan het op bl. 168 uitgesproken oordeel: „opheffen van de handelingsonbekwaamheid heeft slechts beteekenis, wanneer het handelingen betreft, die binnen de invloedssfeer der vrouw vallen”. Ook hier weer onderscheid tusschen een invloedssfeer en onbekwaamheid ex art. 163. Voor handelingen die buiten die invloedssfeer vallen zou iedere machtiging ex art. 163 dus beteekenis missen. Beheer over eigen vermogen ligt

normaliter buiten de invloedssfeer der vrouw, zoodat machtiging tot dat beheer normaliter haar beperking te dier zake niet kan opheffen. Inderdaad houdt art. 170 volgens Pitlo (bl. 168) naar de letter slechts in, dat een vrouw, *die zich het beheer heeft voorbehouden*, een machtiging kan verkrijgen om voortaan het beheer niet alleen zelf, maar ook zelfstandig te voeren. De letter van het artikel is evenwel weinig overtuigend voor het aannemen van de gecursiveerde beperking. Dat overigens uit de woorden van het artikel is af te leiden dat hier met machtiging niet iets anders bedoeld is dan in art. 163 onderschrijven wij gaarne. Toch wordt ook Veegens-Pitlo genoodzaakt aan dit „machtiging” in art. 170 een andere beteekenis te hechten dan in art. 163, nl. opheffing van de beperking ex 163, welke *tevens* overdracht van de beheersbevoegdheid insluit. Deze noodzaak bestaat in verband met de opvatting die de Schrijver koestert omtrent het beding van art. 195 lid 2, nl. deze, dat de werking van het beding als voorbehoud van beheer moeilijk een andere zijn kan dan die van een terugverkrijging van het beheer bij scheiding van goederen (art. 249). En deze laatste is ongetwijfeld tweeërlei: brengen van beheer binnen de invloedssfeer der vrouw en opheffing van de beperking van art. 163 inzake beheer, beperking overigens die t. a. v. beheersdaden door Pitlo uitdrukkelijk wordt erkend (bl. 166). Diezelfde gecompliceerde werking dient daarom toegekend aan het beding, maar dan ook aan de „machtiging” van art. 170, omdat een machtiging in den normalen zin des woords ook ingeval van voorbehoud van beheer niet meer te pas zou komen. Art. 170 wordt ook hier voorzoover het over regeling bij huwelijksvoorwaarden spreekt, „duplicaatbepaling naast art. 195”. Overigens erkent Pitlo dat ook deze verklaring van art. 195 ingaat tegen de letter, welke niets anders zegt dan „dat de vrouw in de huwelijksvoorwaarden kan bedingen, dat niet de man haar vermogen zal beheeren, maar dat zij dit met zijn machtiging zal doen; waarbij zij dan, door tevens het beding van art. 170 te maken, zich zelf voor de beheershandelingen handelingsbekwaamheid kan verschaffen”. Het is intusschen duidelijk dat alleen een bepaalde vooronderstelling deze letter aldus doet lezen.

Een en ander is slecht te rijmen met hetgeen Pitlo opmerkt op bl. 164 voor het geval de man onder curateele wordt gesteld: „Als de vrouw haar vermogen beheert en haar man komt onder curateele, dan verandert er in het bestier over haar vermogen niets, behalve dan dat zij een machtiging, die zij te voren van haar man moest krijgen, thans aan den Kantonrechter moet vragen”. Ondanks bedongen beheer dus *wel* nog machtiging noodig bij het voeren van dat beheer? Inderdaad volgens Pitlo t. a. p.: „De wetgever spreekt in de genoemde artikelen <sup>1)</sup> met zooveel woorden slechts over de vraag tot wien de handelingsonbekwame vrouw zich wenden moet; maar hierbij is gedacht aan de vrouw, die het

1) O.a. art. 169 B.W.

beheer terug in handen heeft gekregen. Zij beheert en beschikt met machtiging van den Kantonrechter." Deze opvatting, hoe kan het anders?, doet Pitlo de verzuchting slaken „dat het door elkaar haspelen van de bestiersmacht over het vermogen en de handelingsonbekwaamheid den wetgever hier parten heeft gespeeld". Welke parten? Kennelijk deze, dat voorgeval de vrouw het beheer niet bedongen heeft, de wet geen oplossing geeft bij curateele van den man. Geen oplossing, immers art. 169, dat weliswaar algemeen luidt, kan in dat geval niet worden toegepast!

Met het onderscheid tusschen een „invloedssfeer" van man of vrouw en onbekwaamheid der vrouw ex art. 163 is in overeenstemming het reeds vermelde arrest H. R. 1936. Toch moet Pitlo dit met zijn eigen beschouwingen strookende arrest bestrijden, en doet dit door te wijzen op het praktisch ongewenschte resultaat van een dergelijke leer (bl. 177) „de wet heeft de materie niet met zooveel beheersching geregeld, dat wij aan het in de wet neergelegde systeem een beteekenis mogen toekennen, die tot een zoo vreemd resultaat leidt". Of dit verwijt aan den wetgever gegrond is, zullen we later onderzoeken.

Deze opmerking nog: Veegens-Pitlo erkent de mogelijkheid dat de vrouw gemachtigd door den man optreedt voor de gemeenschap, in rechte of buiten rechte, ofschoon de desbetreffende handeling buiten haar invloedssfeer valt. Dit wordt verklaard doordat de vrouw met goedvinden van den man „op zijn stoel kan gaan zitten" en met zijn machtiging dan een „bestiersdaad" voor de gemeenschap kan verrichten (bl. 189), m.a.w., de machtiging heeft hier soortgelijke gecompliceerde werking als de in art. 170 bedoelde: 1. brengen van de handeling binnen de invloedssfeer der vrouw, 2. opheffen van haar beperking ex art. 163 of 165. Dat de vrouw inderdaad voor de gemeenschap kan optreden met machtiging van den man blijkt uit de aanvang van art. 163: „al is zij zelfs buiten gemeenschap van goederen getrouwd". Aldus wordt echter aan hetzelfde woord „machtiging" in art. 163 en in daarmee ten nauwste samenhangende artikelen verschillende beteekenis gehecht, nu eens enkelvoudige dan weer gecompliceerde, op een wijze die niet vrij te pleiten is van willekeur. Immers hoe is in deze gedachtengang nog te verdedigen, dat de vrouw, die niet het beheer over eigen vermogen heeft bedongen, niet tot dat beheer gemachtigd zou kunnen worden? Waarom nu niet steeds wanneer dit te pas kan komen een „gecompliceerde" machtiging mogelijk geacht, waardoor dan tevens, dit moet gezegd, het geheele theoretische onderscheid tusschen invloedssfeer en onbekwaamheid in de doofpot zou zijn gestopt?

#### § 4.

Asser-Scholten I bl. 109 ziet in „de man is het hoofd der echtvereniging" de hoofdregel: „als zoodanig heeft hij een reeks bevoegdheden". Bevoegdheden: A. wat de *persoon* der

vrouw betreft en B. wat de *goederen* der vrouw betreft. De sub B bedoelde macht heeft twee zijden: eigen rechten van den man ten aanzien van het goed der vrouw en beperking van de vrouw in haar handelingsbevoegdheid. Bedoelde eigen rechten te onderscheiden in 1. beheer van de goederen der gemeenschap (art. 179) — waartegen, het zij bescheiden opgemerkt, uit oogpunt van systematiek wel iets is in te brengen — en 2. beheer van de goederen, welke aan de vrouw persoonlijk toebehooren. En onder bedoelde beperking van de vrouw in haar handelingsbevoegdheid verstaat Scholten de beperking voortvloeiende uit art. 163 en 165, welke eerste aldus is op te vatten, dat de vrouw in 't algemeen onbekwaam is zich door rechtshandelingen te verbinden (bl. 115), voor elk contractueel zich verbinden de machtiging noodig heeft (bl. 116). Ongetwijfeld zijn onder deze ruime formulering mede begrepen handelingen van beheer, hetgeen overeenstemt met de opvatting van Scholten omtrent art. 170: machtiging in dit artikel is evident niet iets anders dan in art. 163, de beteekenis van het artikel wordt kennelijk gezocht in een nadere regeling van de mogelijke omvang van een machtiging (bl. 117). Hiermee is echter nog niet beantwoord de vraag: wanneer kan een machtiging tot beheer voorkomen? Ook als de man dit beheer voert, of alleen dan, wanneer de vrouw het beheer bedongen heeft? Volgens Scholten is ongetwijfeld de eerste opvatting de juiste, immers onder de gevallen dat de vrouw machtiging kan ontberen, uitzonderingen op art. 163, wordt genoemd (bl. 123) het geval dat de vrouw het beheer harer eigen goederen heeft bedongen of terug bekomen. Alsdan geen machtiging meer noodig, zoodat de beteekenis van een machtiging tot beheer beperkt is tot het geval dat het beheer niet is bedongen, maar dan ook tevens de mogelijkheid ervan is erkend, ook al voert de man het beheer.

Volgens Scholten dus geen machtiging meer als het beheer is bedongen. Is deze uitzondering op art. 163, dat juist ook het geval noemt dat de vrouw beheer heeft, scheiding van goederen, n.l. gemotiveerd, ofschoon att. 195 alleen uitzondering toelaat op de *rechten van den man*, i.c. beheersrecht van den man? De motivering van Scholten is sober, blijkbaar spreekt deze oplossing vanzelf. „Hier beheerscht de overeenkomst de rechtsbevoegdheid” (bl. 123). Overigens geldt als argument gelijkstelling met het geval dat de vrouw het beheer heeft terugbekomen: scheiding van goederen en scheiding van tafel en bed. Is deze oplossing inderdaad zoo vanzelfsprekend? De kwestie waar het om gaat is: welke is de onderlinge verhouding der artikelen 160 en 163, welke is de onderlinge verhouding van de rechten van den man als hoofd en de beperking die voor de vrouw geldt krachtens art. 163? Brengt uitzondering op de eerste vanzelfsprekend mee uitzondering op de tweede? M.a.w. dient het door Scholten kennelijk verworpen onderscheid tusschen een verdeling van bevoegdheid eenerzijds en een in wezen daarvan verschillende onbekwaamheid anderzijds inderdaad verworpen te worden? Voert niet een door Scholten zelf

(bl. 111) geconstateerde dubbelzinnigheid van het stelsel onzer wet ten aanzien van de onbekwaamheid der vrouw noodzakelijk tot een accepteren van dit onderscheid? Ons oordeel hierover later.

### § 5.

Aan de verandering in staat, die de vrouw tengevolge van het huwelijk ondergaat, ligt volgens Petit bl. 12 ten grondslag de macht van den man als hoofd der echtvereeniging, gemotiveerd door noodzakelijke eenheid in handelen. Die eenheid komt volgens Schrijver o.a. tot uitdrukking wanneer de man bevoegd is voor de vrouw te handelen ook zonder haar medewerking, en ook doordat de vrouw onbekwaam is te handelen zonder de machtiging van den man. Als geheel gelijksoortige voorbeelden van het eerste noemt Petit op bl. 71 het beheersrecht over het eigen vermogen der vrouw en het beheersrecht en verdere rechten ten aanzien van de gemeenschap. Met het tweede wordt bedoeld de beperking die art. 163 voor de vrouw meebrengt, een beperking, ook door Petit aldus geïnterpreteerd, dat deze in 't algemeen geldt voor alle rechtshandelingen, dus ongetwijfeld ook voor beheershandelingen (bl. 13). Ondanks het feit dat voor beide manifestaties van eenheid dezelfde grondslag wordt opgegeven, valt te betwijfelen welke volgens Petit de onderlinge verhouding tusschen beide is. Op bl. 27 noemt hij als uitzondering op art. 163 het geval dat de vrouw beheer bedongen heeft. „Door zulk een beding wordt tevens de onbekwaamheid der vrouw ten aanzien van dat beheer... opgeheven (vgl. art. 170)”. Petit schijnt hier te doelen op een onderscheid tusschen hebben van beheer, beheersbevoegdheid dus, en bekwaamheid ten aanzien van dat beheer. Of is de bedoeling van het woord „tevens” juist het nauwe verband tot uitdrukking te brengen dat tusschen beheersrecht van den man en beheersonbekwaamheid van de vrouw zou bestaan? Een en ander is niet geheel duidelijk. Bij de bespreking van art. 170 zegt Petit (bl. 29): „Dit artikel doelt op de toestemming ingevolge art. 163”. Ingeval van beding was machtiging overbodig, dus wordt de beteekenis van die machtiging beperkt tot het geval dat het beding niet is gemaakt. Inderdaad erkent Petit de mogelijkheid van een machtiging tot beheer ook al beheert de man, gelijk direct zal blijken, met zooveel woorden. Een gelijke werking nu van een „gecompliceerd” beding en een „enkelvoudige” machtiging is bezwaarlijk aan te nemen. „Men moet de bedingen der artt. 170 en 195 niet verwarren” zegt Petit t.a.p.: „het beding van art. 195 kan ook het vrij genot van eigen inkomsten omvatten” — maar als dit vrij genot niet mede bedongen is, wat is dan het verschil? — „en van de algemeene machtiging kan ook sprake zijn, wanneer de vrouw zich niet het beheer harer goederen heeft voorbehouden”. Dit laatste geeft geen verschilpunt, maar constateert alleen dat ons recht beide bedingen kent. Toch geven deze woorden te denken. Is er niet uit af te leiden, dat een machtiging nog te pas komt, ook

al is het beheer *wel* voorbehouden? Of is des Schrijvers bedoeling wellicht dat beding en algemeene machtiging onverbrekelijk samengaan, dat de laatste stilzwijgend is begrepen in het eerste? Dit ware echter een ontontwarbare verwarring, zoo niet volkomen vereenzelviging, van beide niet te verwarren bedingen.

De tegenstelling in een en ander wordt scherper als we lezen hetgeen Petit schrijft bij art. 169 (bl. 47): „De machtiging kan voorts slechts betreffen hetgeen de vrouw met bijstand of toestemming van den man zelf zou kunnen verrichten; de toekenning van handelingsbekwaamheid kan slechts betrekking hebben op de uitoefening eener bevoegdheid. De Kantonrechter kan alzoo niet machtigen tot daden van beheer of beschikking over baten der gemeenschap”.<sup>2)</sup> Soortgelijke beschouwing bij art. 167 (bl. 57): „en in ieder geval heeft het geen zin haar te machtigen tot handelingen, welke zij ook met bijstand of toestemming van den man niet zou kunnen aangaan” met alweer als voorbeeld: optreden der vrouw voor een gemeenschapsbelang. Maar hoe is dan te verklaren dat Petit, die het recht van den man ten aanzien van de gemeenschap en zijn beheersrecht met betrekking tot het vermogen der vrouw geheel op een lijn stelt als gelijksoortige uitingen van maritale macht (bl. 71), een machtiging tot beheer van eigen goed wel mogelijk acht, maar niet een machtiging om voor de gemeenschap op te treden? Het is soortgelijke inconsequentie als we in navolging van de rechtspraak reeds aantreffen bij eenige schrijvers, echter juist in omgekeerde vorm. Hetzelfde onderscheid tusschen bekwaamheid en bevoegdheid is te vinden bij Petit's bespreking van art. 180: de vrouw kan in de plaats van den man „met dat beheer worden belast” en „de machtiging voorziet dan tevens in het vereischte van bijstand of toestemming” (bl. 51). Wat overigens door Petit als mogelijk werd verworpen laat de wet hier uitdrukkelijk toe, hetgeen noodzaakt tot toekenning aan de in art. 180 bedoelde machtiging van een ander karakter dan de in art. 163 e.v. bedoelde bezit: een gecompliceerde „machtiging” zooals we die reeds eerder beschreven.

Wordt de man onder curateele gesteld en heeft de vrouw het beheer over haar goederen, dan acht Petit (bl. 161) voor het voeren van dat beheer kennelijk geen machtiging meer noodig. Dit is in overeenstemming met de vroeger gegeven interpretatie van het beding van art. 195. Indien echter de man beheerde, dan gaat volgens Petit dit beheer over op den curator en uit des Schrijvers beschouwingen blijkt, dat een machtiging krachtens art. 169 dan niet mogelijk wordt geacht. Hier wordt dus wel rekening gehouden met een onderscheid tusschen onbekwaamheid en onbevoegdheid ook als het eigen goed der vrouw betreft. Consequente doorvoering van dit door Petit ongetwijfeld gemaakte onderscheid had o. i. moeten voeren tot een andere interpretatie

2) Blijkbaar is de beteekenis van art. 169 volgens Petit niet beperkt tot optreden in het eigen belang der vrouw.



zoowel van art. 170 als van het beding van art. 195 lid 2, waarbij zich dan echter tal van moeilijkheden en tegenstrijdigheden zouden voordoen die we reeds eerder zagen.

§ 6.

Schermer-Böhtlingk ziet het beding van art. 195 allereerst als uitzondering op het beheersrecht dat den man krachtens art. 160 toekomt (bl. 300). De bevoegdheden die volgens dit artikel aan den man zouden toekomen, maar die hem nu door het beding onthouden worden, vallen als vanzelfsprekend de vrouw ten deel. Böhtlingk ziet wel de kwestie of de vrouw die bevoegdheden nu ook zonder machtiging kan uitoefenen, want, zonder nadere motiveering overigens, luidt het: „Maar alle daden die voor dat beheer noodig zijn kan zij dan ook zonder machtiging van den man verrichten”. Blijkbaar is ook dit den schrijver vanzelfsprekend. In het ontwerp van een akte van huwelijksvoorwaarden houdende uitsluiting van iedere gemeenschap met beding van 195 lid 2 wordt van eenige algemeene machtiging naast het beding dan ook niet gerept. Het zou noodelooze herhaling worden weer te wijzen op de verschillende vragen, die zich bij deze zienswijs kunnen voordoen.

§ 7.

Klaassen-Eggens bl. 43 vermeldt het beding van art. 195 en vervolgt dan: „Met dit beding is derhalve de vrouw bevoegd hare goederen zonder machtiging van den man te beheeren”. Iets wat voor Eggens vanzelf spreekt. De eenige beperking voor de vrouw is gelegen in art. 160 lid 3, zoodat bij wegvallen daarvan de vrouw in niets belemmerd wordt bij het voeren van beheer. Zonder deze scherp van het beding te onderscheiden brengt Eggens dan de algemeene machtiging van art. 170 ter sprake, welke hij uitdrukkelijk opvat in den zin waarin ook art. 163 van machtiging spreekt, in tegenstelling tot een volmacht. Blijkbaar acht Eggens een machtiging tot beheer mogelijk, ook al beheert de man, zoodat in art. 163 ook ten aanzien van beheer een beperking is te lezen. Uit een ander moeten we wel concluderen dat volgens Eggens deze laatste beperking te vereenzelvigen is met die, welke voortvloeit uit art 160 lid 3, keerzijde van 's mans beheersrecht. Eggens wil blijkbaar niet weten van eenig onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid met betrekking tot de getrouwde vrouw, laakt dan ook zeer het arrest H. R. 29 Juni 1936, waaraan dit onderscheid ten grondslag lag (bl. 60),

§ 8.

Land-Star Busmann bl. 149 onderscheidt tusschen beheersrecht van den man ten aanzien van het eigen goed der vrouw en een andere „zeer gewichtige bevoegdheid van den man omtrent de zaken en de belangen der vrouw”, d.i. het recht om haar te machtigen overeenkomstig art. 163 lid 1. De motiveering van het

beheersrecht is uiterst zonderling: „In het huwelijk wordt geacht eene algemeene volmacht gelegen te zijn, door de vrouw stilzwingend aan den man verleend” (bl. 146). Of dit de ware grondslag van het beheersrecht is valt in hooge mate te betwijfelen. Het recht om te machtigen wordt gemotiveerd met beroep op de in huwelijk aanwezige „eenheid van belangen, ook waar geen gemeenschap van goederen bestaat”. De onzelfstandigheid der vrouw ex 163 ziet Land dus geheel als keerzijde van een *recht* van den man om te machtigen, dat recht staat voorop. Ook door Land wordt art. 163 ruim geïnterpeteerd, als betreffende alle vermogensrechtelijke handelingen; ook Land acht dus ongetwijfeld in art. 163 een beperking gelegen mede met betrekking tot beheersdaden, keerzijde in zoverre van een recht van den man om te machtigen tot beheersdaden. Uit het hiervoor vermelde verschil in grondslag kan worden afgeleid dat Land het recht op beheer en het recht om te machtigen tot beheer niet hetzelfde acht.<sup>3)</sup> In overeenstemming daarmee houdt Land scherp uiteen een algemeene machtiging volgens art. 170 en het beding bedoeld in art. 195 lid 2. De eerste noemt hij als uitzondering op art. 163 en rept daarbij niet van het beding. Dit doet eenigszins vreemd aan, immers is een algemeene machtiging niet juist toepassing van art. 163? De verklaring is, dat de machtiging bij huwelijksvoorwaarden gegeven onherroepelijk is, zoodat hier gevoegelijk gesproken kan worden van een afwijking ten deele van de regel van art. 163 (bl. 163 sub 4 en noot 3). Niet het beding, maar de algemeene machtiging maakt dus uitzondering op art. 163. Land zegt dan ook bij de bespreking van het beding (bl. 214): „Wij zagen verder bij art. 170, dat ook (curs. van ons) ten deele van het recht van bijstand kan worden afgeweken” en we lezen in noot 1 t.a.p.: „Bedingt de vrouw, dat er geen gemeenschap zal zijn, dat zij zelve zal beheeren, en dat zij vrij zal zijn in dat beheer enz.”. Beding zonder machtiging is blijkbaar niet voldoende om de vrouw terzake van beheer geheel zelfstandig te maken, terwijl omgekeerd de consequentie van Lands opvatting zal moeten zijn, dat een machtiging zonder beding niets kan uitwerken, immers de beperking tengevolge van het beheersrecht blijft dan nog bestaan. Hiervan rept Land echter niet. Uit het reeds eerder gezegde is voldoende duidelijk welke moeilijkheden zich in deze opvatting voordoen.

### § 9.

Opzomer-Grünebaum noemt als naast elkaar staande uitingen van „het groote rechtsbeginsel” in deze materie, nl. dat de man is het hoofd der echtvereeniging, allereerst het beheers-

3) Of dit ook de meening van Lands bewerker is valt te betwijfelen. Deze immers verwerpt iedere praktische beteekenis van het door Land zelf wel gemaakte onderscheid tusschen rechten van den man als zoodanig en rechten van den man als hoofd der echtvereeniging (bl. 214), wil dus blijkbaar niet weten van een wezenlijk verschil tusschen recht van beheer en recht om te machtigen.

recht van den man, niet alleen ten aanzien van de gemeenschap maar ook ten aanzien van de privé-goederen der vrouw, vervolgens de beperking, welke art. 163 voor de vrouw meebrengt (bl. 289 e.v.). Dit artikel wordt door Opzoomer aldus geïnterpreteerd, dat daaronder ook te begrijpen is het zich door eenig contract verbinden, „daar toch elke overeenkomst, al is het die om iets te doen, zich tenslotte in een vervreemding oplost” (bl. 291). Is deze interpretatie niet enger dan die, welke we reeds bij andere schrijvers aantreffen, zijn hier niet uitgesloten daden van zuiver beheer? Het schijnt zoo. Opzoomer vervolgt immers: „Die onbekwaamheid bestaat ook daar, waar de vrouw zelve het vrije beheer over haar goederen heeft, wat het geval kan zijn tengevolge óf van een uitdrukkelijk beding óf van een scheiding van goederen”. Onder *die* onbekwaamheid is kennelijk niet begrepen een onbekwaamheid ten aanzien van beheersdaden, want met zooveel worden, vervolgt Opzoomer, dat de vrouw voor handelingen die niets anders zijn dan daden van vrij beheer geen autorisatie van den man noodig heeft. Is dit juist, dan bestaat voor de vrouw met betrekking tot beheer van eigen vermogen geen andere beperking dan die welke voortvloeit uit het beheersrecht van den man, welke beperking met dat recht kan worden opgeheven door het bekende beding. Er is dan enkel inbreuk op art. 160 lid 3, van inbreuk op art. 163 is dan geen sprake. Opzoomer noemt het beding dan ook niet onder de uitzonderingen op art. 163. Tevens moet dan echter aanvaard worden dat van eenige machtiging ex 163 tot beheer geen sprake kan zijn, hetgeen moeilijk te rijmen valt met artikelen als 169 en 170. Men is dan gedwongen aan de in die artikelen genoemde machtiging een ander karakter toe te kennen als aan de machtiging van art. 163, die op te vatten b.v. als volmacht of als opdracht van bevoegdheid. Dergelijke dubbelzinnigheid van het woord „machtiging” maakt geen reclame voor de leer die er toe noodzaakt. Verderop evenwel schijnt Opzoomer een ruimere interpretatie van art. 163 aan te hangen, met beroep op artt. als 163 lid 2 (dat juist beheersdaden noemt!), 164, 168, 179, 172, 1366 en 1483 B. W. (bl. 309).

#### § 10.

Diephuis IV bl. 169 noemt als tweeërlei beperking, die het huwelijk voor de vrouw meebrengt met betrekking tot het aangaan van rechtshandelingen, dat zij „ten deele door een ander wordt vertegenwoordigd, ten deele wel is waar zelve handelt, maar dit niet geldig kan doen zonder daartoe gemachtigd te zijn”. Het naast elkaar stellen van deze beide gevallen doet veronderstellen, dat volgens Diephuis de beteekenis van de maritale machtiging beperkt is tot het gebied van rechtshandelingen, waarbij de vrouw niet door den man vertegenwoordigd wordt. Is dit nu aldus op te vatten, dat eenerzijds, als de man beheert, de vrouw geen beheersdaden kan verrichten met diens machtiging, anderzijds, als de vrouw het beheer heeft bedongen, zij dan bovendien nog machtiging behoeft?

Of is de bedoeling deze, dat met betrekking tot beheer, dat normaliter tot de eerste categorie behoort, van een machtiging ex 163 nooit sprake is? M.a.w. welke is de interpretatie van art. 163 die Diephuis voorstaat? Op bl. 163 wil Diephuis in art. 163 zien „een meer algemeene bepaling” en denkt met name ook aan handelingen die strekken om een verbintenis aan te gaan. Echter bij de bespreking van art. 249 (bl. 440/441) luidt het: „Zij is in dat beheer vrij en onafhankelijk van den man. Zij is daardoor bevoegd tot alle handelingen die niet onder art. 163 vallen”. Dit is vrij duidelijk. In denzelfden zin wat verder volgt: „art. 163 blijft gelden voor de vrouw „al is zij zelfs van goederen gescheiden” en terecht”. Diephuis vat art. 163 dus blijkbaar beperkt op, hoewel niet limitatief: op beheersdaden zou het artikel geen betrekking hebben. Een en ander wat we bij Opzoomer opmerkten kan ook hier worden opgemerkt. Diephuis neemt dan ook als vanzelfsprekend aan, dat als de vrouw beheer heeft bedongen, eenige autorisatie niet meer te pas komt (bl. 174): „Gelijk de man binnen de grenzen van zijn beheer geene medewerking der vrouw behoeft tot handelingen, dat beheer betreffende, zal men ook de vrouw, wanneer en voor zoover zij zich zelve bij uitzondering het beheer harer goederen heeft, uit zich zelve bevoegd mogen achten tot alle daartoe betrekkelijke handelingen, zonder dat zij voor deze nadere magtiging zal behoeven van den man”. Het belang van deze argumenteering ontgaat ons echter ten eenenmale. Diephuis veronderstelt hier reeds dat voor de vrouw met betrekking tot beheer van eigen goed geen andere beperking bestaat dan die welke voortvloeit uit een regeling van beheersbevoegdheid. Pas met deze veronderstelling als uitgangspunt kan men er aan denken gaan een parallel te trekken met de positie van den man.

Diephuis stelt de „machtiging” van art. 170 geheel op een lijn met het beding van 195: het beheer kan de vrouw toekomen zoowel uit kracht van het beding als door toekenning bij een algemeene machtiging door den man<sup>4)</sup>. „Machtiging” beteekent dan: toekennen van beheersbevoegdheid, enkel afwijking van art. 160 lid 3. Op bl. 175 wordt echter de algemeene machtiging vereenzelvigd met een volmacht, hoewel beide begrippen overigens scherp onderscheiden worden (bl. 183), terwijl op bl. 186 deze machtiging toch weer behandeld wordt in aansluiting op art. 163. Een en ander laat veel twijfel omtrent Diephuis' bedoeling.

## § 11.

Laat ons thans nog een enkel punt aanstippen bij oudere schrijvers. De Pinto II § 99 noemt als uitzondering op art. 163,

---

4) Diephuis IV bl. 174. Als derde mogelijkheid noemt Diephuis de toekenning bij bepaling door een erflater of schenker die haar bevoordeeld heeft. Dezelfde gelijkstelling tusschen 170 en 195 vinden we op bl. 171: de man kan het beheer ook later aan de vrouw toestaan, hetgeen kennelijk doelt op 170, en op bl. 186.

dat de vrouw de in art. 249 bedoelde algemeene bewilliging kan krijgen om over haar roerende goederen te beschikken. Dat de vrouw na scheiding van goederen voor beheer nog machtiging zou behoeven is al zeer onwaarschijnlijk, zoodat de Pinto, die van eenige uitzondering met betrekking tot dit beheer niet rept, kennelijk in art. 163 geen beperking ziet gelegen terzake van beheer.

Als rechten van den man noemt van Hall bl. 224 naast elkaar „regt van beheer” en „regt van bijstand”. Ook van Hall interpreteert art. 163 ruim: bijstand is noodig bij elke overeenkomst (bl. 226), ook al betreft het beheersdaden, want als argument voor die ruime interpretatie wijst van Hall juist op de beperking die art. 160 lid 3 meebrengt „volgens welke zelfs de eigen goederen der vrouw doorgaans door den man bestuurd worden”. Van Hall acht dus verband aanwezig tusschen art. 160 lid 3 en art. 163, n.l. dit dat de vrouw geen beheersdaden kan verrichten zonder machtiging *omdat* de man beheersrecht heeft, hetgeen moeilijk anders is op te vatten dan dat de beperking die art. 163 meebrengt met betrekking tot beheer te zien is als keerzijde van het beheersrecht van den man, evenals de verdere beperking die art. 163 meebrengt is te zien als keerzijde van 's mans *recht* op bijstand. Anders gezegd, het beheersrecht van den man brengt mee recht om te machtigen tot beheer, juist dus voor geval de vrouw het beheer niet heeft bedongen. Voor de hand ligt dat bij inbreuk op het beheersrecht tevens inbreuk is gemaakt op de beperking ex 163 zooover beheer betreft, zoodat machtiging dan niet meer te pas komt. Daarom verwondert het ons dat van Hall bij de uitzonderingen op art. 163 wel noemt een algemeene machtiging ex art. 170, maar niet rept van het beding. Overigens is deze uitzondering uiterst zonderling geformuleerd: Geen bijstand „voor zooverre zij het beheer betreffen van hare roerende goederen, en zij daartoe een algemeene machtiging verkregen heeft. Dit heeft plaats, hetzij bij huwelijksche voorwaarden en dus onherroepelijk, hetzij van den man staande huwelijk, en dus voor intrekking vatbaar, art. 170, hetzij van den Regter, na een scheiding van goederen, art. 249, of wegens verhindering des mans, volgens art. 169”. Waarom de algemeene machtiging beperkt tot beheer van roerend goed? Waarom na scheiding van goederen gesproken van *machtiging* tot beheer, en niet gerept van *beschikking* over roerend goed? Een en ander verklaren wij niet te kunnen begrijpen.

Schüller bl. 39 meent ad art. 163: „De reden van dit artikel ligt voornamelijk in de verantwoordelijkheid van den man voor alle verzuim in het beheer der goederen aan de vrouw persoonlijk toebehoorende (art. 160)”. Ook volgens Schüller dus verband tusschen beheersrecht en art. 163, ofschoon te betwijfelen is of art. 163 hier geheel als keerzijde gezien wordt van het recht van den man, immers zonderling is, dat art. 163 verklaard wordt uit

de verantwoordelijkheid van den man voor zijn beheer en niet direct uit dit beheersrecht zelf. Ziet Schüller dus als grondslag van art. 163 in laatste instantie het belang der vrouw, een grondslag die voor het beheersrecht, ondanks 's mans verantwoordelijkheid, niet zonder meer geaccepteerd kan worden?

Des Amorie van der Hoeven <sup>5)</sup> merkt op naar aanleiding van art. 163: „Is dit artikel enuntiatief of limitatief? Cf. art. 1366 num. 3 en 1482 alin. 2. Hieruit zou men opmaken dat de incapaciteit der vrouwen niet is absoluut. In waarheid is art. 163 limitatief en toch is de incapaciteit absoluut, wanneer men met art. 163 vergelijkt art. 160 al. 3; want onder beschikking en bestuur valt alles”. v. d. Hoeven beschouwt dus de beperking die art. 160 lid 3 meebrengt ten aanzien van beheer en de beperking die art. 163 meebrengt ten aanzien van beschikking als in wezen gelijksoortig, met dit verschil alleen, dat die van art. 160 kan worden opgeheven: „De vrouw is dus absoluut onbevoegd tot daden van beschikking, maar niet absoluut tot daden van beheer” („absoluut” hier gebruikt in den zin van „onvoorwaardelijk”, anders dan even tevoren waar bedoeld wordt „met betrekking tot alle handelingen”). De volkomen gelijksoortigheid van beiderlei beperking blijkt ook uit hetgeen van der Hoeven opmerkt naar aanleiding van een moeilijkheid die hij ziet, nl. dat onder de limitatieve opsomming van art. 163 ook sommige beheersdaden zijn begrepen: „In zooverre moet men art. 163 beperken door art. 195 en 170”. Doordat geen onderscheid gemaakt wordt in werking van algemeene machtiging of van beding met betrekking tot beheersdaden die niet onder art. 163 vallen en beheersdaden die wel in dit artikel begrepen zijn, wordt implicite verklaard dat de passieve kant van de juridische ongelijkheid met betrekking tot beheer in 't algemeen, van welke ongelijkheid art. 160 de actieve kant noemt, geen ander is dan de passieve kant van de ongelijkheid met betrekking tot beschikking en sommige beheersdaden, zooals die in art. 163 is te vinden, dat, anders gezegd, de beperking die ten aanzien van beheersdaden geldt dezelfde is, onverschillig of die beheersdaden in art. 163 al dan niet genoemd worden. Maar dan ligt het voor de hand een machtiging mogelijk te achten bij analogie van art. 163, ook ten aanzien van beheersdaden die art. 163 niet noemt. Trouwens ook overigens accepteert van der Hoeven uitbreiding van art. 163 per analogie, nl. met betrekking tot verbintenissen der vrouw, voorzover die te rekenen zijn onder beschikking. Maar waarom dan uitgegaan van een limitatieve opvatting?

Nienhuis bl. 380 interpreteert art. 163 zeer ruim: de vrouw is onbevoegd „eenige overeenkomst of andere haar verbindende handeling” aan te gaan. Dat hieronder volgens Nienhuis ook be-

5) Voorlezingen over het Burgerlijk Wetboek opgeteekend door M. I. Pijnappel, 1850-'51 (met de hand geschreven college-dictaat, wellicht later uitgewerkt).

heersdaden zijn te begrijpen blijkt onder meer daaruit, dat scheiding van goederen een inbreuk op art. 163 wordt geacht met betrekking tot beheersdaden (bl. 499). Ter argumenteering van deze ruime interpretatie legt ook Nienhuis, zoals meer oudere schrijvers, verband tusschen art. 163 en 160 lid 3, „volgens 't welk de vrouw zelfs het bestuur harer eigene goederen niet heeft, en derhalve zich ook te dier zake niet kan verbinden” (bl. 380). Ook volgens Nienhuis mist dus de beperking van art. 163 zelfstandige beteekenis naast de rechten van den man als hoofd, is die beperking speciaal met betrekking tot beheer te zien als keerzijde van het beheersrecht van den man. In deze opvatting krijgt art. 170 de gezonde beteekenis van nadere uitwerking van art. 163 (bl. 380) en in die opvatting maakt het beding van 195 lid 2, dat inbreuk maakt op het beheersrecht, tevens inbreuk op art. 163, hetgeen voor Nienhuis zoo van zelf spreekt dat de vrouw „naar den aard der zaak” dan zonder nadere machtiging bevoegd is tot beheersdaden (bl. 393).

## § 12.

Het is gebleken dat het meerendeel der moeilijkheden en inconsequenties te vinden zijn in de meer moderne litteratuur, en dat deze grootendeels op rekening moeten worden geschreven van het aanvaarden van een onbekwaamheid der vrouw krachtens art. 163 naast een onbevoegdheid welke noodzakelijk keerzijde is van bijzondere bevoegdheid van den man als hoofd. Het is gebleken hoe moeilijk dit onderscheid is te passen op ons wettelijk systeem, en dat het vrijwel niet tot in uiterste consequentie is door te voeren zonder dat men geraakt in veelvuldig conflict met de resultaten van een ongedwongen wetsinterpretatie, speciaal ook in verband met het beding van art. 195 lid 2.

Voor al de vraag derhalve of in ons recht aan onbekwaamheid der vrouw, gegrond op bescherming en afgescheiden van een onbevoegdheid welke gegrond zou zijn op noodzakelijk geachte eenheid, zelfstandige plaats is ingeruimd, zal ons bezig houden, in aansluiting waaraan wij dan de verschillende vragen zullen trachten te beantwoorden welke we reeds eerder stelden.

De opzet is verder als volgt: eerst willen we eenige punten uit ons oud-vaderlandsch recht naar voren brengen, vervolgens eenige Fransche precedenten en de regeling in de Code Civil, om tenslotte het stelsel van ons Burgerlijk Wetboek te bezien, d.w.z. de verschillende regels betreffende ons onderwerp in onderlinge verhouding en mogelijk verband.

---

## HOOFDSTUK II.

### § 13.

De ongelijkheid in juridisch opzicht, die in de oud-germaansche samenleving tusschen mannen en vrouwen bestond, hield onder meer verband met de wijze waarop die samenleving was georganiseerd. De stam had geen vaste woonplaats, iedere ontmoeting kon strijd beteekenen. Strijdbaar waren de mannen, strijdbaar werd de iuvenis na verklaring van het concilium: *tum in ipso concilio vel principum aliquis vel pater vel propinqui scuto frameaque iuvenem ornant*<sup>1)</sup>, en dat dit weerbaar-worden criterium was voor zelfstandig-worden blijkt uit het volgende: *ante hoc domus pars videtur. Post hoc dus niet meer. Zij die niet het uitzicht hadden ooit strijdbaar te worden in den zin waarin dit in de toenmalige omstandigheden moest opgevat worden, d.i. in staat tot het voeren van wapenen, zouden steeds blijven „domus pars”. Dit „domus” wijst op de eenheid in gezin. Niet de stamsamenleving trad op de voorgrond, maar de samenstellende bestanddeelen daarvan, de samenleving in gezinnen. Het stamverband was los, het gezinsverband hecht, en in deze gezins-samenleving werd de man door zijn weerbaarheid in verband met de noodzaak om te strijden vanzelf aangewezen als hoofd. Hij strijdt, et in proximo pignora, unde feminarum ululatus audiri, unde vagitus infantium*<sup>2)</sup>. De rechtspositie van de beschermden werd noodzakelijk bepaald als ondergeschikt aan den beschermer: de leden van het gezin waren afhankelijk van het hoofd, ondergeschikt aan het hoofd, de kinderen die zich nog in gezinsverband bevonden zoowel als de vrouw. Het gezag van het hoofd was beschermend gezag. Maar was deze bescherming niet in het belang van den beschermer zelf in plaats van de beschermden, was die bescherming niet dezelfde als die, waarmee de man het vermogen beschermden? Immers er zijn aanwijzingen dat het gezag van den man elementen bevatte van absolute macht: *ac primo boves ipsos, mox agros, postremo corpora coniugum aut liberorum servitio tradebant*<sup>3)</sup>. Echter speciaal t.a.v. de echtente blijkt tevens dat dit machtselement niet het eenige was. Een absolute machtsverhouding tusschen man en vrouw zou slechts te strooken zijn met een louter materiele huwelijks-opvatting. Al moge nu dit materieel element sterk naar voren treden<sup>4)</sup>, reeds het oud-germaansche huwelijk als overwegend monogaam<sup>5)</sup>, kende onmiskienbaar ook ideëele elementen.

1) Tac. Germ. XIII. 3.

2) Tac. Germ. VII. 11.

3) Tac. Ann. IV. 72; vgl. ook Caes. de bello Gall. VI. 19.

4) vgl. v. Apeldoorn bl. 10.

5) vgl. Telting in Themis 1869 bl. 428.



Vgl. Tac. Germ. XVIII.1: *severa illic matrimonia*, XVIII.2: *nam prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt*, XVIII.13: *admonetur venire se laborum periculorumque sociam*, verder XIX, speciaal XIX.11: *sic unum accipiunt maritum quo modo unum corpus unamque vitam*. Met deze tweeledigheid der huwelijksverhouding is slechts te rijmen een tweeledig karakter van het gezag van den man: het beschermend element in dit gezag was niet enkel in het belang van den man als bescherming van macht, maar stond als zelfstandig gezagselement naast de macht, omwille van de vrouw. In al te speculatieve beschouwingen omtrent een juiste afbakening van beschikkend en beschermend gezags-element zullen we ons niet begeben.

De ondergeschiktheid van de gehuwde vrouw blijkt in deze tijden niet primair, niet verklaarbaar uit het huwelijk zelf, maar uit daarbuiten gelegen factoren, die op gelijke wijze de ondergeschikte positie van de ongehuwde vrouw teweegbrachten.

#### § 14.

De *lex Salica*, *lex Frisionum* en *lex Saxonum*, die in de tijd der volksrechten ook in deze streken gegolden hebben, bevatten voor ons vrij karige gegevens. Echter ook op andere *leges barbarorum* mogen we letten, omdat zij wellicht uitdrukking geven aan beginselen die tevens leefden in verwante Germaansche volken<sup>6)</sup>.

Na de volksverhuizing bleef de stam een bepaald grondgebied bewonen. Deze ingrijpende verandering in de samenlevingsvorm werkte de vestiging van een krachtig overheidsgezag in de hand en daardoor de verslapping van het gezag dat het hoofd van de gezinssamenleving uitoefende. Echter, de samenleving moge nu zoo georganiseerd worden dat de overheid de bijzondere bescherming van de zwakke leden op zich nam<sup>7)</sup>, dit wilde alleen zeggen dat men de voorwaarden ging scheppen voor het op den duur verdwijnen der weerloosheid; op den duur, immers in concreto zal de overheidsbescherming nog dikwijls tekort geschoten zijn, terwijl de conservatieve mensch de diep gewortelde opvattingen niet gemakkelijk kon loslaten, ook al ging daaraan de feitelijke grondslag ontvallen. De vrouw bleef vooralsnog bijzondere bescherming behoeven, welke bescherming zijn concrete vorm daarin vond dat iedere vrouw zich als regel in een gezagsverhouding bevond, *voogdij*, *mundium*<sup>8)</sup>.

6) Uitgebreide litteratuur-opgaaf is te vinden bij v. Iterson, T. v. R. XV bl. 370 e.v. Zie ook de Blécourt bl. 83.

7) vgl. talrijke maatregelen ter bescherming van vrouwen. Vgl. ook Cap. VI. 223: *ut viduae, orphani, et minus potentes sub Dei defensione, et nostro munde-burde pacem habeant, et eorem iustitias acquirant*. Vgl. verder Cap. VII. 370 en Form. 37. Zie ook Fockema Andreae Bijdr. I bl. 121.

8) Leg. Long. II. 10. 1: *nulli mulieri liberae sub regni nostri ditione lege Longobardorum viventi, liceat in suae potestatis arbitrio, id est, sine mundio vivere*. Ook de *lex Sax.* bevat belangrijke aanwijzingen. Vgl. Fock. Andr. I bl. 39, v. Iterson T. v. R. XV bl. 374.

De inhoud van deze gezagsverhouding wijzigde zich door het veldwinnen van de Christelijke moraal, die de opvatting vrouw-object ten eenenmale niet kon verdragen, tengevolge waarvan de manifestatie's van de gedachte aan absolute beschikkingsmacht zeldzaam werden<sup>9)</sup>. Het uitdooven van dit machts-element had tot gevolg dat het gezag van den voogd in hoofdzaak het karakter kreeg van zuivere bescherming, bescherming in het belang van de vrouw. De bronnen spreken dan ook herhaaldelijk van defensor<sup>10)</sup> en duidelijk genoeg zegt leg. Long. 2.48.1: ut viduae . . . tutores habeant iuxta illorum leges, qui illos defendant et adiuvant, ut per malorum hominum oppressionem, iustitias suas non perdant; men vgl. ook leg. Long. 2.11.4, waar omschreven wordt qualis sit ipsa mala tractatio wegens welke de voogd het mundium verloor: mala tractatio est, si eam fame aut siti necaverit, aut vestimentum, aut calciamentum, secundum qualitatem personae vel pecuniae, mulieri non dederit. Beschermen, helpen, verzorgen, dat was de taak van den voogd. Niet enkel een toevallig voordeel, maar een taak inderdaad, verschaft hem het mundium. De bevoegdheden die hij als zoodanig had waren plichten, het belang van wie hij in mundio had diende zijn eenige maatstaf te zijn. Dat feitelijk de voogd niet steeds met deze maatstaf mat zal wel de droeve waarheid geweest zijn<sup>11)</sup>.

Doordat de grondslag der weerloosheid langzamerhand ging wegvallen, was ook de daarop berustende beschermings-gedachte bestemd te verdwijnen en daarmee de voogdij over de vrouw in 't algemeen. Symptomen van deze aanstaande verandering zien we reeds in de leges zelf. Speciaal in Wisi-Gothisch en Bourgondisch recht versnelde de invloed van het Romeinsche Recht deze verandering<sup>12)</sup>.

## § 15.

Deze rechtspositie van de vrouw in 't algemeen vond zijn noodzakelijke afspiegeling in de rechtspositie van de gehuwde vrouw in het bijzonder. De mate van afhankelijkheid der ongehuwde vrouw gaf de minimale omvang van de afhankelijkheid der gehuwde vrouw. Moge aanvankelijk het mundium niet onafscheide-

9) vgl. v. Apeldoorn bl. 19 en 24, Viollet bl. 245 en 449.

10) b.v. leg. Long. 1. 30. 13, Cap. IV. 22.

11) Dat naast dit beschermend element feitelijk het vermogens-element een groote rol speelde toont W. van Iterson, *Vrouwenvoogdij T. v. R. XV bl. 377* aan. Inderdaad was het mundium i.v.m. de bij huwelijk te verwachten mandschat een lust, maar dit kon niet de eenige inhoud zijn. Over de last wordt weliswaar niet veel gezegd, maar deze vloeit voort uit het algemeen karakter.

12) Slechts voor Longobarden en Saksers zijn duidelijk sporen aan te wijzen van vaste vrouwenvoogdij (vgl. v. Iterson, *T. v. R. XV bl. 374 v.*). Toch meen ik deze ook voor andere stammen als uitgangspunt te mogen aannemen, zelfstandigheid dus te kwalificeeren als emancipatie, omdat zooals gezegd de onzelfstandige positie der vrouwen verband hield met de vorm van samenleving, welke bij de verschillende stammen ongetwijfeld veel overeenstemming heeft vertoond. Waar en wanneer precies verandering intrad laten we hier verder buiten beschouwing.

lijk verknocht zijn aan het huwelijk, vooral onder invloed van de Christelijke huwelijksbeschouwing werd dit weldra anders, werd de man automatisch voogd over zijn vrouw<sup>13)</sup>. Echter zooals weldra blijken zal, was de gezagsverhouding waarin de gehuwde vrouw zich bevond geenszins identiek met het mundium over de ongehuwde vrouw.

De algemeene waardeering van de vrouw als bescherming-behoevend betrof mede de gehuwde vrouw. In vermogensrechtelijk opzicht werd deze bescherming verleend o.a. volgens een regel door Rothari gegeven: *nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius, in cuius mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi*<sup>14)</sup>. Dat hier inderdaad de nadruk ligt op bescherming en niet op de later breeder uiteen te zetten macht van den man als hoofd van de huwelijks-samenleving blijkt uit de algemeene gelding van de regel, zoowel voor gehuwde als voor niet-gehuwde vrouwen en wordt bevestigd door de redactie van later gegeven regels: *Placuit nobis etiam, ut sicut quaecumque famina potestatem habet cum licentia viri sui res suas vendere, ita habeat potestatem donare* (leg. Long. 2. 10. 3), en: *concedimus, ut sicut mulieres cum viris suis res suas donare aut venumdare possunt, ita et commutare valeant, ac familiam suam liberam facere* (leg. Long. 2. 10. 4). Een welwillende uitbreiding van bevoegdheid, noodzakelijk geworden door de subject-woording<sup>15)</sup>, maar niet een beperking. De nadruk ligt niet op het „cum licentia viri” maar op „ita habeat potestatem”. Duidelijk blijkt ook dat de vrouw zelf handelde, zelf haar bevoegdheden uitoefende, al moest zij bij die uitoefening zooals iedere vrouw beschermd worden, al was zij onbekwaam. Dit begrip onbekwaamheid deed zijn intree zoodra het beschikkend machtselement werd teruggedrongen, zoodra er ruimte was gekomen voor bevoegdheid, maar bij de uitoefening van die bevoegdheid bescherming werd verleend.

De juridische onzelfstandigheid van gehuwde en ongehuwde vrouwen was nog nagenoeg dezelfde, hetgeen niet te verwonderen is, omdat als ratio van beider onzelfstandigheid de beschermingsgedachte overheerschte.

## § 16.

Wij zeiden dat het machtselement uit het mundium ging verdwijnen. Betrof ook dit zoowel de gehuwde als de ongehuwde vrouw? Er was verschil. Waar het mundium over de ongehuwde vrouw zich steeds meer verwijderde van de familie-samenleving en daardoor los van het familieverband eerst een zuiver defensief karakter kon verkrijgen om vervolgens zelfs te verdwijnen, was

13) vgl. van Apeldoorn bl. 22 e.v. en Teltling, Themis 1869 bl. 451.

14) Leg. Long. 2. 10. 1.

15) vgl. de gelijkstelling langzamerhand in erfrecht.

dit met het mundium over de gehuwde vrouw niet het geval. Dit mundium bleef nauw verbonden met een samenlevingsvorm, die, vooral door de Kerk sterk beaccentueerd, zelfstandige beteekenis ging verkrijgen, n.l. het huwelijk. De opvattingen omtrent het huwelijk werden volkomen beheerscht door de opvattingen die de Kerk daaromtrent koesterde en deze opvattingen waren, gelijk bekend, in zeer geringe mate bevorderlijk voor een zelfstandige positie der vrouw <sup>16)</sup>. Speciaal voor de gehuwde vrouw werd met een beroep op talrijke plaatsen uit den Bijbel de volkomen onderworpenheid aan den man gedecreteerd: *paene sunt famulae virorum*. De man was het hoofd der vrouw, hij de aangewezen persoon om het gemeenschappelijk huwelijksbelang in handen te houden. Deze gedachte bepaalde aanvankelijk nog tezamen met de beschermings-gedachte de rechtspositie van de gehuwde vrouw, maar zou later als die beschermings-gedachte geheel zou zijn ontworteld de eenige overheerschende factor worden.

Door deze, los van de vroegere weerloosheid staande, gedachte, dat de man aan het hoofd dient te staan van de huwelijks-samenleving, werd het mundium waarin de getrouwde vrouw zich bevond noodzakelijk beïnvloed. De huismacht, tevoren door bescherming overschaduwde, kreeg zelfstandige beteekenis. Er was geen plaats voor volkomen verdwijnen van het machtselement, echter dit machtselement onderging een verandering. Men zie b.v. *lex Fris. 22.88: si quis liberam foeminam, et non suam, per maxillam strinxerit, duobus sol. componat*. Impliceert een dergelijke regel dat de man met willekeurige hardhandigheid tegen zijn vrouw mocht optreden? Aanvankelijk misschien als uiting van absolute beschikkingsmacht, echter weldra ging men een dergelijk optreden als uitvloeisel van die macht verwerpen. Als uitvloeisel van die macht, echter niet aboluut. Gezien in het licht van de Kerkelijke huwelijksbeschouwing kreeg dit machtselement nieuwe beteekenis, werd het getransformeerd in macht die den man als hoofd van de huwelijks-samenleving competeerde, dat wil zeggen de macht die hem die positie verzekert, de noodige huismacht. De willekeurige hardhandigheid van weleer veranderde in een theoretisch-niet-willekeurig tuchtigingsrecht <sup>17)</sup>.

Beschermings-gedachte en opvatting van de Kerk bepaalden in onderlinge samenwerking de rechtspositie der gehuwde vrouw en naar gelang de eerste in 't algemeen zijn basis zag wegzinken won de tweede aan beteekenis. De vrouw bleef zich in een gezagsverhouding tot haar man bevinden en men bleef die gezagsverhouding mundium, voorgedij, noemen, maar dit mundium was niet hetzelfde

16) vgl. hierover L. J. van Apeldoorn, *Kerk en Godsdienst*, Themis 1929 bl. 105 e.v. en v. Overvoorde bl. 70 e.v. en 88 e.v.

17) Zie over dit Tuchtigings-recht o.a. de Blécourt bl. 103; Fock. Andr. Bijdr. II bl. 38/40; Telting in Themis 1869 bl. 458; v. Apeldoorn in Themis 1929 bl. 105; v. Overvoorde bl. 64.

als vroeger, maar aangepast aan, omgevormd in overeenstemming met, de inhoud van de huwelijksverhouding zooals men die was gaan zien op basis van de Kerkelijke zienswijs, werd dit mundium gematrimoniseerd mundium en daardoor van zelfstandige beteekenis. De differentiatie in positie van gehuwde en ongehuwde vrouwen nam een aanvang, een differentiatie, die voor de rechten der *leges barbarorum* in 't algemeen niet meer nog was dan een schim, maar die in de volgende eeuwen zich met steeds scherper lijnen zou gaan afteekenen.

§ 17.

Voordat we ons verder bepalen bij de ontwikkelingsgang, die de rechtspositie van de gehuwde vrouw verder doormaakte, dienen enkele woorden gewijd aan die van de ongehuwde vrouw.

In zijn betoog in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis<sup>18)</sup>, waarnaar wij voor breeder uiteenzetting verwijzen, komt W. van Iterson tot de volgende conclusie: „Voor zoover het ten dienste staande materiaal teruggaat, is komen vast te staan, dat er geen sporen zijn, welke wijzen op een algemeene vaste voogdij over de meerderjarige ongetrouwde vrouw. Had zij den vereischten leeftijd bereikt, dan was zij volkomen zelfstandig, behoudens één uitzondering. Bij het verrichten van rechtshandelingen, welke voor het gerecht plaats hadden, had zij den bijstand van noode van een voogd. Dit was een speciaal voor dat geval, door haar gekozen en aan haar door het gerecht gegeven voogd. Diens taak was beperkt en van korten duur. Zijn functie bepaalde zich tot één speciale rechtshandeling en was met de voltooiing daarvan ten einde”. De tijd waarover v. Iterson in hoofdzaak zijn onderzoek uitstrekt vangt aan met de 12e of 13e eeuw, de tijd waaruit het oudste ten dienste staande materiaal in 't algemeen dateert. In de tijd der *leges barbarorum* werd de rechtspositie van de vrouw nog overwegend bepaald door haar waardeering als bescherming-behoevend, zoodat blijkbaar in de daarop volgende drie eeuwen, van 9e tot 12e eeuw, de zelfstandigwording der ongehuwde vrouw in belangrijke mate is voortgegaan. Wij mogen hier continuïteit aannemen, ontwikkeling van de later kenbare situatie uit de vroeger kenbare, ook al is die ontwikkeling niet op den voet te volgen. Immers het recht is als samenlevingsverschijnsel continu zoo dikwijls de samenleving, waarin het verschijnt, continu is.

Ofschoon in meer verwijderd verband met ons onderwerp zij ons een enkele opmerking vergund naar aanleiding van v. Iterson's conclusie, speciaal het eerste deel daarvan. Allereerst wijzen wij op de bekende plaatsen in Brokmerbrief<sup>19)</sup> en Emsiger

18) W. van Iterson, *Vrouwenvoogdij*, T. v. R. XIV bl. 421 e.v. en XV bl. 79 e.v., 175 e.v., 287 e.v. met litt. opgaaf op bl. 370 van dl. XV.

19) Brokmerbrief § 96: Sa skelin alla frouwa a foremunde stonda, hia skelin hebba auder thene berena ief thene kerena, and thi skel foremundere wesa ther alra sibbest is, v. Richth. Rq. bl. 164.

Penningschuldboek<sup>20)</sup>, die ook zooals ze door v. Iterson worden opgevat op vaste voogdij wijzen, al blijkt uit de nadere toevoeging bij de tweede Friesche tekst in § 11 van het Emsiger Penning-schuldboek<sup>21)</sup> dat deze vaste voogdij waarschijnlijk niet tevens algemeene voogdij was<sup>22)</sup>. Wij wijzen voorts op de door v. Iterson ter sprake gebrachte artt. 132 en 133 van het Zwolsche Stadboek<sup>23)</sup> waaruit o.i. een vaste voogdij blijkt, al is de werkzaamheid van den voogd beperkt tot optreden bij „vertichnisse voor of na van enighen guede”. Stond inderdaad de rechtspraktijk, getuige de door v. Iterson geciteerde schepenbrieven, op het standpunt dat voor iedere gerechtelijke handeling een voogd moest worden gekozen en aangesteld, dan wil dit zeggen dat wij hier een overgangs-stadium gadeslaan van een vaste, zij het beperkte, voogdij naar een voogdij ad hoc<sup>24)</sup>. Dat inderdaad deze ontwikkeling aanwezig was wordt bevestigd door de omstandigheid dat aanvankelijk voor het optreden als voogd ad hoc eenzelfde bepaalde verwant was aangewezen<sup>25)</sup>. Omtrent het door ons bedoelde verschil tusschen vaste, maar beperkte, voogdij en voogdij ad hoc merkt v. Iterson op, na een citaat uit H. Croeser, Ontwerp Stadrecht van Kampen, waaruit duidelijk zoowel het permanent als het beperkt karakter van de voogdij blijkt: „Re vera is het dus in Overijssel niet anders dan een voogdij ad hoc, die hierin zou afwijken van deze instelling in andere gewesten, dat de voogd ad hoc *in theorie* steeds dezelfde persoon moet zijn. Ik zeg in theorie, want in werkelijkheid is de praktijk geheel in strijd met de voorschriften dienaangaande der drie groote steden”<sup>26)</sup>. Deze vereenzelviging van vaste voogdij met beperkte werking en voogdij ad hoc moge van practisch standpunt volkomen terecht geschieden, maar den theoreticus klinkt een vaste voogdij ad hoc té paradoxaal. De praktijk heeft het verschil uitgewischt en we kunnen ons voorstellen hoe dit is geschied doordat aanvankelijk de vaste voogd bij zijn optreden in rechte nog eens uitdrukkelijk werd gekozen en aangesteld, terwijl het accent steeds meer verlegd

20) Ems. Pschb. § 9: Aldus sullen oeck alle vrouwen hebben enen voermunt, he sy de ghebaerne ofte kaerne; ende de aller sibbest is van der vadersydt de sal dat wesen, v. Richth. Rq. bl. 196.

21) Sa ne mey hiu butha the formunders wille setta ieftha sella nauder hus, ieff hoff, ieff erue.

22) Radier bl. 68 kent aan deze voogdij ook werking toe t.a.v. beheer. Of dit juist is valt te betwijfelen.

23) Item ten sal ghiene weduwe wesen of noch werden, die liggende erue of coepschat hebben, sy en sullen binnen ses weken na der tijt dat sij weduwe wart of vereruet wart, gaen voer den raet ende kies en twee mombaers ... Art. 133 schrijft hetzelfde voor t.a.v. verstoruen ioncfrouen..., die liggende ernisse of coepschat hebben.

24) Deze overgang blijkt ook voor Kampensch recht (T. v. R. XV bl. 294). Het tegenargument ontleend aan het Gulden Boeck fol. 6 is niet overtuigend. Er is vaste voogdij, die echter weldra blijkt over te gaan in voogdij ad hoc. Vgl. ook eod. bl. 302 voor de stad Hasselt.

25) T. v. R. XV bl. 383.

26) T. v. R. XV bl. 296.

werd van het permanent karakter naar dit casueel karakter, toch kunnen wij niet nalaten juist dit uitwisschen te zien als phase in den lijn waarlangs de emancipatie der ongehuwde vrouw zich bewoog. Temeer kunnen we de voogdij ad hoc moeilijk zien als oorspronkelijk instituut, omdat de zoo dadelijk te noemen grondslag ervan niet de eenige manifestatie van weerloosheid was, maar te zien is in een ruimer kader van weerloosheid, en dienovereenkomstig de voogdij ad hoc noodzakelijk terugwijst op een met die weerloosheid corresponderende toestand van grooter onzelfstandigheid. v. Iterson heeft het instituut van de voogdij ad hoc in lengte en breedte helder doorlicht en heeft daarbij aangetoond dat de ontwikkeling van vaste voogdij tot ambulante voogdij ad hoc zeer vroeg zijn beslag heeft gekregen. De conclusie echter dat er geen sporen zijn welke wijzen op een algemeene vaste voogdij over de meerderjarige ongetrouwde vrouw schijnt ons t.a.v. het permanent karakter althans al te radicaal.

Ter verklaring van de processuele voogdij zegt v. Iterson: „De originaire gedachte, welke heeft voorgezeten, is: de vrouw kan niet verschijnen in de volksvergadering.”<sup>27)</sup> Met het mundium vond deze uitsluiting van de volksvergadering, waar de mannen gewapend verschenen, zijn grond in de weerloosheid van de vrouw. Dat deze gedachte nog nadat, gezien de maatschappelijke omstandigheden, die weerloosheid reeds lang was verdwenen zich zoo sterk handhaafde, zich ontwikkelde tot de opvatting dat de vrouw van alle publieke leven was uitgesloten, om aldus de grondslag voor het zelfstandig voortbestaan van de processuele voogdij te vormen, zal wel mede het gevolg geweest zijn van de reeds gemelde opvattingen van de Kerk.

Hieruit volgt dat de voogdij ad hoc en wellicht ook reeds het opportunistisch optreden van den vasten voogd niet zuiver meer beoogde bescherming van de vrouw, is tevens verklaard hoe die voogdij ad hoc zoo snel ontaarden kon in een bloote formaliteit: een procesvorm berustend op anachronistische motieven. De naam voogdij klomk weldra voor dit instituut misplaatst, met de toevoeging ad hoc als paradox.

In aansluiting aan § 2 kunnen we de ontwikkelingsgang van de rechtspositie van de ongehuwde vrouw in 't kort als volgt weergeven: In verband onder meer met de veranderde organisatie van de samenleving sleet de beschermings-gedachte nagenoeg uit. Hoe dit precies doorwerkte op de rechtspositie der vrouw is niet na te gaan, echter mogen we aannemen dat de bescherming langzamerhand beperkt werd tot bepaalde handelingen, dat het optreden bij die bepaalde handelingen steeds meer op de voorgrond kwam te staan, zoodat tenslotte de vaste voogdij geheel werd losgelaten en optrad een voogd die telkens voor een speciale handeling werd gekozen en aangesteld, een en ander zelfs na 't geheel verdwijnen van de beschermingsgedachte, omdat andere factoren

27) T. v. R. XV bl. 387.

bewerkten dat de verplichte processuele vertegenwoordiging gehandhaafd bleef. Doch ook deze ging verdwijnen, eerst voor optreden in voluntaire jurisdictie, dan ook voor optreden in contentieuze jurisdictie.

§ 18.

Voor de verdere ontwikkeling van de rechtspositie van de getrouwde vrouw verwijzen we in 't algemeen naar Fockema Andreae, Invloed van het huwelijk op den staat der echtgenooten (Bijdr. II). Enkele opmerkingen moeten echter gemaakt en speciaal zullen we onze aandacht nog bepalen bij de rechten die de man had ten aanzien van de privé-goederen der vrouw, speciaal recht van beheer, en bij de omstandigheid dat de getrouwde vrouw voor handelingen van beschikking en zich verbinden als regel toestemming van den man behoefde.

Huwelijk en mundium werden onafscheidelijk verknocht, zeiden we, zooals van Apeldoorn uitdrukt: „sindsdien koos dus de vrouw zich niet alleen zelf een man, maar in hem tegelijk een voogd.”<sup>28)</sup> Door deze nauwe verbondenheid ging het mundium van inhoud veranderen, aanvankelijk nog van zelfstandige beteekenis werd het weldra gesteld in dienst van het huwelijk. Fockema Andreae komt herhaaldelijk tot de conclusie en ook zijn eindconclusie luidt aldus, dat de gehuwde vrouw overal stond onder voogdij van haar man. Inderdaad spreken de bronnen zich herhaaldelijk hierover aldus uit. Deze terminologie suggereert het vooroordeel dat de gezagsverhouding waarin de gehuwde vrouw zich bevond identiek was aan de gezagsverhouding waarin weleer de vrouw zich bevond, waarin ook de minderjarige zich bevond het oude mundium, waarbij het belang van de onzelfstandige de ratio uitmaakte. We lezen b.v.: Een man is voocht ende momboir van zijn huysvrouwe...<sup>29)</sup> Dergelijke op het oog ondubbelzinnige uitingen vinden we telkens. We kennen het begrip voogdij, welnu ons oordeel over de rechtspositie van de gehuwde vrouw is gereed. Echter herinneren we ons de ongehuwde vrouw. Slechts belemmerd door de voogdij ad hoc, die verwijderd van het eigenlijk voogdij-begrip tot proces-formalisme vergroeide, trad zij reeds zeer vroeg met groote zelfstandigheid in het rechtsleven op. Vergelijken we hiermee de juridische onzelfstandigheid, waarin de gehuwde vrouw haar dagen sleet, haar „voogdij”, die inderdaad zooals we zien zullen, vergaande beperkingen meebracht, dan moet de conclusie luiden, dat met betrekking tot de rechtspositie der gehuwde vrouw een haar in 't bijzonder geldende factor in het spel was. We zagen reeds welke. Juist toen de omstandigheden gunstig gingen worden voor emancipatie poneerde de Kerk zijn fatale gevolgtrekkingen. Fataal ongetwijfeld voor de eman-

28) v. Apeldoorn, Huwelijksrecht bl. 25.

29) Cost. Vlissingen 1641.



icipatie der ongehuwde vrouw, fataal in 't bijzonder voor een zelfstandige positie der gehuwde vrouw. Ten aanzien van haar speciaal kon de geleerde ongelijkheid tusschen man en vrouw op zeer sprekende wijze tot uitdrukking komen. Juist in het huwelijk kreeg deze ongelijkheid bijzondere beteekenis. Weet, dat het huwelijk is een samenlevingsvorm, waarin „de evendrachtigheid gemeinlijk tweedracht maekt”<sup>30)</sup> en weet, dat niet gij, vrouw, de oppermacht zult hebben, maar Uw man. Dit was wel de meest radicale consequentie die bedoelde zienswijz van de Kerk met zich bracht: de achterstelling van de vrouw in het huwelijk. De man zou de oppermacht hebben, hij het oordeel in beider belang, opdat de eenheid niet verstoord zou worden.

Een gezagsverhouding krachtens huwelijk dus, ex matrimonio. Slechts in aansluiting op de bestaande opvattingen omtrent de onzelfstandige positie der vrouw, slechts in aansluiting op het bestaande mundium konden de nieuwe opvattingen zoo verstrekkende gevolgen hebben. Slechts als voortzetting van de oude onzelfstandigheid was de nieuwe onzelfstandigheid mogelijk: bestendiging van de vroegere, maar in die bestendiging juist nieuw omdat de grondslag een andere werd. Gezags-elementen ex mundio en gezags-elementen ex matrimonio bouwden tesamen de gezagsverhouding, die gedurende een lange reeks van eeuwen de vrouw zou brengen onder de scepter van den man. Weliswaar gesproten uit tweeërlei grondslag was deze gezagsverhouding niettemin één gezagsverhouding, waarin echter elementen waren te onderscheiden berustend op tweeërlei gedachte: bescherming van de vrouw ex mundio en huismacht van den man ex matrimonio, met sterk, tenslotte uitsluitend accent op de laatste, dat was de voogdij waarvan de bronnen spreken.

Huismacht, d.w.z. de macht die noodzakelijk competeert aan het hoofd van de samenleving, de macht die die positie als hoofd verzekert, de macht die bijzonder tot uitdrukking komt als het samenlevingsbelang, het gezinsbelang, het gemeenschappelijk belang behartigd dient te worden. De ratio van dit gezags-element was niet direct het belang van de vrouw, die ratio was het belang van den man, „de hoogheid en agtbaarheid van den man”<sup>31)</sup>, hij, solus societatis magister<sup>32)</sup>. Voet zegt: *Illicitum ante omnia censeri debet pactum, quo id agitur, ut maritus in uxoris suae potestate sit: quippe quo et jus naturae et constitutus jure divino imperandi ac parendi ordo in totum evertitur, ac debita marito reverentia pessum it . . .*<sup>33)</sup>. Steeds nog hield men vastgeklemd de *constitutus jure divino imperandi ac parendi ordo*, en de voor den man niet onplezierige consequentie, de *debita marito reverentia*, werd angstvallig tegen tenondergaan beschermd.

30) Huber, H.R. 1.9.11.

31) Aanl. t. d. Gron. Rechtsk. 1.8.5.

32) Wijnants Dec. Brabant. CXLIII. 7.

33) Comm. ad Pand. XXIII. IV. 20.

## § 19.

Niet alleen bij eclatante samenloop van belangen in een gemeenschap van goederen had de man bevoegdheden en was de vrouw dienovereenkomstig beperkt, ook t.a.v. buiten de gemeenschap gehouden goederen van de vrouw bestonden soortgelijke bevoegdheden en bestond soortgelijke beperking; daar, waar het oogenschijnlijk slechts betrof privé-belangen van de vrouw was zij toch onzelfstandig. Hier is de herinnering aan het vroeger mundium wel zeer sterk. De man beheerde de eigen goederen der vrouw, mocht over haar roerende goederen beschikken, ja soms zelfs over haar onroerende. De vrouw miste het beheer en kon zich slechts verbinden en over haar goederen beschikken met toestemming van den man. Hoe waren die bevoegdheden van den man en hoe was die onzelfstandigheid van de vrouw te verklaren? Hoe was de onderlinge verhouding tusschen beide?, speciaal: berustten beide op eenzelfde grondslag, gericht op eenzelfde doel, of op verschillende grondslag, in dienst van verschillend doel, los van elkaar?

Was hier inderdaad herinnering aan het vroeger mundium, onzelfstandigheid tengevolge van bescherming? Niet onmogelijk toch was, dat deze beschermingsgedachte t.a.v. de getrouwde vrouw speciaal was blijven voortbestaan, juist binnen het kader van het huwelijk, waar dit mogelijk was onder steun van de gezagsverhouding, die het huwelijk ex se meebracht. Of had deze onzelfstandigheid t.a.v. eigen belangen een nieuwe grondslag gekregen binnen huwelijk? Of lag de waarheid soms in het midden, was hier weliswaar sprake van bescherming, maar was het optreden als beschermer voor den man een geschikte manifestatie van macht, maar ook niet meer dan dat? Laten we zien welke indruk de bronnen zelf wekken.

## § 20.

Friesche Cost. van 1542 art. 4 melden <sup>34)</sup>: Item, dat die mannen hier te Lande, huer dragende als Voechden van huer wyven goeden, ende dat sonder enige distinctie, ofte die selue goeden syn dotalia oft paraphernalia bona, — hetgeen in de herziene Cost. van 1602 1.2.1. aldus luidt <sup>35)</sup>: de Mannen hier te Lande haer draeghende als Voochden van haer wyven, hebben die administratie van der Wyven goederen, ende dat zonder eenighe distinctie, off deselve goederen zyn Dotalia ofte Paraphernalia.

Onmiddellijk volgt daarop art. 2: Doch de wyven, die met haren Mannen openbare neeringhe ende comenschap doen, sullen wel moghen handelen in saken, de voorschreven neringhe ende comenschap betreffende, ende van ghelycken alle Vrouwen van 't gheene de huysholdinghe aengaet.

34) Ch. v. F. II bl. 840.

35) Ch. v. F. IV bl. 1141.

Overeenstemmende bepalingen bevatten de Stat. van 1723. Dat de man deze administratie had blijkt ten overvloede uit art. 4 dezer Stat.: Een minderjaarg Man veniam aetatis verkregen hebbende, bekomt daar door de Administratie van zyn Vrouwen Goederen<sup>36)</sup>.

Uit het verband tusschen de artt. 1 en 2 is tweërlei af te leiden. Allereerst dat hetgeen art. 2 bij wijze van uitzondering toelaat volgens de redactie is te beschouwen als een verzachting van de voorgaande regel, dat daardoor de in art. 2 geïmpliceerde regel dat de vrouw niet mag „handelen” in andere „saken” zoo niet vereenzelvigd wordt met het missen van administratie, dan toch geheel op een lijn daarmee gesteld, als uitvloeisel van eenzelfde beginsel. Vervolgens dat, aangezien zoowel het „handelen in saken de neringhe ende comenschap betreffende” als „van 't gheene de huysholdinghe aengaet” neerkomt op handelen in het gezamenlijk belang der echtgenooten, de in art. 2 geïmpliceerde regel allereerst aldus is op te vatten dat de vrouw in andere saken *het gezamenlijk belang betreffende* niet mag handelen. Zuiver uitdrukking van het beginsel dat de man het hoofd is van de samenleving. Maar in verband met onze eerste conclusie ligt het voor den hand dan ook het hebben van Administratie over het privé-goed van de vrouw te zien als uitvloeisel van ditzelfde beginsel en niet van eenige beschermings-gedachte.

v. d. Sande Des. Fris. II.IV.II zegt: *Maritus jure Frisico ... ut Curator uxoris suae habet administrationem omnium bonorum mulieris ...* en later: *Cum mulier Frisica sit sub cura, et quodammodo sub potestate viri, sequens est, nisi vir consenserit, eam res suas administrare, atque ita vendere, emere, locare, conducere, permutare, pignori dare, alienare, et nullo modo se obligare posse.* Ook al heeft de man het beheer, toch mag de vrouw met zijn toestemming ook zelf beheeren, deze toestemming om zelf te beheeren wordt geheel gelijkgesteld met toestemming tot handelingen van beschikking of zich verbinden. Missen van beheer en behoeven van toestemming berustten op denzelfden grondslag.

Gelijke indruk wekt Huber H. R. 1.10.5: ... dese voogdij ziet op de regeeringe van het huis ende by-woninge der echtelieden, — en volgt onmiddellijk: 't Is dan soo, dat een getrouwde Vrouw, sonder den Man haer niet mag verbinden nog yets vervremden ... Eén motiveering, meer niet.

Overigens heerschte over deze motiveering weinig eensgezindheid: *At obscurae indaginis est, quā ratione haec consuetudo sit introducta, utrum mulieris caussā, ut scilicet infirmitati succurratur, an vero ut mariti commodis consulatur, vel quae alia ejus sit ratio? De qua questione varia sunt Doctorum judicia ...*<sup>37)</sup>. Na de fragilitas sexus en imbecillitas ingenii bestreden te hebben,

36) id. Huber H.R. 1.5.10.

37) v. d. Sande Dec. Fris. II. IV, III.

alioquin et innuptas, quae nuptis non sunt sagaciores, sub cura esse voluissent, laat v. d. Sande volgen wat hij ziet als grondslag: . . . voluerunt uxorem viro esse obnoxiam et subjectam, *juxta legem illam divinam* . . . met beroep op de bekende Bijbel-plaatsen.

In denzelfden trant Huber H.R. 1.10.7: Dit recht is niet soo seer ten aenzien van de swakheyt des vrouwelijken geslachten ingestelt (want dan moesten de ongetroude vrouwen ook voogden hebben) maar het is een recht en voordeel van de mannelijke achtbaerheyt<sup>38</sup>). Deswegen de Man, gelyk gezegt is, ook geen inventaris maekt, nog reekeninge doet<sup>39</sup>).

Het gaat om het recht van den man. Zijn „achtbaerheyt” blijkt de eenige ratio. Dit wil niet zeggen dat het belang van de vrouw geen enkele rol speelde. Dit deed het wel, echter niet als ratio van de bevoegdheid van den man, maar als inperking van zijn recht. Huber laat dan ook volgen: hoewel hy de Vrouw geen bescheidt van haer ingebracht goed soude konnen weygeren, om in het scheiden van winst en verlies naderhant te dienen. Ook v. d. Sande moge nog even het woord: *Administrat autem maritus, quando excolit vel locat fundos, domos, pecuniam faenori exponit, nomina exigit, actiones exercet vel suscipit, et caetera omnia facit, quae quilibet bonus paterfam. in rebus suis faceret*. Vervreemden mag hij niet: *Excedit enim alienatio jus et terminos administrationis* . . .<sup>40</sup>).

Ook kon de vrouw tegen een „lastig contract” protesteeren, wel te weten, wanneer als des Mans doen te buiten gaet de plicht van een goetd voogdt en huisvader; *want anders de Vrouw geenszins bevoegd is, om den Man in zijn voogdije te stooren*<sup>41</sup>).

Alles wijst in dezelfde richting: er was één grondslag voor de bevoegdheden van den man t.a.v. de privé-goederen van de vrouw, en dat was dezelfde grondslag als voor zijn bevoegdheden t.a.v. gemeenschappelijke goederen, n.l. dat hij was het hoofd van de huwelijkssamenleving. Zijn recht op „voogdij” stond voorop, het belang van de vrouw speelde slechts een tweede rol.

Voortleven van de beschermingsgedachte dient dus verworpen te worden. Moeilijk is echter uit te maken of het belang van den man enkel bestond in een geschikte manifestatie van macht, dan wel of er inderdaad een meer positieve grondslag bestond, n.l. deze, dat de man als hoofd van de samenleving in het onderhoud moest voorzien, dat hij daartoe de inkomsten uit de goederen van de vrouw tot zijn beschikking zag, immers die inkomsten vielen vrijwel steeds in een gemeenschap. Om nu deze inkomsten onder

38) vgl. ook Huber H.R. 1.9.10 en 11.

39) idem v. d. Sande Dec. Fris. II. IV. I.

40) In overeenstemming met Stat. 1723 art. 3 alleen vervreemding van onroerend goed. Vervreemding van roerend goed werd wel onder de administratie begrepen: . . ., want onder het bestier ende gezag van den Man, behoort ook de verkoping van roerlijke goederen, die de Man vermag te doen, . . . (Huber H.R. 1.10.32 en 36).

41) Huber H.R. 1.10.44 e.v.

zijn contrôle te houden diende de man het beheer te hebben over de privé-goederen van de vrouw en diende de vrouw in haar beschikkingsbevoegdheid over die goederen beperkt te zijn. Het recht van den man als hoofd was dan het recht om de inkomsten uit het privé-goed van de vrouw in het belang van het gezin aan te wenden en daartoe was noodig eenheid in beheer en, voorzover met het privé-belang der vrouw als eigenaresse te strooken was, ook eenheid in beschikking. Vermoedelijk gingen beide gedachten samen.

Hoe dit ook zij, onze conclusie kunnen we trekken. Indien zoowel het recht van beheer als het geven van machtiging berustten op eenzelfde grondslag, beide gericht op eenzelfde doel, indien bij beide het belang van den man en niet dat van de vrouw praevaleerde, indien nog bij de een noch bij de ander sprake was van bescherming, dan was, voorgeval de vrouw bij huwelijksvoorwaarden het beheer geheel aan den man onttrokken had, geen plaats meer voor toestemming van den man bij het zelf-voeren van beheer door de vrouw. De eenmaal onttrokken oppermacht kon de man niet meer doen gelden.

Dit is geheel in overeenstemming met de voorstelling van zaken die Huber geeft. Eerst zegt hij (H. R. 1.10.12): Tusschen den Man ende Vrouw soude ook wel mogen een verdrach gemaekt worden, het zy voor of geduurende echte, gelijk beides wel geschiedt, dat de Vrouw het bewint over haer eigen goederen zal hebben; — en in aansluiting daaraan bij de oorzaken waardoor de voogdij ophoudt: Ten derden, houdt het op door accoort, gelijk mede te vooren gezegt is; het zy de Vrouw bedingt, om alle hare goederen selve te mogen regeren of eenige der selver,... Dan volgt: Maer ingevalle van sulc een accoort is nochtans veiliger voor de gene, die met de Vrouwe handelen, dat hare verbintenissen ende vervreemdingen geschieden, ten overstaen ende met goed-keuringe van den Man, soo verre geen scheidinge van bedt en tafel wettelijk is geschiedt. — Veiliger voor derden, echter niet noodig. Voor derden was de vraag of de vrouw het bewind had, of de voogdij was geëindigd. Bij scheiding van bed en tafel ongetwijfeld, echter hoe zouden derden het buitengerechtelijk „accoort” kennen? Daarom veiliger als de man zijn toestemming gaf: ook al was er geen accoort, toch was de zaak dan gezond.

### § 21.

Het recht van de stad Groningen luidde in de Ordonnantie van 1689 art. 42 als volgt<sup>42)</sup>: Het Houwlijk wettelijk zijnde voltrokken, wordt de Vrouwe gestelt onder de Voogdye van haer Man, om voor haer in 't Gerichte te compareren, haer ende haere Goederen nae reden en billikheydt te regeeren ende administreren: Doch wanneer een gedeelte, of alle des Mans of Vrouwen Goe-

42) Corpus der Gron. Rechten 14.

deren door eenige misdaat werden verbeurt, blijven des onschuldigen Goederen dieswegen onbelast.

Het is niet zeker wat met „haere Goederen” is bedoeld.<sup>43)</sup> Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat bedoeld zijn de goederen die de vrouw voor het huwelijk bezat, die zij aanbracht dus, onverschillig of die goederen gemeen werden dan wel privé bleven. Als argument is echter slechts aan te voeren dat, waar in de stad Groningen gemeenschap van alle goederen regel was, het wonderlijk zou zijn indien slechts gesproken zou worden over privé-goederen en niet over gemeene goederen. Verder spreekt dit artikel over den aanvang van de voogdij: de vrouw komt met haar goederen onder de voogdij van den man. Hoe dit zij, het artikel betrof ongetwijfeld ook goederen die de vrouw buiten gemeenschap had gehouden.

Als inperking van de bevoegdheid van den man volgt art. 43: De Man nochtans mach sijns Echten Vrouwen onreppelijke Goederen buyten desselfs vrijwilligh consent niet verkoopen, verwisselen, veranderen ofte beswaeren.

Deze artikelen, welke voorop stellen wat de man mag en niet mag, wijzen erop dat de voogdij een récht van den man was, dat ook hier het belang van de vrouw niet voorop stond, ook hier slechts de rol speelde van inperking van het recht van den man. Te duidelijker wordt dit indien onze veronderstelling van zoeven juist is dat hier zoowel gemeen-goed als privé-goed van de vrouw bedoeld werd, beide zonder onderscheid op gelijke wijze aan den man onderworpen.

Art. 44 van de Ordonnantie: Desgelijks sal de Vrouwe niet moogen haer eygen vaste Goederen nochte Echte mans vaste Goederen verkoopen, verwisselen, veranderen of beswaeren buyten vrywilligh consent van haer Eheman, past hier geheel bij. Werd er alleen gesproken over de „eygen vaste Goederen” dan konden we ons voorstellen dat hier herinnering was aan de bescherming in mundium, dat het belang van de vrouw hierachter stond. Nu echter in een adem genoemd worden de „Echte mans vaste Goederen” is dit niet vol te houden, maar moeten we ook hier aannemen een regeling van bevoegdheid, van macht. De man oordeelt of bedoelde handelingen zullen plaats hebben, zoowel t. a. v. eigen goed als t. a. v. goed der vrouw; dat de vrouw consent noodig had was keerzijde van de macht van den man.<sup>44)</sup>

Een en ander wordt duidelijk uitgesproken in Laman's Aanleiding tot de eerste beginselen der Groninger rechtskennis 1.8. Op de vraag: Wat magt bekomt de man over de vrouw na het voltrokken houlik? luidt het antwoord: Als het houlik voltrokken is, wordt de vrouw gestelt onder de voogdye van de man, welk haar ende haar goed na billikheid regeert. „Wat macht bekomt de man”, niet: Hoe zal voortaan het belang van de vrouw be-

43) vgl. Fockema Andr. Bijdr. II bl. 80 sub 6.

44) vgl. (Laman) Aanleiding 1. 8. 3<sup>o</sup> vr.

scherm'd worden. Zoo ook 1. c. § 1.: ... gelijk het volgende woordt „administreeren” opsigt hebbende op het regt en de magt des mans omtrent de goederen van de vrouw, ... Niet alles kunnen we hier aanhalen. De geheele afd. „Bedenking over de voogdye, en administratie des Mans” is lezenswaard. Slechts een enkel citaat zij ons nog vergund: ... hoewel nu in onze wetten alleen staat, dat de vrouw wordt gestelt onder de voogdye van den man, ende dat deselve haare goederen sal administreren, men egter daar uit niet besluiten moet, dat de man geen meerder magt heeft over de goederen van syne vrouw als die, welke een voormond heeft over 't goede van syn pupille, ..., maar de magt des mans is veel meer, ende veel van d' andere verschillende, want de man behoeft niet beëdigt te worden, en geen inventaris van 't vrouwen goed op te maaken, noch ook reekening ende oplossing van syn' administratie te doen: waar by komt, dat de magt, an de voorstanders gegeven, alleen gegeven is in opsigt ende tot dienst van d' onmondige, *maar de magt des mans heeft haar opsigt tot de hoogheid en agtbaarheid van den man*, want, als eene vrouw, staande houlik, eene verbintenis heeft ingegaan, ofte voor eenig geld haar goed verpandet, die handeling kan de man vernietigen, ende die verpanding kan hem niet nadeelig syn, *maar egter blyft de vrouw altoos verbonden*. Een klaar bewys; dat de wetgever heeft gezien in dese voogdye op het gesag des mans, ende niet op het voordeel van de vrouw, ... 45).

Bijzonder sprekend is ook § 17: nogtans is de vrouw verbonden, wanner de man sotte en nadeelige contracten van verhuuringe of andere ingaat, dewyl de bodem sou wesen ingeslagen an de magt van de man, soo sulx an het oordeel ende de willekeur van de vrouw soude onderworpen wesen: ...: moettende de vrouw het an sich selve wyten, dat een man gekozen heeft, welk sulke quaade of sotte seden en gedrag hadde, ... In cauda venenum erat.

Echter ook hier werd het belang der vrouw niet geheel geabsorbeerd: „by aldien de verquistheid van de man al te buitenspoorig wordt” kon hem de administratie verboden worden, werd hij stadskind gemaakt.

Deze rijkelyk lange citaten mogen gerechtvaardigd worden door de ondubbelzinnige wijze waarop ze uitdrukking geven aan de toenmalige opvattingen omtrent de voogdij van den man 46).

Ook hier moet onze conclusie luiden: beheer en machtiging waren beide uitdrukking van eenzelfde beginsel, de onderlinge verhouding was dezelfde als in Friesland.

45) 1.c. § 5; vgl. ook § 20.

46) Dat men de infirmitas sexus niet geheel losliet blijkt o.a. uit 1.c. § 18: ... dat de vrouwelijke sexe, meestendeel soo scherp niet synde van oordeel, niet siende een tegenwoordig gevaar of schaade ende niet merkende, of voor uitziende het quaad gevolg, ... welke reden ten eenemaal cesseert ende ophoud, wanneer de man uitdrukkelik in die borgtogt toestemt ... Echter zooals reeds meermalen opgemerkt klinkt deze verklaring, die voor gehuwde vrouwen speciaal zou gelden, zeer onwaarschijnlijk en is o.i. te beschouwen als een gelegenhedsmotiveering.

## § 22.

In Drente had de man beheer over het goed van de vrouw en had de vrouw voor vervreemding consent van den man noodig.<sup>47)</sup> Dat ook hier tusschen beheer en machtiging nauw verband bestond blijkt uit een ook door Fockema Andreae geciteerd ordel van 1451<sup>48)</sup>: Soe is gewijst tusschen Marten Willemszoon ende sijnen wijue Aleidt, dat Mertenn sijne wijffs mombaer wesen sol, ende sol oer beider goet machtich wesenn, ende wat goeden dat Aleidt verkoft heuet buiten Martens consent, de coep soll van geenre weerdenn wesen.

De man was als voogd „beider goet machtich”, wat allereerst beheer zal omvat hebben, en, gelijk blijkt, tevens insloot dat de vrouw niet zonder zijn consent mocht verkoopen: beheer en machtiging beide op denzelfden grondslag. Welke grondslag, blijkt uit de veelzeggende omstandigheid dat de man als voogd oer beider goet machtig was, dat dus niet alleen gesproken wordt van privé-goed van de vrouw. Met voogd werd dus bedoeld hoofd van de samenleving.

Dat dit recht van den man als hoofd praevaleerde wordt bevestigd door een ordel van 1517<sup>49)</sup> blijkens welke de vrouw pas in uiterste nood dit recht aan den man kon laten onttrekken: Item Aleidt Bronninger met hoeren ffrunden gekohmen mit een ordeel ende beclaicht hoeren man, dat hie haer ende der kinder goet verdrinckt ende in dronckenschap mit gecken coepslaegen thoebrenget, begheert dat men hem daerumme unnmundich maecte, . . . .<sup>50)</sup>.

## § 23.

In Overijssel bevond de vrouw zich wel degelijk in de voogdij van den man: . . . Nochtans sal die Man als Mombaer over sijne huysvrouwe haere goederen ende saecken, so in als buyten rechte, sonder procuratie daer toe te hebben, verrichten moghen<sup>51)</sup>, maar ook hier bleek die voogdij allerminst zijn rechtvaardiging te vinden in het belang van de vrouw. Zoowel voor de vrouw als ook voor den man gold bij zekere beschikkingshandelingen eenzelfde beperking: Gene Echteluyden, . . . , sullen haer huysen, erven, ofte hypothequeerende renten mogen vercopen, beswaren, ofte eenig-

47) Zie Fock. Andr. Bijdr. II bl. 13 e.v.

48) Ordelboek bl. 42.

49) Ordelboek bl. 195.

50) Waarschijnlijk is hier gemeenschapsgoed bedoeld. Vgl. Fock. Andr. Bijdr. II bl. 84 e.v. over het gezamendehandsch karakter van de gemeenschap bij beërfd huwelijk. Maar waarom zou hetzelfde niet gegolden hebben als het betrof privé-goed van de vrouw? Recht van den man t.a.v. gemeen-goed en recht t.a.v. privé-goed werd niet onderscheiden.

Men vgl. nog Pelinck bl. 53: De voogdij over de getrouwde vrouw berust dan ook niet op het oude beginsel van zwakheid, maar op de overweging dat één het hoofd moet zijn en de gemeenschap vertegenwoordigen.

51) Landr. 1.2.16, Deventer 1642 2.11.12.



sins weerloos worden, dan by gemeene gerichtelicke bewillinge en consent...<sup>52)</sup>. Niet werd onderscheiden tusschen gemeen- en privé-goed. Behoefde de vrouw consent, dan was dit geenszins tot haar bescherming, neen, weer is er sprake van regeling van bevoegdheid, regeling van macht.

Opvallend is dat bij de beperkingen die voor de vrouw uit de voogdij voortvloeiden steeds de cardinale vraag was of de man door haar handelingen gebonden werd, alsof de voogdij zich dus uitputte in beperking t.a.v. handelingen voor het gemeenschappelĳk belang, m.a.w. was te vereenzelvigen met de den man competeerende huismacht. Zoo Stadrecht Deventer 1642 3.2.9: Een vrouwe sal sonder weten hares mans geen handelinge drijven, of eenige verbintlicke schult maken, uytgesondert dat vrouwen op haren naam coophandel drijvende, in alle saken, haren coophandel aengaende, *hare mannen mede mogen verbinden*, ende alle goederen van hare neeringe verkopen...<sup>53)</sup>. Fockema Andreae neemt dan ook aan dat de vrouw zelf wel verbonden werd<sup>54)</sup>.

Dan moeten we nog wijzen op Stadrecht Deventer 1642 3.2.8: door bevestiging des houwelix wert de man gehouden voor voogt of Momber sijner huysvrouwen, om voor haer in recht te spreken, alle haere rechtsaken ende schulden te vorderen, hare goederen te bedienen, over alle roerende goederen te kopen ende verkopen — dit alles zou kunnen wijzen op het traditioneel voogdijbegrip, echter onmiddellĳk volgt dan: also dat de vrouwe nae des mans doot voor de halve schult, door den man gemaakt, moge aengesproken worden, ten ware by houwelix-voorwaarden over de bedieninge der goederen anders ware bedongen, ofte dat door quade bedieninge der goederen by Schepenen ende Raet den Vrouwen boedel-scheydinge ware toegestaen, nae welcke Boedelscheydinge de Vrouwe door des mans handel geenssins sal wesen verbonden. — Dat de vrouw voor de helft der schulden door den man aangegaan gebonden is, is typisch uitvloeisel van de positie van den man als hoofd van de samenleving, en een van beiden: óf het art. spreekt alleen van gemeene goederen<sup>55)</sup>, maar dan blijkt ook hier voogdij geheel samen te vallen met huismacht, óf bedoeld zijn ook privé-goederen der vrouw, in welk geval de rechten van den man t.a.v. die goederen en de rechten die hij had als hoofd van de samenleving zonder onderscheid naar grondslag op gelĳke wijze werden geregeld. Maar dan mogen we ook hier aannemen één ongebroken „voogdij” als grondslag van al de bevoegdheden die de man had, zoowel t.a.v. gemeenschappelĳke goederen als t.a.v. privé-goederen der vrouw.

52) Landr. 1630 2.2.4, Deventer 1642 3.2.10, Steenwijk 2.44, Zwolle I Aanb. 30, id. II. 216 en 217, id. III.10.12 en 14.

53) idem Landr. 1630 2.2.5.

54) Bijdr. II bl. 19.

55) Met „hare goederen” kan dan bedoeld zijn óf de door haar aangebrachte en in de gemeenschap gevallen goederen óf haar aandeel in de gemeenschap.

## § 24.

Niet twijfelachtig is het karakter van de voogdij volgens Geldersch recht. Steeds culmineerde de onzelfstandigheid der vrouw daarin, dat zij den man niet kon binden: Vort, wert dat enich vrouwenname, dien geyn witlyc copwyf en were, scult makede buten oren man, dat die man des wives scult niet gelden en sal, hine willet doen . . . , en tal van soortgelijke regels waarin steeds het accent gelegd wordt op de omstandigheid dat de man niet gebonden wordt<sup>56</sup>).

Op treffende wijze blijkt het karakter van de ongelijkheid tusschen man en vrouw uit het Geref. Stadt-Recht Zutphen artt. 8 en 9: Insgelijks kan een Vrouwe buyten haaren Man geen schulden maken, die hij gehouden is te betalen, ten zy die zelve een Coopwyf ware; Ende daar een Vrouwe, geen Coopwyf synde, eenige schulden hadde gemaakt voor Schepenen, die haar Man niet wilde betalen, daar voor sal men die Vrouwe mogen gevankelyk doen setten, ende met die selve in sulker maniere voortvaren, of sy gebreukt hadde; — en daartegenover art. 9: Maar indien een Man buyten syn vrouwe schuld maakt, of voor Schepenen looft, die sal na des Mans dood syn Vrouwe ende Erfgenamen moeten betaalen.

De man kon de vrouw wel verbinden, maar de vrouw niet den man. Een regeling dus van macht om schulden aan te gaan in het gezamenlijk belang. Van eenige beschermings-gedachte was geen sprake: zelf werd de vrouw wel gebonden, zij het ook, voor den duur van het huwelijk althans, niet met haar vermogen<sup>57</sup>).

Fockema Andreae acht het soms dubieus of de vrouw zelf werd gebonden. Zoo b.v. op grond van Ryck v. Nym. 1765 14.7: De Vrouwe daer-en-tegens kan geen Schulden maecken sonder de Man, oock kan de Vrouw sonder de Man *haer selfs* niet verbinden by eenige contracten of schult-bekentenissen. — Op grond van de geursiveerde woorden aan te nemen dat de vrouw ook zich zelf niet verbinden kon lijkt ons ongemotiveerd. Het accent ligt niet op de woorden „haer selfs”, maar op de slotwoorden van de regel.

Voogdij ging in Gelderland geheel op in huismacht, getuige nog het zeer sprekende Harderwyck 1734 3.1.3: Alsoo een vrouw staat onder de Voogdye van haeren Man, soo en mag sy buyten haaren Man geen schulden maacken, die hy gehouden sou syn te betaalen . . . — Kan duidelijker gezegd worden waarop deze voogdij doelde?

Als keerzijde van 's mans voogdij noemen Cost. Tyel 1660 art. 4: Daer en tegen en vermach de Vrouwe ghene Contracten,

56) Zutphen Kondichb. 1356 § 96, id. latere bep. § 2, Tyel 1660 1.5.16 en 18, Ryck v. Nym. 1686 en 1765 14.7, Thielre- en Bomm. Weerden 1721 21.5, Zalt-Bommel 1722 9.7, Harderwyck 1734 3.1.3, Zutphen 1742 8, Culemborg 1746 13.

57) vgl. Fock. Andr. Bijdr. II bl. 23 e.v.

bekentenissen noch verbintenissen aengaen noch in rechten ageren of defenderen, *noch hare eygene noch ghemeyne goederen administreren*, sonder expresse wil ende consent van den man ...<sup>58)</sup>. Geen onderscheid wordt gemaakt tusschen consent tot aangaan van contracten, tot beheer van gemeene goederen, tot beheer van eigen goederen. Alle geheel gelijksoortige uitingen van eenzelfde voogdij, d.i. de macht van den man.

§ 25.

De voornaamste beperking die in Utrecht uit de voogdij voortvloeide was dat de vrouw door haar handelingen buiten consent van den man dezen laatsten niet binden kon. Dat deze gedachte voorop stond blijkt o.a. uit Amersfoort 1544 82.4: Item dat staande huwelijcke gheen wijff buyten consent van haere man eenige sculden sal mogen maecken, zy en waere een openbaer coopwijff, in welcken gefalle zy schulden sal mogen maecken *ende hun gemeen guederen verbinden* in saecken, hare comanscap aengaende<sup>59)</sup>.

Dat er geen sprake was van eenige bescherming van de vrouw, maar enkel van een regeling van bevoegdheid om voor het gemeenschappelijk belang op te treden wordt buiten elke twijfel gesteld door Wijk bij Duurstede 1598 19.6: Item off een wijff eenige schulden maecten buyten consent van haeren man, haer coopmanschap niet aengaende, ofte dat de schult niet gekeert en ware tot *haer beyder* profyete, daervan en sal men geen recht doen, soo lange die man ende het wijff leeft; *maer na de doot van een van hun beyden mach men die schult verhaelen op het wijff ofte op haer erfgenaemen respectivelijck*<sup>60)</sup>.

De „onbekwaamheid” van de vrouw reikte niet verder dan het huwelijksbelang vergde, voogdij en huismacht waren geheel te vereenzelvigen.

§ 26.

Een van de oudst bekende regels betreffende de rechtspositie van de getrouwde vrouw in Holland bevat een Handvest Delft 1246 art. 45<sup>61)</sup>: Poorter, die een wyff heeft, die te backen off te brouwen is ghewoene, die mach een backelicx broots verliesen, ende alzoen een brouwelick biers, ende daer jegens en mach haer man gheen achinghe hebben, in dier maniere, is dat zaeke dat eenich Poorterswyff is, de ghewoene is te coepen off te vercoepen wolle gaern off linne, die mach een wechte, datmen heet een steen verliesen, maer is dat saeke, dat eenich Poorters wyff is,

58) vgl. ook Culemborg 1746? 3.13.

59) vgl. ook Wijk bij Duurstede 1598 19.5.

60) vgl. Fock. Andr. Bijdr. II bl. 27 en daar vermelde vindplaatsen, speciaal Scepenr. Utrecht 1532 11.2, v. d. Water III bl. 322.

61) v. Mieris I bl. 232.

die nyet en pleghet coemenschappe, haer man en mach by haer nyet meer scade verboeren dan IIII. D.

Talrijk waren de soortgelijke regels en alle legden de nadruk erop dat de man slechts in beperkte mate door de vrouw kon worden verbonden <sup>62</sup>). Of zij zelf gebonden werd wordt niet gezegd. Dat de vrouw ook buiten koopmanschap den man kon binden tot vier penningen toe doet veronderstellen dat een geheele onbekwaamheid op grond van eenige beschermings-gedachte niet meer bestond, want waartoe dan deze speciale beperking? Te betwijfelen valt hoogstens of dan soms de huismacht van den man meebracht dat de vrouw ook zelf, speciaal soluto matrimonio, niet was gebonden. Een dergelijke allermintst voor de hand liggende manifestatie van huismacht zouden we slechts willen aannemen indien deze zeer nadrukkelijk blijkt <sup>63</sup>).

Voor het latere oud-Hollandsche recht wijst Fockema Andreae op een aantal bronnen waaruit blijken zou dat de vrouw ook zich zelf niet kon binden <sup>64</sup>). Bedoelde bepalingen culmineeren in de uitspraak van de Groot Inl. 1.5.23: sy en vermag oock niet schulden te maecten, haer zelve noch haeren man te verbinden . . . — Wordt hier echter niet geduid op de toestand tijdens huwelijk? De beschermings-gedachte was lang reeds verscheiden en de huismacht van den man kon moeilijk buiten huwelijk nog zijn greep uitstrekken. Trouwens ook de Groot denkt aan de gebondenheid tijdens huwelijk, want onmiddellijk daarop brengt hij ter sprake „de vrouw die plag te backen ofte te brouwen” en hij eindigt de § aldus: maer in allen gevalle, oock buiten het gundt voorsz is, kan de man aengesproocken werden voor zoo veel hy door sijns vrouws handeling zoude mogen zijn gebaet. — Alweer was datgene waar het om ging: regeling van macht over het gezamenlijk huwelijksbelang. Of de vrouw soluto matrimonio gebonden was is al met al wel zeer te betwijfelen.

Maar is dan niet doorslaggevend een bepaling als Ysselstein 1675 afd. Huw. Voorw. IX: . . . ende wat schulden sy anders maectt, en sullen by de Crediteuren, oock naer dat het *Huwelyck is gescheyden*, niet mogen werden ge-eyst? 't Is echter de vraag hoe we dit op moeten vatten. Zie v. d. Keessel Thes. Sel. XCVI: *Similiter mulier, quae marito juncta est, sine ejus consensu vel ratihabitione, ex contractibus suis civiliter non obligatur; naturaliter autem omnino tenetur, ut et valeat fidejussio extranei*,

62) vgl. Fock. Andr. Bijdr. II bl. 33, waarbij nog te noemen Barsingerhorn 1427, Hoogwoude 1450 en Burghorn 1489.

63) Moeilijk kunnen we met Fock. Andr. een kostbaar bewijs voor ontkennend antwoord zien in een keur van Haarlem uit 1390: So mach geen wyf meer waren dan vier penninge, dan si een bacster, brouster of tapster, of dat si sulke comanscap pleghede, datten scepenen dunct dat si sculdich syn meer te waren nader handvesten. Indien inderdaad deze regel de andere regels wilde weergeven, dan zouden wij liever de beteekenis van de latere regel uit die andere regels willen afleiden dan omgekeerd.

64) Bijdr. II bl. 31 e.v. keuren Schoonh. o.i. ten onrechte aangehaald.

contractui accedens, et cesset conditio indebiti, si quid *post solutum matrimonium* ex ea caussa mulier solverit. Wel degelijk blijkt de vrouw gebonden, zij 't ook naturaliter. Deze verzachting van gebondenheid zal wel eerder op utiliteits-overwegingen zijn uitgesproken dan om de theoretisch-juiste grens van 's mans huismacht scherp te trekken <sup>65</sup>).

Nogmaals: geen sprake van beschermings-gedachte, de voogdij verloor zich geheel in huismacht.

Mede gevolg van de voogdij was dat de man de goederen van de vrouw beheerde: (Cost. Rijnland 1667: Den Man heeft de volkomenen Voogdy over sijn Vrouw ende het bewind over hare goederen, — en Cost. 's-Gravenhage 1570 art. 34 <sup>66</sup>) noemt den man „vol Administrateur van alle de goeden van synder huys-vrouwe”.

Ook dit beheer was allereerst een recht van den man, getuige v. d. Kessel Thes. Sel. XCI: Mariti in uxorem potestas, tutela major, ipso iure constituta, tanta est, ut ejus bona *pro arbitrio suo regat, ab inventarii conficiendi, rationum reddendarum, culpa praestandae necessitate immunis* <sup>67</sup>).

Keerzijde van het recht van beheer was dat de vrouw, ook voor administratie van eigen goed, machtiging van den man noodig had. Men zie een Amsterdamsch keur 42.13 <sup>68</sup>): Item, een Vrouw, . . . , is in de macht, ende vooghdye van haren Man, ende van niemant anders, ende vermach geen Contracten, tusschen den levenden, voorwaerden, bekentenissen, noch verbintenissen in rechte, nocte daer buyten doen, ofte maecken; . . . *nochte haer-luyder gemeene, ofte hare eygen goederen administreren*, sonder autoriteyt, wille, ende consent van haren Man; . . . Tusschen beheer over gemeene goederen en over eigen goederen werd niet onderscheiden. Evenals tot andere handelingen kon de vrouw gemachtigd worden tot het voeren van beiderlei beheer. Alles gelijksoortige uitingvorm van eenzelfde voogdij: keerzijde van de macht van den man.

De controle over het eigen goed van de vrouw had in Holland radicaler vorm dan elders: hy vervremd ende bezwaert haere goederen, oock die sy buiten de ghemeenschap heeft gehouden, nae sijn welgevalle . . . (de Groot Inl. 1.5.22). De eenige rol die het belang van de vrouw ook hier speelde was die van inperking van 's mans recht: zijn maatstaf was te handelen „sonder fraude

65) vgl. § 44; in het natuurrecht vond men een middel om de vrouw te behoeden voor onplezierige verrassingen die toepassing van het *ius civile* ongetwijfeld met zich brengen kon. Daarnaast was men ook ten onzent wellicht niet vreemd aan de in Frankrijk heerschende opvatting, dat hetgeen geschiedde ter schending van de maritale macht ook na ontbinding van het huwelijk geen gevolg diende te hebben, omdat men die maritale macht van openbare orde achtte.

66) de Riemer II bl. 33.

67) vgl. ook Voet Comm. ad Pand. XXIII. II. 63.

68) G. Rooseboom, Recueil van Keuren.

ende bedroch" 69), „by noot, of om meerder profijts wil" 70) en „recte" 71).

Deze macht van den man, deze „voogdij", kon „door twee middelen inghebonden werden: namentlick door huwelicksche voorwaerden, ende door boedel-scheidinge. Want by voorwaerden gemaect voor bande des huwelicks, kan een vrouw bedingen dat den man geen bewint sal hebben van hare goederen, ende hem over-sulcks iet trachtende te vervremden ofte te belasten. zulcks rechtelick verbieden, sy kan oock bedinghen niet ghehouden te zullen zijn in de schulden by haren man te maecken, mids dat sy dan oock des winsts niet deelachtig en zy" 72).

De Groot gebruikt „bewint" in ruimen zin en geen onderscheid wordt gemaakt tusschen bewint over het aandeel van de vrouw in de gemeenschap en over haar privé-goed. Het gevolg van het beding zal dan ook allereerst geweest zijn dat de vrouw medezeggenschap kreeg in handelingen de gemeenschap betreffende 73).

Met betrekking tot de privé-goederen van de vrouw zijn de gevolgen van het beding te betwijfelen, of liever, te betwijfelen valt hoedanig beding de Groot op het oog heeft.

Wij gelooven tot dusverre te hebben aangetoond, dat, voor-geval er eenige beperking was van het recht van den man als hoofd, deze vereenzelvigd mag worden met een beperking van de voogdij en een daarmee overeenkomende opheffing van de „onbekwaamheid" der vrouw. Die „onbekwaamheid" was de keerzijde van de rechten van den man als hoofd, en niets anders.

Dit wat betreft de voor oplossing van onze kwestie principiële

69) Delft, Soutendam fol. 96 art. 3; vgl. ook id. 5: den man kon de administratie „geinterdiceert" worden.

70) Holl. Cons. III. 213, waaruit tevens een actie tot restitutie blijkt voor de vrouw.

71) v. d. Keessel Thes. Sel. XCII.

Vgl. ook id. XCVIII: *salva uxori contra maritum actione ad indemnitate*.

Vgl. verder Cost. Middelburg 1570 12.3: de vrouw moet mede „ten verlijde" komen, vlg. aant. „om aen den man het aliëneren van syn vrouwsgoederen difficielder te maken".

Dat dit belang van de vrouw echter pas in laatste instantie zijn woord deed gelden blijkt uit een advies van de Groot (Holl. Cons. V. 133. 1): ... Maar wat aangaat de goederen by Maiken Ruischerhout ten Huwelijk gebracht en staande Huwelijk gealieneert, kan de gemelde M. R., met de waarde van dien voor andere Crediteuren niet geprefereert worden, nochte ook komen in concurrentie, alzo haar actie dies aangaande noch niet is geboren, maar haar of haar erfgenamen eerst zal competeeren na het scheiden van het huwelijk.

Vgl. ook de Groot Inl. II. 12. 17.

72) de Groot Inl. I. 5. 24.

73) Was bedongen dat de vrouw niet voor de schulden van haar man zou zijn gebonden, dan waren wellicht uitgezonderd de voor-huwelijksche schulden van den man. Het gemeen worden daarvan was kwestie van huwelijksgoederenrecht, niet van huismacht.

Verder schulden die krachtens hun aard gemeen werden: schulden in beider belang. Vgl. voor 't omgekeerde geval Inl. I. 5. 22: de vrouw heeft geen bewint, toch bindt zij soms den man.

aangelegenheid. Nog echter is ons antwoord niet zonder meer te geven. Dit hangt in tweede instantie af van de strekking van het beding, van den omvang daarvan. Drie verschillende gradaties van macht t.a.v. privé-goed van de vrouw zijn denkbaar voor den man: de man heeft bewint, ongebonden; man en vrouw samen hebben dit bewint, c.q. de vrouw met machtiging van den man; of de vrouw heeft alleen het bewint, zonder eenige medezeggenschap van den man. Kwestie van interpretatie is nu om uit te maken of het beding het bewint aan den man geheel ontnemt, of enkel het bewint „pro suo arbitrio”. Niet steeds blijkt zoo duidelijk als voor Friesland hiervoor, dat het beheer geheel onttrokken werd, dat de voogdij eindigde te dier zake. Omdat in Holland het recht van den man een exclusief ruim karakter had is hier gemakkelijker aan te nemen dat de strekking van het beding was aan dit recht slechts het willekeurig karakter te ontnemen. Of de Groot met zijn beding „dat de man geen bewint sal hebben” hierop inderdaad doelt is te betwijfelen. Zijn verdere bewoordingen wijzen er echter wel op. De strekking van het beding is dan niet om het recht aan den man te ontnemen, maar onder bestendiging daarvan het belang van de vrouw zwaarder te beaccentueeren. De inperking gaat niet verder dan de strekking meebrengt, vrij beheer wordt medezeggenschap in beheer: de vrouw had ongetwijfeld nog machtiging noodig.

Voet heeft ongetwijfeld dit meer beperkte beding op het oog. Duidelijk genoeg zegt hij (XXIII. IV. 21): *Contra, validum vulgo creditur pactum dotale, per quod marito admittitur facultas alienandi res uxoris dotales, ubi illa ipsi statuto concessa est: eo quod talis pactio non tam ad diminuendam maritalem potestatem, quam potius ad id, ut res dotales mulieri tanto magis salvae sint, videatur interposita: . . .* <sup>74</sup>).

Of een beding dat het bewind geheel aan den man onttrekt in Holland geldig of gebruikelijk was is de vraag. Een dergelijk beding zou zijn inbreuk op de originaire ongelijkheids-gedachte, emancipatie. Machtiging zou dan niet meer te pas komen <sup>75</sup>).

### § 27.

Voor Brabant en Limburg werd vrijwel steeds de nadruk gelegd op de omstandigheid dat de man niet door handelingen van de vrouw zonder meer gebonden werd <sup>76</sup>). In deze bepalingen was aan de orde regeling van het recht van den man als hoofd, werd aangegeven in hoeverre de vrouw door dit recht werd beperkt.

<sup>74</sup>) vgl. ook v. d. Keessel Thes. Sel. XCVII.

<sup>75</sup>) Voet Comm. ad Pand. XXIII. IV. 20 (in § 6 geciteerd) i.v.m. id. 21 doet vermoeden dat dit beding in Holland niet geoorloofd was.

<sup>76</sup>) 's Hertogenbosch 1606 15.3 (Christijn II bl. 881 v.), Bergen op Zoom 1627 18 (id. bl. 767), Breda 1570 27 (id. bl. 812), Over-Quart. v. Roermond 1619 1.2.2.14, Maastricht, Rec. des Recez 1665 2.17 (Crahay bl. 251 v.). Vgl. Fock. Andr. Bijdr. II bl. 35 v.

Vinden we een enkele maal dat de vrouw de contracten zonder machtiging van den man gesloten „altijdt magh afaen”<sup>77)</sup> dan is nog zeer de vraag of hieruit is af te leiden dat zij zelf soluto matrimonio niet gebonden zou zijn, immers uit het verband blijkt dat ook hier gedacht werd aan handelingen voor rekening van het gezamenlijk belang, en ligt het voor de hand de bedreigde „onweerde” niet verder uit te strekken dan dit gezamenlijk belang vergt. Doch ook al was de bedoeling dat de vrouw zelf geheel vrijuit ging, dan behoeft dit, zooals we reeds eerder opmerkten, nog niet te wijzen op een ander karakter van de voogdij dan het door ons voorgestelde.

Ook hier bestond de voogdij in een recht van den man, een recht dat evenals in Holland nu en dan zeer ruim was<sup>78)</sup>. Het belang van de vrouw had slechts beteekenis als inperking van het recht van den man<sup>79)</sup>.

Typeerend voor het beheers-recht van den man is tenslotte nog Wijnants Dec. Brabant. CXLIII. 8: *Igitur ex Authorum istorum opinione tenendum, maritum non teneri de neglectis aut omissis in administratione rerum uxoriarum; quia non administrat ut Tutor, sed ut praepositus societati conjugali, à Consuetudine, cum liberrima agendi facultate, et vi ac potestate maritali*<sup>80)</sup>.

## § 28.

Thans volgt nog een samenvatting met, zoover mogelijk een conclusie.

De getrouwde vrouw bevond zich volgens oud-Vaderlandsch recht in een gezagsverhouding tot haar man. De samenloop van belangen der echtgenooten in de samenleving van het huwelijk maakte noodig een regeling van macht en die regeling was zoo dat de oppermacht in die samenleving aan den man was toegekend. Noodzakelijke voorwaarde voor effectief- worden van die macht was dat de vrouw soortgelijke macht niet bezat, noodzakelijke keerzijde van de macht van den man was de ongeschiktheid van de vrouw en daardoor haar onzelfstandigheid. In deze ongelijke machtsverdeeling bestond de juridische ongelijkheid der echtgenooten, in deze ongelijke verdeeling van bevoegdheid, en in niets anders<sup>81)</sup>. Met name was als grondslag van de juridische onzelfstandigheid der gehuwde vrouw niet meer

77) Over-Quart. v. Roermond 1.2.2.13, vgl. Fock. Andr. bl. 37.

78) vgl. Bergen op Zoom 1627 art. 15 (Christijn II bl. 767).

De strekking van dit recht blijkt uit Over-Quart. Roermond 1.2.2.5: ... belangende die afnuttinge ende profijten van dieselve, tot onderstande van den hylick, ende heeft daer van den Man oock d' onderwindt.

79) vgl. Priv. v. Grave 1533? (Christijn II bl. 988).

Vgl. ook Over-Quart. Roerm. 1619 1.2.2.3: ... ende magh daer mede ter goeder trouwen ende sonder bedrogh oft argelist sijn goet duncken doen, ...

80) Zie ook verder aldaar.

81) Daargelaten de voor alle vrouwen nog bestaande achterstelling, zooals de voogdij ad hoc.



aan te wijzen eenige gedachte aan bescherming, herinnering aan het oude mundium. Daardoor was iedere herinnering aan eigenlijke onbekwaamheid verdwenen. Onder eigenlijke onbekwaamheid verstaan we die juridische onzelfstandigheid, die als ratio heeft het belang van de onzelfstandige zelf. Dit wil niet zeggen dat het belang van de vrouw geen enkele rol speelde. Dat deed het wel, want het was maatstaf bij de regeling van macht. De macht van den man was niet willekeurig, maar werd ingeperkt door het belang van de vrouw, in meerdere of in mindere mate.

De bronnen noemen deze macht voogdij. Men dient wel in het oog te houden dat het woord voogdij blijkbaar gebruikt werd ter aanduiding van in wezen geheel verschillende gezagsverhoudingen.

Krachtens die voogdij had de man allereerst bevoegdheden ten aanzien van gemeenschappelijke goederen: beheer en ook beschikking, over roerende goederen zonder medewerking van de vrouw, over onroerende goederen als regel niet, althans niet over het aandeel van de vrouw <sup>82)</sup>; over onroerende goederen kon als regel slechts worden beschikt door den man met consent van de vrouw of door de vrouw met consent van den man, in welk geval bijzondere onzelfstandigheid van de vrouw niet aanwezig was.

Krachtens die voogdij kon de man schulden aangaan waarvoor de vrouw mede gebonden werd. Hij alleen beoordeelde welke schulden in het gezamenlijk belang gemaakt zouden worden. Daardoor was zijn macht zeer groot.

Keerzijde van 's mans macht bij deze duidelijke samenloop van belangen was dat de vrouw die macht miste: zij beheerde niet de gemeenschappelijke goederen, zij beschikte niet daarover, en zij kon den man niet binden voor schulden, alles voorzoover de man niet toestemde. Alleen de bevoegdheid om schulden aan te gaan voor huishouding en in koopmanschap was, op utiliteitsgronden, aan de vrouw gedelegeerd. Het karakter van de toestemming van den man was manifestatie van bij den man geconcentreerde macht.

Krachtens die voogdij had de man ook macht over de buiten de gemeenschap gehouden goederen van de vrouw. Hij had beheer daarover en beschikking over roerende goederen, soms ook over onroerende. Gewoonlijk beperkte zijn macht zich met betrekking tot onroerende goederen echter tot mede-zeggenschap in beschikking, zij het ook voor de vrouw verplichte mede-zeggenschap.

Deze bevoegdheden worden in de bronnen niet onderscheiden van de bevoegdheden ten aanzien van gemeenschappelijke goederen. Geheel op een lijn gesteld daarmee berustten ze op geheel dezelfde grondslag, n.l. de eene ongebroken voogdij, d.i. de oppermacht van den man in de huwelijks-samenleving.

Moeilijk kunnen we ons voorstellen dat deze bevoegdheden enkel bestonden in aansluiting op 't oude mundium, als geschikte

82) vgl. hierover Fock. Andr. op verschillende plaatsen. Het rechtskarakter van de gemeenschap was veelal anders dan in ons huidig recht.

manifestatie van macht. Daarnaast bestond ongetwijfeld een meer positieve, in het gezamenlijk belang gewortelde grondslag, n.l. dat ook de eigen goederen van de echtgenooten dienstbaar waren aan het gezamenlijk belang, omdat de opbrengst van die goederen meehielp de huwelijks-samenleving in economisch opzicht in stand te houden. Daarom strekte de macht van den man zich ook uit over de eigen goederen van de vrouw. Speciaal hier echter binnen de perken getrokken door het belang der vrouw als eigenaresse.

Ook dit deel van 's mans macht had zijn keerzijde: de vrouw beheerde niet haar eigen goederen, zij kon daarover niet beschikken; ook kon ze die eigen goederen niet verminderen door schulden aan te gaan, die tijdens huwelijk op haar vermogen verhaalbaar waren. Alles weer behoudens toestemming van den man en ook hier was het karakter van die toestemming: manifestatie van bij den man geconcentreerde macht.

Dit rechtskarakter van de huwelijks-voogdij is voor de beantwoording van onze vraag van het grootste belang. Want als het recht van beheer en het recht van machtiging geheel op een lijn blijken te staan, als de machtiging geen andere grondslag had dan de macht van den man, als inperking van macht van den man noodzakelijk gepaard ging met een overeenkomstige inperking van de onzelfstandigheid der vrouw, dan wordt onze vraag teruggebracht tot de niet meer principieele vraag hoe ver in een concreet geval de macht van den man werd ingeperkt. Voor Holland spraken we hier reeds over. Algemeene beschouwingen zijn moeilijk. Is de macht van den man zeer uitgebreid, komt het belang van de vrouw al te zeer in het nauw, dan zal als strekking van het beding des te eerder gezien mogen worden een inperken van 's mans *willekeurige* macht tot medezeggenschap. Machtiging van de vrouw blijft dan noodig.

Of de macht in een bepaald opzicht geheel ontnomen kan worden, ook dus het recht om de vrouw te machtigen, kan slechts worden aangenomen indien dit uitdrukkelijk blijkt, b.v. doordat gezegd wordt dat de voogdij eindigt door het bewuste beding, want met het goddelijk recht waarop men 's mans macht gegrondvest zag viel niet te spotten <sup>83)</sup>. Dit beding beteekende dan flagrante schending van dit goddelijk recht, aanvaarding ervan de verslapping van de zoo diep ingevreten overtuigingen.

---

83) vgl. L. J. van Apeldoorn, Kerk en Godsdienst, Themis 1929 bl. 122.

### HOOFDSTUK III.

#### § 29.

Thans is aan de orde de bespreking van hetgeen we over onze vraag vinden in het Fransche recht: eerst het Fransche recht van het Ancien Régime, daarna het Fransche recht volgens de codificatie. Alvorens de kwestie zelf echter aan te roeren wijden we ook hier eenige woorden aan de rechtstoestand in 't algemeen der vrouw, speciaal der gehuwde vrouw, want ook hier vormt die rechtstoestand de noodzakelijke achtergrond voor latere beschouwingen, ook hier is de beheerskwestie niet los te maken uit het ruimer kader van maritale macht en onbekwaamheid.

#### § 30.

De grondslag op welke de rechtspositie der vrouw volgens oud-Fransch recht was opgetrokken was dezelfde als voor het oud-Vaderlandsch recht, te weten het Germaanschrechtelijk mundium. Zooals bekend gold in het pays de droit écrit als geldend recht in hoofdzaak Romeensch recht en volgens dit Romeensch recht genoot de vrouw groote juridische zelfstandigheid. Echter, zooals we nog nader zullen zien, was het geunificeerde recht van het latere Frankrijk in deze materie vooral gebaseerd op Costumier recht, speciaal Parijsch Costumier recht, d.w.z. op overwegend Germaanschrechtelijke grondslag <sup>1)</sup>.

Het mundium omvatte twee elementen: macht en bescherming. Voor de ongetrouwde vrouw verdween het machtselement reeds zeer vroeg. Los van eenige familie-samenleving werd dit mundium eerst zuiver-beschermend om ook in Frankrijk tenslotte geheel te verdwijnen met het wegvallen van zijn grondslag <sup>2)</sup>.

Voor de getrouwde vrouw verdween het machtselement niet, maar ging over van absolute macht in de in huwelijks-samenleving aan den man als hoofd daarvan opgedragen huismacht <sup>3)</sup>. Deze macht zou bestaan zoolang de opvattingen die aan deze machtsverdeling in huwelijk ten grondslag lagen, zich niet zouden wijzigen <sup>4)</sup>.

1) vgl. Viollet p. 242: C'est surtout du droit germanique que dérive chez nous l'incapacité de la femme.

2) vgl. Viollet p. 243: On peut dire d'une manière générale que le droit coutumier français des trois ou quatre derniers siècles ne connaît plus la tutelle perpétuelle de la femme non mariée.

3) vgl. Viollet p. 247: Quant à la femme mariée, elle est toujours sous le mundium du mari, mundium qui prend le nom plus moderne d'autorité maritale etc.

4) vgl. Pothier, Traité de la Comm. Intr. 4: ... étant contre la bienséance publique, que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *Vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens, etc.

Dit alles was in Frankrijk niet anders dan in ons land. Als iets vanzelfsprekends vermeldt Viollet deze differentiatie in rechtspositie van getrouwde en niet getrouwde vrouwen: *Cette tutelle perpétuelle s'usa peu à peu en France et la dépendance de la femme mariée subsista seule*<sup>5)</sup>. De algemeen-maatschappelijke en cultureele factoren die deze groote lijnen trokken waren bij uitstek internationaal.

In groote lijnen was het in Frankrijk niet anders dan hier te lande. Weldra zal echter blijken dat bij nadere beschouwing belangrijke verschillen zijn aan te wijzen.

### § 31.

In het oud-Fransche recht nam een bij uitstek belangrijke plaats in het Parijsche recht. Op schrift gebracht in 1510, welke redactie in 1580 onder invloed van Du Moulin en de Thou werd herzien, verkreeg de *Coutume de Paris* een bijzonder gezag. In een in 1925 te Utrecht gegeven college-cyclus merkt de Parijsche Hoogleraar Olivier Martin op: *La coutume de Paris jouit d'une prééminence de fait qui tient à ce qu'elle exprime d'ordinaire le droit commun coutumier applicable partout dans le silence de la coutume du lieu. Elle jouit en fait, au moins dans les matières considérées comme purement coutumières, le rôle d'un droit supplétoire. Et, à ce point de vue, elle a nettement barré la route au droit romain qui, au XVI<sup>e</sup> siècle, menaçait de tout envahir*<sup>6)</sup>. Genoeg om bijzondere belangstelling voor deze coutume te rechtvaardigen.

De rechtswetenschappelijke activiteit, die in Frankrijk reeds vroeg zich richtte op een als ideaal voor oogen gestelde unificatie van recht, zag als weg tot bereiken van dit ideaal dan ook herhaaldelijk de vervolmaking en de verfijning van dit Parijsche recht, om het aldus geschikt te maken tot de verheven rol van „*droit commun de la France*”. De *Coutume de Paris* inderdaad „*était le centre de toutes les tentatives d'unification*”.

### § 32.

Volgens de *Coutume de Paris* bestond tusschen echtgenooten gemeenschap van roerende goederen, en onroerende goederen gedurende het huwelijk verkregen, van welke laatste volgens de commentatoren waren uitgezonderd de goederen verkregen „*par succession directe ou collatérale*”<sup>7)</sup>. Art. 220 luidt: *Hommes & femmes conjoints ensemble par mariage, sont communs en biens meubles, & conquêts immeubles faits durant & constant ledit mariage.*

5) Viollet p. 243.

6) Olivier Martin, *La Coutume de Paris Trait d'Union entre le Droit Romain et les Législations Modernes* p. 19 et s.

7) Ferrière II p. 5.

Als hoofd van de huwelijks-samenleving had de man rechten ten aanzien van deze gemeenschap, getuige art. 225: *Le mari est seigneur des meubles & conquêts immeubles par lui faits durant & constant le mariage de lui & de sa femme. Volgens dit artikel mocht hij dan deze goederen vervreemden „sans le consentement de sadite femme, à personne capable, & sans fraude”.*

Als hoofd van de huwelijks-samenleving kon de man ook de vrouw mede binden, schulden aangaan ten laste van de gemeenschap. Echter, anders dan in het oud-Vaderlandsch recht, wordt hier uitdrukkelijk gezegd dat de vrouw niet verder gebonden wordt dan ten beloope van hetgeen zij in gemeenschap bracht, niet in privé derhalve<sup>8)</sup>.

Noodzakelijke keerzijde van deze macht van den man was dat de vrouw soortgelijke bevoegdheden miste. Dit levert geen moeilijkheden op. De eenheid in handelen ten aanzien van de gemeenschap, die men noodzakelijk achtte, eischte volgens toenmalige opvattingen deze ongelijkheid.

### § 33.

Echter ook in Parijs was de vrouw beperkt in haar bevoegdheden ten aanzien van haar eigen goederen, haar propres, en ook ten aanzien van die propres had de man rechten. Allereerst art. 223 der Coutume: *La femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages, sans l'autorité & consentement exprès de son mari: Et si elle fait aucun contrat sans l'autorité & consentement de sondit mari, tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que de sondit mari, & n'en peut être poursuivi, ni ses héritiers après le décès de sondit mari.*

Het verschil met ons oud-Vaderlandsch recht blijkt duidelijk. Daar was soms weliswaar te betwijfelen of de vrouw zich zelf kon binden, herhaaldelijk echter vinden we uitgesproken dat zij zelf wel degelijk gebonden werd, hetgeen speciaal soluto matrimonio tot uitdrukking kwam. Hier daarentegen wordt op on-dubbelzinnige wijze uitgesproken dat de handeling nietig is en dientengevolge de vrouw noch haar erfgenamen gebonden, zelfs niet na ontbinding van het huwelijk. Zooals Ferrière opmerkt bij dit artikel: *L'obligation de la femme non autorisée est nulle ipso iure, suivant cet article, & partant elle ne produit aucun effet ni contre son mari, ni contr'elle après le décès d'icelui, ni contre ses héritiers après qu'elle est décédée.* Ferrière merkt nog op dat borgen niet gebonden waren. Pothier noemt de vrouw „absolument incapable” en de nietigheid absoluut<sup>9)</sup>. Eenige bekrachtiging was niet mogelijk. En Bourjon drukt zich aldus uit: *De-là il s'enfuit que tout engagement contracté par une femme en puissance de*

8) Art. 228: *Le mari ne peut, par contrat & obligation fait devant ou durant le mariage, obliger sa femme sans son consentement, plus avant que jusques à la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté.*

9) *Traité de la Puissance du Mari* 5.

mari est nulle, d'une nullité absolue, radicale & sans réserve<sup>10)</sup>.

Behalve deze medezeggenschap in vervreemding van de propres der vrouw had de man beheer daarover, hetgeen blijkt uit art. 227, volgens welk artikel de man goederen van zijn vrouw kon verpachten voor een bepaalde pachtijd maximaal, en uit art. 233: Le mari est seigneur des actions mobilières & possessoires, posé qu'elles procedent du côté de sa femme.

Zijn recht strekte zich echter niet verder uit dan beheer. Anders dan volgens Hollandsch recht mocht hij niet vervreemden. Art. 226: Le mari ne peut vendre, échanger, faire partage ou licitation, charger, obliger, ni hypothéquer le propre héritage de sa femme, & icelle de par lui autorisée à cette fin.

Hieruit en uit het zoeven vermelde art. 227, dat de bevoegdheid om te verpachten binnen zekere grenzen beperkte en als maatstaf overigens noemde te handelen „sans fraude”, blijkt dat het belang van de vrouw hier een belangrijker rol speelde dan in het oud-Vaderlandsch recht. Geheel in deze lijn lag een verplichting voor den man tot rekening en verantwoording van gevoerd beheer<sup>11)</sup>.

#### § 34.

Welke was echter de rol, die het belang der vrouw hier speelde? Wij zagen dat zij door handelingen verricht zonder machtiging ook zelf niet gebonden werd, zelfs niet na ontbinding van het huwelijk. Een dergelijke, buiten de grenzen van het gezamenlijk huwelijksbelang reikende, onzelfstandigheid kan moeilijk gerechtvaardigd worden door een oppermacht, aan den man in dat gezamenlijk belang opgedragen. Dit, in verband met de enge omgrenzing van 's mans bevoegdheden ten aanzien van de propres der vrouw, speciaal zijn rekenplichtigheid, dringt sterk tot de opvatting, dat de grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw te zoeken is in haar eigen belang. De herinnering aan het mundium is sterk, de beschermings-gedachte zou een belangrijke rol spelen.

Toch is die opvatting te verwerpen. Is het op zich zelf reeds moeilijk verklaarbaar hoe die beschermings-gedachte juist voor de getrouwde vrouw zonder meer kon voortbestaan, dit wordt bovendien wel buiten twiifel gesteld door de opvattingen die men koesterde over de strekking van de onzelfstandigheid der vrouw. In het commentaar van Charondas le Caron, van 1595 reeds, vinden we: *Le premier chef de l'auctorité du mary consiste en la conservation des biens de sa femme, lesquels elle pourroit dissiper, s'il luy estoit permis de contracter, vendre, aliener, ou hypothéquer ses heritages sans le consentement et auctorité de son mary: ce qui tourneroit au preiudice et dommage d'iceluy*

10) Bourjon I p. 578.

11) vgl. Pothier, Cout. d'Orléans p. 258 no. 157. vgl. ook id. *Traité de la Comm.* 463.

*d'autôt qu'il doit porter les charges de mariages, et qu'il est le maistre de la communauté, et fruitcs des heritages de sa femme etc. — en even verder: La raison de la coustume est que le propre héritage de la femme est seulement en l'administration du mary, pour en auoir les fruitcs, mais la propriété et seigneurie est à la femme.*

Wat zich oogenschijnlijk voordeed als bescherming was niet anders dan gezag ter handhaving van bevoegdheid die den man als hoofd van de huwelijks-samenleving competeerde. Als zoodanig droeg hij de lasten van de samenleving, als zoodanig had hij daarom recht op de vruchten van de propres der vrouw.

Soortgelijke uitspraken vinden we ook bij latere auteurs. Pothier zegt: Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari, n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison; car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation. La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet à sa femme de rien faire que dépendamment de lui.<sup>12)</sup> De concrete grondslag van dit laatste wordt duidelijk als we lezen wat Pothier zegt naar aanleiding van uitsluiting van gemeenschap: La simple clause d'exclusion de la communauté ne dispense la femme de l'autorisation pour aucun acte; car cette clause ne prive pas le mari du droit de jouir des biens de sa femme, *ad sustinenda onera matrimonii*, etc.<sup>13)</sup>

Met het beheer over de propres der vrouw was het al niet anders. Duidelijker nog dan de autorisation vond de administration zijn directe grondslag in het belang van den man als hoofd. Charondas merkt op bij art. 233, volgens welk de man was „seigneur des actions mobilières & possessoires” van de vrouw: Le mary qui est seigneur des meubles, et des fruitcs des heritages propres de sa femme, est aussi maistre des actions qui c'petunt pour raison d'iceux, et les peut intenter sans l'adueu, mandemënt ny cōsentemēt de sa femme; car l'actiō possessoire tend à maintenir le mary, et consequemment la femme en la possession et iouissance de l'heritage ou droict reel à icelle appartenant, donts les fruitcs sont au mary.<sup>14)</sup>

Een en ander laat weinig twijfel over. De eenige grond, zoowel van autorisation als van administration, was gelegen in het belang van den man. De kern van dit belang werd gevormd door zijn recht als hoofd van de huwelijks-samenleving op de vruchten uit de propres der vrouw om mede daaruit de lasten van die samenleving te bestrijden. Het belang van de vrouw als eigenaresse trok ook hier de grenzen van het recht van den man, grenzen, nauwer dan in het oud-Vaderlandsch recht dikwijls. Haar belang

12) *Traité de la Puiss.* 3.

13) *l.c.* 19; vgl. § 42.

14) vgl. Ferrière II p. 31: il ne jouit qu'à titre onéreux, & pour soutenir les charges du mariage.

was daardoor van groote, maar niet van primaire beteekenis. De onzelfstandigheid der vrouw was daarom evenmin van primaire beteekenis, maar naar zijn wezen keerzijde van het recht van den man als hoofd. Van eigenlijke onbekwaamheid was ook in Frankrijk geen sprake.

§ 35.

Hierdoor is echter niet verklaard, en hiermee schijnt moeilijk in overeenstemming te brengen, een *incapacité absolue* van de vrouw, een onzelfstandigheid die reikt buiten de grenzen getrokken door het gezamenlijk belang. In deze schijnbare ongerijmdheid wordt licht verschaft door hetgeen Olivier Martin opmerkt in zijn reeds vermelde colleges en in zijn *Histoire de la Coutume de la Prévôte et Vicomté de Paris*. De gecursiveerde woorden van het reeds eerder geciteerde art. 223 der Parijsche coutume zijn bij de herziene redactie in 1580 opgenomen onder invloed van de doctrine van Du Moulin. Volgens deze gezaghebbende rechtsgeleerde was een handeling verricht door de vrouw zonder machtiging nietig *ab initio* en kon derhalve geen enkel rechtsgevolg teweegbrengen: *quod nullum est nullum parit effectum*. Deze leer was niet in overeenstemming met de eerste redactie van de Coutume in 1510, die weliswaar niet uitdrukkelijk het gevolg van het ontbreken van machtiging regelde, maar juist bij haar stilzwijgen in overeenstemming geacht mocht worden met het recht zooals dit gold voor de redactie. Volgens dit recht was van een *incapacité absolue* geen sprake. Men realiseerde zich terecht dat de onzelfstandigheid der vrouw niet verder diende te gaan dan de noodzakelijk geachte eenheid bij samenloop van belangen wenschelijk maakte. Indien de man om een of andere reden niet in staat was het gezamenlijk belang te vertegenwoordigen, kon de vrouw dit volgens middeleeuwsch recht aanvankelijk zonder meer doen.<sup>15)</sup> Iedere gedachte dat zij uit zichzelf hiertoe niet in staat zou zijn was hier vreemd aan. De beschermings-gedachte was reeds verbroken. In dezelfde richting wijst dat de vrouw aanvankelijk wel degelijk na ontbinding vervolgd kon worden voor een schuld die zij gedurende het huwelijk zonder machtiging had aangegaan. Zooals Martin het uitdrukt: *les actes de la femme non autorisée ne sont pas nuls, mais seulement inefficaces à l'égard du mari et de la communauté; ils peuvent donc être opposés à la femme redevenue maîtresse de ses biens par la dissolution du mariage; ces actes ne sont pas nuls, en effect, en raison d'une incapacité personnelle analogue à celle du pupille ou du fou; mais il ne sont pas valables à l'encontre de la puissance maritale*<sup>16)</sup>. Duidelijk wordt hier aangegeven de verhouding tusschen maritale macht en onzelfstandigheid, zooals die was volgens middeleeuwsch

15) Martin, *Histoire* II. 1 p. 198 et s.

16) Martin, *Histoire* II. 1 p. 240.



recht. Voor beschikking over onroerende goederen, zelfs propres van den man was noodig samenwerking van beide echtgenooten, die daarbij dus gelijke stem hadden.<sup>17)</sup> Voorzoover er ongelijke verdeeling van macht over het gezamenlijk belang, waarbij dan, als uitdrukking van reeds vroeger gemelde opvattingen, een overheerschende positie aan den man was toegekend, waarmee correspondeerde een ondergeschikte positie van de vrouw.

Deze volgens toenmalige opvattingen niet onredelijke machtsverdeeling onderging echter in den loop van de veertiende eeuw reeds verandering. Bij afwezigheid van den man vereischte men een machtiging door den rechter<sup>18)</sup>. De man was voortaan „seigneur des meubles et conquêts immeubles”, en in deze lijn van groter macht van den man en groter onzelfstandigheid van de vrouw lag geheel de in 1580 in de Coutume neergelegde opvatting der rechtswetenschap dat de vrouw was *absolument incapable*. Deze evolutie in het maritaal gezag wordt door Martin op treffende wijze aldus uitgedrukt: Le mari, qui était seigneur et maître de la communauté au moyen âge, est devenu seigneur et maître de sa femme.<sup>19)</sup>

Dit kan evenwel niet beteekenen, dat dit gezag nu ook in wezen veranderd zou zijn, dat inderdaad, zooals door Martin<sup>20)</sup> vermelde auteurs meenden, de vrouw op een lijn zou zijn komen te staan met een minderjarige, hetgeen dan, evenals door sommige oud-Vaderlandsche auteurs trouwens, gemotiveerd werd met een beroep op „l'incurable légèreté de la femme et son inaptitude aux affaires”. Was eenmaal de beschermingsgedachte verbroken, en dit staat ongetwijfeld vast, dan kon een receptie van het zooeven genoemd romeinschrechtelijk waarde-oordeel niet zonder meer leiden tot een herleven van die beschermingsgedachte in een samenleving die niet zelf de voorwaarden voor dit herleven in zich droeg. Nauwelijks kan hier van receptie gesproken worden. Ongetwijfeld is de voor de vrouw zoo ongunstige ontwikkeling toe te schrijven aan de invloed van bedoelde opvattingen, echter deze waren slechts in staat de bestaande onzelfstandigheid der vrouw in een bepaalde richting uit te breiden, zelf de levende grondslag worden van die onzelfstandigheid konden zij niet.<sup>21)</sup>

17) vgl. Martin, Histoire II. 1 p. 161/162: la provenance du bien n'a pas d'influence sur les règles concernant sa disposition: dès qu'il s'agit d'aliéner le bien dont *jouissent* en commun les époux, leur *intervention conjointe*, sous une forme quelconque, est exigée, etc.

18) vgl. Martin, Cout. de Paris p. 46.

19) Martin, Cout. de Paris p. 51.

20) Martin, Histoire II. 1 p. 241.

21) Merkwaardig compromis tusschen oude en latere opvattingen vinden we bij Bourjon I p. 578: La coutume établit ici une incapacité salutaire: la femme en puissance de mari, ne peut contracter aucun engagement sans l'autorisation de son mari, le mariage la mettant sous la puissance; c'est une disposition prudente, qui, maintenant la paix, conserve encore les biens dans la communauté, en la mettant à couvert de l'inexpérience, de la légèreté, & des caprices de la

Waardoor dan zoo groote invloed van die opvattingen mogelijk was valt moeilijk te zeggen. Niet onwaarschijnlijk was hieraan in belangrijke mate debet de omstandigheid dat de meesters van de romanistische wetenschap uit die dagen, in aanknooping aan de reeds bestaande en blijkbaar niet versmadede machtspositie van hun en hun sexegenooten, uit de wetenschap gretig datgene aangrepen, wat dienen kon om die machtspositie te versterken.

De abstractie van de onzelfstandigheid der vrouw van zijn eigenlijke ratio leidde er soms toe aan die onzelfstandigheid oogenschijnlijk primaire beteekenis te hechten. Zoo zegt Pothier: *La puissance que le mari a sur sa femme le rend aussi chef de la communauté* <sup>22)</sup>. Echter elders luidt het: *Le mariage, en formant une société entre le mari et la femme, dont le mari est le chef, donne au mari, en la qualité qu'il a de chef de cette société, un droit de puissance sur la personne de la femme, qui s'étend aussi sur ses biens* <sup>23)</sup>. Als een der voornaamste manifestaties van dit droit de puissance noemt Pothier de benodigde autorisation. *Autorisation, „n'étant pas requise en faveur de la femme, mais en faveur du mari, pour maintenir la puissance qu'il a sur sa femme"* <sup>24)</sup>.

Duidelijk blijkt dat volgens Pothier de aanleiding tot de onzelfstandigheid der vrouw te zoeken was in de macht van den man, evenals tevoren, en niet omgekeerd, dat die onzelfstandigheid nog steeds te zien was als keerzijde van de macht van den man, ook al was die macht op ongemotiveerde wijze uitgebreid buiten de grenzen van zijn oorspronkelijke strekking. Anders dan in het oud-Vaderlandsch recht, waar de verscherping van de ongelijkheid plaats had vooral aan de actieve kant, als uitbreiding immers van de rechten van den man, had in het oud-Fransche recht die verscherping plaats door een sterker beaccentueering van de onzelfstandigheid der vrouw. De verschillen, die daardoor ontstaan zijn, zijn oogenschijnlijk van principieele aard, niettemin was de grondslag van de ongelijkheid in beide rechten dezelfde.

Onze conclusie moet dan ook luiden, dat, aangezien de volslagen onzelfstandigheid van de getrouwde vrouw zooals we die ontmoeten in het latere recht van het Ancien Régime enkel is te zien als product van ontwikkeling onder invloed van externe factoren, maar daardoor ook voortzetting, van de onzelfstandigheid zooals die bestond volpens middeleeuwsch recht, aangezien

---

femme, qui aroient pu ruiner la communauté. — Eenerzijds nadruk op bescherming, anderzijds vasthouden aan de eenheid in vermogensrechtelijk opzicht.

22) *Cout. d'Orléans* 158 p. 258; vgl. ook *Traité de la Comm.* 3 en 248.

23) *Art. Prél. Traité de la Puiss.*; vgl. ook de handhaving van de maritale macht bij krankzinnigheid van den man: *Traité de la Puiss.* 25 en *Cout. d'Orléans* 149 p. 257. Pothier volgt dus de merkwaardige gedachtengang dat het zijn van „chef de la communauté” niet rechtstreeks het gevolg is van het zijn van „chef de la société”, maar indirect daaruit is af te leiden, via de macht over de persoon en de goederen van de vrouw.

24) *Traité de la Puiss.* 4; vgl. § 43.

derhalve, ondanks de oogenschijnlijke ongerijmdheid hiervan, die volslagen onzelfstandigheid in wezen geen andere grondslag had dan de voorafgaande onzelfstandigheid volgens middeleeuwsch recht, als hoedanig is aan te wijzen een concentratie van macht in handen van den man als hoofd van de huwelijkssamenleving, aanvankelijk in nauw verband met de vermogensrechtelijke organisatie van het huwelijk, later losgemaakt daarvan, derhalve de onzelfstandigheid der vrouw bij het verrichten van zekere rechtshandelingen, haar „incapacité”, geen andere grondslag had dan het missen van beheer, beide keerzijde van de macht van den man, macht tot „autorisation” en macht tot „administration”.

§ 36.

In verband met de uitkomst van deze oppervlakkige analyse van de onzelfstandigheid der getrouwde vrouw wordt ook voor oud-Fransch recht onze vraag teruggebracht tot de vraag of en in hoeverre in een bepaald geval de machtspositie van den man kon worden ingeperkt. Met een eenmaal vaststaande beperking ging noodzakelijk gepaard een overeenkomstige uitbreiding van de zelfstandigheid der vrouw. Echter, ofschoon de abstractie van de onzelfstandigheid van zijn vroegere ratio niet beteekende dat er een geheel andere grondslag kwam, deze bleef gelegen in het recht van den man op macht, die abstractie manifesteerde zich wel in een loslaten van het zuiver kwalitatief karakter van dat recht op macht. In verband hiermee wijzen wij er reeds nu op dat derhalve uit eenige onttrekking van privé-goederen der vrouw aan een bestemming in dienst van het gezamenlijk huwelijksbelang niet *zonder meer* geconcludeerd mag worden tot een overeenkomstige inbreuk op maritale macht.

§ 37.

Krachtens zijn maritale macht had de man recht van beheer over de privé-goederen van de vrouw. Alvorens na te gaan of en in welke mate inbreuk op het recht van den man was toegestaan vestigen wij de aandacht erop dat men de maritale macht beschouwde als steeds nog in laatste instantie berustend op goddelijk recht, als van openbare orde derhalve, getuige Pothier: . . . , il n'est pas douteux que, s'il était dit par un contrat de mariage, „que la femme serait le chef de la communauté de biens qui aurait lieu entre les conjoints”, une telle convention ne serait pas valable, étant contre le bienséance publique, que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme. *Vir est caput mulieris*, ne soit pas chef de leur communauté de biens et qu'au contraire cette communauté ait la femme pour chef <sup>25</sup>). Of een minder ver gaande inbreuk op die maritale macht wel geoorloofd was is daarom slechts aan te nemen indien dit zeer uitdrukkelijk blijkt.

25) Traité de la Comm. Intr. 4.

Pothier bespreekt twee onderwerpen, die in direct verband staan met onze vraag. Dat is allereerst de *séparation de biens*, speciaal de *séparation contractuelle*, en vervolgens de vraag in hoeverre een algemeene machtiging, *autorisation générale*, geoorloofd is. Aan beide onderwerpen zullen we eenige beschouwingen wijden, om vervolgens nog na te gaan in hoeverre tusschen beide onderling verband bestond.

§ 38.

Een van de spaarzame plaatsen waar de *Coutume de Paris* rept van de *séparation de biens* is art. 234, dat aldus aanvangt: *Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet, etc.*

Eén ding blijkt duidelijk uit dit artikel, namelijk dat er verband bestond tusschen de onzelfstandigheid der vrouw en de *séparation*. In welke mate een wèl plaats hebbende *séparation de onzelfstandigheid* beïnvloedde, de aard van dit verband, blijkt echter niet. A contrario aan te nemen dat een *séparation de onzelfstandigheid* geheel opheffen kon zou in strijd zijn met de omzichtigheid welke bij het trekken van eenige conclusie omtrent inbreuk op maritale macht betracht dient te worden. Om dit verband aan het licht te brengen moeten we daarom nader ingaan op de beteekenis van bedoelde *séparation*, op het rechtskarakter daarvan.

Niet zoozeer de *séparation* krachtens rechterlijk vonnis, welke Pothier noemt als wijze van ontbinding van de gemeenschap<sup>26)</sup>, is voor ons van belang, dan wel de *séparation contractuelle*, gestipuleerd bij huwelijksvoorwaarden<sup>27)</sup>. Deze laatste werd scherp onderscheiden van de *exclusion de communauté*, welke bestond krachtens de *clause qu'il n'y aura aucune communauté de biens entre les conjoints*. Pothier en ook andere schrijvers wijzen er met klem op, dat een *exclusion de communauté* geen inbreuk maakt op het recht van den man als hoofd van de huwelijks-samenleving<sup>28)</sup>. Dit had inderdaad concrete grondslag in de omstandigheid, dat ook *privé-goederen* der echtgenooten dienstbaar bleven aan het gezamenlijk belang, doordat, wij zeiden het reeds, mede uit de vruchten van die goederen de kosten van de samenleving werden bestreden. Zakenrechtelijk moge de eenheid verbroken zijn, de eenheid in beheer en in beschikking over de vruchten bleef gehandhaafd<sup>29)</sup>.

26) *Traité de la Comm.* 510 et s.

27) *Id.* 464 et s.

28) vgl. *Bourjon* I p. 510 et s.

29) vgl. Pothier, *Traité de la Comm.* 462: Le mari, en cas d'exclusion de communauté, a droit de percevoir à son profit tous les fruits, tant civils que naturels, qui se perçoivent ou naissent durant le temps du mariage, pour se récompenser des charges du mariage qu'il supporte; de même que, lorsqu'il y a communauté, ces fruits appartiennent à la communauté, pour la dédommager des charges du mariage, qui sont à la charge de la communauté, lorsqu'il y en a une.

Deze exclusion was derhalve niet te beschouwen als inbreuk op maritale macht, ofschoon door het privé-blijven der goederen de man in 't algemeen daarover niet zonder meer beschikkingsrecht had. Deze feitelijke vermindering van macht was echter secundair, gevolg van regeling van huwelijksgoederenrecht, en daarom niet te beschouwen als wezenlijke inbreuk op maritale macht. Deze bleef in wezen intact, echter de voorwaarden voor het tot gelding komen van die macht werden beïnvloed.

Maar thans de *séparation contractuelle*. Deze had plaats krachtens stipulatie bij huwelijksvoorwaarden *que non-seulement il n'y aura pas de communauté de biens entre les conjoints, mais que chacun d'eux jouira séparément de ses biens*<sup>30</sup>). De bedoeling van het instituut is duidelijk. De vruchten der privé-goederen zouden niet één fonds gaan vormen om daaruit de kosten van de samenleving te bestrijden. Die privé-goederen werden onttrokken aan hun bestemming van directe dienstbaarheid aan het gezamenlijk belang. Allereerst dus regeling van huwelijksgoederenrecht<sup>31</sup>). Maar verder, hoe stond het hier gesteld met eventueele inbreuk op maritale macht?

Indien de regeling van macht nog aldus was, dat de grenzen getrokken werden door het gemeenschappelijk belang, als de regel nog luidde: de man heeft macht over die goederen, die dienstbaar zijn aan het gezamenlijk belang, dan zou ongetwijfeld een onttrekken van goederen aan dat belang tevens beteekenen een onttrekken aan de macht van den man. Toch zou er dan geen wezenlijke inbreuk zijn op de maritale macht, maar ook hier een beïnvloeden slechts van de voorwaarden waaronder die macht kon gelden.

We zeiden echter dat de maritale macht was uitgebreid buiten zijn vroegere grenzen, waardoor de concrete grondslag, gelegen in het gezamenlijk belang, niet steeds in het oog werd gehouden. Daardoor had de bestemming van goederen in dienst van dit gezamenlijk belang zijn karakter verloren van voorwaarde, waaronder de maritale macht tot gelding kwam; daardoor was uit onttrekken van goederen aan bedoelde bestemming voortaan niet zonder meer te concludeeren tot eenige wijziging in de rechten van den man ten aanzien van die goederen, was de vraag of er inbreuk op de maritale macht plaats had niet zonder meer afgesneden door bedoelde onttrekking, maar los daarvan te onderzoeken. Anders gezegd, onttrekken van goederen aan een bestemming in het gezamenlijk belang behoeft een daarmee gepaard gaande vermindering van macht van den man niet langer

30) Pothier, *Traité de la Comm.* 464; vgl. Ferrière ad art. 220 (II p. 7) *Quelquefois le mari stipule la jouissance des biens de sa femme, et quelquefois la femme se la réserve, à la charge de donner au mari une certaine somme pour les charges du mariage.*

31) Pothier bespreekt deze *séparation* dan ook in zijn *Traité de la Communauté*.

voor de kwalificatie: wezenlijke inbreuk op maritale macht.

Hiermee is echter niet gezegd, dat we ons nu in een ander uiterste dienen te begeven; dit namelijk, dat nu iedere vermindering van macht, ook iedere feitelijke vermindering, tengevolge van een *séparation* was te zien als wezenlijke inbreuk op maritale macht. De *séparation* bleef allereerst regeling van huwelijks-goederenrecht, daarin bestaande, dat de bestemming van de vruchten van de *propres* der vrouw een andere werd. De daarmee noodzakelijk gepaard gaande onttrekking van die vruchten aan de beschikkingsmacht van den man was daarom niet te zien als wezenlijke inbreuk op diens maritale macht. Het geval is analoog met de zooeven vermelde *exclusion de communauté*.

In abstracto zou de volgende werking van een *séparation* te denken zijn, met volledig behoud van maritale macht: de vruchten van de *privé-goederen* der vrouw zullen bestemd zijn, niet om te dienen in het gezamenlijk belang, maar in het *privé-belang* der vrouw, terwijl de man toch die goederen blijft beheeren, echter onder verplichting ook de vruchten daarvan aan de vrouw te verantwoorden. Overigens blijft de vrouw volledig machtiging behoeven. Een dergelijk karikaturaal uitwas van de maritale macht der middel-eeuwen was in abstracto mogelijk, omdat met de uitbreiding van die macht buiten zijn vroegere grenzen ook het beheersrecht van den man van zijn vroegere strekking was losgeraakt, zoodat de nauwe band tusschen dat beheersrecht en het recht op de vruchten was verbroken. Het recht op de vruchten bleef gebonden aan de bestemming *ad sustinenda onera matrimonii*.

Zien we nu de werking van de *séparation* in concreto, zooals Pothier die mededeelt: *La femme, par cette séparation contractuelle, a bien le droit de recevoir les revenus de ses biens, d'en faire de simples baux à loyer ou à ferme, et généralement de faire tous les actes d'une simple administration, sans avoir besoin, pour tous ces actes, de l'autorisation de son mari, . . . mais comme cette séparation contractuelle ne la soustrait pas à la puissance de son mari, elle ne peut aliéner ses immeubles, ni même recevoir le rachat de ses rentes, sans être autorisée par son mari ou par justice; etc.*<sup>32)</sup>. Hieruit blijkt, dat de *séparation* niet geheel opging in regeling van huwelijksgoederenrecht, maar dat zij daarnaast wel degelijk een inbreuk bewerkte op de maritale macht, met overeenkomstige inperking van de onzelfstandigheid der vrouw. Niet alleen werd zij eigenares der vruchten, kreeg zij recht op de vruchten, dit was nog regeling van huwelijksgoederenrecht, maar bovendien kon zij zelf die vruchten in ontvangst nemen, eenvoudige verpachtingen aangaan, ja, alle handelingen verrichten, die eenvoudig beheer meebracht. En niet alleen bestond de inbreuk op de maritale macht in een inperken van beheersrecht tot enkele medezeggenschap in beheer — dit zou, gezien het weinig willekeurig karakter van

32) *Traité de la Comm.* 464.

's mans beheersrecht, waardoor, vooral van het standpunt der vrouw gezien, het gradueel verschil tusschen beheersmacht en macht tot medezeggenschap in beheer zeer gering was, op zich zelf reeds weinig waarschijnlijk zijn <sup>33)</sup> — ook iedere medezeggenschap werd den man onttrokken, d.w.z. *de onzelfstandigheid der vrouw met betrekking tot handelingen van zuiver beheer werd volkomen opgeheven, zij kon die handelingen verrichten zonder eenige machtiging* <sup>34)</sup>. Verder ging echter de inbreuk op de maritale macht niet. Voor beschikking over onroerende goederen bleef de vrouw machtiging behoeven <sup>35)</sup>. Of hieruit a contrario valt af te leiden, dat beschikking over roerende goederen onder beheer werd begrepen, is te betwijfelen <sup>36)</sup>. Het geheel demonstreert op merkwaardige wijze hoe men de vroegere ratio van het maritaal gezag uit het oog had verloren.

In zijn *Traité de la Puissance du Mari* beziet Pothier de *séparation* speciaal met het oog op de invloed die deze had op de maritale macht. Een en ander wordt hier uiteengezet op een wijze, die weinig twijfel overlaat en worde daarom ook hier nog vermeld: *Lorsqu'une femme est séparée de biens, soit par une clause de son contrat de mariage, par laquelle il est dit que chacun des conjoints jouira séparément de ses biens, soit par une sentence de séparation, intervenue depuis le mariage, et exécutée, le mari n'a en ce cas ni la jouissance ni l'administration des biens de sa femme; elle a le droit d'en jouir elle-même, et de les administrer elle-même; et elle n'a pas même besoin de l'autorité de son mari pour tous les actes qui concernent cette administration. Néanmoins, même en ce cas de séparation, le mari conserve une autorité sur les immeubles propres de sa femme, lesquels ne peuvent être par elle aliénés ni engagés sans l'autorité et le consentement de son mari; etc.* <sup>37)</sup>.

Terugkeerend tot ons uitgangspunt, art. 234 van de *Coutume*, kunnen wij constateeren, dat volgens Pothier uit dit artikel geenszins viel af te leiden door redeneering a contrario, dat de vrouw, die was *séparée par effet*, de toestemming van haar man gevoegelijk kon ontbeeren voor alle handelingen. Volgens latere doctrine slechts voor handelingen van eenvoudig beheer. Waarschijnlijk werd deze inbreuk op de maritale macht gedoogd om te voorkomen dat het genotsrecht voor de vrouw illusoir zou

33) Anders dan in oud-Vad. recht was in het oud-Fransch recht de negatieve kant van de ongelijkheid het zwaarst beaccentueerd. Bij inbreuk op maritale macht was daarom vooral de vraag in hoeverre de onzelfstandigheid der vrouw werd opgeheven. En voor de vrouw ging het speciaal om: zelf beheeren of niet zelf beheeren.

34) vgl. Ferrière op art. 224 (II p. 27): *La femme séparée de biens d'avec son mari ne peut point vendre ni disposer de ses biens: elle en a seulement l'administration, sans, qu'elle ait pour cela besoin de l'autorité de son mari etc.* vgl. ook id. II p. 55.

35) vgl. Ferrière op art. 223 (II p. 23).

36) vgl. Pothier, *Traité de la Comm.* 522.

37) l.c. 98.

worden <sup>38</sup>). De in abstracto tusschen beheer en recht op vruchten bestaande samenhang deed zich gelden. Overigens bleef de maritale macht zoo volledig mogelijk gehandhaafd <sup>39</sup>).

Of dit inderdaad de bedoeling was van het gemelde art. 234 valt in hooge mate te betwijfelen, is zelfs zeer onwaarschijnlijk, gezien de geschetste ontwikkeling van de maritale macht. Du Moulin was op dit punt niet beslist consequent <sup>40</sup>) en Pothier zelf deelt mee, dat volgens de Coutumè de Montargis, de Coutume de Dunois, en eveneens volgens de Ancien Coutume d'Orléans, de vrouw geheel bevrijd werd van de macht van den man ingeval van *séparation* <sup>41</sup>). Van een consequent loslaten van het oude systeem was dus geen sprake. Duidelijk blijkt hier op welk een kunstmatige grondslag de uitgebreide onzelfstandigheid der vrouw moest berusten.

In 't kort kunnen we als volgt resumeeren. De *séparation de biens contractuelle* bestond volgens opvatting der practijk (aangenomen dat Pothier die weergeeft) in een regeling van huwelijks-goederenrecht, welke onder meer meebracht, dat de vrouw recht kreeg op de vruchten van haar eigen goederen, en die gepaard ging met een inbreuk op de maritale macht <sup>42</sup>), en wel een radicale inbreuk, doordat eenerzijds iedere zeggenschap in beheer over de privé-goederen der vrouw aan den man onttrokken werd, anderzijds de onzelfstandigheid der vrouw met betrekking tot dit beheer geheel werd opgeheven.

### § 39.

Thans een enkel woord over de algemeene machtiging, *autorisation générale*. „Il faut, à cet égard, distinguer entre les actes de simple administration, et ceux qui passent les bornes d'une simple administration, qui ont pour objet la propriété des biens immeubles de la femme, qui tendent à en disposer, à les aliéner, et à les charger d'hypothèques" <sup>43</sup>). Het reeds geciteerde art. 223 Cout. de Par. eischte voor de laatstgenoemde categorie handelingen der vrouw „*autorité et consentement exprès*". Op dit woord „*exprès*" funderde de rechtspraak, naar Pothier t.a.p. mededeelt, de leer dat eenige algemeene machtiging, hetzij bij huwelijksvoorwaarden verleend hetzij bij eenige andere acte, niet voldoet aan de eischen die de coutume stelt, en derhalve ondanks een dergelijke

38) Bourjon I p. 586 spreekt zelfs van „*suite nécessaire de la séparation de biens*".

39) vgl. Pothier, *Traité de la Puiss.* 15.

40) vgl. Martin, *Histoire II.* 1 p. 239.

41) *Traité de la Puiss.* 16.

42) Bourjon I p. 511/512 geeft aan dit tweeledig karakter uitdrukking door te spreken van „*cette autre clause, qui frappe la capacité personnelle, comme les biens*", en „*cette séparation tombe sur la personne & les biens*".

43) Pothier, *Traité de la Puiss.* 67.



machtiging der handelingen der vrouw toch nietig zijn <sup>44)</sup>). Pothier merkt hierbij op: les autorisations générales portées, soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses immeubles, à les aliéner et à les hypothéquer, sont regardées comme nulles et de nul effet, étant contraires aux lois, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris. — Blijkbaar vasthoudend aan de opvatting dat bij de maritale macht in hooge mate het publiek welzijn was betrokken <sup>45)</sup> verwierp ook Pothier de mogelijkheid van indirecte inbreuk op die macht door een algemeene machtiging met betrekking tot beschikkingsdaden.

Toch waren de meeningen hierover verdeeld. Zoo vermeldt Ferrière bij art. 234 Cout. <sup>46)</sup> jurisprudentie volgens welke herroeping van een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden, die was gegeven in geval van een séparation de corps, nietig is, zoodat de machtiging zelf blijkbaar geldig wordt geacht. Ferrière teekent hierbij aan: La raison est, que le mari renonçant par ce moyen à la puissance maritale, il ne peut plus changer de volonté, & la femme n'étant plus sous l'autorité de son mari, il n'y a aucune raison qui l'empêche de disposer de ses biens à sa volonté, comme si en effet son mari étoit décédé. Op merkwaardige wijze vormde deze leer de tusschenschakel tusschen het oude recht, volgens hetwelk een séparation zonder meer de onzelfstandigheid der vrouw ophief, en het latere recht van het ancien régime volgens hetwelk ook bij séparation de onzelfstandigheid in zijn belangrijkste consequenties bleef voortbestaan, zonder dat inbreuk daarop geoorloofd was.

Ook volgens Bourjon I p. 588 et s. was een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden niet volstrekt uitgesloten. Deze moest echter gegeven zijn bij huwelijkscontract dat tevens inhield een séparation contractuelle, onder uitdrukkelijke derogatie aan de coutumen. Bourjon noemt dan ook als uitgangspunt onder meer „la maxime que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses”. Ook volgens Bourjon had de man derhalve onder zekere restricties zeggenschap over de maritale macht. Opvallend is dat die zeggenschap slechts ging in zooverre de maritale macht buiten zijn oorspronkelijke grenzen was uitgebreid.

Over een algemeene machtiging tot beheersdaden bestond geen

44) Châtelet de Paris, 22 février 1695: „Nous attestons que l'art. 223 de la coutume de Paris s'observe exactement et à la lettre, sans aucune restriction, de manière que toute femme mariée ne peut vendre, aliéner ni hypothéquer ses immeubles, sans l'autorisation expresse de son mari; que tous les actes faits sans une autorisation expresse, sont nuls, et que par conséquent toutes les autorisations générales, par des procurations, par contrat de mariage ou autres actes, ne peut jamais suppléer ce que la coutume demande, etc.” vgl. ook Pothier, Cout. d'Orl. p. 225 no. 34.

45) vgl. ook het reeds aangehaalde Pothier, Traité de la Comm. Intr. 4.

46) Ferrière II p. 56.

strijd. Daarover zegt Pothier <sup>47)</sup>: Une autorisation générale portée par une procuration du mari, par laquelle il autorise sa femme à administrer ses biens, suffit pour tous les actes et contrats que fait la femme, qui ne passent pas les bornes de cette administration: il suffit pour ces actes, que la femme s'y dise autorisée par la procuration de tel jour, laquelle contient cette autorisation. La femme n'a pas besoin d'autorisation pour ces actes, lorsqu'elle est séparée. — Het is de vraag of deze machtiging, gegeven bij aparte procuration — over een mogelijke machtiging bij huwelijkscontract dadelijk een woord — al dan niet herroepbaar was. Ferrière oordeelde, zagen we, „il ne peut plus changer de volonté”, en bij de bespreking van een algemeene machtiging tot beschikingsdaden gaat Pothier kennelijk uit van het onherroepelijk karakter van zoo'n machtiging, want moeilijk valt in te zien, waarom inbreuk op de maritale macht gemaakt zou worden door een machtiging die de man steeds herroepen kan.

#### § 40.

Beide onderwerpen, séparation contractuelle en autorisation générale, worden door Pothier geheel afzonderlijk behandeld, de eerste in de *Traité de la Communauté*, de laatste in de *Traité de la Puissance du Mari*. Dit is te begrijpen, want, zooals we zagen, beteekende een séparation allereerst een regeling van huwelijksgoederenrecht, terwijl bij de autorisation générale de vraag aan de orde was „comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer?”, vraag die vooral betrof de mogelijke omvang van een machtiging. Inderdaad dus geheel verschillende onderwerpen.

Toch is het van belang, hoewel we dit reeds hier en daar terloops deden, nog nader de onderlinge verhouding van beide te bezien. Twee vragen zien we daarbij onder oogen:

1. Speelde de algemeene machtiging tot beheersdaden een rol ingeval van séparation de biens?
2. Zoo niet, welke rol speelde die machtiging dan?

Wij zagen dat de séparation niet uitgeput was met een regeling van huwelijksgoederenrecht. Daarmee ging gepaard een inbreuk op de maritale macht met betrekking tot beheer. Deze inbreuk was werking van de séparation als zoodanig, zonder dat eenige machtiging tot beheersdaden noodig was. De clause zooals Pothier die mededeelt *que chacun des conjoints jouira séparément de ses biens* rept niet van eenige machtiging. Toch was deze voortaan overbodig. Na met de mogelijkheid van een algemeene machtiging tot beheer te hebben ingestemd laat Pothier onmiddellijk volgen: La femme n'a pas besoin d'autorisation pour ces actes, lorsqu'elle est séparée. Hieruit blijkt wel duidelijk dat volgens Pothier zelfs een algemeene machtiging tot beheersdaden bij een séparation niet meer te pas kwam.

47) *Traité de la Puiss.* 67.

De beschouwingen van Bourjon geven aanleiding tot twijfel. Eerst heet het (I. p. 588): *L'autorisation générale n'est bonne que lorsqu'elle est stipulée par un contrat de mariage & que ce contrat contient une séparation contractuelle, hors ce cas l'autorisation générale est rejetée; etc.* — Wat volgt wekt echer den indruk dat Bourjon hier enkel spreekt over een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden, welke volgens Bourjon immers onder zekere voorwaarden was geoorloofd. Uit deze uitspraak is dan ook niet af te leiden, eenerzijds dat een algemeene machtiging tot beheer niet buiten geval van *séparation mogelijk* zou zijn, anderzijds dat ingeval van *séparation* zoo'n machtiging *noodig* zou zijn. Dit wordt bevestigd door hetgeen Bourjon I p. 512 opmerkt: *Cette séparation l'habilité à tout acte d'administration etc.* — Haar zelfstandigheid inzake beheer is gevolg van de *séparation* zonder meer, niet van eenige machtiging van den man.

Daardoor was de beteekenis van een algemeene machtiging tot beheer niet alleen beperkt tot het geval er geen *séparation* was, maar wordt tegelijkertijd de mogelijkheid ervan buiten geval van *séparation* erkend. Als vanzelfsprekend wordt de mogelijkheid van een machtiging tot beheersdaden verondersteld, ook al heeft de man beheersrecht. De redactie van het eerder vermelde art. 223 der Parijsche coutume doet weliswaar twifelen of daaronder ook beheersdaden begrepen zijn, spreekt immers eerst van „*vendre, aliéner, ni hypothéquer*”, maar vervolgens van „*aucun acte*”, niettemin blijkt dat voor beheersdaden geen andere regeling aanwezig geacht werd, ook wanneer deze niet te begrijpen zijn onder het „*s'obliger*” van art. 234; een beperking, geheel gelijksoortig aan die van gemelde artikelen, vloeide voor de vrouw voort uit het beheersrecht van den man.

Welke was nu de werking van een algemeene machtiging tot beheer? Na de mogelijkheid van een algemeene machtiging tot beschikking verworpen te hebben zegt Pothier: *La même chose est répétée plus bas. Il y est dit, que la procuration générale, de même que la stipulation, faite par un contrat de mariage, pour donner la liberté à une femme de disposer ne peut s'étendre qu'à la jouissance.* — Met „*stipulation faite par un contrat de mariage*” doelt Pothier kennelijk op de *séparation contractuelle*, verwijzing naar *Traité de la Puissance n<sup>o</sup>. 98*. Is hieruit af te leiden dat de vrouw tengevolge van een algemeene machtiging tot beheer niet alleen zelfstandig dit beheer heeft kunnen voeren, maar tevens eigenaresse werd van de vruchten van haar vermogen? Het is zeer te betwijfelen. Pothier gebruikt „*jouissance*” hier in tegenstelling tot beschikking. Bovendien zou een algemeene machtiging dan tevens beteekenen een regeling van huwelijks-goederenrecht, en hoe zou zoo'n regeling nog tijdens huwelijk tot stand hebben kunnen komen?

Pothier's uitspraak geeft nog in ander opzicht te denken. Even te voren stelt hij tegenover elkaar algemeene machtiging „*par une procuration*” en algemeene machtiging „*par un contrat de ma-*

riage", verstaat onder „procuration" derhalve een latere acte, waarbij tijdens huwelijk de machtiging wordt verleend. Er is geen reden om aan te nemen dat Pothier in zijn gemelde uitspraak het woord „procuration" in andere beteekenis gebruikt zou hebben. Daardoor wordt sterk de indruk gewekt als zou Pothier geen onderscheid maken tusschen een algemeene machtiging tot beheer bij huwelijksvoorwaarden gegeven en een *séparation contractuelle*.

Vasthoudend aan het uitgangspunt der schrijvers, nl. vorm en omvang van de machtiging te bespreken, zien wij geen reden om aan te nemen dat de beteekenis van een algemeene machtiging een andere zou geweest zijn dan enkel tegemoet te komen aan de onzelfstandigheid der vrouw, die het gevolg was van het beheersrecht dat de man normaliter had, hetgeen van belang was b.v. bij een afwezigheid van den man van eenigszins aanmerkelijke duur. Of Pothier behalve aan dergelijke voor de hand liggende gevallen ook gedacht heeft aan een algemeene machtiging tot beheer, bij huwelijksvoorwaarden gegeven, is wel zeer te betwijfelen. De oorzaak van die twijfel is vooral gelegen in de omstandigheid dat de algemeene machtiging speciaal werd bezien met het oog op de vraag of een dergelijke machtiging tot *beschikkingsdaden* mogelijk was, waarbij dan terloops de algemeene machtiging tot beheersdaden ter sprake kwam. En zeer waarschijnlijk is, dat Pothier de woorden „*même par un contrat de mariage*" gebruikte om te ageeren tegen de door hem verworpen leer, dat een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden onder zekere voorwaarden mogelijk zou zijn bij *contrat de mariage*, zonder dat uit deze woorden de conclusie is te trekken, dat een algemeene machtiging tot beheer bij huwelijksvoorwaarden wel mogelijk of gebruikelijk werd geacht.

#### § 41.

In aansluiting aan de geschetste opvattingen over de juridische onzelfstandigheid der vrouw luidt art. 217 van de Code Napoléon: *La femme, même non commune, ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.*

Hetgeen volgens redactie der coutumen nog hoogst twijfelachtig was zoo niet uitdrukkelijk verworpen werd, maar allengs in doctrine en rechtspraak was doorgedrongen, werd hier ondubbelzinnig tot regel gesteld: niet alleen voor de vrouw in gemeenschap van goederen gehuwd en de vrouw gehuwd met enkele uitsluiting van gemeenschap, maar ook ingeval van *séparation de biens*, gold dezelfde regel, dezelfde beperking van zelfstandigheid bij het verrichten van rechtshandelingen. Deze uitgebreide onzelfstandigheid werd opzettelijk in de Code neergelegd, getuige de discussie in den Conseil d'Etat over het voorstel om ten op-

zichte van de vrouw, die niet in gemeenschap van goederen gehuwd was — waarbij blijkbaar gedacht werd aan een *séparation* — te handhaven het gebruik van het *pays de droit écrit*, dat haar de vrije beschikking gaf over haar „biens paraphernaux”. Dit voorstel werd verworpen.<sup>48)</sup> Het argument dat Portalis aanvoerde voor deze verwerping is uiterst zonderling: *c'était un abus qui donnait au mari le facilité de dissiper les biens de son épouse: là le mari n'était pas retenu par la nécessité de donner une autorisation publique.* — Niet geheel duidelijk is hoe de man de biens paraphernaux, die de vrouw bovendien beheerde, kon verspillen, en voortaan door de noodzaak van een *autorisation publique* van die verspilling zou worden teruggehouden. Wel een merkwaardige poging om de machtiging te rechtvaardigen in een geval, waarin deze moeilijk te rechtvaardigen was!<sup>49)</sup>

Opmerking verdient dat het art. 217 de bedoelde beperking in de allereerste plaats uitspreekt voor de vrouw, die in gemeenschap van goederen is getrouwd. Dit is het normale geval, waarin de beperking geldt. Verder wordt niet onderscheiden tusschen de gevallen van gemeenschap, uitsluiting van gemeenschap en *séparation*: het is steeds in wezen dezelfde beperking, onverschillig of het betreft goederen van de gemeenschap of *privé-goederen* van de vrouw.

Bevat het artikel ook een beperking ten aanzien van beheersdaden? De Fransche wetgever ging blijkbaar niet uit van een limitatieve opvatting van het artikel, immers aan een voorstel om ook op te nemen, dat de vrouw zich niet zonder toestemming zou kunnen verbinden, werd geen gevolg gegeven. Blijkbaar achtte men dit overbodig.<sup>50)</sup> Waarom zou afgeweken zijn van het stelsel, hetwelk als vanzelfsprekend aannam, dat uit het beheersrecht van den man een beperking voortvloeide voor de vrouw, geheel analoog aan die met betrekking tot andere handelingen? Het wetboek zelf veronderstelt de mogelijkheid, en tevens de noodzakelijkheid voor de vrouw, van een machtiging tot beheersdaden in art. 223: *Toute autorisation générale, même stipulée par contract de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.* — Wij zagen dat dit artikel historisch te zien is als

48) Loaré IV p. 303; Proc.-verb. du Cons. d'Etat, séance du 5 vendémiaire an X, III, no. 35 et 36, Loaré p. 397 et s.

49) Het argument van de *infirmas sexus* deed ook nog hier en daar opgeld. Vgl. bv. Discours de M. Siméon, XI, no. 30; Loaré XIII p. 459 et s.: *Il y a ici plus de protection pour elle contre l'inexpérience et la faiblesse de son sexe.* — Tevens legt Siméon echter nadruk op de omstandigheid dat het hier betreft een *recht* van den man: *Une conséquence plus hardie et plus dangereuse de l'administration du mari en communauté, c'est qu'il peut hypothéquer et aliéner les immeubles personnels à sa femme en prenant son consentement.* — Hierbij blijkt tevens hoe nauw verband men nog legde tusschen de rechten van den man op de gemeenschap en op het eigen goed der vrouw.

Duveyrier sprak van: *cette règle protectrice des intérêts de la femme, et surtout de la prérogative maritale.* (Rapport par M. Duveyrier VIII, no. 18; Loaré XIII, p. 348).

50) Observations du Tribunat, VII, no. 24; Loaré IV p. 458.

nadere uitwerking van art. 217, nadere regeling omtrent mogelijke omvang van de machtiging.<sup>51)</sup> Met machtiging in art. 223 is niet iets anders bedoeld dan in art. 217. De woorden „*même stipulée par contrat de mariage*” dienen ter uitdrukkelijke verwerping van de leer dat een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden soms mogelijk zou zijn bij huwelijkscontract.

Het is derhalve onverschillig of art. 217 al dan niet uitdrukkelijk beheersdaden vermeldt. Het stelsel van de Code is aldus, dat de beperking die voor de vrouw voortvloeit uit het beheersrecht dat art. 1428 aan den man toekent op geheel dezelfde wijze is op te heffen als, en daarom niet in wezen verschilt van, de beperking die art. 217 inhoudt. Wellicht achtte men het daarom overbodig in art. 217 uitdrukkelijk van beheersdaden te reppen.

Niettemin is in art. 217 allereerst gedacht aan beschikkingsdaden. Uit de woorden „*même...séparée de biens*” is dan ook allermint af te leiden dat de vrouw ingeval van *séparation* nog machtiging voor beheersdaden zou noodig hebben, maar evenmin dat art. 217 normaliter geen beheersdaden zou betreffen. De bedoeling van gemelde woorden is om buiten twijfel te stellen, hetgeen tevoren immers geenszins boven alle twijfel verheven was, dat ook ingeval van een *séparation* een machtiging tot beschikkingsdaden niet ontbeerd kon worden. Daarnaast is alle plaats voor een uitzondering op het beginsel van art. 217 j<sup>o</sup> 1428 met betrekking tot beheer, uitzondering die, zooals we dadelijk zien zullen, inderdaad gemaakt werd door een *séparation*.<sup>52)</sup>

Art. 1428 C. N. luidt aldus: *Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires.* — Dit artikel is geplaatst in de afdeling handelende over „*l'administration de la communauté*” (Livre III. Titre V. Cap. II), die aldus aanvangt: *Le mari administre seul les biens de la communauté* (art. 1421). Stuiten we hier op een systematische misgreep, zooals Asser bl. 68 blijkbaar aanneemt? Het is te betwijfelen. Het Fransche régime de communauté omvatte niet alle goederen der echtgenooten (art. 1401 et s.) Een regeling ten aanzien van de privé-goederen der vrouw was derhalve zeer goed te rijmen met

51) vgl. Demolombe IV. 203.

52) Een soortgelijke uitzondering op art. 217 maakt art. 1449 met betrekking tot beschikking over roerende goederen. Aldus ook overwegend de Fransche litteratuur. De rechtspractijk echter acht art. 1449 lid 2 beheerscht door lid 1, en acht beschikking over roerend goed dus slechts geoorloofd voorzover daarin een beheersdaad is te zien, en overigens wanneer de vrouw met machtiging handelt. Vgl. de Maleville I p. 229 ad art. 217 en id. III p. 255 ad art. 1449; vgl. ook Asser bl. 68/69; Kipp S. 8; Demolombe IV. 155; Planiol-Ripert-Nast IX. 1023, 1025 en 1029 sub 2; Aubry et Rau VIII § 516 b en noot 77 ald.; Planiol III. 1452/1453; vooral Moissinac, Essai sur la Séparation de Biens contractuelle, Th. Dr. Paris 1920 p. 45/56.

het bestaan van bedoeld régime. Bovendien, dit lijkt ons hoogst belangrijk, blijkt uit de plaats van het artikel dat men nog niet geheel vergeten was de nauwe band die eens bestond tusschen de rechten van den man op de goederen van de vrouw en de vermogensrechtelijke organisatie van het huwelijk, en dat tusschen deze rechten van den man en die hij heeft ten aanzien van de gemeenschap nog steeds geen wezenlijk onderscheid gemaakt diende te worden.<sup>53)</sup>

Er bestond nauw verband tusschen een *séparation* krachtens rechterlijk vonnis en een *séparation contractuelle*. Het eenig verschil tusschen beide in wezen gelijke instituten bestond daarin, dat de eerste ongedaan gemaakt kon worden, de laatste daarentegen niet en dat de regeling van de bijdrage der vrouw in de kosten van de huishouding verschillend was (vgl. artt. 1448 en 1537).<sup>54)</sup> Overigens waren de gevolgen dezelfde.<sup>55)</sup>

Art. 1449 C. N. zegt voor de *séparation* krachtens vonnis: *La femme séparée, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son mobilier, et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus* — en art. 1536 voor de *séparation contractuelle*: *Lorsque les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus.*

Met beide uitdrukkingen, „*libre administration*” en „*entière administration*” is ongetwijfeld hetzelfde bedoeld, en gezien de werking van de *séparation* zooals we die weergegeven vonden bij Pothier, is het duidelijk dat deze bedoeling is om tot uitdrukking te brengen, dat de vrouw beheersdaden ten aanzien van haar eigen vermogen kon verrichten zonder eenige machtiging daartoe noodig te hebben<sup>56)</sup>. Dit is volkomen in overeenstemming met

53) vgl. ook Rapport de M. Duveyrier, VIII, no. 18 et s. (Loché XIII, p. 348 et s.); verder id. no. 46 (Loché p. 374): ... le mari aura l'administration de tous les biens de la femme, et le droit de percevoir le mobilier par elle apporté, et les fruits des immeubles pour soutenir les charges du mariage. — De artt. 1530 en 1531 geven op gelijke wijze den man beheersrecht bij het régime sans communauté. Vgl. over het verband tusschen de artt. 1428 en 1531: Planiol-Ripert-Nast IX, 991 en 999.

54) vgl. Pothier, Traité de la Comm. 465.

55) Voorbeeld van de gelijkstelling van beide régimes vinden we bij Demolombe IV. 148: „il n'existe qu'une seule espèce de séparation de biens, de quelque cause d'ailleurs qu'elle procède, du contrat de mariage ou d'un jugement”. De kwestie was hier of de beschikkingsbevoegdheid welke art. 1449 de vrouw toekent t.a.v. haar roerende goederen ook bestaat bij een *séparation contractuelle*. Volgens Demolombe dient art. 1449 ook toegepast te worden bij een *séparation contractuelle*. Dat overigens over de betekenis van de bepaling van art. 1449 lid 2 strijd bestaat merkten we reeds op in noot 52.

Planiol-Ripert-Nast IX. 1005 spreekt van één régime met *double source*; vgl. Planiol III. 1427 en 1451 et s.; Aubry et Rau VIII. § 532; Moissinac p. 62.

56) vgl. Moissinac p. 39 et s. Op bl. 40/41 vermeldt Moissinac een contrat de mariage, waaraan we het volgende ontleenen: „La future épouse aura

het systeem van de Code, want waarop zou een machtiging nog gebaseerd kunnen zijn nu het beheersrecht den man geheel onthouden werd, en daarmee de eenige grondslag van een machtiging tot beheer is verdwenen? (vgl. de schrijvers genoemd in noot <sup>67</sup>).

De artt. 1537—1539 regelen dan de verdere gevolgen van de clause de séparation. Wij laten van deze artikelen nog volgen art. 1538: Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice. Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle. — Als eenige rechtvaardiging van deze beperking in de zelfstandigheid der vrouw, die we ook in art. 1449 vonden, is aan te voeren „la puissance maritale, qui existe toujours tant que le mariage n'est point dissous” <sup>57</sup>). De vraag of voortbestaan van die macht bij séparation inderdaad gerechtvaardigd was, verdiende blijkbaar geen nadere bezinning meer. Evenzoo merkte Duveyrier op: Elle (la séparation de biens) conserve le mariage, son autorité, ses réglemens principaux <sup>58</sup>). „La loi du mariage”, die met zich bracht de maritale macht, bleef bestaan. Ook al was de bedoeling van de séparation dat de vrouw terugnam „tout ce qu'elle avait confié au mariage” <sup>59</sup>), dat derhalve de eenheid van de huwelijkssamenleving in economisch opzicht werd verbroken, hetgeen een enkele exclusion de communauté niet vermocht, niëtfemin handhaafde men de oorspronkelijk juist op die eenheid gebaseerde maritale macht in zijn belangrijkste consequenties en de daarmee gepaard gaande onzelfstandigheid der vrouw. De Code week niet af van de reeds eerder getrokken lijn <sup>60</sup>).

Het tweede lid van art. 1538 verwerpt uitdrukkelijk de, tevoren

l'entière administration de ses biens, meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus. Elle est autorisée irrévocablement sur de simples signatures à (volgt een opsomming van handelingen) et généralement faire tous actes d'administration sans avoir besoin de l'autorisation du mari, ni de son concours”. Hieruit is niet af te leiden dat men behalve de clause de séparation nog een algemeene machtiging noodig achtte. Uit de slotzinsnede blijkt dat de „autorisation” uit de akte slechts bedoelt weer te geven de werking van de séparation als zoodanig. Dit is in overeenstemming met de opvatting der Fransche auteurs, die de algemeene machtiging tot beheersdaden, bedoeld in art. 223, vereenzelvigen met een séparation contractuelle (zie noot 66). Vgl. ook Moissinac p. 80/81. Naar hetgeen Moissinac p. 155 meedeelt, eischt de Fransche practijk zelfs bij beheershandelingen dikwijls nog *concours du mari*. Dit is echter gevolg van de onzekerheid die dikwijls bestaat omtrent de grenzen van de *capacité* der vrouw i.v.m. de grens tusschen beheer en beschikking. Niet van een onjuist inzicht in de werking van de séparation als zoodanig.

57) Exposé de motifs par M. Berlier, VII, no. 18 (Loché XIII, p. 284).

58) Loché XIII, p. 359.

59) Duveyrier, Loché XIII, p. 361.

60) Bij de wet van 6 Febr. 1893 is art. 311 C.C. in dien zin gewijzigd dat na een séparation de corps de vrouw haar zelfstandigheid geheel herkrijgt. Vgl. Planiol-Ripert-Rouast II. 682, Planiol-Ripert-Nast IX. 725 en Planiol I. 931 en 945.

Krachtens een wet van 1907 is de onzelfstandigheid der vrouw opgeheven ten aanzien van de vruchten van haar arbeid, de z.g. biens réservés. Vgl. Moissinac p. 70/71; Planiol-Ripert-Rouast II. 431, Planiol III. 1439.



betwiste, mogelijkheid van een algemeene machtiging tot beschikking over onroerend goed, ook al is er *séparation*, en zelfs bij huwelijksvoorwaarden.

§ 42.

Het standpunt dat de Code Civil inneemt ten aanzien van onze vraag kunnen we als volgt samenvatten.

De man heeft als hoofd van de huwelijks-samenleving maritale macht. Die maritale macht bestaat ten aanzien van de persoon van de vrouw (artt. 213 en 214 C. C.) en komt daarin tot uitdrukking, dat de man de leiding heeft van de economische eenheid welke het huwelijk normaliter uitmaakt. Deze laatste manifestatie van de maritale macht brengt mee dat de man beschikken mag over de vruchten van de goederen der vrouw, hetzij omdat die vruchten in eenige gemeenschap van goederen vallen, dan wel omdat, bij uitsluiting van gemeenschap, de goederen der vrouw niettemin dienstbaar zijn aan het gezamenlijk belang. Dit recht op die vruchten is derhalve gebonden aan de bestemming *pour soutenir les charges du mariage* (art. 1530 C. C.).

De positie van den man als hoofd van de economische eenheid, of zooals art. 1388 C. C. kortweg uitdrukt, zijn positie *comme chef*, brengt mee dat hij rechten heeft ten aanzien van de goederen, welke tesamen die eenheid uitmaken. Dat zijn allereerst eventueele gemeenschaps-goederen en vervolgens, behalve zijn eigen goederen, die der vrouw. Ten aanzien van de goederen der vrouw heeft de man normaliter beheersrecht (art. 1428 en 1530 C. C.), terwijl art. 217 aan de vrouw de beperking oplegt, dat zij geen beschikingsdaden mag verrichten zonder toestemming van den man, hetgeen is uit te breiden tot het aangaan van iedere verbintenis. Deze beperking moet opgevat worden als keerzijde van een *recht* van den man. Niet een recht op de *persoon* van de vrouw, maar een recht op haar *goederen*. Het is een recht van medezeggenschap in genoemde handelingen, waardoor de man in staat is contrôle over het vermogen der vrouw uit te oefenen. Zoowel dit recht van den man als de daarmee gepaard gaande beperking voor de vrouw zijn te zien als uitvloeisel van de positie van den man als hoofd van de economische eenheid, of, zoo men wil, van zijn *droit de jouissance*. Zijn recht van beheer en zijn recht om te machtigen berusten derhalve op een en dezelfde grondslag<sup>61</sup>).

61) Planiol-Ripert-Rouast II. 374 zegt: „l'autorité maritale n'est pas autre chose que la fonction de direction de la société conjugale”. Als uiting van die maritale macht noemt Pl.-Rip. 375 b. 7: het recht om de vrouw te machtigen. Vgl. id. 442. Als grond van 's mans beheersrecht krachtens art. 1428 noemt Planiol-Ripert-Nast VIII. 576 *in fine*: „la loi a voulu assurer l'unité de direction dans la gestion des intérêts communs et personnels des époux”. Vgl. nog Planiol I. 889, 920 en 927: *incapacité* is gevolg van de macht van den man op de *goederen* der vrouw. Aubry et Rau VII. § 472: „(l'autorisation) est moins requise dans l'intérêt personnel de la femme elle-même que dans celui du mari, considéré comme chef de l'union conjugale, et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent”.

Fransche schrijvers hebben meermalen beweerd dat de onzelfstandigheid der vrouw krachtens art. 217 een andere grondslag zou hebben dan de door ons genoemde. Wij zagen dat, in 't bijzonder ook bij het totstandbrengen van de Code, inderdaad ook andere gedachten naar voren zijn gebracht. Allereerst is te noemen de opvatting dat de vrouw aan bedoelde beperking onderworpen is ter bescherming tegen een *faiblesse de son sexe*. Dat dergelijke beschermings-gedachte ten grondslag zou liggen aan de onzelfstandigheid der vrouw hebben we reeds eerder bestreden. Ook voor de Code is dit niet aan te nemen <sup>62)</sup>.

Een andere verklaring van de *incapacité* der vrouw is gezocht in de macht van den man *sur la personne de la femme*. Dit gezag zou niet gedoogen dat de vrouw eenige rechtshandeling verricht buiten goedvinden van den man, en deze beperking zou daarom voor de vrouw bestaan zoolang het huwelijk duurt. Ja, zelfs heeft men deze beperking voor de vrouw willen baseeren op haar verplichting tot gehoorzaamheid <sup>63)</sup>. Als regel beroept men zich dan op Pothier, die zooals we zagen, immers zegt dat de machtiging vereischt is „en faveur du mari, pour maintenir la puissance qu'il a sur sa femme” (Puiss. 4) en „La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet à sa femme de rien faire que dépendement de lui” (Puiss. 3) en „l'autorisation ... ayant son fondement dans la puissance que son mari a sur sa personne” (Puiss. 15). De beteekenis van deze uitspraken is echter vooral hierin te zoeken dat Pothier stelling kiest tegen de opvatting, dat de oorzaak van de onzelfstandigheid der vrouw in haar *eigen* belang zou zijn gelegen, evenals de onzelfstandigheid van een minderjarige bestaat *en faveur du mineur* zelf. Pothier wil dus vooral de nadruk erop leggen dat de oorzaak van de onzelfstandigheid der vrouw te zoeken is in het belang van den man, in een *recht* dat zijn *puissance* hem verschaft. Met een enkele verwijzing naar die *puissance* is echter nog niet veel verklaard. De vraag blijft, hoe het komt dat de macht van den man juist tot uitdrukking komt in *deze* manifestatie, in een *vermogensrechtelijke* onzelfstandigheid der vrouw. Het antwoord op deze vraag vindt men door te wijzen op de positie van den man als hoofd van de huwelijks-samenleving als eenheid in economisch opzicht <sup>64)</sup>. Trouwens ook Pothier, zagen we, legt in *Traité de la Pruiss.* 19 verband tusschen de *incapacité* der vrouw en het *droit de jouissance* van den man. Eenerzijds vinden we dus bij Pothier abstractie van de onzelf-

62) vgl. Demolombe IV. 113/117; Planiol-Ripert-Rouast II. 404, 451/453 meent niettemin dat de Code noodzaakt de bescherming als grondslag te accepteren *naast* de *puissance maritale*. Vgl. ook Aubry et Rau I. § 86; id. VII. § 472 note 5; Jossierand I. 594.

63) vgl. Demolombe IV. 120; Aubry et Rau VII. § 472; Planiol I. 927.

64) Zoo was het ook in ons oud-Vaderlandsche recht: het belang van den man was grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw, dit belang van den man werd echter nader bepaald door de noodzakelijk geachte vermogensrechtelijke eenheid.

standigheid der vrouw van zijn concrete grondslag, anderzijds toch weer een vasthouden aan die grondslag zelf.

Onder invloed van dergelijke opvattingen tot stand gekomen, vertoont de Code reeds eerder aangeduide inconsequenties. Echter, inconsequenties slechts. In wezen heeft de onzelfstandigheid der vrouw geen wijziging ondergaan. De invloed van bedoelde opvattingen bleef noodzakelijk beperkt tot het uitbreiden van de onzelfstandigheid der gehuwde vrouw buiten de grenzen welke in de eenheid van belangen hun rechtvaardiging vinden (vgl. b.v. art. 1538 C. C.). De onderlinge verhouding van de artikelen, welke de rechten van den man en de onzelfstandigheid van de vrouw regelen, moet beoordeeld worden naar datgene wat de wezenlijke grondslag is van beide instituten en niet naar deze of gene dwaalleer, ook al heeft die zekere invloed gehad.

Doordat de man normaliter het vermogen van de vrouw beheert (art. 1428 en 1531) mist de vrouw normaliter dat beheer. Dit missen van beheer is voor haar een beperking, welke niet in wezen verschilt van de beperking welke art. 217 in 't algemeen aan de vrouw oplegt: recht van beheer en recht om te machtigen berusten op dezelfde grondslag. Ondanks het beheersrecht van den man kan daarom de vrouw met machtiging van den man ook zelf beheersdaden verrichten. Art. 223 veronderstelt dit. Veel Fransche auteurs vatten art. 217 zoo ruim op dat het artikel ook voor beheersdaden een beperking inhoudt<sup>65</sup>). Uit het vorenstaande blijkt, dat deze beperking krachtens art. 217 dan niet staat *naast* het missen van beheersrecht, als een onbekwaamheid *naast* een onbevoegdheid, maar dat art. 217 dan ten aanzien van beheer zegt, wat reeds voortvloeit uit het beheersrecht van den man, nl. dat de vrouw zonder zijn machtiging geen beheersdaden kan verrichten.

Bij de bespreking van art. 217 maakt Demolombe (IV. 145 et s.) onderscheid of de man al dan niet beheert. Indien de man beheert is de vrouw „absolument incapable”, d.w.z. „incapable” ten aanzien van *alle* rechtshandelingen. „Les pouvoirs sont alors dans les mains du mari”. Ook het beheersrecht. De beperking welke dit met zich brengt acht Demolombe blijkbaar geheel equivalent aan die welke art. 217 in 't algemeen inhoudt<sup>66</sup>).

65) vgl. Demolombe IV. 145 etc.; Aubry et Rau VII. § 472 sub 2; Planiol-Ripert-Rouast II. 409 (met beroep op art. 1449 *a contrario!*); Planiol I. 933; Colin et Capitant I p. 627; Jossierand I. 600.

66) Onbegrijpelijk is daarom dat D. 205 een machtiging tot beheer acht uitgesloten. Mogelijk speelt hem hier toch een onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid door het hoofd: „les époux ne sauraient changer ainsi le contrat de mariage, et attribuer comme un droit propre à la femme, un droit que ce contrat attribue au mari”. Een „machtiging” tot beheer beschouwt D. dan als mandaat, ook een algemeene machtiging volgens art. 223, als deze tijdens huwelijk is gegeven. Aldus wordt het verband tusschen de artt. 223 en 217, hetwelk D. in no. 203 toch legt doordat hij in art. 223 ziet uitgedrukt het beginsel van de specialiteit der machtiging, miskend: art. 223 zou ten deele een ander machtigingsbegrip op het oog hebben dan art. 217. Een algemeene

Andere schrijvers, zagen we, betrekken met name beheersdaden onder de werking van art. 217. Dat de vrouw zonder machtiging geen beheersdaden kan verrichten is keerzijde van het beheersrecht van den man. Geeft hij zijn machtiging dan handhaaft hij zijn recht van beheer.

Hieruit volgt dat, wanneer het beheersrecht aan den man geheel onthouden of onttrokken wordt, zooals geschiedt bij een *séparation de biens*, hetzij contractuelle hetzij judiciaire, alsdan mét het beheersrecht het recht om te machtigen tot beheersdaden is weggevallen. Het bleek dan ook dat de vrouw in de genoemde gevallen zonder machtiging het beheer over haar vermogen kan voeren (zie de vorige §)<sup>67</sup>).

Dat voor het overige de handhaving van de maritale macht in zijn vermogensrechtelijke manifestatie bij een *séparation* ten onrechte geschiedt, merkten we reeds meerdere malen op<sup>68</sup>).

machtiging tot beheer, bij huwelijksvoorwaarden gegeven, vereenzelvigt D. met de *séparation contractuelle* „auquel cas, à vraie dire, la femme n'a pas besoin du tout d'autorisation (vgl. id. 324). Dit is op zichzelf weer moeilijk te rijmen met het tevoren gemaakt onderscheid tusschen bevoegdheid en bekwaamheid tot beheer. Vgl. Aubry et Rau VII. § 472 note 69; id. VIII. § 510 note 10 bis. Vgl. Planiol-Ripert-Rouast II. 456<sup>2</sup>: algemeene machtiging tot beheer bij huwelijksvoorwaarden gegeven „concerne le régime de séparation de biens dans lequel la femme garde l'administration de ses biens". Dit moet aldus opgevat worden dat met een algemeene machtiging hier bedoeld wordt de *séparation*, niet aldus, dat behalve clause de *séparation* nog een algemeene machtiging noodig zou zijn. Dit blijkt duidelijk uit Planiol-Ripert-Nast IX. 1022/1023 (zie noot 67). Pl.-Rip. betwijfelt of een algemeene machtiging tot beheer, later gegeven, mogelijk is, in verband met „l'immutabilité des conventions matrimoniales", en vraagt zich af of daarom hier sprake is van mandaat. In tome VIII. 560 en 582 schijnt deze twijfel echter overwonnen wanneer het handelen voor de gemeenschap betreft, omdat de algemeene machtiging ten allen tijde herroepbaar is. Overigens acht Pl.-Rip. een machtiging tot beheer mogelijk, ook al beheert de man; vgl. Planiol-Ripert-Nast VIII. 577 en Planiol I. 979; id. III. 1065.

Pl.-Rip. erkent de mogelijkheid dat de vrouw voor de gemeenschap handelt met machtiging van den man. Enkele *autorisation* is voldoende. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van handelen krachtens mandaat. Vgl. Planiol-Ripert-Rouast II. 460; Planiol-Ripert-Nast VIII. 516, 520<sup>1</sup>, 523, 551, vooral 559 et s. Volgens no. 551 is de belemmering voor de vrouw hier gelegen in een *défaute de qualité*. Als deze beperking is op te heffen door een enkele *autorisation* krachtens art. 217, waarin zou dan de beperking krachtens dit laatste artikel in 't algemeen anders bestaan dan in een *défaute de qualité*, d.w.z. een missen van bevoegdheid omdat deze aan den man in zijn hoedanigheid van hoofd van de vermogensrechtelijke eenheid behoort? Vgl. nog Planiol-Ripert-Nast VIII. 587.

67) Vgl. Demolombe IV. 147, 154, 205, 279 *in fine*; Aubry et Rau VII. § 472 sub 2; Planiol-Ripert-Rouast II. 426; Planiol-Ripert-Nast IX. 1022/1023 spreekt van een *demi-capacité* der vrouw; Planiol I. 944; id. III. 1441/1442; Colin et Capitant I p. 632/633; Jossierand I. 608; Moissinac p. 50 en 57 et s.

68) Het argument dat behoud van het vermogen der vrouw is een „*intérêt permanent et essentiel du mariage*" lijkt ons niet afdoende, nu bij een *séparation* juist de economische eenheid is verbroken. Vgl. Demolombe IV. 151.

Vgl. Planiol-Ripert-Rouast II. 406: „il est excessif ... d'imposer le contrôle du mari sur la manière dont la femme gère son patrimoine alors que par contrat de mariage il lui en a laissé la jouissance".

## HOOFDSTUK IV.

### § 43.

In dit hoofdstuk zullen wij trachten uiteen te zetten hoe het stelsel van ons Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het onderwerp dat ons bezig houdt moet gezien worden, in aansluiting aan het oud-Vaderlandsch recht en onder invloed van het Fransche recht.

Wij zagen hoe in het oud-Vaderlandsch recht de macht van den man, gerechtvaardigd met beroep op een goddelijke wet, maar met concrete grondslag in de economische eenheid van de huwelijks-samenleving, de eenige oorzaak was van de juridische onzelfstandigheid der vrouw. (Voorzoover de macht van den man ten doel had eenheid in ander dan economisch opzicht te verwezenlijken, laten we deze buiten beschouwing). Deze macht van den man vond weliswaar niet steeds nauwgezet zijn afbakening binnen de grenzen welke het gezamenlijk belang trok — vooral in Holland was die macht onnoodig uitgebreid — niettemin was de met die macht corresponderende onzelfstandigheid der vrouw in 't algemeen niet buiten die grenzen uitgebreid. Wij denken hierbij speciaal aan de domineerende regel, dat de vrouw zelf door haar handelingen, zonder toestemming verricht, was gebonden voorzoover het huwelijksbelang daar niet meer bij betrokken was.

Wij zagen verder hoe in het oud-Fransche droit coutumier een ongeveer gelijke toestand bestond. Ook daar macht van den man, nu streng binnen de perken van gewenschte eenheid, en daarmee corresponderende onzelfstandigheid der vrouw, eveneens streng binnen dezelfde perken. We zagen tevens hoe onder invloed vooral van het uitheemsch waardeoordeel, dat de vrouw bescherming zou behoeven, deze ongelijkheid in het latere droit coutumier werd toegespitst op een wijze die niet in overeenstemming was te brengen met de concrete grondslag van die ongelijkheid, zonder dat evenwel gemelde invloeden in staat waren de wezenlijke grondslag ervan te wijzigen. Deze grondslag bleef gelegen in het feit dat de man macht had, macht allereerst in het gezamenlijk belang, maar overigens gemotiveerd met de weinig zeggende overweging dat het huwelijk deze macht nu eenmaal meebracht. Nog steeds bleef de onzelfstandigheid der vrouw enkel en alleen keerzijde van die macht. De juridische ongelijkheid tusschen man en vrouw vertoonde daardoor uiterlijke inconsequenties, welke de Fransche wetgever bij de codificatie niet heeft weten weg te nemen.

### § 44.

Van welk standpunt is de Nederlandsche wetgever in deze gelegenheid uitgegaan?

Art. 85 Ontwerp 1820 (art. 95 Ontwerp 1816) luidde: „Getrouwde vrouwen, minderjarigen, mitsgaders zoodanige meerderjarigen, welke ... onder curateele gesteld zijn, hebben die algemeene bevoegdheid niet (bedoeld is bevoegdheid tot de uitoefening van alle burgerlijke rechten, art. 84 Ontw.), maar worden in de uitoefening van de meeste hunner regten vertegenwoordigd, of bijgestaan, door hunne mans, voogden of curateuren. Deze worden *onmondigen* genaamd”. Hier wordt uitdrukkelijk een gelijkstelling uitgesproken tusschen de getrouwde vrouw en minderjarigen, gelijkstelling waarvoor men zich tot dusverre als regel angstvallig had gehoed. Is hieruit nu af te leiden dat de Wetgever, ofschoon het artikel niet wet werd, niettemin uitging van de gedachte dat de ratio van de onzelfstandigheid der getrouwde vrouw, evenals voor de andere in het artikel genoemde onzelfstandigen, gezocht moet worden in het belang van de onzelfstandige zelf? Op zichzelf geenszins. Doordat art. 84 Ontw. als criterium voor mondigheid aanneemt of men al dan niet bevoegd is tot de uitoefening van alle burgerlijke rechten, is het duidelijk dat de getrouwde vrouw tot de onmondigen gerekend diende te worden. Daarmee is alleen gezegd dat haar rechtspositie *feitelijk* zekere overeenstemming vertoonde met die van een minderjarige, zonder dat bedoeld is te zeggen dat beider onzelfstandigheid in wezen zou overeenstemmen <sup>1)</sup>.

Merkwaardige inconsequentie toont het Ontwerp 1820 als we vergelijken art. 226 volgens hetwelk de vrouw zelfs na scheiding des huwelijks niet kan worden aangesproken uit handelingen, buiten bewilliging van haar man aangegaan, en art. 233: De vrouw, uit hoofde van eene onderhandeling, buiten den man aangegaan, eenige overgifte van goederen of betaling gedaan hebbende, zal, na scheiding des huwelijks, het overgegevene of betaalde, uit dezen hoofde, niet kunnen teruggeischen <sup>2)</sup>. Het is herinnering aan de vroeger vermelde leer van v. d. Keessel Thes. Sel. XCVI, dat de vrouw die zonder 's mans toestemming handelt niet *civiliter* maar wel *naturaliter* gebonden zou zijn. Deze leer vormt aldus de brug tusschen het oud-Vaderlandsch en het nieuwe recht, welke laatste, zonder de continuïteit in de rechtsontwikkeling te schokken, meebracht dat de vrouw noch *civiliter* noch *naturaliter* wordt gebonden <sup>3)</sup>. Art. 233 Ontw. werd immers niet wet, want men nam zijn toevlucht tot een vertaling van art. 225 van de Code, ons art. 171. Een van de kloven tusschen het Fransche en het oud-Vaderlandsch recht was gedicht.

Daardoor is echter in ons recht dezelfde inconsequentie getreden die ook het Fransche systeem ontsiert. Immers, als de

1) vgl. de Groot Inl. I. 4. 6 j<sup>o</sup> 1: de gehuwde vrouw wordt tot de onmondigen gerekend, ofschoon, zooals we zagen, wezenlijk groot verschil bestond tusschen de onzelfstandigheid van de gehuwde vrouw en die van de minderjarige.

2) vgl. art. 219 en 228 Ontwerp 1816 en art. 159 en 167/168 Wetb. L.N.

3) vgl. echter Diephuis IV bl. 212; blijkbaar was de leer dat de vrouw wel *naturaliter* gebonden is niet algemeen verlaten.

grondslag van de maritale macht is gelegen in: concentratie van macht in handen van den man omwille van de eenheid, dan is slechts als gevolg van een handelen door de vrouw zonder vereischte autorisatie te verdedigen hêt zij dat deze handelingen ten opzichte van den man zonder gevolg zijn, en ten opzichte van de vrouw slechts in zooverre het gezamenlijk belang dient mee te brengen, hêt zij dat zoo'n handeling volstrekt nietig is, omdat schending van de maritale macht, die bij uitstek als van publieke orde wordt beschouwd, juridisch geen enkel gevolg kan hebben, m.a.w. die maritale macht juridisch onschendbaar is. Een regeling echter die aldus is, dat na ontbinding van het huwelijk ook de vrouw zich nog op de nietigheid kan beroepen, zonder dat die nietigheid overigens volstrekt is, is wel moeilijk te rijmen met een grondslag van de onzelfstandigheid zooals deze tevoren onmiskenbaar was. Deze regeling kan slechts als achtergrond hebben de gedachte dat de vrouw om haar zelfs wil onzelfstandig is, althans mede om haar zelfs wil. Inderdaad uitte de Regeering zich in dezen zin: „La femme peut cependant invoquer le défaut d'autorisation, parce que la loi suppose qu'elle ne peut veiller à ses intérêts sans l'assistance de son mari, elle est comme un mineur" <sup>4)</sup>).

Bij deze enkele ongerijmdheid is het echter niet gebleven. In navolging van art. 217 C. C. werd art. 163 aldus geformuleerd: De vrouw, al is zij zelfs buiten gemeenschap van goederen getrouwd, of van goederen gescheiden, enz. — zonder dat men zich afvroeg of inderdaad de beperking die art. 163 voor de vrouw zou brengen gerechtvaardigd was juist in deze zoo nadrukkelijk genoemde gevallen. Had de wetgever zich rekenschap gegeven van de onzelfstandigheid zooals die tevoren steeds bestond, dan had hij ongetwijfeld ingezien, dat de eenheid in economisch opzicht, die de overwegende grondslag had uitgemaakt van die onzelfstandigheid, door een enkele uitsluiting van gemeenschap weliswaar niet werd verbroken, maar wel door een scheiding van goederen. Dan was de wetgever ongetwijfeld tot de conclusie gekomen dat bij uitsluiting van gemeenschap alle reden bestond de maritale macht volledig te handhaven, derhalve ook de onzelfstandigheid der vrouw, dat echter deze reden ten eenenmale ontbrak bij scheiding van goederen.

Met bedoelde vroegere grondslag voor oogen valt evenmin in te zien waarom een normaliter benoedigde machtiging in geval van verhindering van den man zou moeten vervangen worden door een machtiging van den rechter. Immers wanneer inderdaad de enkele grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw is gelegen in door den man alleen omwille van de eenheid uit te oefenen macht, is moeilijk in te zien waarom niet de vrouw, bij

4) vgl. echter hetgeen we reeds zeiden t.a.v. art. 85 Ontw. 1820. Zie Voorduin II bl. 289; vgl. v. d. Voort bl. 143; Asser-Scholten I bl. 128; Völlmar I no. 106; Veegens-Pitlo I bl. 179.

verhinderende van den man om als vertegenwoordiger van die eenheid op te treden, tijdelijk zonder meer deze functie zou kunnen vervullen. Dit is niet in strijd met die eenheid, maar doet deze juist op de meest doeltreffende wijze tot uitdrukking komen. Rechterlijke tusschenkomst is dan nog wel te motiveeren, namelijk om te constateeren dat er inderdaad reden bestaat voor deze tijdelijke machtsovername, niet echter als vervanging van maritale machtiging. Dat, indien men deze tusschenkomst eenmaal aanvaardt, men gemakkelijk tot de opvatting van een vervangende machtiging kan komen is duidelijk. Dit is daarom niet de meest frappante inconsequentie van ons wettelijk systeem.<sup>5)</sup>

Een en ander doet ons nogmaals vragen: Heeft onze wetgever niet gebroken met het bestaande systeem, moet niet voor ons recht inderdaad worden aangenomen, dat de onzelfstandigheid die art. 163 voor de gehuwde vrouw uitspreekt in haar eigen belang bestaat, om haar te beschermen evenals een minderjarige of onder curateele gestelde juridisch onzelfstandig is ter bescherming tegen eigen onervarenheid of eigenschappen die een onbelemmerde rechtsuitoefening niet verantwoord zouden maken? Daarnaast zouden dan de oude argumenten, ontleend aan noodzakelijke eenheid, niet hun waarde verloren hebben, maar tesamen met bedoelde bescherming ten grondslag liggen aan de onzelfstandigheid der getrouwde vrouw.

Deze onzelfstandigheid zou dan een gecompliceerd karakter vertoonen, in de eene manifestatie te verklaren uit deze gedachte, in een andere manifestatie uit gene. Om inzicht te krijgen in die onzelfstandigheid zouden we dan moeten onderscheiden of bij een bepaalde door de vrouw te verrichten handeling het gezamenlijk belang is betrokken, dan wel of dit niet het geval is. Is het eerste het geval, dan zouden beide grondslagen tesamen loopen, dan zou de onzelfstandigheid der vrouw tweeledig zijn. Is het laatste het geval, dan zou er alleen sprake kunnen zijn van bescherming.

#### § 45.

Wanneer wij tot dusverre spraken van de ondergeschikte positie die voor de vrouw het gevolg is van de juridische ongelijkheid der echtgenooten gebruikten wij nu eens het woord „onbevoegdheid”, dan weer het woord „onbekwaamheid”, als regel echter het neutrale „onzelfstandigheid”. Nu we stuiten op een mogelijke tweeledigheid in die ondergeschiktheid is het moment gekomen om onze terminologie te kuischen. In die gevallen, waarin de onzelfstandigheid der vrouw bestaat terwille van de eenheid, welke eenheid bereikt wordt door een regeling van macht over het gezamenlijk belang der echtgenooten zullen we spreken van *onbevoegdheid* der vrouw. Indien daarentegen van onzelfstandig-

5) Ingeval van weigering of tegenstrijdig belang is de tusschenkomst van den rechter alleszins gemotiveerd. Vgl. Planiol-Ripert-Rouast II no. 470 et s.



heid sprake is, die zijn grondslag zou vinden in bescherming, spreken we van *onbekwaamheid* (zie § 1). De maritale macht, die tevoren de actieve kant van de onbevoegdheid der vrouw uitmaakte, zou dan later een beschermend machts-element hebben opgenomen en daardoor zijn oud-vaderlandsch „ongebroken” karakter hebben verloren.

Gewapend met deze terminologie herhalen wij: Is bij een bepaalde door de vrouw te verrichten handeling het gezamenlijk economisch belang der echtgenooten betrokken, dan zouden voor de vrouw haar onbevoegdheid en onbekwaamheid normaliter samenloopen. De bescherming tegen onervarenheid der vrouw zou evenzeer te pas komen bij handelingen in het gezamenlijk belang als bij handelingen in haar privé-belang. Is met de bewuste handeling alleen het privé-belang der vrouw gemoeid, dan zou alleen van onbekwaamheid sprake zijn.

#### § 46.

Als gebied, hetwelk door een bevoegdheidsregeling wordt bestreken, noemden we al die handelingen waarbij het gezamenlijk economisch belang der echtgenooten is betrokken. Nu dient er met nadruk op gewezen te worden dat de eenheid van de huwelijks-samenleving in economisch opzicht niet verbroken wordt door een enkele uitsluiting van gemeenschap. Ondanks die uitsluiting kan de man van de inkomsten uit het vermogen der vrouw hetzij een bij huwelijksvoorwaarden vastgesteld deel dan wel, indien dit deel niet is vastgesteld, zooveel hij dienstig oordeelt, besteden voor bestrijding van de samenlevings-kosten (art. 200 en 201). Dit is weliswaar een belangrijke matiging van het genotsrecht dat den man tevoren toekwam — speciaal indien men de bekende strijdvraag of, wanneer een bijdrage door de vrouw niet is bepaald, de man al dan niet eigenaar is van de vruchten uit het inkomen der vrouw, ontkennend beantwoordt — niettemin is het nog zoo, dat met de eigen goederen van den man, en met het gemeenschaps-vermogen bij eventueele beperkte gemeenschap, het eigen vermogen der vrouw een fonds vormt, uit welks gezamenlijke opbrengst de kosten van de huwelijks-samenleving bestreden worden, en aan het hoofd van deze economische eenheid is nog steeds geplaatst, evenals bij algeheele gemeenschap, de man. Een regeling van bevoegdheid terwille van gewenschte eenheid, dient zich daarom ook uit te strekken tot gevallen van beperkte gemeenschap en uitsluiting van gemeenschap.<sup>6)</sup> Hier moet een afweging van belangen plaats hebben. Bedoelde regeling van bevoegdheid dient ongetwijfeld het beheer over het vermogen der vrouw te betreffen, maar hoe t. a. v. beschikking? Weegt het gezamenlijk belang zwaar genoeg om de vrouw ook in haar

6) Anders ten onrechte Fockema Andreae, De rechtstoestand der gehuwde vrouw, Ac. Pr. Leiden 1898 bl. 78.

beschikkingsbevoegdheid te beperken? Door te beschikken over haar vermogen zou zij den man een bron onttrekken, waaruit hij de benoodigde middelen put, maar mag dit reden zijn om de vrouw zoo ingrijpend te beperken in haar voornaamste bevoegdheden als eigenaresse, bevoegdheden die in de eerste plaats het kapitaal betreffen en indirect slechts de vruchten? Wij zagen echter dat zoowel in het oud-Vaderlandsche recht als in het oud-Fransche recht de bevoegdheidsregeling aldus was, dat den man ook de contrôle over beschikkingsdaden was toegekend, doordat die beschikkingsdaden niet konden geschieden buiten zijn medewerking. Er is geen reden, nu onze wetgever zonder meer de desbetreffende bepalingen overnam, om te oordeelen dat in ons recht bedoelde afweging van belangen tot ander resultaat zou hebben geleid.

Ondanks uitsluiting van gemeenschap toch bevoegdheidsregeling. Deze betreft derhalve ook de eigen goederen der vrouw. Pas als de economische eenheid is verbroken, zooals geschiedt door een, juist hierop gerichte, scheiding van goederen, kan van een bevoegdheidsregeling geen sprake meer zijn. De inkomsten uit beide vermogens blijven gescheiden. Weliswaar zullen er nog wel gezamenlijke kosten gemaakt worden, en de vrouw zal tot die kosten moeten bijdragen volgens art. 248, maar van een gezamenlijk economisch belang kan niet meer gesproken worden, nu de eenheid is verbroken. Zooals we voor de Fransche séparation de biens opmerkten: de goederen van de vrouw zijn niet meer direct dienstbaar aan het gezamenlijk belang. Hier zou als eenige beperking voor de vrouw sprake zijn van haar onbekwaamheid.

#### § 47.

Reeds in ons eerste hoofdstuk zagen we dat consequente doorvoering van een dogmatisch onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid, toegepast op de rechtspositie der getrouwde vrouw, tot resultaten voert, die moeilijk of zelfs in 't geheel niet te rijmen zijn met ons wettelijk stelsel. Op deze moeilijkheden is trouwens meermalen gewezen sinds dit onderwerp, n. a. v. het arrest van den Hoogen Raad van 29 Juni 1936 (N. J. 1937 no. 177 m.n. P. S.), bij uitstek actueel is.

Wij zullen thans trachten dit onderscheid op meer principieele gronden te bestrijden.

Eerst laten we volgen eenige van de overwegingen van den Hoogen Raad:

„O. dat moet worden aangenomen, dat art. 169 B. W., den Kantonrechter toelatende aan de vrouw zekere bevoegdheden te verleenen, eenerzijds indien de man door afwezigheid of om andere redenen verhinderd is, anderzijds, indien hij een tegenstrijdig belang heeft, ook bij dit laatste, evenals bij dit eerste, *slechts het oog heeft op de gevallen van het verleenen van bijstand of machtiging*;

dat dit medebrengt, dat toepassing van die bepaling slechts *dán* mogelijk is, indien dat tegenstijdig belang betreft *een door de vrouw, krachtens eigen recht, zij het dan ook voorzien van de door art. 163 B. W. gevorderde bijstand of toestemming, te verrichten rechtshandeling, doch niet, indien het gaat om een handeling, welke behoort tot de bevoegdheidssfeer van den man alleen en waartoe bijstand of machtiging de vrouw niet bevoegd vermogen te maken; enz.*"

Op grond van deze overwegingen nam de Hooge Raad aan, dat „waar art. 160 B. W. het beheer over het vrouwsgoed, behoudens een hier niet aanwezig beding van het tegendeel, aan de vrouw ontnemt en aan den man opdraagt", een rechterlijke machtiging krachtens art. 169 B.W. tot het voeren van dit beheer niet mogelijk is.

Deze leer van den Hoogen Raad is sindsdien door meerdere schrijvers overgenomen, maar heeft, speciaal om het practisch ongewenschte resultaat, tevens felle bestrijding gevonden. Echter zelfs Scholten, die in zijn noot meerdere argumenten tegen de in het arrest gehuldigde leer aanvoert, moet toegeven „dat de scherpe scheiding die het arrest maakt tusschen de „bevoegdheidssfeer" van den man en die van de vrouw iets systematisch aantrekkelijks heeft".

De Hooge Raad gaat er terecht van uit dat het machtigingsbegrip van art. 169 en dat van art. 163 identiek zijn. Een ander standpunt in deze ware kwalijk te verdedigen. Het systeem van onze wet is nu eenmaal zoo, dat machtiging van den rechter, te beschouwen als surrogaat-machtiging van art. 163, in geval van afwezigheid enz. noodig geacht wordt. Tusschen art. 163 en 169 bestaat nauw verband. In verband met de gemaakte onderscheiding tusschen bevoegdheidssfeer van man en vrouw eenerzijds en voor de vrouw krachtens art. 163 benooidigde machtiging anderzijds is het daarom juist om niet, zooals de Raad doet, te spreken van *bevoegdheden* die de Kantonrechter krachtens art. 169 aan de vrouw kan verleenen, maar van *bekwaamheid*. De Hooge Raad ziet daarin immers opheffing van de beperking die art. 163 voor de vrouw meebrengt en juist niet een regeling die de bevoegdheids-sfeeren zou betreffen.

Het door den Hoogen Raad gemaakte onderscheid is alleen te rechtvaardigen indien de grondslag van de verdeeling van bevoegdheid en de grondslag van de onbekwaamheid der vrouw niet dezelfde zijn. Alleen dan is gerechtvaardigd om aan bedoeld onderscheid, dat alleen dan van principieele aard is, zoo principieele consequenties te hechten als de Hooge Raad doet.

Zelf zegt de Hooge Raad niet waarop het onderscheid is gebaseerd. Doordat de H. R. echter aan de onzelfstandigheid die art. 163 meebrengt zelfstandige beteekenis hecht naast een regeling der bevoegdheidssfeeren, ligt het voor de hand te veronderstellen dat, waar laatstbedoelde regeling moeilijk anders kan gezien worden dan ter verzekering van noodzakelijke eenheid, de

grondslag van eerstbedoelde onzelfstandigheid is te zoeken in terecht of ten onrechte door den wetgever noodzakelijk geachte bescherming der getrouwde vrouw. Wij mogen in het arrest zien uitdrukkelijke acceptatie van het dogmatisch onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid ten aanzien van de gehuwde vrouw in haar vermogensrechtelijke verhouding tot den man.

§ 48.

Doordat de Hooge Raad de onbekwaamheid der vrouw acht neergelegd in art. 163 en dit artikel niet betreft op de regeling der bevoegdheidssfeeren, wordt de beteekenis van de in art. 163 neergelegde beperking, zooals deze gezien moet worden in het licht van de historische precedënten waarop het artikel naar vorm en inhoud ongetwijfeld steunt, in hooge mate miskend. Wij zagen immers, dat zoowel in het oud-vaderlandsch als in het oud-Fransche recht op ondubbelzinnige wijze een geheel gelijksoortige beperking bestond, welke beperking zijn oorzaak allerminst had in eenige bescherming tegen onervarenheid of dergelijke, maar integendeel uitsluitend gevolg was van regeling van bevoegdheid, waarbij aan den man medezeggenschap in zekere handelingen der vrouw was toegekend. Niet valt in te zien waarom het artikel deze primaire beteekenis zou hebben verloren, doordat de gedachte aan bescherming veld zou hebben gewonnen.

Dezelfde fout vinden we bij Veegens-Pitlo. Deze onderscheidt (zie § 3) scherp tusschen maritale macht, d.w.z. macht omwille van eenheid, en onbekwaamheid der vrouw, gebaseerd op later opgekomen beschermingsgedachte. Deze onbekwaamheid brengt voor den man mee bevoegdheid om de vrouw te machtigen en naar Pitlo's zeggen is deze bevoegdheid mede onderdeel van de maritale macht geworden. Dit is niet juist. De bevoegdheid om te machtigen was reeds onderdeel van de maritale macht, ook als men deze opvat als macht enkel omwille van eenheid. Hoogstens kan men zich afvragen: heeft deze bevoegdheid om te machtigen onder zekere invloeden soms wijziging van karakter ondergaan?

Wij vermelden nog wat Pitlo volgen laat: „Het duidelijkst doorzien wij de verhouding der beide rechtsinstituten, wanneer wij ons het eene voorstellen zonder het andere. Ons recht zou de maritale macht hebben kunnen kennen, zonder dat de vrouw haar handlingsbekwaamheid verloren had. De vrouw had dan zelfstandig alle rechtshandelingen kunnen verrichten, voor zoover niet de maritale macht de bevoegdheid om haar vermogen te bestieren op den man had doen overgaan. En het omgekeerde ware evengoed mogelijk: een rechtssstelsel, waarin de gehuwde vrouw handelingsonbekwaam is, maar waarin men voor het overige geen maritale macht kent. De vrouw zou in dit systeem zelf het bestier over haar vermogen in handen hebben gehouden, maar zij had voor iedere rechtshandeling, en dus ook voor beheers- en beschikkingsdaden, de machtiging

van haar man noodig gehad". — Het is onze bescheiden meening dat deze voorstelling van zaken eerder geschikt is om juist inzicht te vertroebelen dan licht te verschaffen. Trachten wij ons voor te stellen hoe het zijn zou indien er enkel sprake was van macht tot eenheid, maar niet van onbekwaamheid der vrouw, dan hebben wij slechts te zien naar de bevoegdheidsregeling zooals de historie ons die toont. Alsdan zou de man beheer voeren over het vermogen der vrouw en hij zou medezeggenschap hebben in daden van beschikking, alsdan zou de vrouw zonder machtiging van den man beheers- noch beschikkingsdaden kunnen verrichten. Ook dan zou er dus in 't algemeen geen sprake van zijn dat de vrouw zelfstandig alle rechtshandelingen zou kunnen verrichten. Stellen we ons daarentegen voor hoe het zijn zou wanneer ons recht wel onbekwaamheid der getrouwde vrouw zou kennen, echter niet de maritale macht, dan zouden wij oordeelen dat de bevoegdheden met betrekking tot het eigen vermogen der vrouw en haar aandeel in de gemeenschap inderdaad aan haar zelf toekomen, dat zij echter bij de uitoefening van die bevoegdheden zou vertegenwoordigd worden door den man, evenals een minderjarige door ouder of voogd, evenals een curandus door zijn curator. Zelf handelen met machtiging is niet de vorm waarin ons recht bescherming van onbekwamen tot uitdrukking laat komen; integendeel, deze vorm van onzelfstandigheid, waarbij een ingrijpen van den man in de zelfstandigheid der vrouw is te zien, wijst erop dat het hier niet gaat om bescherming, maar om medezeggenschap, een *recht* van den man.

#### § 49.

Hiermee is het onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid weliswaar niet veroordeeld, maar toch reeds in een geheel ander licht gesteld. Wij vroegen het reeds terloops: heeft soms de bevoegdheid om te machtigen, die tevoren deel uitmaakte van de bevoegdheidsregeling terwille van eenheid, verandering van karakter ondergaan? Heeft een onderscheid, dat ook hier gemaakt zou moeten worden tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid, tengevolge dat de maritale machtiging noodzakelijk een beschermend element heeft opgenomen? Anders gezegd, het is in abstracto mogelijk dat een onbekwaamheid der vrouw geaccepteerd moet worden, welke onbekwaamheid dan is te vinden in art. 163, zonder dat men hierdoor in directen strijd komt met de historie van het artikel. Art. 163 zou dan momenteel de dubbele rol vervullen van: 1. onderdeel van een regeling van bevoegdheid terwille van eenheid, waar deze laatste te pas komt, en 2. beperking der vrouw om haar te beschermen tegen eigen onervarenheid en wat dies meer zij, ook wanneer eenige eenheid niet aanwezig is. De opvatting dat art. 163 is uitgeput met een regeling van onbekwaamheid is daarmee verworpen, en daarmee de gebruikelijk opvatting omtrent de wijze

waarop het onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid in ons wettelijk systeem zou zijn neergelegd.

De consequentie waartoe *deze* zienswijs van een onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid voert is een geheel andere dan die welke de Hooge Raad uit dat onderscheid afleidde. Volgens de Hooge Raad immers kan een machtiging krachtens art. 163 slechts beteekenis hebben, wanneer de desbetreffende handeling reeds tot de bevoegdheidssfeer der vrouw behoort. Wanneer dit het geval is zal men in de wet moeten lezen. Houdt men echter vast aan de opvatting dat art. 163 allereerst bevoegdheidsregeling inhoudt en vervolgens wellicht ook nog bescherming aan de vrouw biedt, dan kan een machtiging krachtens dit artikel ongetwijfeld plaats hebben ook al behoort de te verrichten handeling normaliter niet tot de bevoegdheidssfeer der vrouw, ja zelfs is dit dan *het* normale geval. Enkele bescherming biedt de machtiging dan slechts wanneer een bevoegdheidsregeling niet te pas komt zooals bij scheiding van goederen, of wanneer een bevoegdheidsregeling wel te pas komt, maar zoodanig is dat de handeling bij uitzondering tot de bevoegdheidssfeer der vrouw behoort: b.v. bij bedongen beheer.

Het blijkt derhalve, dat in deze opvatting dezelfde machtiging van art. 163 verschillende werking heeft al naar gelang de omstandigheden verschillen. Een machtiging tot beschikking over eigen goed der vrouw, die niet van goederen gescheiden is, is dan mogelijk; het karakter van die machtiging is tweeledig. Een machtiging tot beschikking over eigen goed der vrouw, die wel van goederen gescheiden is, is evenmin te ontbeeren; het karakter van die machtiging is enkelvoudig.

Nu voere men niet hiertegen aan, dat deze bezwaarlijke consequenties te wijten zijn aan het kiezen van een uitgangspunt waartoe we allerminst genoopt worden: het uitgangspunt nl. dat art. 163 niet enkel bescherming beoogt, maar ook, en wel in de eerste plaats, regeling van bevoegdheid. Men zou immers kunnen beweren dat dit uitgangspunt niet noodig is, omdat de gewenschte eenheid tóch niet geschaad wordt ook al ziet men in art. 163 alleen bescherming; de vrouw die een bepaalde rechtshandeling wil verrichten is immers tóch als regel gebonden aan toestemming van den man. Als regel blijft dus tóch het oordeel of de handeling zal plaats hebben bij den man. Waarom zouden we dan in art. 163 naast de onbekwaamheid nog een, blijkbaar overbodige, onbevoegdheid lezen? Wie aldus redeneert heeft slechts schijnbaar gelijk. De onbekwaamheid zou in deze redeneering *tevens* de functie vervullen van middel om de gewenschte eenheid te waarborgen. Men houdt dan niet langer vast aan de tevoren vastgestelde terminologie, nl. dat de onbekwaamheid zou dienen ter enkele bescherming en de onbevoegdheid ter waarborging van de eenheid. Men kent dan aan de onbekwaamheid nu eens tweeledige beteekenis toe, dan weer enkelvoudige. Het is slechts woordenspel, dezelfde onderscheiding van begrippen blijft.

Men kan ook tegen deze interpretatie van art. 163 willen aanvoeren, dat weliswaar in de historie de in het artikel neergelegde regel een andere beteekenis had dan men er tegenwoordig graag aan hechten wil, maar dat het geenszins noodig is daar tegenwoordig nog die beteekenis aan toe te kennen. Wat eerst diende om eenheid te waarborgen zou later zijn gaan dienen enkel ter bescherming. Afgezien van hetgeen we hierna nog zullen zeggen over de beschermingsgedachte, moeten we tegen zulke redeneering aanvoeren, dat deze niet recht laat wedervaren aan de eerste beginselen van een rechtshistorische interpretatie. Het artikel dat, hoewel vertaald uit het Fransche wetboek, niettemin naar vorm en inhoud onmiskenbaar tevens aansluit op de ontwikkelingslijn die het oud-Vaderlandsch recht toont, in welke ontwikkelingslijn de gedachte aan onzelfstandigheid terwille van eenheid, aan onbevoegdheid dus, sterk domineert, kan niet plotseling een geheel andere beteekenis hebben dan die waartoe zijn vele precedenten ongetwijfeld noodzaken, nu niet blijkt dat de wetgever opzettelijk met het bestaande systeem heeft willen breken. Te meer is dit standpunt te verwerpen nu de gedachte aan eenheid niet te loor is gegaan, maar integendeel door een regeling van bevoegdheid, welke ons wettelijk systeem onmiskenbaar huldigt, in volle consequentie is gehandhaafd. Hoe zou men dan, als men deze regeling van bevoegdheid terwille van eenheid in 't algemeen erkent, aan deze regeling afbreuk willen doen door een van zijn meest sprekende consequenties te verwerpen? Wij wezen er immers reeds op, dat het belang van den man als hoofd van de echtvereëning evenmin als in de historie gedooft, dat de vrouw zonder zijn medezeggenschap sommige van de bronnen waaruit hij inkomsten put voor de bestrijding van de kosten van de samenleving kan wegmaken. Dit recht op de vruchten uit de privé-goederen der vrouw heeft onmiskenbaar een sterk kwalitatief karakter gekregen, dit ligt geheel in de lijn van de grootere rol welke het belang van de vrouw is gaan spelen<sup>7)</sup>, niettemin bleef nog steeds dit recht verbonden aan de positie van den man als hoofd van de huwelijks-samenleving.

Wij meenen derhalve te moeten vasthouden aan de opvatting dat in art. 163 allereerst is te zien een beperking in bevoegdheid voor de vrouw, welke de keerzijde is van een recht van medezeggenschap van den man, een en ander ter handhaving van de eenheid in leiding van de huwelijks-samenleving als economische eenheid in handen van den man.

## § 50.

Thans blijft nog te onderzoeken of naast deze primaire functie aan art. 163 bovendien de functie moet worden toegekend van regeling ter bescherming van de vrouw. Het merkwaardig resultaat

7) Reeds op dezen grond zijn wij geneigd aan „ter beschikking van” in art. 201 niet de beteekenis te hechten van „eigendom van”.

van deze opvatting, dat het machtigingsbegrip normaliter een tweevoudig karakter zou toonen, in sommige gevallen echter een enkelvoudig karakter, zouden we moeten accepteren, indien blijkt dat hier samenloop is van twee verschillende grondslagen voor onzelfstandigheid der vrouw. Of deze samenloop inderdaad plaats heeft, is thans de vraag.

Uit hetgeen we reeds eerder zeiden, naar aanleiding van deze kwestie in het Fransche recht, blijkt dat wij tegenover een accepteren van een beschermingsgedachte als grondslag van eenige onzelfstandigheid van de getrouwde vrouw uiterst sceptisch staan. Ook wie deze grondslag voor ons recht zou willen verdedigen maakt zich schuldig aan sterke overdrijving van de beteekenis welke moet worden toegekend aan de „beschermings-symptomen”, die in ons wetboek zijn te vinden.

Inderdaad wijst de omstandigheid dat de vrouw zelf, na ontbinding van het huwelijk, zich beroepen kan op de nietigheid van een handeling, verricht zonder vereischte machtiging, onmiskenbaar in de richting van onzelfstandigheid in haar eigen belang. Het is echter niet verantwoord op grond van dit recht van de vrouw inderdaad de bescherming als grondslag van haar onzelfstandigheid te aanvaarden. Reeds uit de omstandigheid, dat ook de man, juist ook na ontbinding, beroep kan doen op de nietigheid, blijkt dat het hier, althans *mede*, gaat om een *recht* van den man. Dit bevestigt hetgeen we hiervoor zeiden.<sup>8)</sup> Te meer valt de nadruk op dit *recht* van den man, als we art. 171 zien in historisch verband. Het arikel is vertaald uit de Code, die in art. 225 aldus luidt: *La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.* — De Code week hierin af van het latere oud-Fransche recht, volgens hewelk de vrouw zich ook wel zelf op de nietigheid kon beroepen, maar deze nietigheid was absoluut, omdat men de maritale macht als van publieke orde beschouwde, waarbij kwam dat de machtiging op solemnele wijze gegeven werd.<sup>9)</sup> Pothier verwierp uitdrukkelijk de *faiblesse* der vrouw als grondslag van haar onzelfstandigheid. In afwijking van deze absolute nietigheid bleef in het Code-artikel alleen beroep op de nietigheid voor de vrouw, den man of hun erfgenamen. De bedoeling was echter allereerst om aan derden die met de vrouw gehandeld hadden beroep op de nietigheid te onthouden, een punt, hetwelk, naar de Maleville I p. 234 meedeelt, tevoren zeer betwist was. Temeer moeten we hier de gedachte aan eigenlijke onbekwaamheid terzijde stellen, nu ons art. 171 tevens het sluitstuk vormde van een ontwikkelingsgang die we in ons oud-Vaderlandsch recht aantreffen, volgens hetwelk ook de vrouw, zelfs na ontbinding, soms vrij uitging, maar haar onzelfstandigheid niettemin alleen tot grondslag had het recht van den man, gegrond in het huwelijk als economische eenheid. Dat zij zelf soms niet gebonden was is o.i. te ver-

8) vgl. Planiol-Ripert-Rouast II no. 464 b; Planiol I. 928.

9) vgl. Pothier Traité de la Puiss. 68; Planiol I. 989.



klaren, hetzij uit de omstandigheid dat men ook hier niet vreemd was aan de gedachte, dat schending van de maritale macht, als zijnde schending van een goddelijke wet, ook na ontbinding van het huwelijk geen gevolg kon hebben, hetzij doordat men de vrouw beschermen wilde tegen de onaangename verrassing dat zij na ontbinding plotseling aansprakelijk zou worden gesteld voor tal van verbintenissen die zich ten tijde van het huwelijk wellicht gecumuleerd hadden, bescherming dus wel, maar niet als grondslag van haar onzelfstandigheid. Fransche schrijvers wijzen erop, dat, waar de machtiging vereischt is in het *gezamenlijk* belang, ook de vrouw op het ontbreken van machtiging beroep kan doen. Vgl. Demolombe IV. 115: *il ne s'agit pas dus seul intérêt du mari, mais de l'intérêt du mariage. Voilà ce qui explique... pourquoi la femme elle-même, que les intérêts matrimoniaux concernent également, peut invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation.* — Vgl. ook id. 340. Men kan betwisten of deze motiveering afdoende is, in elk geval blijkt een zoeken naar een verklaring buiten de beschermingsgedachte om.<sup>10)</sup>

De omstandigheid, dat zelfs bij scheiding van goederen de in art. 163 bedoelde onzelfstandigheid bestaan blijft, verliest zijn beteekenis als argument voor de stelling dat ons recht aan de onbekwaamheid der vrouw zelfstandige plaats zou inruimen naast een onbevoegdheid, zoodra we ook deze bepaling zien in zijn historische samenhang. Vertaald uit art. 217 van de Code, wijzen de woorden „zelfs van goederen gescheiden” terug op de leer van Pothier dat de maritale macht en de daarmee gepaard gaande vermogensrechtelijke onzelfstandigheid van de vrouw als gevolg van het huwelijk als zoodanig blijft bestaan, zolang dit huwelijk blijft bestaan, ook al ontvalt eraan de concrete grondslag waaraan tevoren die macht zoo nauw verbonden was, zooals geschiedt bij scheiding van goederen.<sup>11)</sup> Deze opvatting van Pothier miskent de nauwe band welke bestaat tusschen de vermogensrechtelijke manifestaties van de maritale macht en de wijze waarop het huwelijks-goederenrecht is geregeld. (Vgl. § 42). Te meer klemt dit voor ons recht, waar dit tevoren in een scheiding van goederen, door de Groot *boedel-scheidinge* genoemd, in de eerste plaats zag, niet zoozeer een maatregel betreffende huwelijksgoederenrecht, maar een middel om de voogdij van den man in te binden. Is te betwijfelen of na zoo'n scheiding de vrouw zonder machtiging bewind kon voeren, dan is dit enkel gevolg van de onzekerheid hoe ver de macht van den man werd ingebonden, i.v.m. de uitgebreide rechten die hem, in Holland vooral, toekwamen over het vermogen der vrouw. Van eenige machtiging ter bescherming was echter geen sprake.<sup>12)</sup>

10) vgl. ook Aubry et Rau VII. § 472 note 5; id. § 472 sub 7; Josserrand I. 594; echter ook Planiol-Ripert-Rouast II. 463/464; Planiol I. 988.

11) Pothier *Traité de la Puiss.* 3, 4 en 15.

12) Fransche auteurs verklaren dit uitwas van de maritale macht door er op te wijzen dat behoud van het vermogen der vrouw is een „*intérêt permanent*”

Wij moeten hier ook herhalen hetgeen we tevoren reeds gezegd hebben ten aanzien van de beschermingsgedachte in het algemeen. De bewering dat de getrouwde vrouw niet voldoende in staat zou zijn haar belangen te behartigen, werd niet alleen in Frankrijk herhaalde malen te berde gebracht, maar ook in ons land. Zoo ook, gelijk we reeds zagen, bij gelegenheid van de codificatie ter rechtvaardiging van de bepaling van art. 171 ten aanzien van de vrouw, welke in het dogmatisch stelsel van onze wet op andere wijze moeilijk te rechtvaardigen is. Naar onze meening staan we hier voor een klakkeloos accepteren van meerdere malen geuite opvattingen, zonder dat men zich begeven heeft in een reële beoordeeling van de gegrondheid van deze opvattingen. Immers had onze wetgever zich wel deze moeite getroost, dan had hij ongetwijfeld ingezien dat bepalingen, welke, ofschoon de historische samenhang ervan geenszins tot deze beteekenis noopt, in het dogmatisch stelsel van ons recht het oordeel suggereeren, dat de getrouwde vrouw onbekwaam zou zijn voor haar belangen te waken, achterwege hadden dienen te blijven, omdat de voorwaarden voor een dergelijke onbekwaamheid niet in de rechtsgroep, waar het te formeeren recht bestemd was te gelden, aanwezig waren. Meende de wetgever dat niettemin deze bepalingen moesten opgenomen worden, dan had men mogen verwachten een duidelijke uiteenzetting van de beteekenis ervan in verband met de algemeene rechtspositie der gehuwde vrouw, speciaal ook in verband met de rechtspositie der ongehuwde vrouw. Nu de wetgever echter volstond met een motiveering welke niet anders dan als een in zwang zijnde gelegenheids-motiveering gekwalificeerd kan worden, kunnen wij aan dit oordeel van den wetgever niet de beteekenis hechten van factor, waarmee gerekend moet worden bij de interpretatie van de bepalingen, welke ons wettelijk stelsel uitmaken. Het reeds meerdere malen genoemd Romeinschrechtelijk waardeoordeel betreffende de getrouwde vrouw, dat ongetwijfeld ten grondslag lag aan het herhaaldelijk opduiken van de gedachte aan bescherming, kon slechts vat krijgen voorzoover er reeds een onzelfstandige positie der vrouw bestond; een reeds bestaande onzelfstandigheid was het eenig mogelijke aanknooppingspunt voor bedoelde opvattingen, omdat overigens de ontvankelijkheid daarvoor niet aanwezig was; was dit laatste wel het geval geweest, dan zou niet alleen de getrouwde, maar ook de ongetrouwde vrouw de invloed van bedoeld waardeoordeel hebben ervaren. Daardoor was de invloed ervan reeds noodzakelijk beperkt tot een inwerken op die bestaande onzelfstandigheid zonder dat het ooit de grondslag zou hebben kunnen vormen voor het ontstaan van een nieuwe onzelfstandigheid, of, wat op hetzelfde

---

et essentiel du mariage". Ook bij *séparation de biens* blijkbaar. Vgl., Demolombe IV. 151. Daar de *séparation* echter juist de economische eenheid verbreekt is het zeer de vraag of een dan nog aanwezig belang bij behoud van het vermogen der vrouw als grondslag voor haar onzelfstandigheid mag worden aangevoerd.

neerkomt, voor het tot stand komen van een wezenlijke verandering in de bestaande.

§ 51.

Een en ander brengt ons tot de conclusie *dat in ons recht geen plaats is ingeruimd voor onbekwaamheid der gehuwde vrouw, d. w. z. juridische onzelfstandigheid die zijn grondslag vindt in haar bescherming.*

Een feitelijke overeenstemming, die bestaat met de rechtspositie van eigenlijk-onbekwamen, mag niet tot de conclusie leiden dat er ook wezenlijke overeenstemming zou bestaan.<sup>13)</sup> Verschillende symptomen van bescherming welke men in ons recht niettemin meent te kunnen aanwijzen, zijn historisch te verklaren uit twee gedachten die tesamen op de bestaande onzelfstandigheid inwerken en deze in eenzelfde richting beaccentueerden op een wijze die niet in overeenstemming was met de concrete grondslag van die onzelfstandigheid, nl. de gedachte dat de maritale macht ook in zijn vermogensrechtelijke manifestaties aan het huwelijk als zoodanig is verbonden en niet aan het huwelijk als economische eenheid, en de gedachte dat de vrouw tegen eigen onervarenheid beschermd diende te worden. Deze gedachten waren echter niet bij machte de onzelfstandigheid der vrouw in wezen te veranderen. Dit wezen bleef: onzelfstandigheid tengevolge van regeling van bevoegdheid terwille van eenheid.

§ 52.

Duidelijk vinden we dit uitgesproken bij v. d. Voort bl. 134: „Ons artikel is het gevolg van het vroeger aangenomen beginsel, dat de man het hoofd der echtvereëning is en als zoodanig verplicht is voor de lasten der huishouding te zorgen, waartoe de vrouw ook met haar inkomsten moet bijdragen. De man moet dus de magt hebben om de vrouw te beletten door onberadene vervreëdingen de bron van haar inkomsten uitteputten en zoodoende zich de middelen te benemen om de kosten des huisgezins mede te helpen bestrijden”. — Wij vermelden deze uitspraak omdat eruit blijkt dat een van onze eerste commentatoren blijkbaar niet weten wilde van eenige bescherming die aan de onzelfstandigheid der vrouw ten grondslag zou liggen. Des te meer verwondering wekt het wanneer deze schrijver even verder, bij art. 171, geen andere verklaring weet te geven dan „dat de wet veronderstelt, dat zij staande huwelijk als het ware met eenen minderjarigen gelijk staande, voor hare belangen niet behoorlijk kan waken, dan met bijstand van den man”. Duidelijk blijkt hier hoe gemakkelijk wordt

13) Vgl. Scholten W.P.N.R. 2197 bl. 53, die tot de onbekwamen rekent de minderjarigen en de onder curateele gestelden, „waarbij dan, zij het op andere gronden, nog altijd de gehuwde vrouwen worden gevoegd”. Vgl. ook v. B. in W.P.N.R. 1596.

nagepraat, met nagenoeg dezelfde woorden, hetgeen de Regeering indertijd had opgemerkt. Dat v. d. Voort daarmee zijn eerder gegeven grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw overboord geworpen heeft, is niet aan te nemen.

Ook enkele beschouwingen van andere vroege auteurs mogen we hier niet achterwege laten. Nienhuis bl. 379 verwerpt uitdrukkelijk als oorzaak van de onbevoegdheid der getrouwde vrouw de *fragilitas sexus*, echter „door het huwelijk heeft de vrouw haren wil onderworpen aan dien des mans, aan wiens leiding en bescherming zij de waarneming harer belangen en de handhaving harer regten opdraagt en toevertrouwt”. Wat dan wel het doel is van die bescherming, welke naar den aard der zaak overbodig is, laat Nienhuis in het midden. Bescherming als grondslag van de onzelfstandigheid verwerpt hij uitdrukkelijk, maar hij kan zich bij de bespreking van art. 163 toch niet geheel losmaken van iedere gedachte aan bescherming, maar legt verband tusschen dit artikel en de beschermingsplicht van art. 158: „Die verplichting van den man tot bescherming zijner vrouw is een eigenaardig en natuurlijk gevolg van het gezag, 't welk hij over haar uitoefent. Een ieder toch is de natuurlijke beschermer van zijne eigene regten; maar wanneer de een . . . onder het gezag of de magt van den anderen gesteld wordt, dan moet noodwendig in zooverre, als aan den eersten de eigene regtsverdediging benomen is, die door den laatsten worden opgenomen, en dit bedoelt de wetgever, wanneer hij den man de verpligting oplegt, om zijne vrouw te beschermen. Daartoe strekt de bijstand of magtiging enz.”. Daarmee is niet verklaard *waarom* aan de vrouw eigen regtsverdediging is benomen, welke derhalve de oorzaak is van deze „bescherming”. Niet de *fragilitas sexus*, maar het gezag van den man. En dit gezag van den man noemt Nienhuis „een beslissend gezag, dat de man heeft, wanneer man en vrouw onderling verschillen omtrent hunnen gemeenschappelijke beangen”. Het is dus niet twijfelachtig dat Nienhuis hetgeen hij als bescherming kwalificeert in laatste instantie ziet als manifestatie van macht terwille van eenheid. Zijn beschouwingen worden echter vertroebeld doordat hij zich niet volkomen kan losmaken van de zoo voor de hand liggende beschermings-gedachte, terwijl hij toch de eenige grond die daarvoor is aan te wijzen uitdrukkelijk verwerpt.

Hoogst opmerkelijk is hetgeen des Amorie van der Hoeven in zijn vroeger vermelde Voorlezingen meedeelt bij art. 160: „Eene vrouw wordt door het huwelijk onmondig, terwijl de man haar natuurlijke voogd wordt. In het Hollandsch regt is dit wel wat vreemd, namelijk met betrekking tot de vrouw buiten gemeenschap van goederen getrouwd, want bij gemeenschap van goederen is het natuurlijk. De vrouw buiten gemeenschap is regtsbevoegd maar niet handelingsbevoegd, zij staat gelijk met een minderjarige. zie art. 163”. Of v. d. Hoeven met „Hollandsch regt” doelt op het oud-Hollandsch recht dan wel op het geldend Nederlandsch recht is niet duidelijk. In elk geval blijkt hij het geldend recht te

zien in nauwe aansluiting aan het oud-Vaderlandsch recht, hetgeen opmerking verdient omdat de langdurige invloed van het Fransche recht nog van zoo recenten datum was. V. d. Hoeven gaat terecht uit van een nauw verband tusschen de vermogensrechtelijke organisatie van de huwelijks-samenleving en de juridische onzelfstandigheid van de vrouw, ziet naar onze meening echter over het hoofd, dat bedoelde voogdij bij uitsluiting van gemeenschap geenszins zoo vreemd is als het schijnt, omdat ook bij uitsluiting van gemeenschap een economische eenheid aanwezig is, welke de „voogdij” van den man alleszins rechtvaardigt. Daardoor geraakt hij op het dwaalspoor dat de vrouw, buiten gemeenschap getrouwd, wel regtsbevoegd zou zijn maar niet handelingsbevoegd (onderscheid tusschen bevoegdheid en bekwaamheid!), dat zij gelijk zou staan met een minderjarige. Overigens wordt de gelijkstelling met een minderjarige blijkbaar slechts aangegrepen om tot een verklaring te komen van de onzelfstandigheid in een geval waarin deze volgens v. d. Hoeven moeilijk te verklaren is uit zijn eigenlijke grondslag. Immers indien voor de onzelfstandigheid van de getrouwde vrouw dezelfde ratio zou bestaan als voor die van een minderjarige, zou haar onzelfstandigheid, ook bij uitsluiting van gemeenschap, allerminst vreemd zijn.

Er bestaat derhalve geen aanleiding om aan te nemen, dat de vroegere schrijvers uitgingen van de beschermingsgedachte als levende grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw<sup>13a)</sup>.

Met latere schrijvers is het al niet anders. Diephuis IV bl. 163 noemt als reden van juridische ongelijkheid der echtgenooten „te voorkomen dat beide met gelijk regt, hun welligt strijdigen wil zouden kunnen doen gelden”, onderscheidt op blz. 170 scherp de rechtspositie der gehuwde vrouw en die van een minderjarige, en verwerpt aldaar uitdrukkelijk als grondslag van haar beperkte bekwaamheid een op grond van hare kunne veronderstelde mindere geschiktheid. De vereische eenheid is volgens Diephuis de eenige grondslag zoowel van de macht van den man als van de onzelfstandigheid der vrouw. De een zoowel als de ander bestaat „in het belang der echtvereeniging; niet in, misschien zelfs tegen het bijzonder belang der vrouw, maar in het belang van beide echtgenooten, voor zoo ver dat vereenigd is; en beide belangen zijn meer of minder vereenigd, ook dan wanneer alle gemeenschap is uitgesloten”. Iedere gedachte aan bescherming wordt door Diephuis verworpen.

Evenzoo verwerpt Opzoomer-Grünebaum bl. 306 de zwakheid der vrouw als oorzaak van de benodigde autorisatie. Opzoomer's opvatting verschilt echter eenigszins van die van Diephuis, doordat hij de machtiging niet in het belang van den man acht „omdat zijn autorisatie ook dan gevorderd wordt, als de vrouw buiten gemeenschap van goederen is. Er is dus voor de

13a) vgl. nog Schüller bl. 39; Vernede ad art. 163; van Hall § 89; de Pinto II § 97, die geen reden geven anders te oordeelen.

noodzakelijkheid der machtiging geen andere reden, dan deze, dat de man het hoofd der echtvereeniging is, aan wiens leiding en bescherming de vrouw zich vrijwillig heeft onderworpen, en zonder wiens toestemming zij dus niets moet verrichten". Soortgelijke redeneering troffen we aan bij Nienhuis. Opzomer ziet over het hoofd dat het belang van den man als hoofd evenzeer bij uitsluiting van gemeenschap bestaat als ingeval van gemeenschap. Zijn verdere redeneering verklaart niets. De cardinale vraag, waartoe dan de man hoofd der echtvereeniging is, en waartoe het dient dat de vrouw zich vrijwillig aan den man zou onderwerpen, blijft onbeantwoord. (vgl. ook noot 2 t.a.p.).

Land-Star Busmann bl. 150 accepteert als grondslag van de maritale macht en van de onzelfstandigheid der vrouw de eenheid van belangen: „In het belang van het gezin zal de man als hoofd van het gezin gekend moeten worden ook in de handelingen van de vrouw ten aanzien van haar persoonlijk vermogen". Op grond van dit *recht* van den man om te machtigen is de vrouw in haar handelingsbevoegdheid beperkt „en in zooverre valt zij onder de categorie van de onbekwame personen, evenals de minderjarigen en onder curateele gestelden". In zooverre, d.w.z. in zooverre er eenige feitelijke overeenstemming in positie bestaat. Gelijkstelling met minderjarigen, enkel op deze grond, zouden wij echter liever achterwege laten<sup>14</sup>).

### § 53.

Het blijkt reeds voldoende dat in de litteratuur van de vorige eeuw de beschermings-gedachte alles behalve vaste voet heeft verkregen. Daarom wekt het de grootste verwondering dat thans de rechtspraak en ten deele in navolging daarvan de wetenschap het dogmatisch onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid is gaan huldigen, welk onderscheid ten aanzien van de gehuwde vrouw alleen te verdedigen is, indien in ons rechtstelsel aan bedoelde beschermingsgedachte zelfstandige plaats wordt toegekend.

Te meer is hier reden voor verwondering, waar reeds gedurende tal van decennien een streven is te bespeuren om de ondergeschikte positie van de gehuwde vrouw te wijzigen, omdat deze positie in menig opzicht een voor de vrouw grievende anomalie zou vertoonen met de gelijke plaats welke zij in het overig juridisch en maatschappelijk leven naast den man is gaan innemen. Men zou mogen verwachten dat met dit streven gepaard ging een zuivere beschouwing van het stelsel van onze wet met betrekking tot de onzelfstandigheid der vrouw, althans een verwerpen van iedere grond tot onzelfstandigheid die in het wezen der vrouw zelf zou zijn gelegen, voorzoover ons rechtstelsel niet onontkoombaar tot het accepteren van zoo'n grond voert. In plaats daarvan

14) vgl. Scholten W.P.N.R. 2197 bl. 53.

is men gekomen tot een dogmatiek welke voor de vrouw eindelijk grievender is dan het stelsel van onze wet zooals dit door de historie bepaald wordt.

§ 54.

Het stelsel van onze wet in deze materie, de verschillende bepalingen van ons B. W. in onderlinge samenhang en verhouding, kunnen we als volgt uiteenzetten. Tusschen man en vrouw bestaat in juridisch opzicht ongelijkheid. Deze ongelijkheid is gericht op verzekering van eenheid in de leiding van de huwelijks-samenleving, in 't bijzonder de huwelijks-samenleving als eenheid in economisch opzicht.<sup>15)</sup> Deze leiding is grootendeels geconcentreerd in handen van den man, dien de wet mede daarom noemt het hoofd der echtvereeniging. Daarmee is aan den man een overheerschende positie toegekend en tegelijkertijd aan de vrouw een ondergeschikte positie. Bedoelde eenheid wordt bereikt door een regeling van bevoegdheid ten aanzien van de economische eenheid, een regeling van macht, welke grootendeels neerkomt op een concentratie van macht in handen van den man. De bevoegdheden welke tengevolge van deze machtsverdeeling aan den man zijn toegekend mist noodzakelijk de vrouw. Daarin alleen bestaat haar juridische onzelfstandigheid, en in niets anders. Bedoelde bevoegdheden kunnen onderscheiden worden in bevoegdheden ten aanzien van een eventueel gemeenschappelijk vermogen en bevoegdheden ten aanzien van een eventueel privé-vermogen van de vrouw. Immers ook dit laatste is, zooals we eerder uiteenzetten in de bevoegdheidsregeling betrokken. De bevoegdheden ten aanzien van het privé-vermogen van den man zijn niet in de regeling betrokken, omdat dit onnoodig is, daar de man deze bevoegdheden vanzelfsprekend uitoefent. Op de bevoegdheden ten aanzien van een gemeenschappelijk vermogen komen we nog nader terug. Hier spreken we verder over de bevoegdheden ten aanzien van het privé-vermogen der vrouw.

Over dit vermogen kent art. 160 lid 2 den man recht van beheer toe. Derhalve mist de vrouw dit recht van beheer.<sup>16)</sup> Dit wil niet zeggen dat zij zich ten allen tijde van iedere beheersdaad moet onthouden, neen, de vereischte eenheid laat toe dat zij met toestemming van den man beheersdaden verrichten kan. Immers ook dan is het oordeel of bedoelde handelingen verricht zullen worden bij den man gebleven.<sup>17)</sup> Het karakter van die toestemming is manifestatie van macht van den man, zoo men wil, delegatie van macht. Het oud-Vaderlandsch recht sprak de mogelijkheid van

15) Vgl. Scholten in W.P.N.R. 2200 bl. 90; Colthoff, Bijstand en machtiging der getrouwde vrouw, Ac. Pr. Leiden 1880 bl. 10.

16) Welke hier oorigens de grens is tusschen beheer en beschikking, speciaal i.v.m. art. 160 lid 5, laten we hier buiten beschouwing.

17) vgl. Mevr. Bakker-Nort, Schets van de rechtspositie der getrouwde vrouw enz. Ac. Pr. Gron. 1914 bl. 327; v. A. in W.P.N.R. 1592, bestreden door v. B. in W.P.N.R. 1596.

zoo'n machtiging tot beheersdaden meerdere malen nadrukkelijk uit, en ook voor ons recht moet deze mogelijkheid geaccepteerd worden, zoowel logisch als krachtens sommige wetsbepalingen, welke immers bedoelde mogelijkheid veronderstellen. (Vgl. bv. art. 163 lid 2, 169, 170.)

De consequentie hiervan is, dat de vrouw, als de man haar vermogen beheert, ook in de in art. 167 en 169 bedoelde gevallen door den rechter kan worden gemachtigd tot beheersdaden ten aanzien van haar eigen vermogen. De meening van Völlmar I. 105, dat dit anders zou zijn omdat dan het beheersrecht van den man illusoir zou worden, kunnen wij niet deelen. Afgezien hiervan, dat naar ons oordeel een dergelijke utiliteitsmotivering geenszins voldoende is om een theoretisch niet-aanvaardbaar resultaat te accepteren, meenen wij dat Völlmars vrees ongegrond is. De rechter toch zal, gedachtig aan het doel van zijn tusschenkomst speciaal bij weigering of tegenstrijdig belang, slechts dienen te machtigen, indien een nauwkeurige afweging van belangen van den man resp. de huwelijks-samenleving enerzijds en van de vrouw als eigenaresse anderzijds, hem tot het oordeel brengt dat de te verrichten handeling wenschelijk is. Aldus corrigeert ook op deze wijze het privé-belang der vrouw, via de rechterlijke tusschenkomst, de rechten van den man.<sup>18)</sup>

Krachtens de bevoegdheidsregeling ten aanzien van de privé-goederen van de vrouw heeft de man voorts medezeggenschap in daden van beschikking over die goederen, d.w.z. de vrouw kan deze daden van beschikking niet verrichten zonder machtiging van den man (art. 163). De afweging van belangen, welke, zooals we reeds zeiden, hier vooral plaats moet hebben tusschen de belangen van den man als hoofd van de economische eenheid en van de vrouw als eigenares der goederen, heeft in ons recht aldus plaats, dat aan den man niet zelfstandige beschikkingsbevoegdheid is toegekend zooals in het Hollandsch recht, maar dat hem toch de contrôle over deze goederen is verzekerd doordat bedoelde beschikkingsdaden niet zonder zijn medewerking kunnen plaats hebben. Daardoor is de passieve kant van deze bevoegdsregeling naar voren gekomen, is het accent gelegd op de beperking die voor de vrouw eruit voortvloeit. Niettemin is deze beperking uitsluitend te zien als keerzijde van een recht van den man. Zijn machtiging heeft ook hier als karakter: manifestatie van bij hem geconcentreerde macht.

Tenslotte heeft de man de bevoegdheid om voor de vrouw te procederen krachtens art. 160 lid 2, hetgeen voor de vrouw de beperking meebrengt, dat zij niet zelf kan procederen zonder bijstand van den man: art. 165, en weer is het karakter van die bijstand: manifestatie van macht die de man heeft als hoofd.

Uit het vorenstaande bleek reeds dat art. 163 niet limitatief moet

18) vgl. de artt. 799 en 800 Rv.; Petit bl. 49/50 en 56/57; vgl. art. 222 C.C.: ... le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme ...



opgevat worden, maar dat het artikel is te betrekken op *alle* beschikkingsdaden. Ook voor niet genoemde beschikkingsdaden geldt dezelfde ratio. Dit vindt steun in art. 163 lid 2, 164, 168 en 169, welke artikelen spreken van verbintenissen in het algemeen<sup>19)</sup>. Uit het vorenstaande blijkt tevens dat het van ondergeschikt belang is of men art. 163 mede toepasselijk acht op beheersdaden. Uit het wettelijk beheersrecht van den man vloeit reeds een beperking voort voor de vrouw, die geheel gelijksoortig is aan die welke art. 163 in 't algemeen inhoudt. In aansluiting aan ons oud-Vaderlandsch recht ging de wetgever van de veronderstelling uit dat het artikel inderdaad ook beheersdaden zou bedoelen. Immers het tweede lid, dat werd opgenomen „pour fixer un point de jurisprudence controversé, et couper court aux contestations qui pourraient naître à l'avenir sur cette espèce”<sup>20)</sup> — met het doel derhalve de omvang van de machtiging nader te regelen met betrekking tot een tevoren betwist punt — gaat hier stilzwijgend van uit, nu de daar genoemde handelingen juist beheersdaden zijn.

De onderlinge verhouding van art. 160 lid 3 en art. 163 met betrekking tot beheer wordt treffend weergegeven door de vroege commentatoren van ons Burgerlijk Wetboek, die zich juist op art. 160 lid 3 beriepen om te staven dat art. 163 mede beheersdaden op het oog had. (Vgl. § 11). De vrouw kan geen beheer voeren zonder machtiging van den man *omdat* de wet aan den man dat beheer toekent. De machtiging tot beheer vindt zijn grond in het beheersrecht van den man<sup>21)</sup>. We zijn hier wel zeer ver verwijderd van de opvatting die tegenwoordig tracht door te breken, dat tengevolge van 's mans beheersrecht een machtiging tot beheer juist niet mogelijk zou zijn!

Wij meenen derhalve dat art. 163 niet een ander onderwerp regelt dan art. 160, maar beschouwd moet worden als een aanvulling van dit laatste artikel. Ons recht kent niet een onderscheid tusschen een regeling van bevoegdheids-sfeeren eenerzijds en onbekwaamheid der getrouwde vrouw anderzijds. In abstracto moge dit onderscheid terecht gemaakt worden, wie het toe wil passen op de getrouwde vrouw begaat een fout. De onzelfstandigheid waaraan art. 163 uitdrukking geeft is keerzijde van de positie van den man als hoofd der echtvereniging, speciaal de echtvereniging gezien van economisch standpunt. Art. 163 vormt derhalve nadere uitwerking van de regel van art. 160 lid 1, in 't bijzonder zooover het beheersdaden betreft nadere uitwerking van art. 160

19) vgl. Nienhuis bl. 380; Vernede ad art. 163; v. Hall bl. 226; Diephuis IV bl. 176; Opzoomer-Grünebaum bl. 290/291 en 309; Land-Star Busmann bl. 149; Asser-Scholten I bl. 116; Petit bl. 13 en 52; Völlmar I no. 99; Veegens-Pitlo I bl. 166. Vrijwel al deze schrijvers kiezen een formulering zoo ruim, dat er ongetwijfeld ook beheersdaden onder vallen. Vgl. ook Kipp, Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den Romanischen Rechten, S. 14.

20) Voorduin II bl. 284.

21) vgl. Demolombe IV. 146.

lid 3. Deze gedachte was ook niet vreemd aan onzen wetgever, immers op de vraag of art. 160 niet ovrbodig was, antwoordde de Regeering: „On a voulu, par un seul article, déterminer tous les pouvoirs du mari en général, sur la personne et les biens de la femme; les dispositions suivantes n'en sont que les corollaires". Blijkbaar ook art. 163<sup>22)</sup>. Zooals we in ons eerste hoofdstuk formuleerden: art. 163 geeft de negatieve kant van de juridische ongelijkheid tusschen man en vrouw, waarvan art. 160 de positieve kant tot uitdrukking brengt. Recht om te machtigen en recht van beheer berusten niet op verschillende grondslag.

De zeer belangrijke consequentie hiervan is dat, wanneer het recht van den man als hoofd wordt ingeperkt, daarmee noodzakelijk gepaard gaat een overeenkomstige uitbreiding van de zelfstandigheid der vrouw, dat wanneer het beheersrecht den man geheel ontnomen wordt of onthouden, de onzelfstandigheid der vrouw met betrekking tot dit beheer geheel wordt opgeheven. Voor we ons hier echter verder mee bezig houden wijden we nog eenige beschouwingen aan de machtsverdeeling ten aanzien van een eventueele gemeenschap van goederen.

### § 55.

De eenheid welke het huwelijk in economisch opzicht uitmaakt bestaat op de meest sprekende wijze indien er gemeenschap van goederen is. De economische eenheid gaat dan gepaard met vermogensrechtelijke eenheid. Juist bij het bestaan van gemeenschap, van mede-eigendom, is een bevoegdheidsregeling onontbeerlijk ter verzekering van eenheid in leiding. Inderdaad troffen we in ons oud-Vaderlandsch recht geheel gelijksoortige bevoegdheden voor den man en geheel gelijksoortige beperkingen aan voor de vrouw ten aanzien van een gemeenschap eenerzijds en ten aanzien van de eigen goederen der vrouw anderzijds, zonder dat onderscheid gemaakt werd. Dat wij de regeling ten aanzien van een gemeenschap in de tweede plaats pas ter sprake brengen is dan ook enkel gevolg van de omstandigheid dat voor ons onderwerp nu eenmaal de bevoegdheidsregeling ten aanzien van de privé-goederen der vrouw van het meeste belang is. Niettemin zijn wij van oordeel dat een dergelijke regeling bij uitstek gemotiveerd is, en ook in ons recht in de allereerste plaats te vinden is, met betrekking tot een gemeenschap van goederen.

De wetgever heeft geen wezenlijk onderscheid willen maken tusschen bevoegdheidsregeling ten aanzien van de gemeenschap en bevoegdheidsregeling ten aanzien van het eigen vermogen der vrouw. Beiderlei regeling vindt zijn positieve vorm in „de man is het hoofd der echtvereeniging” en zijn negatieve vorm in art. 163. De uitwerking van de rechten van den man als hoofd met

22) Voorduin II bl. 283; vgl. v. d. Voort bl. 133; Asser bl. 67; v. Hall bl. 224; Opzoomer-Grünebaum bl. 289.

betrekking tot het eigen vermogen der vrouw was in het Ontwerp Febr. 1832 ten deele t.a.v. beheersrecht nl., in dezelfde afdeeling opgenomen waarin ook de rechten van den man ten aanzien van de gemeenschap waren te vinden <sup>23</sup>). Op aanmerking van de 2<sup>e</sup> afd. „dat dit artikel eigenlijk in den 6den titel, achter art. 164 (thans 160) schijnt te behooren” werd dit bij de nieuwe redactie veranderd. De verandering geschiedde ter bevordering van uitwendige systematiek, zonder dat eruit mag worden afgeleid dat de wetgever nu wezenlijk onderscheid heeft willen maken tusschen beiderlei soort bevoegdheden <sup>24</sup>).

Art 179 kent aan den man de bekende bevoegdheden toe ten aanzien van de gemeenschap. Deze bevoegdheidsregeling vindt zijn aanvulling in art. 163, dat de vrouw juist bij handelingen voor de gemeenschap aan toestemming van den man bindt. Soortgelijk verband als wij eerder legden tusschen art. 160 lid 3 en art. 163 leggen wij nu tusschen art. 179 en art. 163: omdat de man de uitgebreide bevoegdheden van art. 179 heeft is de vrouw aan de beperking van art. 163 onderworpen. De ongelijke verdeling van bevoegdheid bewerkt ook hier juridische ongelijkheid, van welke ongelijkheid nu art. 179 de positieve kant uitmaakt en art. 163 weer de negatieve kant.

Ook wij deelen derhalve niet de meening van Levenkamp *cum suis*, dat art. 163 niet zou gelden voor de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw met betrekking tot het verrichten van handelingen voor die gemeenschap <sup>25</sup>). Deze opvatting is in strijd met de historie, de letter en de ratio van het artikel, dat, zooals we reeds zeiden, juist bij uitstek toepasselijk is op handelingen ten aanzien van een gemeenschap. Op verschillende onoverkomenlijke bezwaren van Levenkamps opvatting, speciaal i.v.m. de artt. 164, 168 en 176 B.W., is reeds door meerdere auteurs gewezen <sup>26</sup>).

Bij de vraag of de vrouw, van machtiging voorzien, voor de gemeenschap kan optreden is men gewoon in navolging van de rechtspraak te onderscheiden of het betreft optreden in rechte dan wel optreden buiten rechte. Beide gevallen werden immers in de rechtspraak aanvankelijk geheel verschillend beoordeeld, terwijl in de huidige rechtspraak volkomen gelijkstelling nog niet is te vinden.

Toen de Hooge Raad in 1910 oordeelde <sup>27</sup>), dat de mogelijkheid is uitgesloten dat de vrouw, ook al is zij behoorlijk gemachtigd, kan procederen wanneer het betreft tot de gemeenschap behoorend geld of goed, kon men zich afvragen of dit oordeel

23) Voorduin II bl. 337 en 324.

24) In art. 221 Ontw. 1820 en 212 Ontw. 1816 stond beiderlei beheer zelfs in eenzelfde artikel.

25) W. 12575, n.a.d. G.W.B. in W. 12582.

26) vgl. P.S. noot N.J. 1933 bl. 193 (arrest H.R. 5 Jan. 1933). Klaassen-Eggen bl. 23.

27) H.R. 30 Dec. 1910, W. 9119, W.P.N.R. 2162.

was gefundeerd op een onderscheid tusschen onbevoegdheid ex 179 en onbekwaamheid ex 165, dan wel of de H. R. weliswaar niet uitging van twee verschillende beperkingen voor de vrouw, in art. 165 dus weliswaar zag keerzijde van de positie van den man als hoofd, maar niettemin op grond van de uitdrukkelijke woorden van art. 179 van oordeel was dat de machtiging in dit speciale geval was uitgesloten.

Hoe dit zij, nu de Hooge Raad in 1921 de jurisprudentie in anderen zin is gaan vestigen (H. R. 10 Maart 1921, W. 10731, m. o. S. B., N. J. 1921 bl. 518) zou men verwachten dat daarmee iedere gedachte aan het onderscheid is losgelaten. Toch is dit slechts schijnbaar zoo. De H. R. overwoog in dit arrest onder meer: „dat in het algemeen ieder, *die bevoegd is in rechte te staan*, elke *zijne rechten betreffende vordering* bij den rechter aanhangig kan maken; dat naar dezen maatstaf aan de gehuwde vrouw, wanneer zij als in dit geding, wordt bijgestaan door haren man, buiten twijfel de bevoegdheid toekomt om ter zake van eenig belang der huwelijksgemeenschap in rechte te verschijnen; dat de eischer in cassatie haar deze bevoegdheid ontzegd wil zien op grond van het voorschrift van art. 179 B. W., maar ten onrechte, daar de toekenning van het beheer der huwelijksgemeenschap aan den man, geenszins medebrengt, dat de man uitsluitend bevoegd zou zijn om ter zake der belangen van de gemeenschap in rechte op te treden”. — De Hooge Raad onderscheidde blijkbaar of de vrouw „bevoegd is in rechte te staan”, d.w.z. voorzien is van machtiging of bijstand, en of wel het proces betreft rechten der vrouw, zoodat zij inderdaad elke die rechten betreffende vordering bij den rechter aanhangig kan maken. Dit laatste nam de H. R. aan ten aanzien van *ieder* belang der huwelijksgemeenschap. De H. R. kwam derhalve tot zijn conclusie, dat de vrouw met machtiging voor iedere gemeenschapsbelang in rechte op kan treden, niet op grond van het inzicht dat juist de machtiging iedere *onbevoegdheid* te dier zake opheft, maar eenvoudig door er van uit te gaan dat hier van een onbevoegdheid naast onbekwaamheid geen sprake zou zijn. Door een gelijke verdeling van bevoegdheid te veronderstellen komt men echter in strijd met art. 179 dat onmiskenbaar anders leert. De redeneering, dat de gemeenschapsrechten voor de vrouw evengoed *hare* rechten zijn, is niet afdoende, immers de gelijkgerichtigheid der echtgenooten maakt hier juist een bevoegdheidsregeling noodig, en deze vinden we o.a. in art. 179 B. W. De conclusie van den H. R. onderschrijven wij gaarne, de motiveering lijkt ons echter onjuist.

Sinds het arrest van 1921 sluimerde het onderscheid tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid. De voorwaarden waren echter aanwezig voor een herwaken zoodra de Hooge Raad zou terugkomen van de leer van gelijke bevoegdheidsverdeling. Dit geschiedde in 1934 (H. R. 29 Juni 1934, N. J. 1934.1701, W. 12814) toen als uitgangspunt werd genomen dat de vrouw mag optreden, niet voor *ieder* gemeenschapsbelang, maar slechts wanneer zij zelf

in de rechtsbetrekking partij is, zooals *in casu* waar het een overeenkomst betrof die zij voor het huwelijk had gesloten<sup>28</sup>). Doordat de bevoegdheid der vrouw buiten zekere grenzen ontkend wordt is het onderscheid tusschen onbekwaamheid en onbevoegdheid weer naar voren getreden.

Zoo wisselend de rechtspraak was ten aanzien van het optreden in rechte, zoo eensluidend is het rechterlijk oordeel wanneer het beteft optreden buiten rechte. Dat de vrouw, van machtiging voorzien, voor de gemeenschap bindende handelingen kan verrichten is — zooals Scholten opmerkt in de noot onder het arrest dat ons hier vooral bezig houdt nl. H.R. 5 Jan. 1933 (W. 12560 m.o. S. v. B., N. J. 1933 bl. 793 m.n. P. S., Hoet. 4; n.a.v. Hof A'dam 24 Mrt. 1932 W. 12506) — nooit door den Hoogen Raad ontkennend beantwoord. Wordt hier derhalve het onderscheid tusschen bekwaamheid en bevoegdheid verworpen? Het is te betwijfelen. Reeds de vraagstelling van Scholten „of de getrouwde vrouw in de gevallen waarin zij handelingsbekwaam is ook de gemeenschap bindt” geeft te denken. Inderdaad twee vragen: of de vrouw handelingsbekwaam is en of zij ook de gemeenschap bindt? De Hooge Raad sloot zich aan bij het Hof. Dit laatste overwoog: „dat toch het eenig gebrek, dat de handeling eener gehuwde vrouw, verricht zonder medewerking van den man aankleeft, is hare onbekwaamheid en art. 179 B.W., het beheer van de goederen der gemeenschap alleen aan den man toekennende, niet, naast voormeld gebrek, nog aan die handeling een ander, *van het voormelde af te scheiden* gebrek doet aankleven, voor het geval de vrouw is gehuwd in gemeenschap van goederen”. — Deze woorden, speciaal die welke we cursiveerden, wijzen erop dat het Hof geen onderscheid wilde maken tusschen onbevoegdheid en onbekwaamheid, dat het aan een uit art. 179 af te leiden gebrek geen zelfstandige beteekenis toekent naast het gebrek dat reeds voortvloeit uit het ontbreken van machtiging, maar beide vereenzelvigd. De Advocaat-Generaal bij den Hoogen Raad Besier, die de conclusie van het Hof onderschrijft, gaat echter uit van een andere interpretatie van 's Hof's gedachten-gang. De Adv.-Gen. zeide: „Te recht heeft het Hof betoogd, dat in ons recht de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw in het algemeen alleszins bevoegd is door haar handelingen de gemeenschap te verbinden en beroept het zich hiervoor in de eerste plaats op art. 176 B.W., dat onder meer inhoudt, dat alle staande huwelijk door de vrouw gemaakte schulden in de gemeenschap vallen, hetgeen natuurlijk moet worden verstaan onder het uit art. 163 B.W. voortvloeiend voorbehoud, dat zij als getrouwde vrouw hiertoe de bewilliging van haar man verkregen hebbe. Te recht ook leidt het Hof hetzelfde af uit het stelsel, dat ten grondslag ligt aan art. 164 B.W., welk voorschrift voor sommige

28) vgl. Asser-Scholten I bl. 125; Petit bl. 156, Völlmar I no. 103.

handelingen der vrouw de bewilliging van den man veronderstelt en dus uitgaat van de handelingsbevoegdheid der gehuwde vrouw, slechts door den eisch van bewilliging door den man beperkt". — Vergissen we ons niet dan maakte de Adv.-Gen. hier wel degelijk onderscheid tusschen bekwaamheid en bevoegdheid, bekwaamheid die afhangt van machtiging, maar bevoegdheid die steeds hier aanwezig is, onafhankelijk van eenige machtiging, omdat ons recht hier gelijke bevoegdheidsverdeeling zou kennen. Deze gelijke bevoegdheidsverdeeling zou dan gebaseerd zijn op art. 176, dat immers alle schulden van ieder der echtgenooten, ook dus staande huwelijk door de vrouw gemaakte schulden, ten laste van de gemeenschap brengt. Moeilijk valt in te zien hoe in deze opvatting de artt. 176 en 179 zijn te rijmen.

Ons standpunt in een en ander is als volgt. Allereerst zien we geen reden hier onderscheid te maken tusschen optreden in rechte en optreden buiten rechte. De reden tot onderscheid die in ons oud-Vaderlandsch recht mocht gelegen zijn in de proces-sueele voogdij, die voor alle vrouwen als regel een beperking meebracht bij het optreden in rechte, is na de Bataafsche Omwenteling volkomen weggefallen. De beperking die thans in art. 165 is te vinden voor optreden in rechte is in wezen niet verschillend van die welke art. 163 in 't algemeen meebrengt voor optreden buiten rechte, en beoogt geen ander doel dan de laatste. Dit doel is: verzekering van de eenheid in behartiging van de gezamenlijke belangen der echtgenooten, speciaal hier waar gemeenschap bestaat, onverschillig of dit behartiging in rechte of buiten rechte betreft. Deze behartiging legt art. 179 in handen van den man door hem alleen, d.w.z. zonder mede-zeggenschap der vrouw, bevoegdheid te geven de gemeenschap te beheeren en daarover te beschikken. Deze bevoegdheden zijn derhalve aan de vrouw onthouden, met dien verstande dat aan den man het oordeel is gelaten of zij al dan niet bepaalde handelingen zal verrichten. Dit is de beteekenis van art. 163. Het karakter van de machtiging of bijstand is weer: manifestatie van bij den man geconcentreerde macht, delegatie of opdracht van bevoegdheid<sup>29)</sup>.

Deze machtiging is mogelijk met betrekking tot optreden voor

29) De door ons verworpen opvatting wordt door van den Dries in W.P.N.R. 2153 als volgt weergegeven: „De vrouw is volstrekt onbevoegd eenige daad van beheer over de goederen der algeheele gemeenschap te verrichten: eene toepassing van art. 163, dat haar bevoegdheid tot handelen veronderstelt doch hare onbekwaamheid wil doen aanvullen (curs. van ons), is daardoor vanzelf uitgesloten". Vgl. ook Koenen, Beschouwingen over Rechtsgemeenschap, Ac. Pr. A'dam bl. 196: „In het algemeen is voor handelingen van de vrouw vereischt medewerking (bijstand of toestemming) van haar echtgenoot, doch dit is het algemeen vereischte voor haar als gehuwde vrouw, afgescheiden van haar ondergeschikte positie in de gemeenschap". Het verband dat historisch bestaat tusschen de „staat" der gehuwde vrouw en de vermogensrechtelijke vorm van de huwelijks-samenleving verliest Koenen uit het oog. Hij is dan ook genoodzaakt op de vlg. bladzijden aan de „machtiging" van art. 164, 168 en 180 een ander karakter toe te kennen dan aan die van art. 163.

ieder gemeenschapsbelang, in rechte zoowel als buiten rechte<sup>30)</sup>. Met name achten wij geen reden aanwezig om het optreden in rechte te beperken tot de gevallen dat de vrouw op bijzondere wijze is betrokken bij de rechtsbetrekking in geschil. Voor de vraag of het proces een gemeenschapsbelang betreft is onverschillig wie der echtgenooten in de rechtsbetrekking partij is.

Dat enkele machtiging iedere beperking die voor de vrouw met betrekking tot optreden voor de gemeenschap bestaat vermag op te heffen is verder geenszins het gevolg daarvan, dat door een gelijke verdeling van bevoegdheid *slechts* de beperking van art. 163 zou bestaan. Deze gelijke verdeling van bevoegdheid bestaat niet. Art. 176, waarop deze gebaseerd zou moeten worden, heeft voor ons slechts de beteekenis dat het, als zijnde regel van huwelijksgoederenrecht, het aangaan van schulden juist stempelt tot handelingen welke bij uitstek in een bevoegdheidsregeling begrepen dienen te worden, en deze bevoegdheidsregeling, welke zooals te verwachten in hooge mate *ongelijk* is, vinden we in art. 179 j<sup>o</sup> 163. Hierom, omdat art. 163 niet een zelfstandige beperking inhoudt maar deel uitmaakt van de bevoegdheidsregeling, is door een enkele machtiging iedere beperking voor de vrouw geheel op te heffen. *Bevoegdheid* juist verschaft haar de machtiging, en deze *bevoegdheid* is het eenige wat zij normaliter mist.

Thans nog een ander punt dat in dit verband in 't kort onze aandacht vraagt. Stellen we naast elkaar de gevallen dat de vrouw met machtiging van den man een handeling verricht ten aanzien van haar privé-vermogen en dat zij een handeling verricht ten aanzien van de gemeenschap, dan kan men zich afvragen of de machtiging in het laatste geval niet noodzakelijk een ander karakter heeft dan in het eerste, in verband met de bestaande mede-eigendom. Ja, is zelfs op grond van die mede-eigendom handelen der vrouw ondanks machtiging in sommige gevallen niet geheel uitgesloten? Moeten we het hiervoor gezegde niet beperken tot die handelingen waarbij de mede-eigendom van den man geen belemmering vormt, in 't algemeen dus tot obligatoire handelingen? Dit werd geleerd door v. B. in W. 1596. Deze schreef n. a. v. art. 179: „De vrouw kan natuurlijk de hier aan den man opgedragen rechten, ook niet met zijn bijstand of machtiging uitoefenen, omdat de goederen aan een ander medebehooren. Maar, en hierop komt het m.i. aan, verder dan ten aanzien van die eigendomsrechten, *wier uitoefening haar door den mede-eigendom van den man wordt belet*, is de vrouw ook bij het bestaan der algeheele gemeenschap in haar algemeene bevoegdheid niet beperkt”. — Niet op grond van 's mans beheersrecht zou de vrouw ondanks machtiging onbevoegd zijn, maar op grond van de mede-gerech-

30) Terecht zegt Mevr. Bakker-Nort op bl. 289 van haar proefschrift: „Er is m.i. geen enkele reden, waarom de man zijn vrouw niet evengoed zou kunnen machtigen om in rechten voor de gemeenschap op te treden, als hij dit doen kan voor daden van beheer en beschikking. *Dit is geen inbreuk, doch gebruik van maritale macht*”.

tigheid van den man in het gemeenschappelijk vermogen. Niet op grond van een naast elkaar bestaande onbekwaamheid ex 163 en onbevoegdheid ex 179 zou een enkele machtiging hier niet baten, maar op grond van een naast elkaar staande onbevoegdheid ex 179 j<sup>o</sup> 163 en een onbevoegdheid krachtens mede-eigendom. Een belemmering van zakenrechtelijke aard derhalve, die geheel buiten de bevoegdheidsregeling, die terwille van eenheid bestaat, zou gelegen zijn<sup>31</sup>). Naar onze meening wordt door deze opvatting de beteekenis van de bevoegdheidsregeling miskend, en speciaal de beteekenis van art. 163 als onderdeel van die regeling. Juist het bestaan van mede-eigendom, het samen gerechtigd zijn, maakt hier een regeling onontbeerlijk ter verzekering van de eenheid in uitoefening van die gezamenlijke bevoegdheden. Juist die regeling dient om de moeilijkheden uit de weg te ruimen welke het gezamenlijk-gerechtigd-zijn zou opleveren voor eenheid in leiding. Dit geschiedt door een verdeling van bevoegdheid, intern tusschen de echtgenooten, welke echter extern een zekere vertegenwoordigingsbevoegdheid mee brengt. Het is hier niet anders dan met het beheersrecht van den man over het eigen vermogen der vrouw: een interne regeling van bevoegdheid, die voor den man een zekere vertegenwoordigingsbevoegdheid met zich brengt<sup>32</sup>). Bedoelde regeling, we zeiden het reeds, vinden we voor de gemeenschap in art. 179 j<sup>o</sup> 163. Dit laatste artikel bedoelt juist te gelden voor het geval dat er gemeenschap is. Handelt de man dan steekt er in dit handelen een vertegenwoordigings-element, handelt de vrouw met zijn machtiging dan steekt ook in dit handelen soortgelijk vertegenwoordigings-element. De bevoegdheid tot dit handelen geeft haar de enkele machtiging. In zoverre is het niet onjuist om met Opzoomer te zeggen dat deze machtiging een mandaats-element bevat. Men moet echter aan dit mandaats-element geen zelfstandige beteekenis toekennen. Het ligt opgesloten in de machtiging als opdracht van bevoegdheid. De eene wilsverklaring van den man is het door welke hij de uitoefening van bevoegdheden die hem normaliter zijn opgedragen aan de

31) In denzelfden geest Demolombe IV. 204; vgl. echter id. 279 met beroep op de woorden „le mari seul” in art. 1421 C.C.

Planiol-Ripert-Nast VIII. 559 et s. leert echter dat de vrouw wel degelijk met enkele machtiging voor de gemeenschap kan handelen. En niet alleen met betrekking tot het aangaan van verbintenissen, maar zij kan ook beheeren, beschikken en procederen. Terecht zegt Plan. Rip. VIII. 523: *l'initiative des actes à accomplir dans l'intérêt de la communauté appartient donc, en principe, au mari.*

32) De beide opvattingen die men over het beheersrecht van den man vindt, nl. dat het zijn *eigen recht* is (vgl. Scholten in W.P.N.R. 2200 bl. 90 en Veegens-Pitlo bl. 159) en dat hij de vrouw *vertegenwoordigt* (vgl. Petit bl. 70, van Oven N.J.B. 1926 bl. 65), sluiten elkaar dus niet uit, zooals Pitlo t.a.p. meent. Er is vertegenwoordiging voorzoover het eigen recht van den man niet reikt, d.w.z. na einde van zijn beheersrecht is de vrouw gebonden aan de tevoren door hem verrichte beheersdaden. Scholten t.a.p. spreekt treffend van „optreden voor anderen terwille van zichzelf”. Het is echter niet juist het beheersrecht van den man te verklaren uit een stilzwijgende volmacht, vgl. Land-Star Busmann bl. 146.



vrouw in handen geeft, door welke hij tegelijkertijd te kennen geeft haar handelingen voor zich bindend te achten, voor zich als hoofd van de gemeenschap en voor zich als mede-eigenaar.

Men moet hiermee niet verwarren een mandaat hetwelk de man kan geven aan zijn vrouw (of aan een ander) tot uitoefening van bevoegdheden welke art. 179 hem opdraagt. In de bevoegdheidsregeling tusschen echtgenooten wordt dan niets verschoven, zooals door een machtiging geschiedt, immers het blijft uiteindelijk de man die handelt. De opvatting dat een dergelijk mandaat zou noodig zijn, om de vrouw bevoegd te maken voor de gemeenschap op te treden, naast een machtiging om haar bekwaam te maken, zooals de eischer in cassatie bij de procedure voor de H.R. in 1933 meende, kunnen we niet deelen. Dit blijkt uit onze vroegere beschouwingen reeds voldoende <sup>33)</sup>.

### § 56.

Wij zeiden dat, wanneer de man het vermogen der vrouw beheert, dit geenszins belet dat de vrouw met zijn machtiging beheersdaden kan verrichten. Dit is juist een van de vormen waarin het beheersrecht van den man tot uitdrukking komt, in plaats dat in zijn recht een belemmering zou zijn gelegen voor optreden der vrouw. Dat de vrouw zich zonder machtiging van beheer moet onthouden vindt zijn eenige grondslag in het beheersrecht van den man. Geeft deze zijn machtiging dan handhaaft hij zijn beheersrecht. Recht om te machtigen tot beheersdaden en recht van beheer zijn derhalve niet gescheiden, maar het eerste is het sequens van het tweede. In abstracto zou de gewenschte eenheid evenzeer te bereiken zijn door den man enkel medezeggenschap in beheer toe te kennen, zooals hij ook enkel medezeggenschap in beschikking heeft, het is echter duidelijk dat juist bij de dagelijks weerkeerende beheershandelingen eenhoofdig optreden gewenscht is. Het recht om te machtigen mist ten aanzien van beheersdaden daardoor de zelfstandige beteekenis, welke het wel heeft ten aanzien van beschikking; zelfstandig recht van medezeggenschap in beschikking, handhaving slechts van het eigen recht van beheer.

33) vgl. noot S. v. B. onder het arrest H.R. 5 Jan. 1933 in W. 12560. Op zichzelf reeds is een machtiging niet noodzakelijk naast een volmacht (art. 1835 B.W.).

Wij achten, zooals blijkt, ook onjuist de opvatting dat de veronderstelde bewilliging van art. 164 een lastgeving zou zijn, zooals ten onzent v. Hall bl. 224 verdedigde, en Koenen, Rechtsgemeenschap bl. 198. Vgl. Kipp, Schlüsselgewalt; voor Ned. recht speciaal bl. 18/20. Ook bij uitsluiting van gemeenschap achten wij niettemin den man gebonden door verbintenissen die de vrouw in het belang van de huishouding heeft aangegaan. Dit vloeit voort uit zijn positie als „chef de ménage”. Anders Kipp bl. 11; vgl. hierover Asser-Scholten I bl. 118/119 en Petit bl. 31. In Frankrijk is de leer van het *mandat domestique* nog steeds heerschend. Vgl. Kipp bl. 21 e.v. en aldaar vermelde litteratuur en rechtspraak. Deze leer wordt echter langzamerhand verdrongen door de opvatting dat het sleutelrecht een *pouvoir propre* der vrouw is; Kipp bl. 119/121.

Stellen we nu nogmaals onze vraag: Heeft de vrouw die bij huwelijksvoorwaarden het beheer van haar privé-vermogen heeft bedongen nog machtiging noodig tot het verrichten van beheersdaden? — dan luidt ons antwoord thans als volgt: aangezien het recht om te machtigen tot beheer, en daarmee de noodzakelijkheid van machtiging voor de vrouw, gefundeerd is in het recht van beheer zelf, verliest het zijn grondslag zoodra het beheersrecht aan den man wordt onthouden, zooals bij huwelijksvoorwaarden kan geschieden, of ontnomen, zooals bij scheiding van goederen<sup>34</sup>). Daarbij veronderstellen we echter dat de bedoeling van het beding is, het beheer *geheel* aan den man te onttrekken. Want indien de bedoeling slechts is om het recht van beheer in te perken tot enkele medezeggenschap in beheer, is het duidelijk dat onze conclusie anders moet luiden. Vast staat tot dusverre, dat een inbreuk op de macht van den man met zich brengt overeenkomstige inbreuk op de onzelfstandigheid der vrouw. Vraag is thans *hoe ver* bedoelde inbreuk gaat. M.a.w. het wordt een vraag van interpretatie van het beding, vraag naar de strekking van het beding, vraag naar de omvang van zijn werking. Ofschoon nu de woorden van de wet in art. 160 en 195 reeds weinig twijfel laten hoe in deze ons oordeel zal moeten uitvallen, is nader onderzoek naar de beteekenis van het beding niet ongemotiveerd. Daarbij bestaat tevens gelegenheid op eenige verwante vragen kort in te gaan.

§ 57.

Voor het oud-Hollandsch recht trokken we, in verband met de excessieve bevoegdheden die de man ten aanzien van de goederen der vrouw had, in twijfel of een beding, dat de man geen bewind zal hebben over deze goederen, wel de strekking had dit bewind *geheel* te onthouden, dan wel alleen het willekeurig karakter daaraan te ontnemen.

Soortgelijke uitgebreide bevoegdheden kende het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland den man toe in art. 150<sup>35</sup>). Wanneer art. 151 dan laat volgen: „Deze magt van den man heeft geen plaats, wanneer de vrouw, bij huwelijksvoorwaarden, het bestuur van hare goederen aan zich heeft voorbehouden”, zou ook hier dezelfde twijfel kunnen rijzen, nl. of niet

34) Blijkbaar bedoelt ook Post dit, die in W. P. N. R. 1434 Bijv. bl. 332 (prae-adv.) naar aanleiding van art. 163 zegt: „volgens art. 195 B.W. mag dit systeem omtrent de handelingsbevoegdheid der gehuwde vrouw enkel terzijde worden gesteld ten aanzien van beheershandelingen over haar vermogen”.

35) Dit art. luidt: Man en vrouw, het zij in gemeenschap van goederen, het zij buiten dezelve, getrouwd zijnde, heeft de man, uit krachte vandeze voorgedij, de magt, om alle de roerende en onroerende goederen, zoo des gemeenen boedels, als des bijzonderen boedels van de vrouw, te vervreemden of te verpanden; met dien verstande nogtans, dat, indien en voor zoo verre de echtgenooten buiten gemeenschap van goederen getrouwd zijn, de man, in geval van vervreemding of verpanding der goederen van de vrouw, tot vergoeding of redintegratie gehouden is.

bedoeld is enkel het uitgebreide bewind *pro suo arbitrio* te ondernemen, maar overigens de vrouw gebonden te laten aan medewerking van den man. Duidelijker echter dan gemeld art. 151 is het corresponderend art. 12 in de vierde afdeeling van het Ontwerp v. d. Linden (Ontwerp 1807): „En wanneer de Vrouw bij Huwelijks-Voorwaarden het bestuur van haar eigene Goederen aan zich heeft voorbehouden, houdt die magt *in het geheel* op”. De gecursiveerde woorden duiden erop dat ook ieder recht van medezeggenschap werd onthouden. Dat dit inderdaad de bedoeling was wordt buiten twijfel gesteld door art. 74 van het Wetboek resp. art. 19 van de tweede afdeeling van het Ontwerp, waarop gemelde artikelen respectievelijk terugwijzen, nl.: „De gemeenschap van goederen en van winst en verlies uitgesloten zijnde, mag de vrouw bedingen, dat zij hare eigene goederen zal beheeren en bestieren, *zonder daarin eenige assistentie van haren man noodig te hebben*”. In al deze artikelen, evenals in het oud-Vaderlandsch recht, stond voorop de enkele inbreuk op de macht van den man, de inperking van zijn recht, en deze inperking was radicaal.

Het accent ligt eenigszins anders dan bij de Fransche *séparation contractuelle*. Deze immers bestaat allereerst in een regeling van huwelijksgoederenrecht, is allereerst te beschouwen als de aanvaarding van een bepaald *régime* van huwelijksgoederenrecht, in scherpe onderscheiding van de enkele *exclusion de communauté*. Deze regeling van huwelijksgoederenrecht bestaat daarin dat de goederen der echtgenooten onttrokken worden aan hun directe dienstbaarheid aan het gezamenlijk belang, dat er geen eenheid derhalve in economisch opzicht zal bestaan. Met deze vermogensrechtelijke regeling gaat dan gepaard een inbreuk op de maritale macht met betrekking tot beheer. Overigens is ook deze inbreuk radicaal, wordt ook hier iedere medezeggenschap aan den man onttrokken.

En nu de bepaling in ons Burgerlijk Wetboek dat de vrouw mag bedingen „het beheer harer roerende en onroerende goederen, mitsgaders het vrije genot harer inkomsten”. Heeft de Wetgever hier de Fransche *séparation de biens* bedoeld, of allereerst de vrouw een middel in de hand willen geven de macht van den man in zeker opzicht te beperken? Zooals blijken zal is deze vraag nog van eenigszins meer dan enkel academisch belang. Wij ontleenen aan Voorduin II bl. 361/362 het volgende: „Desgelijks werd gevraagd: „Is de slotbepaling van het 2de lid van dit art. niet met andere woorden het beding van *scheiding van goederen*, bij huwelijkscontract gemaakt? en zoo ja, waarom zulks niet met ronde woorden uitgedrukt?” — Op de navolgende wijze werd die vraag beantwoord: „De eerste afdeeling van deze titel, spreekt van huwelijksche voorwaarden in het algemeen, zonder door een speciale benaming te kenschetsen de overeenkomsten, welke de partijen mogten kunnen goedvinden te maken. Het 2de lid van

dit artikel stelt vast, dat de echtgenooten niet kunnen afwijken van de regten, welke aan den man als hoofd der echtverbintenis toekomen, met uitzondering echter van *het* beding, waarbij de vrouw zich het beheer harer roerende en onroerende goederen, *mitsgaders* het vrij genot harer inkomsten, voorbehoudt. Door dat beding wordt, als het ware, de gemeenschap uitgesloten, en eene scheiding van goederen van zelf daargesteld, doch er bestond geene reden, om bij de wet aan dit beding eene bijzondere benaming te geven: terwijl daarenboven de toekenning der benaming van: *scheiding van goederen*, aan dat beding, eene verwarring van denkbeelden zoude kunnen te weeg brengen, ten aanzien van de *scheiding van goederen*, waarover de VIIde (thans de Xde) titel handelt<sup>36</sup>.

Uit de door ons gecursiveerde woorden *het* en *mitsgaders* blijkt dat de Wetgever in art. 195 lid 2 bedoelde toe te laten één beding, dat zoowel het beheer der vrouwsgoederen zou betreffen als het vrij genot der inkomsten. Derhalve legde ook de wetgever verband tusschen de vermogensrechtelijke regeling betreffende de vruchten en de inbreuk op het beheersrecht van den man. Daarom mogen we veronderstellen dat bij het bedoelde beding allereerst is gedacht aan de Fransche *séparation de biens*<sup>36</sup>). Naar de voorstelling van de Regeering zou voorts de vermogensrechtelijke verhouding ingeval dat het beding is gemaakt feitelijk overeenstemming vertoonen met de vermogensrechtelijke verhouding zooals die is bij een scheiding van goederen. Echter uit de laatste zinsnede van de geciteerde toelichting blijkt tevens dat de Regeering niet verder wilde gaan dan de erkenning van een *feitelijke* overeenstemming van beide vermogensrechtelijke toestanden. Met name blijkt dat zij niet de Fransche wetenschap en rechtspraak heeft willen volgen die de *séparation contractuelle* en de *séparation judiciaire* ook rechtens geheel gelijkstelt.

Het is daarom minder juist om voor ons recht te spreken van een *bedongen scheiding van goederen*, immers door deze terminologie wordt een gelijkstelling gesuggereerd welke de Regeering juist heeft willen loochenen. Bedoelde terminologie vinden we dikwijls gebruikt door de vroegere commentatoren van ons Burgerlijk Wetboek, wie de herinnering aan het Fransche recht blijkbaar nog versch in het geheugen lag<sup>37</sup>). Terecht ageerde reeds Diephuis tegen dit gebruik door erop te wijzen dat het hier betreft een *geheel ander onderwerp*, zoodat gebruik van eenzelfde benaming slechts tot verwarring kan leiden<sup>38</sup>).

36) Anders blijkbaar Immink, Over verboden bedingen in Huwelijksche Voorwaarden. Ac. Pr. Utrecht 1882 bl. 34: „Het recht der vrouw, om voor zich te bedingen het beheer der goederen, is van oud-vaderlandschen oorsprong”.

37) vgl. Nienhuis bl. 424 noot 7 en bl. 489; van Hall bl. 251 en 254: „de onderwerpen zijn op het nauwst verwant en mogen daarom met dezelfde benaming worden aangeduid”.

38) Diephuis IV bl. 311; vgl. ook Land-Star Busmann bl. 215 noot 1 en Petit bl. 27/28.

Er is derhalve voor ons recht geen reden om de rechtsverhouding die bestaat bij uitsluiting van gemeenschap met beding van 195 lid 2 geheel gelijk te stellen met een scheiding van goederen. Beide toestanden mogen veel overeenstemming vertoonen, niettemin hebben ze ieder hun eigen karakter, dienen ze elk afzonderlijk gekend te worden uit de regels van de wet, zooals die voor elk afzonderlijk gelden, zonder dat die regels over en weer direct toepasselijk geacht mogen worden. De toestand bij scheiding van goederen is naar zijn aard vatbaar voor verandering doordat de gemeenschap met toestemming der echtgenooten hersteld kan worden (art. 251 B. W.). De toestand bij uitsluiting van gemeenschap met beding daarentegen is onveranderlijk. Bij scheiding van goederen kan de vrouw een algemeene bewilliging krijgen om over haar roerende goederen te beschikken, terwijl ingeval van beding zij slechts over haar roerende goederen beschikken mag voorzover dit te beschouwen is als een beheersdaad<sup>39)</sup>. Tenslotte is er verschil in regeling betreffende de bijdrage door de vrouw in de kosten van de huishouding, zooals aanstonds blijken zal.

Niettemin is door v. d. Ploeg in W. P. N. R. 3363 nog verdedigd, niet alleen de benaming *bedongen scheiding van goederen*, maar ook de principiële gelijkstelling daarvan met de gerechtelijke scheiding van goederen. Het Fransche stelsel zou zonder meer in ons wetboek zijn overgenomen. Dit wordt door v. d. Ploeg zoo ver doorgevoerd, dat hij het verband tusschen de beide artikelen, die in ons recht de bijdrage in de kosten van de huishouding regelen — art. 200 en 200 B. W. nl. — ontkennen wil, en van meening is dat het eerste artikel, overgenomen immers uit art. 1537 C. C. dat staat in de afdeeling *de la clause de séparation de biens*, slechts van toepassing is bij *uitsluiting van gemeenschap met beding*, terwijl art. 201, dat is overgenomen uit art. 1530 C. C. in de afdeeling *de la clause . . . sans communauté*, zou zien op het geval dat het huwelijk is gesloten met *uitsluiting van gemeenschap zonder beding*. Ons recht vertoont in deze opvatting oogen-schijnlijk een leemte omdat, ingeval van uitsluiting met beding, niet is geregeld hoe het is wanneer verzuimd is de som te bepalen welke de vrouw zal bijdragen. De bepaling immers van art. 1537 C. C. dat de vrouw in dat geval bijdraagt *jusqu' à concurrence du tiers de ses revenus* is niet overgenomen. V. d. Ploeg acht dan echter art. 248 B. W. toepasselijk, volgens welk artikel de vrouw zou moeten bijdragen naar evenredigheid van haar vermogen en dat van haar man<sup>40)</sup>.

Deze theorie van v. d. Ploeg werd reeds bestreden door van Brakel in een in 1935 voor de Broederschap van Notarissen gehouden prae-advies<sup>41)</sup>. Bedoelde leer berust op een verregaande

39) De vrouw krijgt beheer zooals dit anders den man zou toekomen. Vgl. de Lange bl. 20; Schermer-Böhlingk bl. 300.

40) Aldus blijkbaar ook v. Kuyk in W.P.N.R. 2476 en Lubbers, Prae-adv. 1935, Corr. blad Broed. der Not. 1935 afl. 6 bl. 234.

41) Corr. blad Broed. der Not. 1935 afl. 6 bl. 157/158 en 183.

onderschatting van de beteekenis welke moet worden toegekend aan de zelfstandige wetgevende activiteit van den Wetgever van 1838. Terecht wijst van Brakel erop dat in het systeem van onze wet de artt. 200 en 201 in onderlinge samenhang een begrijpelijke en volledige regeling inhouden. Ook de Regeering bedoeld het niet anders, getuige de Memorie van Toelichting ad art. 200: „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" 42). Hoe kan wie dit leest nog in twijfel trekken dat de artt. 200 en 201 tesamen behooren? 43)

Het is derhalve zoo, dat bij enkele uitsluiting, zonder beding, de artt. 200 en 201 gelden, d.w.z. indien een bijdrage door de vrouw is vastgesteld kan de man dit deel van haar inkomsten voor de huishouding besteden, terwijl hij het overschot zal moeten verantwoorden 44). Is geen bijdrage vastgesteld, dan zijn de inkomsten der vrouw ter beschikking van den man, hetgeen ook wij, zooals eerder gezegd aldus opvatten, dat de man krachtens zijn sterk kwalitatief recht die inkomsten mag besteden ter bestrijding van de kosten der huishouding, maar een eventueel overschot ook hier zal moeten verantwoorden. Dit is geheel in overeenstemming met de groote rol welke in ons recht het belang der vrouw als eigenaresse van het kapitaal speelt.

Is daarentegen het beding van art. 195 lid 2 wel gemaakt, dan blijft nog de vraag te beantwoorden of daardoor op de regeling van de artt. 200 en 201 inbreuk wordt gemaakt. Eerst echter iets anders.

De opvatting van v. d. Ploeg is te minder houdbaar, nu een kentering is gekomen in de algemeene beschouwingswijs die met betrekking tot het beding is te vinden. De opvatting heeft immers vaste voet gekregen, in een dergelijke mate dat dit als wetenschappelijke rechtsvorming moeilijk anders dan gerespecteerd kan worden, dat in art. 195 lid 2 niet één beding slechts wordt toegelaten, maar dat hier twee afzonderlijke bedingen worden bedoeld. Het is niet toevallig dat Diephuis, die als een der eersten ageert tegen de benaming *bedongen scheiding van goederen*, tevens een der eersten is die het beding dat de vrouw het beheer harer

42) Voorduin II bl. 369.

43) Dit wordt dan ook vrijwel de geheele litteratuur door aangenomen. Vgl. Asser bl. 100; Nienhuis bl. 420; Schüller ad art. 201; Diephuis IV bl. 309/310; Opzoomer-Grünebaum bl. 388; Land-Star Busmann bl. 218; Petit bl. 151; Asser-Scholten I bl. 196; vgl. ook v. Nooten diss. Ultr. 1873 bl. 52/53; de Boer W.P.N.R. 997 bl. 445; Bakker-Nort bl. 341; de Lange bl. 128; Waldorp, Prae-adv. 1931 bl. 53; Muller, R.M. 1892 bl. 16 meent zelfs dat de artt. 200 en 201 niet aan het Fransche recht ontleend zijn. Wij meenen dat dit wel zoo is, echter de artikelen hebben in ons recht hun eigen beteekenis gekregen.

44) De practische moeilijkheid welke dit laatste meebrengt kan wellicht in sommige gevallen ondervangen worden door de bijdrage der vrouw te bepalen op haar inkomsten verminderd met een gefixeerd „overschot“.

goederen zal hebben, en het beding dat zij het vrije genot van haar inkomsten behoudt, als afzonderlijke bedingen bespreekt <sup>45)</sup>. Sindsdien komt deze opvatting als iets vanzelfsprekends met groote standvastigheid voor <sup>46)</sup>. Daardoor heeft men het verband verbroken, dat de Regeering ongetwijfeld nog aanwezig achtte, tusschen de vermogensrechtelijke regeling betreffende de vruchten en de inbreuk op de maritale macht. Men kan deze ontwikkeling betreuren, omdat daardoor weer eens te meer het verband miskend wordt dat bestaat tusschen de rechten van den man respectievelijk de onzelfstandigheid van de vrouw eenerzijds en de vermogensrechtelijke organisatie van de huwelijks-samenleving anderzijds, en zodoende weer eens te duidelijker het gebrek aan inzicht in de juiste grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw aan het licht is getreden, niettemin zullen we de verschillende consequenties ervan dienen te accepteren als even zoo veel ontsierende uitwassen van ons wettelijk systeem — denk vooral aan de vrouw die wel vrij genot maar geen beheer bedongen heeft — nu de splitsing van het beding blijkbaar ook in de rechtspraak en practijk opgang heeft gemaakt.

Een van de gevolgen van bedoelde splitsing is, dat niet alleen bij uitsluiting van gemeenschap — zooals de Regeering scheen aan te nemen (zie Voorduin, hiervoor geciteerd) — beheer bedongen kan worden, maar dat dit ook mogelijk is bij beperkte gemeenschap, ook al omvat deze de vruchten van het vermogen der vrouw. De mogelijkheid is daarmee immers geaccepteerd dat de eenheid in leiding wordt verbroken, terwijl de economische eenheid toch bestaat.

Maar welke is dan nu de beteekenis van het beding dat de vrouw het vrije genot van haar inkomsten zal hebben? Geen andere dan tevoren, d.w.z. regeling krachtens welke den man het recht onthouden wordt, hetwelk hij normaliter op die inkomsten heeft, en dit recht op haar inkomsten aan de vrouw zelf wordt toegekend. De regeling betreffende het recht dat de man normaliter op de inkomsten der vrouw heeft vinden we in de artt. 200 en 201, zoodat het beding inbreuk maakt op die artikelen. Dit wil niet zeggen dat de echtgenooten niet vrij zouden zijn een door de vrouw bij te dragen som vast te stellen, ook als deze het vrije genot harer inkomsten heeft bedongen. Indien zij dit echter achterwege lieten behoudt de vrouw het recht op haar inkomsten, met name staan deze dan niet ter be-

45) Diephuis IV bl. 310.

46) Vgl. Star Busmann bij Land bl. 214 noot 3; Klaasen Eggens bl. 63/65; Völlmar I no. 127; Veegens-Pitlo bl. 211; de Lange bl. 21/22 en 133; Schermer-Böhtlingk bl. 306; Post, Prae-adv. 1897 W.P.N.R. 1434 Bijv. bl. 331; van Oven, Prae-adv. 1931 bl. 41; van Brakel, Prae-adv. 1935 § 24, waaruit blijkt dat ook de practijk de splitsing van het beding aanvaard heeft. Vgl. nog Rb. Rotterdam 24 Nov. 1902, W. 7962.

In Frankrijk is men dezelfde kant opgegaan door *naast* de *séparation contractuelle* de mogelijkheid te aanvaarden van een combinatie van *régimes*; vgl. Aubry et Rau VIII § 510; Planiol-Ripert-Nast VIII. 22/23 en 581b; vgl. ook id. IX. 1044/1047; Moissinac p. 114 et s.

schikking van den man <sup>47)</sup>). Beheert de laatste, dan moet hij de vruchten aan de vrouw verantwoorden <sup>48)</sup>); beheert de vrouw zelf, dan behoeft zij ze niet aan den man uit te keeren. Ons systeem wijkt hier dus eenigszins af van het Fransche, volgens hetwelk de vrouw in dat geval moet bijdragen ten beloope van een derde van haar inkomsten (art. 1537 C.C.). Anders gezegd, de vrouw kan zich, door het vrije genot van haar inkomsten te bedingen zonder een bijdrage in de kosten der huishouding vast te stellen, bevrijden van de verplichting om in die kosten bij te dragen. Voor analoge toepassing van art. 248 B.W. is geen reden (over directe toepasselijkheid spraken we reeds), nu bij scheiding van goederen ontbreekt wat hier niet ontbroken heeft, nl. de gelegenheid om een bijdrage der vrouw vast te stellen. Door het opzettelijk beding, zonder bepaalde bijdrage, geven de echtgenooten te kennen een dergelijke bijdrage niet te willen. Men meene niet dat dit in strijd is met de art. 158 en 159 omdat deze artikelen van openbare orde zouden zijn. Dit laatste is wel zoo, maar doet zich pas gevoelen als er behoefte bestaat <sup>49)</sup>). Slechts in zooverre wordt derhalve de betekenis van het beding ingeperkt: ondanks beding zal de vrouw toch moeten bijdragen indien de man in eigen middelen tekort schiet <sup>50)</sup>). Echter ook alleen

47) vgl. Diephuis IV bl. 311; Opzoomer-Grünebaum bl. 389; Land-Star Busmann bl. 214 en 219 noot 1; Asser-Scholten I bl. 196, echter op grond dat met beheer der vrouw een recht van beschikking van den man niet goed vereenigbaar zou zijn, alleen dus blijkbaar indien tevens beheer bedongen is (vgl. noot 48); Petit bl. 152; Klaassen-Eggens bl. 63/65; Völlmar I no. 127; Veegens-Pitlo I bl. 164 (maar op bl. 211 zegt Pitlo: „Als (immers) de man het beheer over het vermogen der vrouw voert, ontvangt hij de revenuen; de vrouw is dan met het beding, dat zij over haar inkomsten mag beschikken niet gebaat”. — Maar de bedoeling van het beding was toch den man het beschikkingsrecht te onthouden?); Bakker-Nort bl. 341; van Oven, prae-adv. 1931 bl. 41 en Waldorp, prae-adv. 1931, bl. 53; Schermer-Böhtlingk bl. 279; Post, prae-adv. 1897 W.P.N.R. 1434 Bijv., zeide: „Zij kan tot de kosten der huishouding en opvoeding der kinderen zoodanige som bijdragen als haar gepast voorkomt”: de Boer W.P.N.R. 977 bl. 445; Anders de Lange bl. 128 e.v., volgens wien derhalve het beding betekenis mist indien niet tevens een bijdrage is vastgesteld.

48) cf. Post t.a.p. bl. 331. Dit wil niet zeggen dat de man dan niet over die vruchten mag beschikken. Dit kan opgesloten liggen in zijn beheer. Men houde echter in het oog dat deze beschikking dan een andere is dan de in art. 201 bedoelde. In het laatste geval bestaat immers geen verantwoordingsplicht t.a.v. hetgeen waarover beschikt is. De kwestie is niet of beschikt mag worden, maar tot welk doel, ten behoeve van de huishouding of ten behoeve van de vrouw-privé. Daarom zien we niet in waarom het beschikkingsrecht van art. 201, d.w.z. het recht om voor de huishouding te besteden, niet gepaard kan gaan met beheer door de vrouw. Dit beschikkingsrecht is geen uitbreiding van beheersrecht, het beteekent dat alle vruchten uit het vermogen der vrouw in beginsel de bestemming hebben om te dienen ter bestrijding van de bewuste kosten. Anders Asser-Scholten I bl. 196 omdat beschikking in andere handen dan beheer niet mogelijk zou zijn; vgl. ook Lubbers, Prae-advies 1935 Corr. blad Broed. der Not. 1935 afl. 6 bl. 235.

49) vgl. Demolombe IV. 84: „il s'agit de l'obligation de chacun des époux de nourrir et entretenir son conjoint lorsqu'il est dans le besoin etc.”

50) Aldus was ook de regeling in het Ontwerp 1886. Vgl. Wiarda Ac. Pr. Leiden 1895 bl. 26/27 sub 2; de Rechtbank zou bevoegd zijn om bij veranderde omstandigheden op verzoek van den man en na verhoor der vrouw aan deze een bijdrage op te leggen.



in zooverre. Overigens is de openbare orde niet gemoeid met een regeling hoe de echtgenooten onderling de kosten zullen dragen. Zelf laat de wet hen normaliter vrij in die regeling, getuige art. 200<sup>51)</sup>.

§ 58.

Het was moeilijk de vermogensrechtelijke kant van het beding, of liever het vermogensrechtelijk beding, geheel onbesproken te laten. Thans keeren we echter terug tot het beding dat inbreuk maakt op de maritale macht, het beding van eigen beheer. De twijfel welke wij mogelijk achtten omtrent de strekking van het beding in het oud-Vaderlandsch recht is voor ons recht ongemotiveerd. Doordat het beheersrecht van den man binnen nauwe grenzen, getrokken door het belang van de vrouw is beperkt, gebonden aan een stringente verantwoordelijkheid, is het gradueele verschil tusschen recht van beheer en recht van enkele medezeggenschap in beheer niet groot. Althans ligt daarin geen reden om te veronderstellen dat onze wetgever een regeling zou hebben willen geven om den man enkel het *eigen* beheer te ontnemen, maar niet iedere medezeggenschap<sup>52)</sup>. Te meer dient deze veronderstelling verworpen te worden nu het Wetboek Lodewijk Napoleon, dat zooals bleek aan den man gelijksoortig ruime bevoegdheden toekende als het Hollandsch recht, niettemin toeliet door het beding ook ieder recht van medezeggenschap te ontnemen, terwijl ook de Fransche *séparation de biens*, welke den wetgever onmiskenbaar voor den geest zweefde, de onzelfstandigheid der vrouw inzake beheer ongetwijfeld volkomen opheft.

Art. 349 lid 2 Ontwerp 1820 (art. 310 Ontw. 1816) luidde dan ook als volgt: „Alleen wanneer de gemeenschap van goederen is uitgesloten, kan de vrouw bedingen, dat zij het *vrij* beheer en bestuur van haar eigene goederen zal behouden, doch bekomt de vrouw door dat beding alleen de bevoegdheid, van zich en hare goederen te verbinden, *buiten toestemming van haren man*, zonder meer<sup>53)</sup>. Hieromtrent merkte de 1ste afd. aan, zegt Voorduin, „dat het gevaarlijk is, dat eene vrouw hare goederen zoude kunnen verbinden buiten de toestemming van haren man of van den regter, behalve dat zoodanige bepaling, die van art. 1449 C. C. zoude

51) Niet duidelijk is daarom wat Schermer-Böhlingk bl. 305 zegt: „Nu de gemelde verplichting (die van art. 159 B.W.) volgens de wet een gevolg is van de enkele daad des huwelijks, zal men moeten aannemen, dat die verplichting ook niet bij huwelijkscontract kan worden opgeheven”. Vgl. ook Jansen, W.P.N.R. 2610 en Kist, W.P.N.R. 1105 bl. 131; en art. 145 Wetb. Lod. Nap.

52) Scholten zegt terecht ten antwoord op Rv. I in W.P.N.R. 2444: „De vrouw, die zich het beheer bedingt is ook m.i. gerechtigd de beheersdaden zelfstandig zonder machtiging van den man te verrichten. Wat zou het beding anders practisch uitwerken?” Inderdaad zou anders in ons recht de practische betekenis van het beding uitermate gering zijn.

53) Voorduin II bl. 360 e.v.

omverwerpen, welke die vrijheid ontzegt aan de vrouw van tafel, bed en goederen gescheiden zijnde; dat het nuttig is, de vrouwen te beschermen tegen de ondernemingen der kwade trouw en tegen hare eigen zwakheid". Men was van gevoelen „dat men de bepalingen van art. 1535—1538 C. C. zoude moeten bijbehouden". Het punt van conclusie, No. 46, was, „dat men verlangde, dat het tweede deel van art. 349 weggelaten wierde". — Duidelijk blijkt hier hoe de dwaalleer omtrent de bescherming der vrouw leidde tot handhaving van de maritale macht en de daarmee verbonden onzelfstandigheid der vrouw in een geval waarin deze niet gemotiveerd is. Uit het weglaten van bedoelde zinsnede is dan ook, gezien het vroeger door ons hierin gekozen standpunt mede in verband met de verwijzing naar het Fransche systeem, niet af te leiden, dat de vrouw voortaan voor *ieder* zich verbinden machtiging zou noodig hebben. De bedoeling was ongetwijfeld om deze beperking niettemin te laten wegvallen, voorzover in het zich verbinden een beheersdaad is te zien.

Wij meenen derhalve dat wanneer art. 160 lid 3 zegt: „Hij bestuurt de goederen aan de vrouw persoonlijk toebehoorende, ten zij het tegendeel zij bedongen", deze laatste woorden niet anders opgevat kunnen worden dat dat *iedere zeggenschap* van den man inzake bedoeld beheer aan hem kan worden onthouden. In verband met onze vroegere conclusie in § 50 en 53 luidt dus ons oordeel *dat de vrouw, die overeenkomstig art. 195 lid 2 bij huwelijksvoorwaarden het beheer harer goederen heeft bedongen, dat beheer zelfstandig vermag uit te oefenen, zonder nader machtiging voor beheersdaden noodig te hebben.*

Van der Ploeg in zijn eerder vermeld opstel komt tot deze zelfde conclusie op grond van art. 249 B. W. dat, sprekende van *vrije beheering*, in verband met de beweerde principiële overeenstemming tusschen de bedongen en de rechterlijke scheiding van goederen, tevens voor de bedongen scheiding van goederen buiten twijfel zou stellen, dat een machtiging tot beheer niet meer noodig is. De bezwaren tegen deze motiveering zetten we reeds uiteen. Men moet de kwestie voor beide instituten afzonderlijk beoordeelen uit de voor elk geldende wettelijke regels. Dit wil niet zeggen dat art. 249 *iedere* beteekenis voor ons zou missen. In zooverre beide posities feitelijke overeenstemming vertoonen, aangezien bij beide sprake is van inbreuk op 's mans beheersrecht, is het van belang om te weten hoe de wetgever zich in een van beide gevallen die inbreuk heeft voor oogen gesteld. Uitsluitend op grond van die feitelijke overeenstemming zou het verwondering wekken indien de gevolgen van het beding in dit opzicht anders zouden zijn dan van de scheiding van goederen.

Wordt derhalve door het beding de maritale macht geheel opgeheven met betrekking tot beheersdaden, overigens blijft die macht volledig bestaan, m. a. w. voor beschikkingsdaden en voor optreden in rechte kan de vrouw geen machtiging ontbeeren. Dat deze uit-

gebreide werking van de maritale macht moeilijk te verdedigen is indien de vrouw tevens het vrije genot van haar inkomsten heeft voorbehouden, waardoor immers de eenheid in economisch opzicht is verbroken, merkten we vroeger reeds op.

§ 59.

Ons rest thans nog een woord over een artikel dat, door veel schrijvers in één adem genoemd met art. 195 lid 2<sup>54)</sup>, onmiskenbaar in verband staat met de door ons besproken kwestie. We bedoelen art. 170 B. W.: „Eene algemeene magtiging, zelfs bij huwelijksche voorwaarden bedongen, is niet verder geldig dan met betrekking tot het beheer der goederen van de vrouw”. Het oordeel van verschillende schrijvers over dit artikel vermeldden we reeds in Hoofdstuk I. Hier bepalen we ons in hoofdzaak tot vermelding van eigen zienswijfs.

De vraag welke zich speciaal voordoet bij dit artikel is, of het niet overbodig is, nu blijkt dat volgens ons recht door het enkele beding van eigen beheer iedere onzelfstandigheid met betrekking tot dat beheer wordt opgeheven. Aldus meende v. B in W. P. N. R. 1596.

De bepaling was niet bekend in het oud-Vaderlandsch recht, maar is letterlijk overgenomen uit de Code. In de afdeelingen zeide men, naar Voorduin II bl. 289 meedeelt, „deze bepalingen duister te vinden”. De Regeering antwoordde daarop: „On pense, au contraire, qu'elle est claire: elle est textuellement tirée de l'ar. 223 du code civil actuel; il est évident que le mari peut donner une *procuration* à sa femme, et alors elle agit comme *mandataire*, de même que tout autre personne. Mais il est défendu de stipuler une *AUTORISATION générale*, qui s'étende au delà de l'administration des biens de la femme”<sup>55)</sup>).

De beteekenis van het artikel moet derhalve verklaard worden aan den hand van art. 223 C. C. Nu bedoelde dit laatste artikel, zagen we vroeger, niet anders dan een nadere regel te geven omtrent de mogelijke omvang van de in art. 217 bedoelde magtiging. We verwijzen hiervoor naar hetgeen we eerder zeiden over de *autorisation générale* in het Fransche recht.

De beteekenis van ons art. 170 is geen andere. Het bedoelt allereerst te zeggen dat met betrekking tot beschikkingsdaden de in art. 163 bedoelde magtiging *bijzonder* zijn moet, speciaal gegeven voor iedere daad afzonderlijk. Zodoende heeft het geen andere beteekenis dan het tweede lid van art. 163, hetwelk ook niet anders

54) vgl. Nienhuis bl. 393; Vernede ad art. 170 en 195; Diephuis IV bl. 186 en 310; Opzoomer-Grünebaum bl. 291; vgl. ook Veegens-Pitlo I bl. 168, waarover reeds in ons eerste hoofdstuk. Vgl. verder Colthoff, Bijstand en Machtiging der gehuwde vrouw, Ac. Pr. Leiden 1880 bl. 33.

55) vgl. v. d. Voort bl. 142.

bedoelt dan de omvang, de werkings-sfeer, van een machtiging nader te bepalen<sup>56)</sup>.

De machtiging van art. 170 is derhalve niet een andere dan die van art. 163, maar heeft evenzeer als karakter: manifestatie van maritale macht, aanvulling van de onbevoegdheid der vrouw. Met name is in art. 170 niet bedoeld een volmacht, hetgeen door sommige schrijvers hier niet voldoende wordt uiteengehouden<sup>57)</sup>. Duidelijk blijkt dit ook uit de door de Regeering gemaakte tegenstelling tusschen *procuration* en *autorisation*<sup>58)</sup>.

„zelfs bij huwelijksche voorwaarden” is een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden niet mogelijk. Vertaald uit den Code herinneren deze woorden aan de strijd die op dit punt in Frankrijk bestond. De meening werd immers verdedigd, dat een *autorisation générale* tot beschikkingsdaden mogelijk was onder zekere voorwaarden, o.a. dat deze gegeven was bij contrat de mariage.

De beteekenis van art. 170 is dus in de eerste plaats daarin gelegen dat het ten aanzien van *beschikkingsdaden* uitdrukking geeft aan het beginsel van de specialiteit der machtiging. Weliswaar is het artikel tot dit doel ongelukkig geformuleerd, toch moeten we de beteekenis ervan allereerst daarin zien, dat het een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden verbiedt onder alle omstandigheden, ook als die machtiging bij huwelijksvoorwaarden is gegeven.

Voor ons is echter van meer belang datgene wat uit het artikel voortvloeit ten aanzien van beheersdaden. Niet iedere algemeene machtiging wordt immers verboden. Als de algemeene machtiging beheersdaden betreft is deze wel geoorloofd. Dit volgt direct uit het artikel.

Twee gevallen onderscheidt art. 170: 1. de algemeene machtiging tot beheer wordt tijdens huwelijk gegeven, en 2. de algemeene machtiging tot beheer wordt gegeven bij huwelijksvoorwaarden. De woorden „zelfs bij huwelijksche voorwaarden” bedoelen wel allereerst een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden te verbieden, ook al wordt deze gegeven bij huwelijksvoorwaarden, maar tegelijkertijd blijkt er uit dat een algemeene machtiging tot beheersdaden, bij huwelijksvoorwaarden gegeven, volgens de wetgever geoorloofd is.

Eerst de machtiging tijdens huwelijk. Het stelsel van onze wet met betrekking tot het recht van beheer dat de man heeft en de onzelfstandigheid van de vrouw krachtens art. 163 inzake beheer, zooals we dat eerder uiteenzetten, brengt mee, dat juist als de man beheert ook de vrouw met zijn machtiging beheersdaden kan verrichten. Art. 170, dat deze mogelijkheid als vanzelfsprekend veronderstelt doordat het geheel algemeen luidt, vormt een on-

56) Beide artikelen worden in een adem genoemd door Nienhuis bl. 380; vgl. ook id. bl. 384; Diephuis IV bl. 185; Petit bl. 55.

57) vgl. v. d. Voort t.a.p.; Diephuis IV bl. 175.

58) Niet juist achten we de opmerking van Petit bl. 29 noot 1, dat deze opmerking der Regeering aldus moet worden verstaan dat de vrouw ingevolge een algemeene machtiging van art. 170 „agit comme mandataire”.

betwistbare bevestiging van de juistheid van onze opvatting.

Wanneer de man het vermogen der vrouw beheert, kan hij dus tijdens huwelijk aan de vrouw een algemeene machtiging geven tot beheer. De vrouw wordt daardoor bevoegd dat beheer zelfstandig te voeren binnen de grenzen welke de machtiging meebrengt: de machtiging kan voor een bepaalde tijd gegeven zijn, wat bv. van belang is bij afwezigheid of andere verhinderende van den man; de machtiging kan gegeven zijn voor een bepaalde categorie van beheersdaden, of voor alle beheershandelingen met betrekking tot een bepaald object; er zijn allerlei variaties mogelijk vanaf de machtiging tot een speciale beheersdaad tot aan de machtiging tot alle beheersdaden ten aanzien van het geheele vermogen der vrouw. Een en ander is van geval tot geval te beoordeelen.

Wanneer de vrouw bij huwelijksvoorwaarden beheer bedongen heeft, is ze door dit enkele beding bevoegd dat beheer te voeren, d.w.z. zij heeft geen machtiging meer noodig voor beheersdaden. Van een machtiging, ook een algemeene machtiging, tijdens huwelijk kan dan geen sprake meer zijn.

Tevens volgt hieruit, dat ook bij huwelijksvoorwaarden een algemeene machtiging tot beheer niet noodig is naast het beding; het beding alleen reeds is voldoende, reeds daardoor is de grondslag van de machtiging weggevallen, is inbreuk gemaakt op art. 163, en kan dus art. 170, dat een nadere uitwerking is van art. 163, niet toepasselijk zijn. Tenminste voorzoover het beheersdaden betreft. Voor beschikkingsdaden blijft het artikel ook bij bedongen beheer van belang, immers ook dan verbiedt het een algemeene machtiging tot beschikkingsdaden.

Wanneer art. 170 dus de mogelijkheid veronderstelt van een algemeene machtiging tot beheer, gegeven bij huwelijksvoorwaarden, heeft het het geval op het oog, dat alleen deze algemeene machtiging wordt gegeven, zonder dat naarnaast nog het beding van art. 195 lid 2 wordt gemaakt.

Welke zijn nu de gevolgen van zoo'n machtiging bij huwelijksvoorwaarden? Ook door een algemeene machtiging wordt de onzelfstandigheid der vrouw met betrekking tot het beheer van eigen vermogen geheel opgeheven, en, evenals bij het beding van art. 195 lid 2, geschiedt dit op onherroepelijke manier. Ons recht kent blijkbaar twee wegen ter bereiking van hetzelfde doel: nl. beding van eigen beheer en algemeene machtiging tot beheer bij huwelijksvoorwaarden gegeven. En het doel, dat zoowel door het beding als door de algemeene machtiging kan bereikt worden is: opheffen van de onzelfstandigheid van de vrouw met betrekking tot het beheer van eigen vermogen; zij krijgt zelf dit beheer in handen en voert het zelfstandig.

Maar, kunnen we ons afvragen, is de door art. 170 veronderstelde mogelijkheid van een algemeene machtiging tot beheersdaden, gegeven bij huwelijksvoorwaarden, niet overbodig naast de mogelijkheid van het beding van beheer volgens art. 195?

Dit hangt er van af. Wanneer de machtiging gegeven is voor

een bepaalde categorie beheersdaden, of bij huwelijksvoorwaarden reeds voorgeval van ziekte of verhindering van den man, in 't algemeen dus wanneer de machtiging niet in alle opzichten algemeen is, is de werking ervan beperkter dan die van het beding. De mogelijkheid van zoo'n machtiging is niet overbodig. Wanneer echter de machtiging geheel algemeen is, dan is de werking ervan wel dezelfde als van het beding. De mogelijkheid van zoo'n machtiging heeft inderdaad geen zin naast de mogelijkheid van het beding. Het *practisch* resultaat van beide is in dat geval geheel hetzelfde. Dit is mogelijk doordat beide uitsluitend betrekking hebben op de maritale macht resp. de onzelfstandigheid der vrouw. Met name is dit mogelijk, doordat het beding van eigen beheer losgemaakt is van de regeling met betrekking tot de vruchten van het vermogen der vrouw. Het recht op deze vruchten wordt dan ook niet beïnvloed door een algemeene machtiging. De vrouw, die krachtens zoo'n machtiging beheert, zal, bij uitsluiting van gemeenschap, of de volgens art. 200 bepaalde bijdrage aan den man moeten afstaan, of wel *alle* vruchten indien de man daarover wenscht te beschikken volgens art. 201.

De oorzaak van deze overbodigheid in ons wettelijk stelsel is gelegen in de omstandigheid dat, wij herhalen het, de beteekenis van de woorden „zelfs bij huwelijksvoorwaarden bedongen” daarin is gelegen dat de wetgever een algemeene machtiging tot *beschikkingsdaden* wilde verbieden, ook al was deze bij huwelijksvoorwaarden gegeven. Nu is de redactie van het artikel dusdanig dat er tevens uit af is te leiden dat een algemeene machtiging tot beheersdaden bij huwelijksvoorwaarden mogelijk is, deze mogelijkheid is echter niet *opzettelijk* in het Wetboek opgenomen.

Een en ander wil niet zeggen, dat ook *theoretisch* de algemeene machtiging hetzelfde is als het beding van art. 195 lid 2. Door het beding wordt het beheersrecht den man onthouden en daarmee valt de grondslag van de onzelfstandigheid der vrouw weg, terwijl door een algemeene machtiging de onzelfstandigheid der vrouw wordt opgeheven en daarmee het beheersrecht prijsgegeven. Theoretisch is er dus verschil hetwelk men als volgt kan formuleeren: de algemeene machtiging beteekent inbreuk op macht door opheffen van onzelfstandigheid, terwijl het beding beteekent opheffen van onzelfstandigheid door inbreuk op macht. Beide wegen leiden echter tot hetzelfde doel, nl. opheffen van de juridische ongelijkheid tusschen de echtgenooten met betrekking tot het beheer over het vermogen der vrouw. Dit doel wordt echter bereikt van twee verschillende kanten.

## SAMENVATTING.

## § 60.

De beperking in handelingsbevoegdheid, welke art. 163 de vrouw oplegt, heeft geen andere grondslag dan de regels waarbij aan den man recht van beheer wordt toegekend over het privévermogen der vrouw en recht van beheer en beschikking ten aanzien van de gemeenschap. Het samenstel van regels, welke aan den man bevoegdheden geven en aan de vrouw beperking in handelingsbevoegdheid opleggen, is gericht op de verzekering van eenheid in de leiding van het gezamenlijk vermogensrechtelijk belang van de echtgenooten.

Art. 163 behelst niet alleen een beperking ten aanzien van beschikkingsdaden, maar evenzeer een beperking ten aanzien van beheersdaden. Deze beperking ten aanzien van beheersdaden staat tegenover het recht van beheer dat de man heeft volgens art. 160 lid 3. Het zijn de beide kanten van eenzelfde ongelijkheid in bevoegdheid. Met name is het onjuist om in art. 163 te zien neergelegd een „onbekwaamheid”, berustend op andere grondslagen dan, en daarom van zelfstandige beteekenis naast, een „onbevoegdheid” krachtens art. 160 lid 3. Art. 163 formuleert ten aanzien van beheer over het vermogen der vrouw dezelfde onbevoegdheid als art. 160 lid 3, echter gezien van het standpunt der vrouw.

Beheert de man het vermogen der vrouw, dan is in dit beheersrecht van den man geen beletsel gelegen voor beheer door de vrouw, mits zij maar handelt met machtiging.

Heeft de vrouw beheer bedongen bij huwelijksvoorwaarden of heeft zij beheer teruggekregen na scheiding van goederen, dan behoeft zij niet meer gemachtigd te worden tot beheersdaden. Het is daarom niet noodig, naast het beding van eigen beheer nog een algemeene machtiging tot beheer in de huwelijksvoorwaarden op te nemen.

---

## MEER UITVOERIGE INHOUDS-OPGAVE.

## Hoofdstuk I — Probleemstelling en Inleiding.

§ 1. probleemstelling: onbevoegdheid en onbekwaamheid naast elkaar? betreft art. 163 ook beheersdaden? verdere vragen — § 2/11. toelichting aan de hand van schrijvers — § 12. de kernvraag is: is in ons recht plaats voor onbekwaamheid der getrouwde vrouw naast onbevoegdheid?

## Hoofdstuk II — Oud-Vaderlandsche precedënten.

§ 13. oud-germaansche tijd — § 14. tijd der leges barbarorum; mundium ongetrouwde vrouw; bescherming — § 15. mundium getrouwde vrouw — § 16. matrimoniseering van het mundium getrouwde vrouw — § 17. verdere ontwikkeling rechtspositie ongetrouwde vrouw — § 18. verdere ontwikkeling rechtspositie getrouwde vrouw; huwelijksvoogdij — § 19. ook onzelfstandigheid ten aanzien van privé-belangen; bescherming? — § 20/27. recht der verschillende provinciën — § 28. samenvatting: getrouwde vrouw bevond zich in voogdij; echter geen bescherming; macht terwille van eenheid; onzelfstandigheid enkel keerzijde van die macht.

## Hoofdstuk III — Fransche precedënten en het systeem van den Code.

§ 29. ook hier als achtergrond: maritale macht en onbekwaamheid — § 30. droit coutumier op germaanschrechtelijke grondslag evenals oud-vaderlandsch recht; daarom in groote lijnen parallellie — § 31. voornaamste bron: coutume de Paris — § 32. ongelijkheid ten aanzien van gemeenschap — § 33. echter ook ten aanzien van eigen vermogen der vrouw; incapacité absolu — § 34. bescherming? ook hier macht terwille van eenheid — § 35. evolutie in het maritaal gezag; de grondslag bleef echter dezelfde — § 36. ook in Frankrijk onzelfstandigheid enkel keerzijde van macht — § 37. die macht was van publieke orde — § 38. séparation de biens contractuelle: regeling van huwelijksgoederenrecht gepaard met radicale inbreuk op maritale macht ten aanzien van beheer — § 39. autorisation générale — § 40. autorisation générale en séparation contractuelle — § 41/42. systeem van den Code: bescherming als grondslag van onzelfstandigheid dient verworpen te worden.

## Hoofdstuk IV — Systeem van het huidig Nederlandsch recht.

§ 43. inleiding. — § 44. beschermings-symptomen in ons wetboek — § 45. terminologie: onbekwaamheid en onbevoegdheid — § 46. bevoegdheidsregeling betreft ook eigen vermogen der vrouw — § 47. H.R. 29 Juni 1936; H.R. aanvaardde een onbekwaamheid naast een onbevoegdheid — § 48. de H.R. betreft art. 163 ten onrechte niet in de bevoegdheidsregeling; evenzoo Veegens-Pitlo — § 49. heeft art. 163 een dubbele functie? — § 50. kent ons recht bescherming als grondslag van onbekwaamheid der getrouwde vrouw? — § 51. Geen bescherming! — § 52/53. in de litteratuur van de vorige eeuw heeft de beschermings-gedachte geen vaste voet gekregen — § 54. stelsel van ons wetboek; bevoegdheidsregeling waarvan art. 163 deel uitmaakt — § 55. bevoegdheidsregeling ten aanzien van gemeenschap; optreden in rechte en buiten rechte; is in de mede-eigendom van den man een belemmering gelegen? — § 56. doordat er geen bescherming is, wordt onze vraag teruggebracht tot een vraag van interpretatie van het beding — § 57. het beding; bedongen scheiding van goederen? splitsing van het beding; beding van vrij genot en de artt. 200 en 201 — § 58. beding van eigen beheer: iedere zeggenschap wordt den man onthouden — § 59. welke is de beteekenis van art. 170? — § 60. Samenvatting.



16

m. 591

# STELLINGEN.

## I.

De dader, die de uitvoering van een misdrijf staakt uitsluitend uit vrees voor dreigende ontdekking, maakt zich schuldig aan strafbare poging, ook al is zijn vrees ongegrond.

## II.

Onder „overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging” in art. 41 lid 2 Sr. moet, behalve de overschrijding van de grenzen van noodzakelijkheid der verdediging en de overschrijding van de grenzen der verdediging zelf, tevens begrepen worden het gebruik maken van een onredelijk middel tot verdediging. Speciaal in dit laatste geval is er geen afdoende reden om het woord „overschrijding” in letterlijken zin op te vatten.

## III.

Wie de zoogenaamde intellectuele valsheid van een authentieke acte wil bewijzen is niet gebonden aan de regels van art. 176 en vlg. Rv.

## IV.

In het huidig cassatie-systeem is geen afdoende reden gelegen om de mogelijkheid van cassatie wegens niet-analogische toepassing der wet te verwerpen.

## V.

De fiduciaire eigenaar is separatist.

## VI.

De bestuurder van een niet-erkende vereeniging vertegenwoordigt bij handelingen, welke hij bevoegd verricht namens de vereeniging, de gezamenlijke leden.

## VII.

Bij niet-nakoming van een hoogst-persoonlijke verbintenis tengevolge van zelfmoord door den debiteur zijn diens erfgenamen slechts aansprakelijk voor schadevergoeding wegens wanprestatie wanneer de zelfmoord gericht was op het beëindigen van de verbintenis.

## VIII.

De vraag, of een volmacht tot een vormelijke rechtshandeling aan dezelfde vorm is gebonden als die rechtshandeling, moet van geval tot geval beoordeeld worden.

## IX.

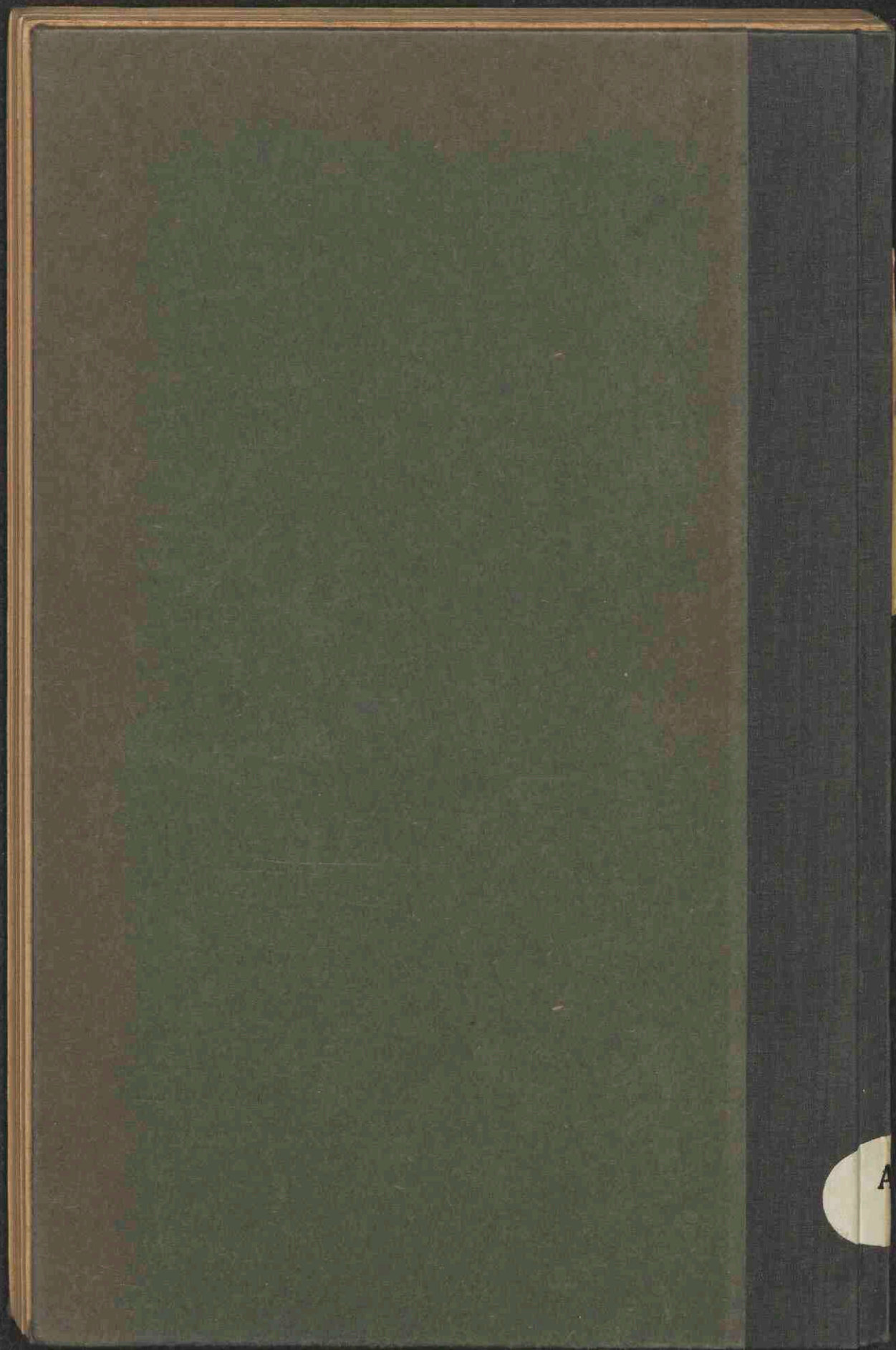
De geldigheid van een hypotheek, welke gevestigd is op een onverdeeld aandeel van een in vrije mede-eigendom bezeten onroerend goed, wordt niet beïnvloed door de scheiding van die mede-eigendom.











A