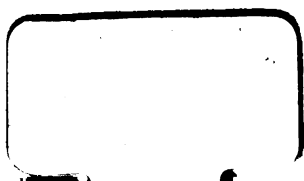


www.libtool.com.cn



www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

2d copy

x

DE

c

CONTRACTV MATRIMONIALI.

DISSERTATIO IVRIDICO-CANONICA

QVAM

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PRO

SVMMS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

RITE CAPESSENDIS

SCRIPSIT

ET VNA CVM SENTENTIIS CONTROVERSIS

DIE IX. MENSIS AVGVSTI A. MDCCCLXXI

HORA XII

PVBLCIE DEFENDET

Johannes
IOANNES HARTMANN

DVDERSTADIENSIS

DIOESESOS PADERBOENENSIS PRESBYTER.

ADVERSARIORV M PARTES SVSCIPIENT:

LIBER BARO ALFREDVS DE HILGERS REFERENDARIVS.

IVLIVS FISCHER REFERENDARIVS.

BONNAE

FORMIS CAROLI GEORGI

MDCCCLXXI.

HR
1024
.H3
1871



www.libtool.com.cn

11/16/36

De loco praecipuo, quem tenet et in republica et in ecclesia matrimonium, inter omnes, quicumque ea qua decet gravitate hanc rem perpenderit, controversia numquam est exorta. Immo multa a multis et iis quidem viris, qui praeter ceteros et ingenio et auctoritate vigent, tam copiose et luculenter hac de re disputata sunt, ut difficile sit, novi aliquid in medium proferre atque ea, quae ab illis dicta sunt, melius elegantiusve efferre temerarium videatur.

Matrimonium, natura ipsa statim a primordio generis humani ita constitutum, ut dehinc ab eo numquam seiungi posset, recte dicas eam communionis formam, qua ceterarum hominum societatum germina contineantur. Itaque matrimonium eam institutionem esse apparet, quae firmissimis radicibus in hominis natura defixa fundamentum sit et civitatis et ecclesiae, maximarum illarum societatum, in quibus et omnes et singuli, ut ad summa, quae ipsis a Deo proposita sunt, perveniant, vivunt aguntque. Nec mirum est, omni tempore gravissimos intelligendi magistros, viros rerum civilium peritos, rerum scriptores, legislatores et iuris consultos et divinae voluntatis interpretes ad hanc ipsam institutionem perquirendam tota mente omnique animi impetu incubuisse. Quod si haec materies cum propter varias rationes, ex quibus est referenda et ad civilem et ad sacram rempublicam, tum propter magnam vim, quam ad vitae societatem affert, iam per se incitat ad ipsius naturam accuratius perspicendam, tamen haec eadem res, si omnia ad artem et praecepta revocare velis, haud exiguas difficultates

parat. Cum omnes illae relationes, in quibus matrimonium versatur, nihil aliud nisi totidem unius eiusdemque communitatis partes sint, omnis disquisitio, quae via et ratione procedit, procul dubio poscit, ut omnes partes aequaliter et singularum inter se respectu dignoscantur. Quare primum, quae sit matrimonii vis et natura oportet inquiramus; qua explorata via munita erit ad relationes quoque, quibus illud cum communitatibus, quas supra diximus, coniunctum est, vere recteque cognoscendas. — Qua ratione temere neglecta multi et gravissimi errores hac de re commissi sunt. Multi has relationes cum vi et natura matrimonii confundentes et quae coniugum propria sunt pro coniugii substantia ponentes matrimonium aut omnino non intellexerunt, aut de eo veris falsa admiscuerunt, ita ut vel eos, qui eruditorum virorum principes existimantur, prava de hac materia tradidisse deprehendamus. Quo fit, ut in matrimonii notione exprimenda vix duo hodie inveniantur, qui conspirent. Velut Portalis¹⁾, ut istam miram dissensionem despiciatui ducat, philosophos nihil in matrimonio nisi institutionem physicam, iuris peritos nihil nisi civilem contractum, canonistas nihil nisi actum religiosum videre dicit. Quibus paulo audacius praemissis de suo definitionem quandam addit, quae, si fieri potest, longius etiam a veritate recedat, quam istae ab ipso reprehensae. Neminem, qui tantummodo literarum historiae proximorum decenniorum attigerit, facile effugere potest, quam incertae sint et ancipites omnes definitiones de matrimonio prolatae, quippe quae omnes vestigia diversissimi aetatis ingenii impressa habeant.

Propter arctum connexum illa quoque quaestio, quo modo aut qua forma matrimonium certis verbis definitum re efficiatur, in istam opinionum discordiam implicaretur necesse erat. In disceptanda hac quaestione, quam vulgo exprimunt,

1) cfr. Niederrheinisches Archiv. 3. Bd. 5. Heft. Einige Ideen über französische Ehegesetze.

num matrimonium sit contractus, virorum doctorum sententiae diversas in partes abierunt, quarum tres imprimis invenerunt gravissimos patronos. Alii affirmant, alii negant, alii mediam opinionem secuti, matrimonium non esse contractum, sed oriri ex contractu prudenter asserunt. Quae quidem quaestio nostro tempore hominum studia eo magis in se convertit, quod in certamen de matrimonio civili, quo omnium animi vehementer agitantur, infertur et pro ratione partium, quas sequuntur, aut ad opinionem adversariorum refellendam, aut ad suam causam fulciendam adhibetur. Qua de causa hanc quaestionem denuo in disceptationem vocatam sine ullo partium studio ex artis tantum praeceptis diligenter et religiose perquirere mihi operae pretium esse visum est. Via ac ratio, quam res ipsa nobis praescribere videtur, haec est.

I. Tria sunt capita circa quae versabitur tractatio nostra, in quorum primo agemus de iis, quae sunt necessaria ad contractum constituendum ita quidem, ut omnibus breviter delineatis, quae ad personas pertinent, in iis exponendis, quae rem, h. e. obiectum spectant, paulo longius immoremur, et exinde, quae ratio intercedat inter contractum et ius, generatim demonstremus. His peractis contractus definitionem ex iure romano depromptam ad rationes, quae nunc valent, exigemus.

II. In altero capite matrimonii naturam certis verbis pariter atque in primo definire conabimur. Ac primum quidem singula, quae efficiunt matrimonium, quaesita et satis accurate illustrata in unum congeremus, ut definitione hoc modo constituta varias et pravas opiniones, quas in ceteris definitionibus de eadem re deprehendisse nobis videmur, diligentius expendamus.

III. In tertio capite denique videbimus, num contractus ita ad matrimonium adhiberi possit, ut matrimonium esse contractum affirmare nobis liceat. Ad eum finem ostendatur necesse est, matrimonium natura ea, quae ad ius pertinent,

continere et propterea rem idoneam ad contractum constituendum praebere. Nonnullorum sententias, quae iis, quae paulo diximus, adversantur, suo loco commemorabimus ac ponderabimus.

I.

Homo per se et extra commercium cum aliis hominibus consideratus nulla habet iura. In rerum natura positus nulla alia re coercetur, quam modo ipsius virium. Vis tantum valet, arbitrium viget neque quidquam est, quo ius nascatur. Ex vinculo autem, quo ad Deum est religatus, ei nulla iura nasci possunt; immo adoratio oritur et divinae voluntatis obsequium; hominis voluntas nihil omnino adversus Deum, sed tantum adversus alios homines aliquid valet. Ideoque solum inter homines iura emergere queunt. »Omne ius hominum causa est comparatum,« est sententia, quae stat pro inconcussa veritate, cui non immerito addere possis, omne ius esse ab hominibus conditum, modo id teneamus, illud verbum condendi non idem esse, quod ex nihilo creare, sed, dum ius conditur, simul iustitiam informatam esse, quae ex substantiali Dei iustitia tamquam radius procedens, homini est insita et innata. Id quod Leibnizius ¹⁾ praeclare hisce verbis expressit: »Deum esse omnis iuris naturalis auctorem, verissimum est, at non voluntate, sed ipsa essentia, qua ratione etiam est auctor veritatis.« Quisque homo, quatenus est et versatur in hominum societate, habet certa iura, quae ei simul atque ipse est natus, sunt acquisita, quippe cum eiusdem societatis particeps sit nulla voluntate interveniente. Ac si verum est, cuivis iuri respondere obligationem, illis quoque iuribus obligationes respondeant necesse est, quibus similiter quivis homo nulla voluntate interveniente est obstrictus. Praeter

1) de principio iuris pg. 818.

haec sunt et alia iura et obligationes, quae tantum ex voluntate originem ducunt ita, ut et ius et obligatio ex consensu duarum voluntatum oriuntur. Etenim quia volo, mihi competit hoc certum ius in alium, qui mecum idem volens obligationem, quae illi iuri respondet, in se recipit. Hoc modo duo pluresve libera voluntatis consensione iura et obligationes constituunt, quae antea in hac certa definitaque forma inter ipsos nondum fuerunt. Quibus obiter expositis rem maximi momenti, quae in hominum commercio usu venire soleat, descripsimus, processum illum, a Deo ordinatum, quo homines consociati propter omnium communem imbecillitatem ac indigentiam sibi invicem facultates praebendo ad assequendum summum omnium communem finem mutuo auxilio alii alios adiuvent. Qui processus ut bene succederet, firmas constantesque regulas, ad quas temperaretur, institui oportebat. Quam ob causam ius leges condidit, quas ad principia generalia revocatas iurisprudencia illo iuris instituto comprehendit, cui nomen est contractus. Inter omnes constat, cuiusvis institutionis fine cognito hanc ipsam clariorem lucem accipere, qua facilius perspiciatur. Qua de causa ex iis, quae diximus, nullo negotio intelligitur, quid sit, quod contractum efficiat. Primo adpectu duo momenta nobis occurrunt, quorum concursus requiratur, ut oriatur contractus: alterum pendet ex personis; alterum ex re. Atque illud quidem est voluntatis duarum saltem personarum consensus — momentum subiectivum —; hoc autem est quodcumque voluntate continetur et in quo ipse consensus vertitur — momentum obiectivum.

Ad personas aut potius ad personarum qualitates quod attinet, hae omnes in perfacili cognitione versantur. In contractu ipso ineundo alter alteri si aliquid facturum vel ommissurum promittit. Actus vero non est aliud nisi aut faciendo aut non faciendo expressa voluntas. Quae voluntas postea in actionem transitura ipsius contractus ineundi tempore declaratur. Ex quo dilucide apparet, hoc loco tantum

www.libtool.com.cn
 agi de voluntatum consensu. Quapropter illa tam saepe adhibita Ulpiani definitio „pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus“¹⁾ huc non magis vocari potest, quam illa paullo prolixior eiusdem Icti explicatio vocabuli conventionis „nam sicut convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt“²⁾. Sententiae, placita, quibus verbis usus est Ulpianus, in quantum ad agendum non pertinent, intrinsicus cum voluntate non cohaerent. Alioquin, ut exemplo demonstramus, duos philosophos, si de quadam doctrina optime consentientes suum consensum declarassent, contractum iniisse dicendum esset. In contractu duo pluresve non in idem placitum nec in eandem sententiam, sed in idem consentiunt, quod voluntate continetur. Ex his, quae demonstravimus, sua sponte sequitur, illas solas personas ad contractum ineundum esse idoneas, quae habent facultatem volendi, quaeque libere — sine vi et absoluta et compulsiva, vere et serio — sine errore et simulatione volunt.

Nec vero sufficit ad constituendum contractum interna voluntas; voluntatis externa declaratio accedat necesse est, cum consensus non nisi declaratione duarum pluriumve voluntatum facta cognosci possit, in qua re nihil refert, utrum sit expressa an tacita declaratio, verbis ore prolatis an aliis signis quibusdam, quae in locum verborum succedunt. Quibus si hoc unum addimus, in potestate personarum esse id efficere, de quo consentiunt, omnia, quae ex parte momenti, quod dicitur subiectivum, ad contractum ineundum requiruntur, accuratius enumerata esse videntur. Haec omnia leviter attigisse satis est, cum de iis inter viros doctos nulla sit dissensio, quippe quae necessario ex rationis legibus consequantur. Verum tamen non tam in duarum

1) lx. 1 § 2. D. II, 14.

2) lx. 1 § 3 eadem.

pluriumve voluntatum consensu vera propriaque contractus vis, quam potius in eo sita est, quod voluntatum consensu continetur. Id, in quo summa vis contractus vertitur, situm est in re; a rei natura, ad quam spectat consensus, pendet, utrum sit contractus an non. Quod ut aptius demonstremus, non possumus, quin rem altius repetamus.

Ut toti generi humano, sic singulis quibusque hominibus a Deo summus finis est propositus, ad quem cum pervenimus, summum bonum assecuti sumus. Cuiusvis hominis est, illum finem adipisci atque illud bonum acquirere. Ille autem unus finis per vitam pro tempore, pro loco, pro conditione in multos singulos fines dividitur, qui et ipsi singula bona repraesentant, quae cum summo illo bono plus minusve coniuncta ad id adipiscendum sunt necessaria.

Hominis vero natura ita est comparata, ut homines non nisi in communitate constituti ad prosperum eventum pervenire possint. Quem ut assequantur, aliorum auxilio egent, quae ob id ipsum est conditio, sine qua fines, quos appetimus, consequi non valeamus. Si igitur duae pluresve personae libere consentientes tales condiciones constituerint atque hoc modo duae pluresve voluntates de certo fine, ab humana natura non alieno, quasi una fuerint effectae, iustitia certe postulat, ut id, de quo inter eos convenit, in posterum iis reapse sit norma agendi, h. e. condiciones propositae impleantur et ita bonum quod appetebant, acquiratur. Quo fit, ut relationes, quas illae personae inter se eo consilio inierunt, ut bonum quoddam conditionibus necessariis impletis consequantur, hanc ob causam induant iuris naturam voluntasque vel potius unitae voluntates iure sint determinatae; neque interest, utrum ex altera parte ius pariat et ex altera obligatio, an utrumque ex utraque parte. Haud inepte ius norma agendi appellatur. Est enim ius nihil aliud nisi summa certarum regularum, ad quas omnes, quae ex libertate procedunt actiones diriguntur, ut bona et omnium et singulorum, in quantum illis continentur, pro viri-

bus efficiantur. Semper igitur ibi emerget, ubicunque nexu, quem homines inter se inierunt, postulatur, ut voluntas aut faciendo aut non faciendo se manifestet, quippe quae sit illa sensibus subiecta conditio, qua sola bonum quoddam aquiratur, conservetur, augeatur, conferatur. Illa autem praecepta vel regulae, quibus relationes, quas personae ex libero voluntatis motu ad eundem finem inter se nexuerunt, ordinantur regunturque, in unum quasi corpus redacta efficiunt illud iuris institutum, quod nomen contractus accepisse supra iam diximus. An et quando tales conventiones iuris naturam prae se ferant, non in hominum arbitrio positum est, sed potius pendet ex fine ipso appetendo. Ergo non est consensus in se, remotis iis quae ei subsunt, sed res, quae causam continet, qua consensus convertatur in contractum. Est enim commodum, quod societate inita appetitur et utilitas rationi consentanea, ob quam consensus vel conventio in rationem iuris cadit atque hac de causa assumit contractus formam. Libertas certe non in se et propter se ipsam tamquam mera facultas ius aspirare potest, sed tamquam vis ac causa, qua utuntur homines ad bona et animi et corporis assequenda. Quapropter commenta, quae ex mera libidine proficiscuntur aut res ludicrae, quas animi causa exoptamus, nunquam contractui materiam idoneam praebere possunt, quia haec omnia extra iuris rationem versantur. De vero atque omnibus comprobato commodo agatur necesse est, quod verae atque ab omnibus agnitae necessitati conveniat, eamque ob rem, ommissa omni privata aestimatione, bonum quoddam per se putetur. Contractus quidem provenit ex libero consensu, iuris autem idea continetur ideoque omni modo ab arbitrio alienus est. Sequitur liberam conventionem, quae tum demum contractus vim induit, cum res, quam continet, ad ius pertinet. Ut ergo omnia, quae quamvis non contra, tamen extra ius sint, nunquam necessariam contractui materiam suppeditare possunt, sic haud magis ea, quae iuri adversa et contra bonos mores

sint, hoc munus explere queunt. Iam ex his, quae disputavimus, hoc saltem perspicuum est, quam temeraria certe sit ista sententia, secundum quam contractus arbitrium esse dicitur, tum quod ad ineundum et finiendum, tum ad materiam attinet ¹⁾. Ne in ipso quidem ineundo de arbitrio hoc sensu iuste dici potest, nedum de iis, quae ad dissolutionem vel ad materiam contractus pertinent. Cuius gravissimi momenti ignoratio etiam illi opinioni subest, quae de ratione inter ius et contractum intercedente late divulgata erat, istam falsam opinionem dico, quae contractui vim quandam, qua ius condatur, inesse temere contendit. Quae quidem opinio ut est summum principium, ita haud dubie maximus error illius sectae existimari debet, quae nomen traxit a iure naturali et quae sua doctrina, a Kantio ad summum perfectionis fastigium perducta et in eius auctoritate innixa omnium mentes per longum tempus captas tenebat; quamquam eiusdem doctrinae iam ante sectator Thomasius ²⁾ propius ad verum accesserat. Etiam tempore, quo libertas individualis potissimum urgetur et ratio leges ferendi uni parti addicta illam supra modum respicit, contemplatio parum diligens facile eo decurrit, ut ius pro contractus effectu habeat; quod necessario ad id consecarium ducit, ex quo personae ius, quod contractu compararunt, pari modo remove possint; unde sequitur, ut uno illo verbo, quod supra iam induximus, omnia complectamur, in contractu et ineundo et dissolvendo merum arbitrium valere. Quis vero est, qui non extemplo intelligat, hic conditionem et iuris causam inconsiderate confundi! Personae tantum inter se relationes constituunt, quae, si eius modi sunt, ut iuris relationem attingant, ex sese ius pariunt inter eos, per quos

1) Franz v. Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft p. 352, 353.

2) lib. I. cap. 1, 35. de iurisprudencia in genere.

constitutae sunt. Personae, ut ex philosophia scholastica vocem promam, sunt »causa efficiens« vinculi, quod inter ipsas intercedit, non autem iuris, quod et cum eo et ex eo nascitur ac cuius respectu personae non nisi »causa instrumentalis« sunt. Contractus non est iuris causa sed, ut ita dicam, solum iuris specificatio, quae id efficit, ut ius per se iam dudum existens inter eas introducatur atque hoc modo earum certum ius fiat. Hac cum opinione, qua libera voluntas, quae in contractu ineundo sine ulla dubitatione latius patet, mera libido est, arctissime est coniuncta illa subobscura opinio, secundum quam contractus ibi admitti non potest, ubi res aut obiectum in se iam est determinatum eaque de causa arbitrariae dispositioni subiectum non est. Tantum in ea iuris parte, quae ad res pertineat, de contractu agi posse, dicunt; secundum istos ibi solum contractus reperitur, ubi aut res aut praestatio seu actus, cuius pretium pecunia aestimari potest, ipsius est materia. Quae doctrina veri speciem quandam habet, cum optime quadret in illud contractuum genus, qui in quotidiano commercio et continua rerum permutatione omnibus horis usu veniunt, ita ut ante omnia iurisconsultorum oculos in se convertant. Sed isti, qui talia docent, dum ex uno speciali contractuum genere profecti notionem eius ita definiunt, ut omnia, quae contractum vere efficiunt, ea contineri velint, a vero longe recedunt. Etenim praeter illud contractuum genus sunt conventiones, quae ad res aut ad actus pecunia aestimandos non referantur, nihilo secius vero ea, quae contractus essentialia sunt, includant. Vitae veritas tali notioni adversatur, quam de uno tantum contractuum genere depromptam nimis angustis finibus circumscriptam esse apparet. Id veri habet haec opinio, quod inter contractus ipsos discrimen statuitur, ex quo alii comprehendunt iura ad res, alii sane pro obiecto habent iura, sed quae tamen pecunia pariter atque illa lui non possint. Atque fuerunt, qui illud discrimen saepius senserint, et forsitan recte intellexerint nec ta-

men feliciter explanaverint. Stahl¹⁾ contractus actum et contractus relationem discernit notione utriusque communi retenta. Illum cognoscit, cum est via tantum, qua iuris relatio constituatur, quae vero statim ab illo detracta porro ad suas proprias leges existat; hanc vero, cum contractus ut permanens causa et iuris fons ita apparet, ut obligationes quae ei respondent, perpetuo ex conventionem pendeant ac secundum conventionem solvantur. Quomodo autem fieri possit, ut vinculum iuris exortum e contractu ab hoc detrahatur, parum conspicuum est. Contractus est id, quo vinculum iuris efficitur ac semper ob id ipsum ei ita effecto adhaerescit. Contractus actum ad utramque vinculi iuris speciem aequaliter referri oportet. Discrimen autem, quod inter utrasque intercedit diversa conditione determinatur, in qua voluntas, quae actu contractum constituit, pro diversitate obiecti versatur. Quod si obiectum ad definitionem iuris romani est obligatio h. e. »iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei« aut actionis praestandae quae pecunia compensari potest, haec res vel actio habet id proprium, ut voluntas ad arbitrium de ea statuere possit. Voluntas enim habet plenam dominationem in omnes res, quarum propria natura omnino fert, ut voluntatis potestati subiiciatur. Quam propriam naturam retinent res etiam tum, cum sunt factae contractus materia, ita ut voluntas cum altera consentiens de iis libere disponere possit. Verum longe aliter res se habet, cum voluntatum consensus aliquid continet, quod iam in se habeat immutabiles normas. Ubi relationes eiusmodi sunt, ut omnia ad ipsarum vim et naturam necessaria in se ferant, ideoque omnem partium voluntatis interpositionem sua sponte excludant, in cuiusvis arbitrio situm esse illas nectere nec vero eas temperare, nemo non intelligit. E contrario partium voluntates consensu adunatae

1) Stahl, Rechtsphilosophie. Bd. II. §. 54. 3. Aufl. cf. Ahrens, juristische Encyclopädie, p. 706.

normis, quae ex relationum natura emanant, dehinc determinantur. Haec cum ita sint, si quis contractus vim cognoscere recusaverit, contra eius naturam pugnare nobis videtur, quae obtinet, ubicunque ex parte personarum liberae voluntatis consensus et ex parte obiecti mutua relatio quaedam ad ius pertinens locum habet; qua in re nihil refert, utrum haec relatio, ut ordinetur, arbitrio consentientium committatur, an in se iam habeat suas certas leges ideoque cui libet mutationi repugnet. Notio generalis in duas species dividatur necesse est, nec eius vera natura ullam mutationem subit; quae si fieret, notio ipsa ita coarctata evasura esset, ut altera species in contractuum numero haberi non posset. Huius nimis angustae definitionis propugnatores toto animo in iure romano haerent, quale magna vi ingenii ex fontibus excudunt. Regulas inde haustas in unum colligentes contractus definitionem sibi effinxerunt, qua effecta nihil nisi »ex vinculo iuris romani sermonicinantur.« — Notio contractus generaliter definita hic nusquam reperitur; Theophilus¹⁾ antecessor in paraphrasibus suis ad institutiones hoc modo eam expressit: »Contractus est duorum pluriumve in idem conventio et consensus ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius.« In illo pandectarum titulo²⁾, qui huc pertinet, tantum momentum subiectivum leviter exponitur ac deinde subiungitur, »nullum esse contractum, nullam immo obligationem, quae non habeat in se conventionem, et conventionum plerasque in aliud nomen transire veluti in emtionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.« Ex quo manifesto elucet, in iure romano tum contractum tantum admitti, cum ex eo obligatio oriatur isto stricto sensu vinculi iuris, »quo astringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura«, atque ita contractu inito duo inter se opponantur, ut alter sit creditor, alter

1) § ultima de obligationibus.

2) lx. 1. §. 3 und 4. D. II, 14.

debitor atque illi rei vel actionis exigendae ius competat, hic autem illam praestare vel pecunia luere debeat¹⁾. Illius doctrinae paucis verbis supra expositae patroni, ab hoc statu nondum satis excultae iurisprudentiae romanae repententes, contractum accipi posse negant, nisi de obligatione eo sensu, quo pro illius temporis usu et commercio²⁾ intelligebatur. Quin etiam ibi ubi talis obligatio, quae consensu et creditoris et debitoris non rei ipsius vel actionis praestatione, sed alio modo e. g. remissione solvatur, contractum reiiciunt, quia ex isto consensu non oriatur obligatio³⁾. Quam ob rem in propatulo est, hanc de contractu doctrinam et ex ea manantem definitionem nihil aliud esse nisi ingeniosam fortasse congeriem momentorum, quae constituent propriam illorum contractuum naturam, quales Romanorum vita et commercium formaverat. Ita nobis iuris notio aut potius iuris instituti definitio traditur, quae ex vita romana repetita vel magis ex ratione vivendi cogitandique, qua Romani utebantur, deducta est. Istos omnes, qui talem contractus interpretationem etiam nunc defendunt, contra nostrae aetatis ingenium nec non scientiae profectum pugnare, facile colligitur. Iuris idea sola est aeterna et immutabilis, quia ex essentia divina emanat; minime vero ius, quod est illius concreta forma ac communiōe vitae et in eius usum effingitur. De media hominum vita et eius variis formis iurisprudentia notiones sumat oportet, atque haec est iurisprudentiae romanae summa laus, quod illud munus perfectō et omnibus numeris absoluto modo praestitit. Praeclari iuris romani artifices et magistri ex quotidiana hominum vita, non ex scholarum umbra principia scientiae suae petita ac notionibus comprehensa ad certam disciplinae formulam com-

1) J. III, 13. Lex 9. §. 2. D. 40, 7.

2) cfr. Kultur und Recht der Römer, von Wilhelm Arnold.

3. Cap. p. 281.

3) Vangerow, Pandekten I. Theil p. 177 u. 758. III. Bd. p. 368.

posuerunt. Quam ob rem eos tantum in tales contractus formas industriam et ingenium conferre videmus, quales pro temporis conditione ex commercio quotidiano gignuntur. Qua in re illorum contractuum notiones mente effingendo, eorum condiciones et effectus statuendo, relationes, quae inter eos intercedunt, atque omnium communia et discrepantia docendo, sane fundamentum iecerunt satis amplum, ad quod singuli contractus apte accommodabantur et ex quo pro varietate casuum, qui ex vita emergebant, constantes uberesque decernendi normae defluerunt. Sed quamvis haec mirum in modum exulta et perfecta sint, frustra eam contractus notionem quaerimus, quae ita generaliter sit definita, ut rationibus vitae commutatis auctaque iuris intelligentia etiam nunc probari possit. Historiae perscrutationi et sanis philosophiae principiis illum felicissimum eventum debemus, quod nunc exploratum et compertum est, in rerum veritate ad formandum ius maximam vim inesse et cultum humanum civilemque iuris notionum summum momentum facere. Si ius ad vitae res se applicat et hac coniunctione iuris vincula efflorescunt, haec cum illis mutationem subeant necesse est. Qua facta est iurisprudentiae, ad rerum et iuris ita mutatas condiciones quae congruant notiones accommodare. Contractus igitur momentum, quod dicitur obiectivum, non ad id solum est revocandum, quod certo tempore potissimum sub iuris imperio versatur, omnibus aliis reiectis, sed omnia, quae omnino quolibet tempore ad ius spectant, pro materia illi apta habenda sunt. Determinare autem, quid iuri sit subiiciendum, non pertinet ad artem, sed vita et res ipsa sola hoc indicare potest. Nimirum Romanorum vita iurisprudentiae nullam copiam praebebat notionis de contractu definiendae, quae satis late patens novas ac singulares eiusmodi formas, quae e vita commutata emergerint, complecteretur. Si vero nostrum est, contractum generaliter definire, hoc nequaquam ita fieri potest, ut ad illud iuris institutum revertamur, quale nobis in iure romano occurrit, sed ad vi-

tam, qualis hodie est, accedere et relationes, quae pro nostri temporis ratione nectuntur, contemplari debemus, ut ex iis notionem eliciamus et doctrinam proponamus. Coarctatio eius in res tantum et obligationes, quae pecunia lui praestarique possunt, non quadrat ad iuris ideas, quae nunc vigent et quae valde exposcunt, ut contractus ad omnes relationes extendatur, quae ius includunt et ex libero voluntatum consensu nascuntur. Optimo iure Savigny¹⁾, in hac quoque quaestione magni et sagacis ingenii vim probans profitetur, contractum applicationem postulare latissimam. Et in iure romano ipso hanc ansam ad contractus notionem extendendam reperimus²⁾.

Iis igitur, quae ad contractum constituendum sunt necessaria, satis, ut opinor, explanatis, eius notionem ita recte definire nobis videtur, ut contractus sit consentiens voluntatis declaratio duorum pluriumve de relationibus quibus libet, quae pertinent ad ius, aut constituendis aut mutandis aut solvendis³⁾.

Antequam quaestionem, num haec contractus notio ad matrimonium ineundum adhiberi possit, ingrediamur, res poscit, ut breviter definiamus, quid sit matrimonium.

II.

Omnis definitio in iure civili periculosa est, rarum est enim, ut non subverti possit⁴⁾. Id in nullam non definitionem cadere, quis est, qui non expertus sit? Quippe ea id spectat, ut verbis exprimat rem quae est h. e. momenta, quae eius naturam con-

1) Bd. III. p. 309. Inter alios eius vestigiis insistentes similem doctrinam docet Arndts, §. 63. Lehrbuch der Pandekten.

2) lx. 5. D. II, 14.

3) contractus elatiori sensu accipiendus est, quem habet vox germanica „Vertrag.“

4) lex 202. de regulis iuris.

stituunt. Definiendi ratio hic in magnam difficultatem incurrit, cum de coniunctione inter duas personas inita et totam earum vitam complectente agatur. Verum tamen in recta huius notionis definitione innititur depulsio errorum, qui de hoc gravissimo instituto hodieum circumferuntur. Omnia enim, quae matrimonii essentiam constituunt, in eam colligi oportet, sed talia tantum, sine quibus illud mutilum ideoque nullum foret.

Momentum, quod in matrimonio maxime exstat et eminent, est duarum personarum coniunctio. Haec coniunctio per se est notio generalis, quae demum alio momento accedente fit notio specialis. Nec vero praefata coniunctio pro actu¹⁾ accipienda est, quo matrimonium initur, sed pro statu, qui permanet. Actus, quo matrimonium initur, et matrimonium ipsum eodem temporis puncto efficiuntur nec unquam seiungi possunt. Quamquam denominatio, qua matrimonium vinculum nuncupatur, parum apta ac congrua videtur, quippe quae ad falsam de eius vera natura opinionem facile ducat. Matrimonium non est vinculum, quo duae personae ad aliud quoddam copulentur, sed ipsa coniunctio est vel potius vinculi, quod reapse in libero consensu consistit, effectus, igitur non tam vinculum est, quam societas vinculo effecta et sustentata. Quam distinctionem noli habere pro supervacanea et mera subtilitate, quippe cum ad matrimonium plane intelligendum necessaria sit. Ex hoc discrimine neglecto quoad

1) Antoine de matrimonio qu. 1 n. 1. Matrimonium dupliciter sumitur, nempe pro contractu et pro vinculo per talem contractum inducto. Matrimonium pro contractu acceptum recte definitur: contractus, quo vir et femina nulla lege impedita mutuum dominium in sua corpora sibi tradunt et accipiunt ad actum coniugalem atque ad mutua obsequia se obligant. Matrimonium vero pro vinculo acceptum communiter definitur: viri et mulieris coniunctio maritalis individuum vitae consuetudinem retinens. Coniunctio hic sumitur pro vinculo et nexu, nam intelligitur iam facta et habitualiter permanens.

doctrinam falsa, et quoad usum periculosa emanat ista sententia, secundum quam matrimonium esse dicunt coniunctionem quandam aut ad unum aut ad plures fines assequendos initam. Nemo dubitat, quin matrimonium tamquam res hominis naturae insita et a Deo ordinata habeat suos fines, qui ipsi eius essentiae tam arcte adhaerescant, ut non absurdum videatur, si matrimonii notionem pro ipsius fine habendum esse contendamus¹⁾. Quia vero, sicut matrimonium, ita eius fines in natura fundati sunt, hi omnes definitione, qua matrimonii essentia cognoscitur, iamiam continentur. Ubi tamen matrimonium ita definitur, ut sit ad unum aut plures fines coniunctio, finis eius in personas transfertur, quae se coniungunt, ut illos consequantur²⁾.

Finis igitur manifesto pro eo habetur, quod coniunctionem efficit; qui idem duas personas ad unum copulat; nec matrimonium, quo illae sunt coniunctae. Hoc evidenter apparet ex ea definitione, secundum quam matrimonium maris et mulieris coniunctio ad finem corporalis ac spiritualis copulationis esse dicitur³⁾. In hac re viri docti valde discrepant; sunt, qui matrimonii propriam ac veram essentiam in fine sitam esse opinentur; e contrario alii inveniuntur, qui eius essentiam solam coniunctionem esse affirmant⁴⁾. Neque

1) cfr. Walter, Naturrecht und Politik pg. 130.

2) Thomas, summa theol. supplement. qu. 44. art. 1. Coniunctio adunationem quandam importat, unde ubicunque est adunatio aliquorum, ibi est aliqua coniunctio. Ea autem quae ordinantur ad aliquid unum, dicuntur in ordine ad illud adunari. Et ideo cum per matrimonium ordinentur aliqui ad unam generationem et educationem proles, constat quod in matrimonio est aliqua coniunctio et talis coniunctio ex hoc, quod ordinatur ad aliquid unum, est matrimonium.

3) cfr. Schulte, Handbuch des katholisch. Ehrechts pg. 3.

4) Sanchez, de matrimonio II, 1 n. 8 dicitur coniunctio, quia in hac consistit matrimonii essentia. Et Peronne de set. matr. proem. n. 2. Colligitur, naturam sive rationem aut essentiam matrimonii proprie constitui in vinculo, quod exprimitur per vocem illam coniunctio.

vero satis est unitatem et perpetuitatem coniunctionis addidisse; determinatio ea accedat necesse est, qua haec coniunctio ab omnibus aliis discernatur. Quam quidem determinationem in sacra scriptura his verbis expressam legimus: „duo erunt in una carne.“ Haec sententia non ad verbum interpretanda est, sed eo sensu, quo vir et mulier quoad sexuum differentiam in mutua inter se relatione constituti sint, quae omnes eiusmodi alias excludat et personas quoad corpora non mere idealiter sed realiter ita adunet, ut „duo sint in una carne.“ Atque hoc est momentum, quod matrimonium a quavis alia coniunctione distinguit ideoque in definitione primum obtinet locum, cui cetera omnia subiungantur. Coniunctio ipsa, qua duae personae sunt adunatae, est indissolubilis; qua proprietate matrimonium a concubitu discernitur. Haec quoque determinatio matrimonii fine continetur nec hominum arbitrio subiecta est, sed illius initi naturae inhaeret.

Restat, ut initam exclusivam, indissolubilem sexuum coniunctionem eandem rem sanctam esse ostendamus. Quae sanctitatis nota exinde deducitur, quod, quantum rerum scriptorum acies in intimam gentium vitam etiam illarum, quae in infimo cultu et humanitate sunt collocatae, descenderit, semper et ubique matrimonium adhibitis solemnitatibus initum esse comperimus, quae cum ad divinitatem spectent, hic de actu religioso agi, satis et aperte innuunt; cum quibus prorsus conspirant, quae sacra scriptura ad hanc rem astruendam tradit. Ex quo facto a nemine non contestato et ubicunque homines vitam degunt obvio, secuti Ciceronis sententiam: „in quo omnes gentes consentiunt, est lex putanda naturae,“ illam sanctitatem, quae matrimonii essentiae insidet, iusta coniectura assequimur ¹⁾.

1) Matrimonii sanctitas secundum fidem catholicam in eo consistit, ut sit inter christianos sacramentum. Summa iniuria autem Bluntschlii eandem denominationem vindicat pro confarreatione, quae ineundi matrimonii forma vigeat apud Romanos, asserens, eam

Iam omnibus ~~expositis~~, ~~quae~~ ad matrimonii essentiam necessaria sint, matrimonii notio ita definienda est, ut matrimonium sit a duabus diversi sexus personis propter sexuum relationem inita exclusiva, indissolubilis, a Deo consecrata et inter christianos sacramentalis coniunctio. Nihil praetermissum esse pro certo habemus, quod ad integram et absolutam matrimonii notionem pertineat. Quodvis aliud momentum, sive impulsus, sive finis, sive animi affectatio, quatenus haec omnia a personis proficiscuntur nec sunt conditiones necessariae, tum reiicienda sunt, cum agitur de matrimonio, ut naturae institutione a Deo praestabilita, ut eius consilia et fines cum toti generi humano tum singulis hominibus propositi ad effectum adducantur. In matrimonio contrahendo homines agunt Dei nomine, exsequuntur, quod et quale Deus instituit. Sine ullo dubio ad hoc opus perficiendum certae qualitates in personis requiruntur, quae eas ad matrimonium ineundum quoad et corpus et animum idoneas reddant. Si vero hae qualitates adsunt ac matrimonium consensu est initum, iam consistit et consistet ut a duabus idoneis personis effecta indissolubilis, exclusiva, consecrata vel sacramentalis coniunctio. Si contra ex his enumeratis unum momentum deest, nullum est matrimonium nec ullo modo existit, qualescunque coniunctae personae sunt.

Haec vero coniunctio a nobis ita enodata, ut eam pro cardine, in quo tota notio vertitur, habendam esse putemus, non raro a nonnullis, ut matrimonii firmitas ac potissimum

esse verum sacramentum et quoad effectum ab aliis formis bene distinguendum. At vero vocis sacramenti applicationem ad matrimonium tantum valere, cum fiat ex ratione, quam doctrina christiana de opere redemptionis peracto tradit, ita perspicuum est, ut omni probatione nobis esse supersedendum arbitremur. Ad confarreationis vero ab aliis ineundi matrimonii formis distinctionem quod attinet, Rosbachius hunc errorem feliciter refutavit in libro cui titulus: *Untersuchungen über die römische Ehe*. pg. 186. Bluntschli, Schweizer Museum für historische Wissenschaft. 1837. pg. 266.

indissolubilitas eo efficacius demonstratur, in talem sensum deflectitur atque detorquetur, qui eius indoli omnino adversetur eamque plane depravet. Isti coniunctionis rationem pulchre describunt, ac si esset mutua personarum traditio ita ut utraque in altera se ipsam possideat ¹⁾).

At matrimonium ita non est personarum traditio, qua utraque se ipsam in altera et alteram in se ipsa possideat, ut talis traditio tantum ficta re vera neque fieri neque excogitari queat. Persona ipsa nullo modo tradi potest, sed tantum cum aliis in relationem conferri, et hac in relatione constituta convenienter agere valet. Ista fictione id, quod tradi dicitur, cum persona ipsa, quae tradit, inconsulte confunditur ²⁾).

1) Klee, Die Ehe, eine dogmatisch-archäologische Abhandlung cap. 1: Die Ehe ist die vollkommene, rückhaltslose aus dem Geiste hervorgehende und auf ihn hingehende Wechselhingabe der männlichen und weiblichen Individualitäten, so dass jede sich selbst als die andere, die andere als sich selbst hat. Etiam Moy in suo libello: Von der Ehe und der Stellung der katholischen Kirche in Deutschland ab eadem opinione proficiscitur.

2) Hanc fictam traditionem ut veram esse concedamus, nunquam esse mutuam in aperto est: quod traditione unius personae facta, haec ab altera possidetur ideoque per se nequaquam existit. Cum vero de duabus tantum personis sermo esse possit, nulla amplius est, cui altera se tradere possit. An istam traditionem momentaneam esse volunt? aut solum actum quendam, quem altera se tradendo ponat eoque posito confestim in pristinam libertatem redeat, ut ad similem actum alteri copiam praebeat? Nec sic matrimonii essentia in mutua traditione consistere posset, quia est aliquid permanens. Rationi et rei naturae magis consentaneum esset, matrimonii essentiam in mutua possessione collocari alterno traditionis actu effecto. Sed ne haec quidem determinatio convenit, cum tantum res, numquam personae possideri possint; nec umquam fieri potest, ut duae personae se invicem possideant. Nimirum haec verba longius accersita speciose huc referuntur, ut arctum vinculum aut intima necessitudo, qua personae coniunctae sunt, indicentur, in definitionem recipi nequeunt.

Simili errore altera opinio, quae una cum illa modo commemorata saepe profertur, implicata esse videtur, ex qua personae, mutua traditione facta, se invicem complent et hoc mutuo complemento una eademque persona fiunt. Matrimonii veram essentiam hac in confusione et perfecta unitate consistere strenue contenditur. Huius mirae, quae completoria dicitur, doctrinae prima vestigia iam aetate, quae artem scholasticam longe praecedat, reperiuntur¹⁾, et ipsa inter scholasticos insignes²⁾ habet patronos. Postea vero mirifice exultam et a recentioris temporis philosophiae principibus³⁾ corroboratam in animos iuris civilis et canonici peritorum passim se insinuasse, satis et abunde innumeri

1) Scotus Erigena de div. nat. IV. c. 23. dicit: Ignoras igitur, qua ratione Deus fecit mulierem quam tibi dedit? Ignoro, inquis, si non in adiutorium propagationis et multiplicationis humanae naturae, quae ex me auspiciam procreationis accepit. Hic tibi occurro veraque ratione talem intentionem repello. Non enim humana natura ignominiosae generationis ex masculo et femina in similitudine irrationabilium animalium indigeret, si superbiendo suaeque simplicitatis, in qua ad imaginem Dei condita est pulchritudinem spernendo, modum angelicae multiplicationis, qui omnino sexuum copula caret, non desereret. Quaere igitur aliam rationem, qua possis asserere, cur tibi mulier data est; ista siquidem, quam posuisti falsa est: Imago enim Dei, ad quam homo factus est, omni sexu libera est et absoluta. Quod si humana natura in ipsa simplicissima sincerissimaeque divinae imaginis beatitudine permaneret, nulli sexui succumberet. Cum vero in dignitate illa, in qua edita est, perseverare noluit, sed ignobiliter inter cetera animalia multiplicari elegit: idem ipse conditor, quicquid facturus esset homo perverso motu liberae voluntatis perditus, praevидit et duplicem sexum superaddidit.

2) Raimundus de Sabunde in theologia sua naturali. cfr. Moy pg. 9 in libro iam laudato, ubi perperam conferri iubetur: Sanchez de st. matrim. sacram. l. II. disp. 18. Hic sane de desiderio sui perficiendi loquitur. sed id interpretatur desiderium matrimonii ineundi nec ponit pro matrimonii essentia.

3) cfr. Fichte, Naturrecht pg. 174. Item Hegel, Naturrecht und Staatswissenschaft §. 161—164, pg. 168. Item in libro, quem supra iam indicavimus pg. 1.

libri, qui hac de re in lucem editi sunt, ostendunt. Fundamentum, in quo ista doctrina innititur, in audaciori coniectura positum est, ex qua virum et feminam singillatim consideratos individua imperfecta esse dicunt ac nec virum nec feminam totum et plenum hominem comprehendere, sed demum ex amborum unitate matrimonio effecta enasci verum et perfectum hominem declarant. Supremus matrimonii finis igitur primitivi hominis restitutio esse traditur, quae coniugum copulatione efficiatur, ut ipsi inde una persona evadant. Ut mittamus falsam hanc sententiam, quae temeraria coniectura nitatur, qua ducti isti quemvis hominem non hominis ut ita dicam totalitatem sed modo fragmentum quoddam continere; opinantur ex ista doctrina irrefutabilis consequentia emergit, ut in matrimonio singula persona per se existere desinat atque confusione cum altera in unam communem personam plane evanescat, vel potius, si terminis ex doctrina ipsa haustis uti volumus, matrimonium sit mutua traditio, qua duae personae in altiorem unitatem coalescant et eiusdem formas ac momenta constituent. Sed talis transfigurationis processus quid est aliud, nisi merum ingenii commentum! Qui enim, quaeso, fieri potest, ut duae personae se confundant, se altera alteram absorbeant, se invicem tollant ut ita una eademque personae fiant? Omnia haec contra personae notionem pugnant et hanc ipsam negant. Hisce tantum ludus dialecticus quidam apparatus, qui neminem nisi incautum captare possit. Quicumque sobrie et prudenter hanc rationem examinat, umbras tantum omni veritate carentes perfacile deteget. Hunc in modum matrimonii adumbrata opinio in disciplina quadam locum habere potest, in qua non sunt personae per se et in se consistentes, sed solum unius eiusdemque universae mentis diversae formae. Ubi vero personae sua propria vi et natura praeditae sumuntur, ibi tantum de ea coniunctione dici potest, in qua hae ipsae in eo permaneant quod sunt, nec tam unitatem, quam societatem efficiant.

Matrimonium non est complementum ad unam personam, sed certe, determinata coniunctio duarum personarum, quae se invicem non compleant sed coniunctae secundum huius coniunctionis leges evolvantur. Dubitari sane non licet, quin complementum quoddam in matrimonio eveniat, sed hoc secundum naturam quoad sexuum differentiam, quo fit, ut personae non intrinsecus, sed in externa relatione in natura fundata, se coniungant. Propterea haec doctrina, de qua disputavimus, etiamsi ita immutetur, ut tantum mores et sexuum proprietates se invicem compleant et hoc modo intimam vitae unitatem atque ex duabus quasi unam personam constituent, in matrimonii definitionem minime admitti potest, primum quod harmonia vel concentus, qui naturaliter ex fortis et imbecillae partis confusione¹⁾ oriri dicitur, nusquam non similiter invenitur nec semper mores pro sexus diversitate sunt diversi; deinde quod vel ista memoratae diversitatis coalitione non effecta matrimonium in omnibus, quae sunt necessaria, esse et permanere non desinit. Inter ceteras quae de matrimonio circumferuntur opinioniones illa est apprimè digna memoratu, cuius asseclae eius naturam in mutuo coniugum affectu accuratius ita exponunt, ut coniunctionem corporalem et sexuum copulationem ei accedere dicant, ipsum vero affectum, qui in animarum communione quadam consistat, veram propriamque matrimonii essentiam esse contendunt²⁾. Contra hanc opinionem quae dici possunt, iam videamus. Sexuum coniunctionem esse quasi fundamentum, cui inhaereant omnes aliae proprietates, quae cum illo in unum comprehensae matrimonii naturam constituent, iam supra exploravimus.

Hoc fundamento vero summoto, omnes illas proprietates atque cum iis matrimonium ipsum in nihil recidere ma-

1) Rost, Darstellung der Ehe. pg. 68.

2) Schlayer, Ueber die neutestamentliche Lehre von der Unauflöselichkeit der Ehe. pg. 83; Moy l. c. pg. 10—18.

nifestum est. Cum enim inter duas personas illa coniunctio propter defectum quendam naturalem fieri non potest, nullo modo matrimonium re efficitur quamvis ad animarum coniunctionem atque mutuam affectum nihil sit, quod officiat. Quod gravissimum argumentum modo ii, qui falsum spiritualismum amplectuntur, ita ignorare possunt, ut mira caligine occaecati non videant, quod ante oculos positum est atque adeo a matrimonii notione id, quod eius essenziale momentum est, foras eiciant. Quid autem est cur sublata sexuum diversitate matrimonium omnino non sit aut nullum sit matrimonium, nisi relatio quoad sexus fieri possit? Nimirum ut adsit affectuum concentus, cogitationum et consiliorum intima consensio omnium vitae conditionum communio, in quibus coniuges pariter sentiunt res secundas et adversas, tamen si dicta sexualis inter eos relatio fieri non potest atque modo ea conditio inter eos intercedit, quam Canonistae relativam impotentiam dicunt, illud totius vitae consortium nullum est matrimonium, etiamsi omnia alia, quae ad id constituendum necessaria sunt, optime suppetant. Contra ea si inter personas idoneas forma, quam leges praescribunt, servata matrimonium est initum, hoc est eritque verum et perfectum matrimonium, quamvis exoptatus ille animarum concentus frustra quaeratur. Sic vita corrigit scientiae aberrationem; usus doctrinam. Sunt isti errores, in quos docti facile delabantur, qui non ex vita ipsa tamquam ex fonte ea petunt, quae ad sanas notiones formandas requiruntur, sed mente effictas notiones nobis offerunt, quae de rebus, quae et quales sunt, desumi debent. Haec quae attulimus, nos necessario ad consequentiam ducunt, ut sola sexuum diversorum coniunctio cum proprietatibus ei inhaerentibus ratione ante exposita veram et propriam matrimonii essentiam constituat, matrimonium igitur accurate et perfecte definitum nihil aliud sit, nisi a duabus personis natura idoneis ex legis forma inita, exclusiva, indissolubilis, sacra vel sacramentalis sexuum coniunctio.

Nihil vero iniquius atque a veritate magis abhorrens nobis esse videtur, quam illius definitionis vituperatio, ac si summa ipsa matrimonii dignitas et eius vis ethica silentio praetereatur. Hi enim reprehensores modo gravioris iudicii et altioris indaginis speciem ostentant, revera ex vano hauriunt vituperia inanesque voces fundunt itaque se tantum primoribus labris rem, de qua agitur, libasse non obscure indicant. Eos tantum scilicet ad tam iniustam vituperationem descendere apparet, qui prima artis disserendi regula neglecta non distinguant id, quod, ut recte indicetur, distinguatur necesse est, nec ullum intercedere discrimen inter matrimonii initi essentiam atque id, quod ei accedere oportet ex parte coniugum, sibi persuadeant. Matrimonium esse institutionem ex Dei sapientissimo consilio naturae legibus ordinatam eamque ob rem suam integram constitutionem et immutabilem suum ordinem in se ferre, nemo non ignorat. Nec tamen inde sequitur, ut matrimonium eo sensu sumatur, ac si iam existat id, in quod duae personae intrant atque quod permaneat una alterave persona remota. Res profecto non ita se habet, cum a voluntate personarum pendeat, utrum inter eas sit matrimonium, an non. Matrimonio autem, quod ultra voluntatem positum est neque ab ea quoad suas leges determinari potest, effecto, conditio, quae inter coniuges porro intercedet, non tam in hos ipsos, quam in matrimonii consistentiam et consequenter in eius essentiam nullam vim exercet. Essentia ipsa minime mutatur, quocumque modo personae se gerunt, quippe quae in Dei dispositione, minime in varia, incerta infirma hominum voluntate innitatur ¹⁾.

1) Si matrimonii essentia in personarum affectu et actionibus collocatur vel accipitur, ac si sit animarum copulatio aut omnium vitae conditionum communio, affectu illo remoto, et quam diximus copulatione sublata, atque ista communione non effecta, matrimonium penitus deletur et existere desinat necesse est. Matrimonii

Matrimonium rem esse singulari sensu ethicam a primo statim ortu, nullam habet dubitationem. Ubi enim matrimonium cum naturali sua constitutione et cum legibus ei infixis libera voluntate initum est, una cum eo norma condita est tamquam lex, ad quam illa libera voluntas in posterum agere debet. Id quod voluntati non ordinatum at voluntate positum est, fit voluntati praeceptum et id, quod a primordio est dispositum, in voluntatem ita recipitur, ut ei inhaereat ac mente et animo retineri debeat. Lex vel norma semel posita manet tum etiam, cum personae contra eam agunt, quamdiu ipsae existunt. Matrimonio inito, ut leges cum eo conditas eique inhaerentes observent, coniugibus tamquam totius vitae finis propositus est; relatione ab iis constituta continentur praecepta, quibus voluntates obstrictae in agendo et dirigi et determinari debent. Matrimonium hac de causa est conditio ethica, quia per voluntatem et pro voluntate est constitutum. Si igitur coniugum est, omnia, quae contra matrimonii praecepta sunt, vitare, haec ipsa minime non faciendo terminata sunt. Quibus bene pieque impletis coniuges inseparabili inter se societate coniuncti, in arctissima necessitudine constituti, ab aliis omnibus quasi in unum segregati omnia summa facere debent, ut, quod totius vitae consortium et indissolubilis coniunctio secum fert, re vera efficiant. Ipsorum est igitur, ut illud omnium commune officium, quo omnes obligati sunt, summa in concordia cum aliis vivere et agere atque se invicem mutuo auxilio adiuvantes se ipsos magis magisque perficere,

dissolutio eo ipso evenit, si eius essentiam in hominum voluntatibus ac moribus sitam esse statuamus. Ex quibus necessario consequitur illud, quod Fichte *Naturrecht*, 2. Theil. §. 28 hisce verbis exprimit: *Ist das Verhältniss, das zwischen Eheleuten sein soll und welches das Wesen der Ehe ausmacht, unbegrenzte Liebe von Seiten des Weibes und unbegrenzte Grossmuth von Seiten des Mannes, vernichtet, so ist die Ehe zwischen ihnen damit aufgehoben.*

in hac omnium coniunctionum maxime intima insigni modo collant¹⁾. Omnia autem, quae ad mores a coniugibus seu faciendo seu non faciendo observandos pertinent, pro matrimonii vera propriaque essentia ponere, quid est aliud nisi id ipsum, ut naturae vel Dei institutionem, in incertum vocare, quin etiam negare et in coniunctionem quandam transmutare, quae sane sub matrimonii nomine ineatur neque re vera sit, sed postea fiat vel fortasse fieri possit? Matrimonium specie tantum initum nondum ut verum existit, sed ut quoddam, ad quod illud accedere possit, prout hominum voluntates, ex quibus eius essentiam provenire dicant, sese habebunt. En habes coniunctionem, quae tantum sit inanis forma nihilque contineat eaque de causa nullum sit matrimonium.

Hoc loco apertissimum est ad intelligendum, in quantum et qualem errorem omnes istae definitiones abeant, quae matrimonium coniunctionem quandam ad unum aut plures fines assequendos destinata interpretantur, cum coniunctio ipsa sit matrimonium et in ea sola non in aliquo fine appetendo eius essentia sita sit. Coniugum moribus, qualescunque sunt, neque ponitur neque mutatur matrimonii essentia; determinantur vero matrimonii qualitates, quod in integrum existit et, prout hae sunt, aut bonum aut malum evadit. Hac in tam intricata re exponenda maxime id summa constantia tenendum est, de ordine quodam agi, qui per voluntatem et pro voluntate constitutus, hoc ipso vim ethicam in se receperit. A coniugibus ergo pendet, utrum haec conditio, quam

1) Affectus, concordia, mutuam auxilium et omnia similia, quae per matrimonium usu veniunt atque perperam pro eius essentia ponuntur, sunt officia, quae nemo non pro facultate et conditione sua praestare debet, quae vero, ob singularem necessitudinem, in qua coniuges invicem versantur, ita variantur, ut eorum violatio in iis graviores culpam secum trahat. Haec et omnia eiusmodi officia non tam ex matrimonio inito enascuntur quam inter coniuges graviora reddantur.

inter se constituerunt, moraliter bona fiat, an moraliter mala. Neque tamen haec res ad matrimonium ipsum aut ad eius essentiam immutandam ullam vim affert. Notiones illae, quibus definitur, quid sit morale et quid sit moraliter bonum aut malum, accurate distingui ac distineri debent; alioquin dilucida matrimonii essentiae cognitio numquam obtineri potest. Omnis relatio, in se praecepta continens, ad quae voluntas faciendo aut non faciendo dirigatur, est moralis appellanda. Si homines tali in relatione versantes his praeceptis bene obediunt, illa ipsis moraliter bona, si non, moraliter mala dicenda est, sub utraque vero conditione relatio ipsa naturam moralem retinet. Quicumque igitur matrimonii essentiam in praeceptis seu negativo seu positivo modo colendis sitam esse contendit, is moraliter bonum idem esse atque morale statuit. Qua confusione inconsiderate facta, nulla matrimonia esse possunt, nisi quae sint moraliter bona; si minus, matrimonium est nullum, quia propria essentia deest. Quo quidem nihil optabilius cogitari potest. Sed si hominum voluntatis tam ambulatoariae ac manifestae imbecillitatis iustam rationem habere velis, numerus matrimoniorum, quae putativa dicuntur, foret infinitus. Ista doctrina si esset vera, nullo modo negari posset, matrimonium in regione quadam versari, ad quam humanae intelligentiae nullus esset aditus; si boni coniugum mores matrimonii essentiam suppeditarent, semper incertum esset, utrum verum matrimonium esset, an non, quia nostrum non est, de animi voluntate iudicare. Quanta autem pernicies in matrimonium ipsum et totius societatis ordinem, cui illud est fundamentum, redundatura esset ex ista hypothese cum aliqua constantiae in vitae usum traducta, luce clarius est. Quae cum ita sint, matrimonium si verum esse neque omni temporis puncto in discrimen devocari volumus, ad eandem definitionem, quam supra iam bis proposuimus, nobis redeundum est, ut sit exclusiva, indissolubilis, sacra aut sacramentalis sexuum coniunctio et quae in animo et corde quidem, nec

non actionibus violari, sed numquam funditus tolli possit. Hoc modo matrimonia sunt aut bona aut mala, sed qualiacunque sunt, vera sunt matrimonia.

III.

Iam in disquisitione, quae praecedit, conamine facto varia et singula momenta explicandi, quae in unum comprehensa matrimonii essentiam constituunt, ad quaestionem pertractandam progrediamur, num sic definitum matrimonium contractus notioni ita subiiciendum sit, ut stricto sensu de contractu matrimoniali dici nobis liceat, vel ut actus, quo matrimonium fit, contractus vim in se habeat. Quam rem ut affirmemus, iam nobis demonstrandum est, omnia, quae ad contractum ex parte et personarum et obiecti necessaria sunt, hic quoque concurrere atque hac in re agi et de consentiente voluntatis declaratione duarum quae sunt idoneae personarum et de relatione quadam ita ad ius spectante, ut ex altera parte ius, et ex altera obligatio vel ex utraque parte utrumque oriatur. Huc igitur non attinent omnia illa iura, quae coniugibus in alios competunt propter praecipuum locum, quem matrimonium et in republica et in ecclesia obtinet. Haec sunt ea iura, quae non tam ex voluntatum consensu proficiscantur, quam matrimonium contractum sequantur ideoque ad relationes inter coniuges ipsos non pertineant.

Item hinc non minus illae conventiones, quae in matrimonio contrahendo de bonis adiici solent, removendae sunt; hae enim sunt res accessoriae, nec ad matrimonii essentiam pertinent, sed ad contractum de bono coniugali sunt remittendae. Hac in re indaganda id tantum refert, an coniuges matrimonia inito in mutua relatione ita ver-

sentur, ut *his ex hac ipsa et ius et obligatio enascantur*. Sic tantum contractus matrimonialis huc accessi potest, omnisque alius huius vocabuli usus aut reprobandus, aut sensu immutato accipiendus est.

Matrimonium, quomodo fiat, si sub conspectum ponamus, apparet nobis tamquam effectus cuiusdam actus, quo libera voluntas matrimonii constituendi declaratur. Tria igitur nobis distinguenda sunt: voluntas, quae agit et agens matrimonium constituit, actus, quo matrimonium ponitur et natura quae inest huic actui.

Matrimonium procedit ex libera voluntate, fit et existit duarum voluntatum consensu. Non ergo est conditio quaedam, in quam casus aut naturalis necessitudo duas personas adduxerit, qualis evenit inter parentes et liberos. In matrimonio constituendo personae agentes sane naturam ducem sequuntur; earum libera voluntas certis naturae legibus et desideriis tenetur, matrimonium vero minime ex naturae necessitate gignitur, sed ita summa libertate est positum, ut aequè contrarium fieri posset. Mens libera et soluta naturae desideria regit, ei imperat, cum id, quod est naturae insitum, ut materies, quiddam inferius, mens vero ut vis formans superior sit.¹⁾

Persona igitur voluntate sua matrimonium efficit nec relationem iamiam existentem voluntate, si res fert, arctius nectens continuat ideoque vero ac proprio sensu huius certi matrimonii auctor est et conditor. Quam ob rem assentiri

1) Thomas Aquinas de hac eadem re eandem sententiam, luculenter profert hisce : s. theol. supplement. qu. 41. a. 1. Aliquid dicitur esse naturaliter dupliciter : uno modo sicut ex principiis naturae ex necessitate causatum, ut moveri sursum est naturale igni et sic matrimonium non est naturale, nec aliquid eorum, quae mediante vel movente libero arbitrio complentur. Alio modo dicitur naturale, ad quod natura inclinatur, sed mediante libero arbitrio complentur sicut actus virtutum vel virtutes dicuntur naturales.

non possumus scriptori admodum celebrato¹⁾ qui, matrimonium ut merum factum diversorum sexuum copulationem et rem e natura natam esse dicit. Hic pro matrimonii essentia actus quidam ponitur, qui in eo usu venit, ac deinde de illo praedicatur, quod duntaxat de hoc valere potest. Matrimonium merum factum ea de causa esse nequit, quod voluntatum consensu efficitur ac permanet sine illa reali copulatione. Isti aperte falsae doctrinae nihil auctoritatis accedit, cum v. d. addit, illum naturae impetum atque appetitum affectum quendam induere, qui id, quod sit corporis, ad animum transferat nec solum ad terrestria sed etiam aeterna spectet neque tantum singulas copulationes, sed etiam totius vitae coniunctionem complectatur.

At vero affectus, quatenus est alia naturalis appetitus forma vel in altius aucta ac potentior naturae lex, non est id, quod matrimonium efficit. Hic ipse ad alias atque alias inclinationes voluntatem impellere potest, sed revera voluntas sola matrimonium constituit, quod etiam tunc tota ex sua essentia consistit, cum ille affectus omnino defecerit. Quibus summatim satis delineatis assertionem inde petitam, matrimonio nihil, quod ad ius pertineat contineri, mirari desinemus. Ubicunque voluntas non valet, sed affectus, qui est sublimior naturalis impetus forma, ibi nullum ius esse potest, quod ex certis legibus voluntatem adversantem cohibeat; neque si ea, quae ex ista opinione necessario sequuntur, consideraveris, quidquam, quod ad mores spectet, invenitur, cum de factis tantum dicatur, quae non per se ipsa, sed propter exinde consequentia iuris imperio subiiciantur. Si autem voluntas est, quae agit et a qua sola matrimonium pendet, id nobis quaerendum esse videtur, cum duae perso-

1) Hasse, *Eheliches Güterrecht*. pg. 1, 28. *Moy l. l.* pg. 52 eum in illorum auctorum numero habet, qui rem agitatam ita enodant, ut in quaestione, num matrimonium sit contractus obiectum, longius immorari opus non sit.

nae ac duae voluntates requirantur, quomodo hae duae voluntates se habere debeant, ut iis matrimonium efficiatur. Ad id habemus, quod respondeatur. Est enim ea sententia, quam iam in iure romano scriptam legimus, hoc est: „consensus facit nuptias“, etiamsi eius dicti interpretandi ratio multum differat ab ea, qua nunc utimur¹⁾.

Duae voluntates consentiant necesse est de eodem obiecto, quod est matrimonium²⁾.

Sed plures contra nituntur. In matrimonio ineundo aliquid exterius, obiectum quoddam esse, de quo voluntates consentiant, negant omnes et alii³⁾ alia opponunt.

1) Cfr. Dr. Aug. Roszbach, Untersuchungen über die römische Ehe, pg. 393.

2) Hanc rem egregie adumbravit Schulteus hisce: Der Wille demnach eine Ehe im gegenwärtigen Augenblicke zu wollen, muss erklärt werden, denn der blosser Wille, möchte er auch bei beiden Theilen gleichmässig vorhanden sein, kann nicht Quelle von Rechten sein und ohne jede Verletzung eines Andern geändert werden. Soll derselbe also ein Rechtsobjekt werden, so muss er in rechtliche Beziehungen treten zu dem Gegenstande für den oder durch den rechtliche Folgen entstehen sollen. Der Wille demnach eine Ehe mit einer Person abzuschliessen wird erst äusserlich erkennbar und Gegenstand des Rechts, wenn die Person sich dessen bewusst wird, also durch die ihr gemachte Erklärung desselben. Nimmt die zweite Person diese Erklärung an, so bekundet sie dadurch ihren gleichgestalteten auf dieselben Wirkungen gerichteten Willen — es entsteht die Uebereinstimmung beider, die Einstimmung in das: Objekt des Willens. Ist der so erklärte Wille auf die Ehe als solche gerichtet, d. h. stimmen Mann und Weib darin überein, dass im gegenwärtigen Augenblicke eine Verbindung zwischen ihnen geschlossen sein sollte, welche die wesentlichen Momente der Ehe enthält, so ist die Ehe in Wirklichkeit getreten.“ Handbuch des katholischen Eherechts pg. 8.

3) Moy in libro citato dicit: Zu einem Vertrage gehört ein bestimmtes, den Parteien untergebenes Objekt, durch dessen Leistung

Procul dubio tota in hac disquisitione hoc difficillimum est explicare, quid sit obiectum de quo in matrimonio contrahendo consentitur, cum personae et obiectum manifesto non sint disiuncta, ideoque res exterior sensibus subiecta minime sit opposita subiecto.

Obiectum, circa quod relationes ineuntur, hic cum personis in unum coalescit: nec tamen umquam res exterior voluntatum consensus obiectum est; semper et ubique ipsae relationes, a duabus personis de re quadam nexae, formant ea, quae consensu continentur et hoc modo eius obiectum praebent. Similiter in matrimonio contrahendo non est persona ne quoad corpus quidem, quae consensu continentur, sed certa relatio vel certum vinculum, quod contrahentes inter se constituunt, primum quoad corpora, qua re illa relatio vel illud vinculum formam, quae cernitur, accipit. Iam matrimonium, si est certa sexuum coniunctio et duarum personarum voluntatis consensu initur, haec ipsa certa coniunctio voluntatis consensus obiectum sit necesse est. Qui illam defendunt opinionem, ex qua matrimonii essentiam in animarum copulatione aut in mutuo affectu aut in perfecta, mutua traditione duarum personarum et ad unam confusione positam esse volunt, ii sane, in matrimonio nihil esse, quod sit exterius, summo iure asseverant. Matrimonium videlicet ex eorum sententia consideratum nihil est nisi aliquid interius et solum ad animum pertinens; coniunctio autem, quae cernitur, non est matrimonium ipsum, sed tantum inanis forma, quod supra iam ostendimus. Si vero matrimonium esse ordinem in natura positum et a Deo ita con-

der Vertrag erfüllt wird. Dieses Objekt fehlt in der Ehe gänzlich.

Klee, in pagina 2 memorati libri nos docet: Man verträgt über eine einzelne, äusserliche Sache. Wo ist aber hier die Sache, die einzelne, äusserliche, wo es sich um die ganze lautere Persönlichkeit handelt?

stitutum profitemur, ut personae, quocunque modo sese habebunt, nihil limitationis ipsi inferre possint, in eo certe obiectum idoneum habemus, de quo non solum voluntates consentiant sed quod etiam in posterum ipsis norma agendi vivendique sit. Personae enim, quae illo obiecto inter se sunt coniunctae, per se ipsae summa libertate agere non desinunt, sed sic quoque utraque per se consistit cum certis iuribus et obligationibus, quae illis respondent, alterius in alteram; quae quidem iura et obligationes ex coniunctione ipsa proficiscuntur et una cum ea inita recipiuntur.

Qua de causa eos huius conditionis non veram imaginem delineare arbitramur, qui matrimonium, ut accuratius intelligatur, moralem quendam organismum appellare praesumant. Coniuges enim minime altioris cuiusdam unitatis partes aut unius a sensibus remoti corporis membra fiunt. Individua communitatis vi nullo modo intereunt nec illius merae formae ac momenta ita evadunt, ut ex matrimonio voluntatis consensu effecto aliud principium aut alia voluntas aut nova persona emergat, quae ad volendum et agendum personis, quae ante fuerant, porro utatur. In illa coniunctione aut vitae communionem vel in altissimo firmitatis et intimae necessitudinis gradu collocata semper erunt duae voluntates ac sonsequenter duo principia, quae agunt et in agendo ad normam communem, relatione inita inter ipsas conditam, diriguntur. Certo coniuges ita sentire, velle, agere debent, ut tota eorum vita in omnibus consona illam quoque unitatem interiorem consequatur, quae unione exteriori insignem in modum indicatur. Unitas vero, de qua sola in matrimonio dici potest, haec est, ut duae personae perfecte liberae et in se positae ad legem matrimonio constitutam eundem affectum atque animum habeant, eadem studia colant, fide ac constantia omnia ab ipsis in se recepta officia persolvant. Atque haec est vera vitae harmonia vel concentus¹⁾, contra in quolibet

1) Cfr. Cic. Tusc. 1, 10, 20 concentus: velut in cantu et fidibus, quae harmonia dicitur.

organismo vero tantum reperies quae graece vocatur, *monotonia*.
www.libtool.com.cn

Quodsi nunc eo, unde digressi sumus, revertimur ac res disperse et diffuse dictas unum sub adspicuum subiicimus, tria potissimum capita explorata et comprobata esse videmus. Horum primum dilucide nos docet, matrimonium non ut naturae institutionem, sed ut rem certam definitamque a libera voluntate pendere; secundum nobis persuadet, matrimonii causam efficientem, non instrumentalem nec medialem voluntatis duarum personarum consensum esse; ex tertio denique intelligimus, matrimonium consensu voluntatis declarato effici, quippe quum duabus voluntatibus contineatur et ita consensus obiectum sit. — In his omnia, quae contractus ex parte personarum essentialia sunt, ante oculos posita esse reperimus h. e. duarum, quae sunt idoneae, voluntatum consensum de eodem obiecto. Sed in natura huius obiecti situm est, utrum ea, quae ad contractum ex parte obiecti requiruntur, contingant. Ea enim conditione tantum, ut matrimonium in se habeat ius, consensum, quo fiat, vim contractus assumere supra iam indicavimus. Quae si minus contingant, abusive de contractu matrimoniali dicitur, nisi forte etiam de contractu inter amicos dici posse volumus.

Matrimonium extrinsecus spectatum est vitae inter duas personas relatio. Vitae vero relatio est communitas aut quae cognosci potest coniunctio, in qua duae vel plures personae versantur et vitam ita degunt, ut continuo respectu cuiuslibet rei agant. Talis relatio ad ius aspirare potest, si res, ob quam relatio personae ad personam est constituta, tamquam bonum appareat.

Ius autem in eo consistit, quod talis vitae relatio certas condiciones complectitur, quae cum, ut bonum, de quo agitur, aut acquiratur aut conservetur, impleri debent, tum in libera personarum voluntate sitae sunt. Quae voluntas cum agit, ad condiciones implendas quod attinet, duplicem habet rationem: alteram, quatenus est interior et in corde

reclusa; alteram, quatenus est exterior et in agendo manifestatur. Secundum illam rationem voluntas extra omne hominum ius posita est, secundum hanc vero propter actionem, qua se manifestat, sub imperium iuris cadit.

Iam ad eum locum pervenimus, unde ius et mores diversas in partes discedunt. Officium in rem exteriorem intentum fit obligatio, re obiecta variatur et hoc modo est iuri subiectum. Relationes, quae inter parentes et liberos intercedunt, ut exempla loquantur, in se habent ante omnia naturam ethicam; simulac vero foras ut ita dicam prodeunt et actionibus manifestantur, ad ius pertinent, itaque ex officiis fiunt obligationes. Nostrum est, erga quemcunque iustitiam colere; quamdiu iniustitia nihil aliud est nisi animus iniquus, non est sub iuris imperio; ubi vero aperte ostenditur, ius auctoritatem suam iterponit. Hic ergo sententia illa valet, ex qua voluntas interior una cum iis, quibus movetur, ad mores spectat, exterior autem h. e. actio ad ius. Iam haec universa ab omnibus comprobata principia ad matrimonium accommodemus. Quis est qui infitietur, matrimonium, quod per se tamquam naturae institutio bonum sit, etiam inter duas personas constitutum, ut certam definitamque vitae relationem in numero bonorum habendum esse? Ut praetermittamus maximam illam vim, quam matrimonium, quod in exteriori reipublicae et ecclesiae disciplina positum sit, in omnes partes exercet, quis non videt, cum matrimonio gravissima commoda earum personarum, quae id inierint, connexa esse? Tota earum vita, omnia instituta et omnes vitae rationes cum illo arctissime cohaerent atque ex hac communiōne relationes oriuntur, quarum inviolatam conservationem, quia sunt indissolubiles, ab utraque parte tamquam summum bonum considerari oportet. Quum igitur duae idoneae personae libero consilio ductae voluntatem ita determinant, ut tales relationes ineant et matrimonium contrahant, per se intelligitur, mutuam eas obligationem in se recipere, in posterum faciendo aut non

faciendo totius vitae ita disponendae, ut omnes conditiones, quibus integra constitutae communitatis tuitio contineatur, quam optime impleantur. Et ob hanc ipsam causam, quod in matrimonio, ut vitae coniunctione, non tam de affectibus aut cogitatorum concentu, sed de rebus faciendis agitur, quibus conditiones ad incolumem matrimonii custodiam necessariae ad finem perducuntur, simul cum his ius, quod huic relationi inest, apertissima in luce collocatum esse putamus. Iuris videlicet insigne munus hoc esse scimus, ut ad varias relationes inter homines quam aptissime componendas certas leges constituat, quas tamquam firmitatis, perpetuitatis, securitatis conditiones illi, quorum interest, sequi debent¹⁾.

Verumtamen cum his conditionibus non nisi libera voluntate satisfieri possit, ius pariter curam habet, ut istae conditiones ex legibus impleantur atque hoc modo bonum aut acquiratur aut conservetur, propter quod illae relationes initae sunt. Quoniam haec omnia in matrimonio numquam non occurrunt, non dubium est, quin cuncta, quae a personis illo coniunctis exiguntur, ut omnia vident, quae matrimonii essentiae adversantur, omniaque faciant quae inde sequuntur, non solum pro officiis sed pro veris obligationibus, quibus iura respondeant, habenda sint. Quod cum ita se habeat, non dubitamus contendere, ius ad matrimonium, ut quiddam ab hoc alienum, minime extrinsecus accedere nec ob alia cum illo cohaerentia facta ex post subsequi, sed ex ipsis huius relationis nervis enasci et ex matrimonii essentia absque aliarum rerum intercessione emanare. Ius quasi visceribus et medullis matrimonii inhaerens cum hoc ipso inito oritur.

Quidquid viri docti alii alio modo moliuntur, ut ius ex vinculo coniugali removeatur, prospero successu semper carebit, nisi matrimonium neque liberae voluntatis effectum,

1) Cfr. Walter, Naturrecht und Politik. §. 70.

neque inter duas personas constitutam exteriorem vitae conditionem esse comprobetur. Illud ii sustinere omni vi student, qui opinionem sequuntur, ex qua matrimonium merum factum, hominibus cum aliis animantibus, humanum affectum si exceperis, commune, eamque ob rem notionem extra omne ius positam esse declaratur; hoc vero isti, qui huic ipsi contrariam sententiam defendunt et matrimonium tantum moralem notionem esse ideoque iuris ditione non teneri asserunt. At utrique gravi factorum pondere compulsi easdem ratiunculas ad eundem finem adhibendo de matrimonio certas leges vigere, denegare quidem non audent, sed nihil praetermittunt, quin praepotens argumentum contra doctrinam ab ipsis defensam infirment. Omnes enim illas leges de matrimonio conditas non ad eius naturam pertinere praetendunt, sed utilitatis causa ob alia commoda a legitima potestate impositas esse affirmant. Ita ex difficultatibus se expedire frustra nitentes evidenter ostendunt, in quantum errorem et de matrimonii essentia et de iuris origine abripiantur. Perfacile intelligas, leges ibi tantum constitui posse, ubi relationes ipsae, quae firmam certamque formam recepturae sunt, ea contineant, unde ius ad illas condendas quasi materiam repetat. Relationes, quas homines inter se ineunt, sub iuris ut ita dicam idea versentur necesse est; nam sic tantum desideratam praebent materiam, quam ius legibus ita effingat, ut iuris idea in effectum adducatur. Relatio si non habet istam materiam, sed suapte natura a iuris idea a linea est, omnis lex, a qualicumque potestate emanat, libidinis effectus est; quia superioris tantum potestatis usus valet, non a iustitia ducta ratio¹⁾.

1) Optime hac de re disserit et ad rem caligine obrutam clarissimam lucem attulit Arnoldus in libro suo: Cultur- und Rechtsleben der Römer pg. 199: Das Recht ist zunächst ein Ausdruck für bestimmte Lebensverhältnisse. Aus ihnen geht es hervor, ihnen will es dienen, um sie dann wieder zu regeln und zu beherrschen. Ein

Verum enim vero matrimonium secundum essentiam non magis in sola natura posita et huius legibus ordinata relatio est, quam mere moralis et spirituali quodam processu definita coniunctio, sed potius est illi naturali fundamento superexstructa ethica relatio, quia, ut conditio naturalis voluntate effecta, sub huius quoque dominatione versetur oportet. Id quod naturae est minime quidem prorsus deletur, at certe legis moralis imperio subiicitur, ubi voluntas unica est potestas, quae diiudicat et determinat, ac non naturae leges severissima necessitate valent, sed leges vigent libere observandae. Sane si in matrimonio de interiori tantum voluntate et eius consensione cum matrimonii initi legibus ageretur, hoc ipsum sine dubio mere moralis relatio esset. Cum autem de voluntate ad res exteriores intenta itaque de actionibus agatur et de vita cum certis praeceptis consona, matrimonium esse relationem ad ius pertinentem profiteamur oportet. Et ius quidem eodem modo hic oritur et se exhibet, quo in omnibus aliis rebus aut quibuslibet conditionibus, quae iuri submituntur; nempe ut principium, quod legibus ordinem condit, et ut potestas, quae hunc ordinem tuetur, quamquam ob teneram huius conditionis naturam raro tantum, ut voluntatem reluctantem ad melius impellat, vi et coercitione procedit. Sed ea ipsa res, quod ius potestatem hic minus exerceat et frequentius aut nullam vim adhibeat aut fortasse non numquam frustra auctoritatem suam interponat, haud paucos eo adduxit, ut matrimonium nullo modo iuris naturam prae se ferre ideoque de iure hic omnino non dici posse asserant. Iura, quibus non quavis hora, si libet, uti possimus et in quibus exequendis vis fieri non possit, nulla sunt. Ita rerum humanarum ratio fert, ut ius saepe coercitione demum adhibita efficiatur. Sed

Recht, was sie nicht zum Substrat hat, ist gar nicht denkbar, weil seine Aufgabe nie und nirgends eine andere ist, als sie entsprechend zu normiren.

vis nihil aliud est, nisi via et ratio iuris perseguendi in subsidium tantum adhibenda atque insuper dubia. Vis voluntatem tantum impellit, ut id faciat, quod sua sponte facere aut praestare debet. Sane vis quaedam compulsiva adhiberi possit necesse est, sed inde nullatenus consequitur, ut illa sit iuris criterium, sine quo eius notio consistere nequeat; quia est res accessoria aut accidentalis, ex qua numquam iuris notionem metiri possimus. Id quod viri, qui maxima auctoritate vigent, diserte et evidenter invictis argumentis demonstrarunt¹⁾. Ceteroquin hoc argumentum etiamsi verum esset, nullius momenti esse posset neque huc quadraret, quia leges hac de re scriptae vim in iis, quae attinent ad, matrimonium, adhiberi posse satis superque docent; ex quo exteriori criterio matrimonii naturam eam esse, quae ad ius spectet, satis comprobatum esse nobis videtur. Sunt etiam alii, quibus, hac re plene concessa, aliud argumentum in medium proferre placuerit, ex quo ea quae in matrimonio, ad ius pertinent, exigui modo momenti esse arbitrantur, sed contra ea, quae ad mores spectant, propriam eius quodammodo medullam efficere vehementer contendunt, ut sine dubio aliquid iuris ibi reperiatur nec tamen relationem quandam iure determinatam statuere ullo modo conveniat.

Ut hunc ratiocinandi modum nihili esse convincamus, sufficiet, animum ad id intendere, quod matrimonium tantum una eaque simplex coniunctio, una et inseparabilis inter coniuges relatio sit, non vero duplex ex duabus composita, quarum altera tamquam exigua ac minoris momenti pars iuri submittatur, altera vero utpote gravior et amplior pars

1) Trendelenburg, Naturrecht pg. 89. Der Zwang lässt sich aus der Rechtsordnung wegdenken, ohne ihren Begriff aufzuheben. Wenn man sich eine Gemeinde Gerechter dächte, gäbe es keinen Zwang, aber sie halten als Norm des Handelns denselben Begriff fest.

Abrens, Naturrecht pg. 310.

ad praecepta moralia dirigatur. Ad tam illicitam matrimonii separationem et in duas aut, si diis placet, plures partes distributionem ii tantum confugere non verentur, qui eius essentiam non ex toto perspectam habeant, ut sit externa, indissolubilis duarum personarum coniunctio, sed in singulis quibusdam actionibus eius substantiam sitam esse sibi persuadeant. Cum vero multae actiones per vitam coniugalem evenire soleant, quae ne leviter quidem ius tangant, plures etiam, quae perfecte cum legibus congruentes in tantum modo ad ius pertineant, in quantum illa earum congruentia et externa bonitas ad illud exigenda sit; multo rarius denique eiusmodi actiones contingant, contra quas ius vim cogendi admoveat: facile ad istam falsam conclusionem deferuntur, quod item facilius omnibus iis accidit, qui matrimonii veram ac propriam substantiam in affectu et animo consistere opinantur. Immo vero ius iis, quae affectus et animi sunt, se non immiscet; si igitur matrimonium substantiam suam ex affectu aut animo trahat, ipsum, cum nihil exterius in se habeat, iuri subiectum non esse per se intelligitur. Quodsi ex his quae modo exposuimus iam satis elucet, iuris reiectionem vel perversam eius interpretationem in errore de matrimonio ipso radices suas agere, hic tamen alia causa silentio non praetermittenda est, quae vel maxime non paucos eandem in fraudem induxerit.

Nimirum, qui esset arctus connexus inter ius et honestatem, quod non satis perspexerunt, factum est, ut matrimonii cognitionem tamquam relationem iuri subiectam non sine ira et studio reprobarent ac si eo momentum morale ex matrimonio tolleretur.

In hac re tam difficili ne in errorem rapiamur, id semper ante oculos versari oportet, matrimonium unam, individuam, indissolubilem, immutabilem vitae conditionem esse, et hanc ita definitam conditionem tum ex toto ad honestatem, tum ex toto ad ius pertinere. Si quis in matrimonio tantum ius, nec simul quoddam morale esse conten-

derit, in eundem errorem incurrit atque ille, qui in matrimonio tantum relationem moralem excluso omni iure esse statuit. Quatenus animum, voluntatem, eius motus et consilia, denique interiorem bonitatem spectamus, matrimonium tota ex sua essentia, non ex parte quadam moralibus praeceptis subiicitur; in quantum autem actiones et vita externa considerantur et exterior bonitas in iudicium vocatur, illud perinde ex tota sua essentia, non ex parte quadam iuris legibus submittitur. Illa quidem poscunt, ut voluntas interna cum matrimonii natura consentiat; haec autem postulant, ut voluntas agendo manifestata eidem matrimonii naturae sit consentanea. Ius et praeceptum morale hac in re ad eundem finem tendunt, qui est is, ut matrimonium bonum sit. Utrumque hac de re ad eandem facultatem, quae est voluntas, spectat, bonitatis tantum forma est diversa. Praeceptum morale eo nititur, ut animo et interna bona voluntate, ius autem, ut actione et externa bona voluntate matrimonii bonitas quam maxime ad effectum adducatur; utrumque igitur id agit, ut matrimonium bonum et perfectum sit, h. e. ut vitae et interna et externa consensio cum matrimonii natura efficiatur. Ius atque honestas neque in matrimonio neque aliubi sunt potestates sibi ita oppositae, ut altera alteram excludat, sed se invicem adiuvant et sese coniungunt, ut bonum semper et ubique fiat. Huic doctrinae, quae ius aequae atque honestatem in matrimonio valere docet, si qui crimini dare conantur, quod illud depravet, nae illi veram iuris essentiam parum perspicientes ei quasi ergastularii partes tribuunt, cuius est, moralis ordinis violationem castigare aut metu et severitate ab eo violando deterrere. Sane ius haec omnia agit, quippe cum curae habeat, ut, si opus fuerit, coercitione bonum secundum externam dumtaxat formam etiam ibi sustentetur, ubi iam pridem eius interna forma corrumpitur. Perinde ius eo contendit, ut matrimonium quoque, etiamsi tamquam bonum internum corde et animo iam sit deletum, tamquam bonum externum vi

adhibita retineatur atque ita haec gravissima institutio si non pro singulis personis, certe pro genere humano conservetur. Quis vero est, qui nesciat, quantam et quam salutarem vim bonum vel extrinsecus conservatum ad veram et internam voluntatis bonitatem conferat?

Sed hac in re, si nostra interest, hanc iuris auctoritatem bene recteque dignoscere, id semper nobis tenendum erit, ius ubicunque non tam ad ordinem praecepto morali constitutum, quam ad suum proprium ordinem, qui una cum illo et iuxta illum iam existit, tuendum coercionem adhibere. Quam ob rem vel si matrimonium omnes in partes optimum et perfectissimum est, ius nihilo secius munus suum praestare non desinit; semper enim coniugum actiones ad se vocat, ut iudicet, an cum matrimonii legibus concordent. Itaque ius nihil eorum quae in matrimonio ad mores pertinent, diminuit nec quidquam de eius excelsa natura et dignitate detrahit, sed potius ipsi doctrinae christianae demum, quae tot et tantas tenebras ab animo dispulerit, id quoque debemus, ut iuris momentum in matrimonio ad clarissimam cognitionem adductum sit¹⁾.

Iam Romani matrimonii obiectivam et moralem naturam minime ignorarunt, sed ambigua intelligendi ratione quadam impediti illas rationes iure ordinare supersederunt. Quo factum est, ut praecepto morali iuris necessitatem non addiderint, sed omnia fere coniugum conscientiae et libertati permiserint. Ut matrimonia libera essent, ipsorum erat principium, ad quod omnes leges, quae de matrimonio, si quidem vere consistebat, apud Romanos vigeabant,

1) Thomas Aquinas hac de re dicit: Ad secundum dicendum, quod fides non accipitur hic prout est virtus theologica, sed prout pars iustitiae, secundum quod fides dicitur ex hoc, quod fiant dicta in conservatione promissorum, quia in matrimonio, cum sit quidam contractus, est quaedam promissio, per quam talis vir tali mulieri determinatur. s. theol. supplement. qu. 59. a. 2.

referebantur; cum doctrina christiana in omnibus, quae ad matrimonium attinent, contrarium principium, ex quo matrimonia sunt indissolubilia, sequatur. Hoc summo principio posito matrimonium initum ab hominum libidine prorsus remotum est ideoque haec omnium gravissima vitae conditio iuri est subiecta, in quantum eius est, pro libertate constituere regulas agendi, ad quas vita coniugum ita sit ordinanda, ut tota matrimonii naturae conveniat et hoc modo externa relatio in hominis natura fundata et a Deo disposita voluntate non solum efficiatur sed perpetuo sustineatur. Coniuges ergo matrimonio inito non tantum officia sed veras obligationes in se recepisse, extra omne dubium est; qua de re omnium nostrae aetatis iuris interpretum facile princeps, matrimonium esse iuris relationem affirmare non dubitavit ¹⁾.

Quodsi matrimonium iura et obligationes continet et voluntatis duarum personarum consensu initur, omnino nihil obstat, quominus illud contractus notioni subiiciatur, cum contractus momenta essentialia tum ex parte personarum, tum ex parte obiecti optime concurrant. Cum enim ex sententia fere omnium eorum, qui aut ius romanum ²⁾ aut ius germanicum ³⁾ profitentur, contractus sit voluntatum consensus de iure quodam constituendo, mutando, solvendo vel consensus, quo alter obligationem ita in se recipit, ut alter ius ei respondens habeat, vel quo duo pluresve easdem obligationes et eadem iura inter se constituent: matrimonio certe, si inconstantiae crimen effugere volumus, nomen contractus denegare non possumus; quoniam ex libero voluntatum consensu oritur et eo inito coniuges in se invicem eadem iura atque easdem obligationes habent.

Matrimonium videlicet non eadem vitae conditio est atque illa, quae inter parentes et liberos intercedit et sine

1) Savigny, System des römischen Rechts. Bd. III. pg. 317.

2) Puchta, Pandekten § 54. Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 63.

3) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts pg. 479.

voluntate interposita naturae legibus orta a iure agnoscitur et iure regitur; matrimonium potius est relatio iurium et obligationum, quae inter duas personas nondum fuerunt sed ex earum voluntatis consensu demum originem traxerunt. Et haec ipsa est causa, qua innixi matrimonium, vel si mavis, liberum voluntatis ad matrimonium ineundum consensum optimo inre contractum appellamus. Illam autem obiectionem, quae inde petitur, quod omnes illae obligationes matrimonio iam contineantur et ut sua sponte ei inhaerentes nunquam contractui copiam praebeant, si paulo accuratius inspiciamus, cum levitatis cuiusdam specim prae se ferat, ad nostras ratiocinationes nihil valere perspicuum est. Quis enim est, qui matrimonium esse vocabulum, quo relatio quaedam cum certis obligationibus inter virum et feminam significetur, ignoret! Matrimonium igitur et obligationes relationi, quam vocamus matrimonium, inhaerentes unum idemque sunt. Qua de causa ista obiectio tum tantum veri aliquid haberet, si post matrimonium initum de obligationibus, quae cum illo iam existunt, coniuges contractum inter se constituerent ¹⁾.

Foedus coniugale ergo ex contractu oritur; matrimonium, ubicunque invenitur, contractu effectum est ideoque

1) cfr. Moy l. c. pg. 52: Zu Etwas, das ohnehin ohne Immoralität nicht verweigert werden kann, kann nicht erst ein Vertrag geschlossen werden, ebensowenig, als zu dem, was moralisch unstatthaft ist, ein Vertrag geschlossen werden darf. Es ist gerade, als ob man Verträge darüber schliessen wollte, dass man gerecht und wahrhaft sein werde. Die eheliche Verbindung schliesst das schon in sich, mit ihr sind alle Pflichten gegeben, die nie Objekt eines Vertrages sein können. Hac in ratiocinatione scilicet hoc unum prorsus praetermissum est, iustitiam et constantiam iam per se obligationes omnium communes esse neque vero accedente contractu fieri. Matrimonium vel obligationes quidem ei inhaerentes minime sunt tales, quas unusquisque in quemvis implere debeat, sed eiusmodi quae inter duas certas personas voluntatis consensu, qui contractus nominatur, nascantur.

in contractus forma consistit. Contractus matrimonialis nomen summo iure usurpari potest, nec tamen eo modo, quo nonnulli dicis causa eo utuntur, sed ex vero et proprio huius vocis sensu.

Verum longe abest, ut matrimonium contractu ortum atque exinde contractus forma consistens aliis iuris vinculis simili modo constitutis aequiparemus et ad eandem aestimandi rationem referamus, immo lubenter concedimus, contractum matrimonialem ab aliis omnibus toto coelo differre, sed ita, ut haec differentia contractus naturam ipsam nihil mutari, quippe cum hoc discrimen non tam ex contractu, quam obiecti natura profluat, pari constantia affirmemus. Contractus enim ubicunque reperitur, idem semper iuris institutum est, sive relationi inter personas de re quadam constitutae, sive aliis relationibus, quae ad rem corporalem non pertinent, formam induit, nec refert, utrum hae relationes consensu ante determinentur, an iam sint in se determinatae. Quapropter statuendum est, contractam semper unam eandemque iuris notionem esse, sed quae pro obiecti natura diversam speciem accipiat. Neque vero haec ita asserimus, ut contractum pro inani forma accipiamus; sed ubicunque ille obtinet, substantia quaedam subsit oportet, cuius forma contractus ipse est. Recta ratiocinatio et iuris architectura de substantia in formam redacta abstrahendi vi formam ipsam desumat necesse est, ut eam ex iis, quae ei sunt essentialia, primum dignoscere et inde ad eius notionem definendam pervenire possimus.

Si haec, quae diximus, rei consentanea sunt, facile colligitur, quam arbitraria sit ista coniectura, secundum quam inter contrahendi actum et contractus relationem distinguitur, de qua antea fusius locuti sumus. [Supra pg. 11.] Ex ista distinctione id efficitur, ut matrimonium contrahendi actu quidem oriatur, sed idem contractum extemplo abiiciat et in posterum secundum suas condiciones ac suas leges vivat. At vero si contractus est via, qua matrimonium per se hoc

certum definitumque matrimonium fiat, necessario consequitur, ut hoc certum matrimonium contractum tamquam formam, qua est constitutum, exuere non possit, quin ipsum consistere desinat. Quis enim est in arte dialectica tam rudis, ut omnes res, quae sunt et sub adspicuum veniunt, et substantiam habere et formam, qua cognoscantur, eaque sublata id, quod sunt, esse desinere, parum perspiciat? Quo summo omnis philosophiae principio neglecto plurima commenta et magna confusio in doctrinam de tam gravi re irrepsere. Multi enim inseparabilem substantiae et formae connexum ignorantes a matrimonio contractum divellebant et de hoc praedicabant, quod in illud tantum quadraret, iidem diversitate animadversa, quae primo adspicuum inter matrimonium et omnes alios contractus intercedat, incunctanter aut contractum reprobare vel in aliud detorquere enitebantur. Ad hoc quod attinet, non desunt, qui doctrinam, ex qua matrimonium est contractus, tamquam invidiosam contumeliam et importunam profanationem respuant, nihilo minus tamen contractus notionem tenent, sed eam in suum usum ita convertunt, ut de hac re novam opinionem comminiscantur, cuius speciosa firmitate freti, matrimonium non quidem contractum esse, sed ex contractu ducere originem asserere non dubitant. Huius ambiguae sententiae propugnatores quam parum causam ab ipsis defensam sustinere valeant, mox planius fiet, cum eorum artem argumentandi aliquantulum illustraverimus. De eo ne minima quidem dubitatio esse potest, quod matrimonium ex essentia sua non sit contractus. Matrimonium est enim id, quod per notionem supra definitam exprimere conati sumus; contractus eius forma tantum, non vero essentia est; non quid et quale sit, sed quo modo aut qua forma sit, contractus denotat. Sic emptio — venditio, ut hoc exemplo utamur, ex iisdem causis per se non est contractus. Emptio aequae ac matrimonium ex certis momentis constat, quae eius essentiam constituunt. Cum autem contractu fiat ideoque in contractus

forma consistat, ex quotidiani sermonis usu emptionem esse contractum dicimus quidem, sed hoc modo loquendi non tam eius essentiam, quam formam indicare volumus. Si omnia ad literam accipiamus, huic sententiae aequae atque illi paulo ante expositae civitas deneganda est. Utramque igitur bene recteque intellectam aut una probari aut una reiici oportet. Quin si quis matrimonium esse emptionis contractum diceret, haud cunctanter, illam sententiam tamquam falsam et contumeliosam repudiaremus, cum ita matrimonium pro emptione-ventidione poneretur.

Si vero duarum personarum consensus, quo inter ipsas relatio iure fulta constituitur, contractus appellatur et matrimonium relatio iure fulta est, quae libero consensu inter duas personas efficitur, hoc extra dubium esse videtur, hunc consensum contractus et actum, quo contrahatur matrimonium, contractus matrimonialis nomine dici oportere. Nemo contra huius consecrarii vim reluctari potest, nisi qui nimis angustam contractus notionem, quam vita et commercium Romanorum et iuris interpretes tempori suo optime accommodatam effinxerunt, amplexus eo inducatur, ut ex iuris romani idea matrimonium relationem inter coniuges moralem nec simul ad ius pertinentem esse arbitretur. Sed iam satis superque demonstrasse nobis videmur, a re alienum esse, ad vitam et iurisprudentiam romanam descendere, ut inde iuris notiones petamus, quae nostrae aetatis vitae conditionibus respondeant. Nostrum cultum humanum civilemque exemplis uberiorem et varietate ditiolem esse cum inter omnes constet, iuris quoque notiones, quae ex eo proficiuntur, si non omnino mutantur, aptiores certe reddantur necesse est. Pari modo quod ad matrimonium attinet, nos plus videmus quam Romani. Pro nostra intelligentia matrimonium non positum est in arbitrio, sed in libertate, quae ad praecepta moralia aequae ac iuris leges dirigatur. Contractus matrimonialis, si eum ad iuris romani ingenium exigas, haud dubie repudiari potest; nostro iudicio iuris-

prudētiaē qualis nunc est profectus eius applicationem ad matrimonium vehementer exposcit, si quidem hoc ea, qua par est observantia, ad doctrinam christianam et ad notiones, quae nostrae aetatis iuris conditionibus congruant, perpendere nostra interest.

Verumtamen sunt, qui, quamvis in matrimonio et iuris naturam et naturam moralem bene diiudicent, nihilo minus contractus matrimonialis acres adversarios se profiteantur. Aiunt enim, matrimonium, ex tota sua essentia et ad ius et ad praecepta moralia pertinens, absolute positum et in se determinatum esse ideoque vehementer abhorrere a contractus notione, cum ea, quae continet sicut in aliis contractibus, utcumque voluntati libuerit, non creentur. Si vero hoc argumentum diligentius in examen vocaverimus, mox nobis patebit, illam tantopere exaggeratam creandi facultatem etiam in aliis contractibus ad exiguum modum coarctatam esse et hic quoque certos fines terminosque esse constitutos, extra quos egredi non possit.

Omnis contractus aequae ac matrimonium habet sua et propria, de quibus partes non magis libere statuere possint, quam de matrimonio. Si nostra interest, per emptionem, ut hoc exemplum repetamus, nos rei alienae dominos fieri, hoc nullo modo evenire potest, nisi cum domino in id convenierimus, ut nobis rem det et nos ei pretium demus. Haec ipsa sunt emptionis essentialia. Ex quo evidenter elucet, nos quae emptione contineantur nequaquam creare, sed tantam ad illum finem assequendum adhibere. Qui illo argumento, quod contra contractum matrimonialem profertur, utuntur, non bene distinguunt inter naturae vel iuris institutum et res, circa quas illud voluntate aut partium consensu applicetur. Qua confusione tota ista argumentatio funditus evertitur ita quidem, ut in aliis contractibus de rebus accessoriis quidem arbitrio hominum plus, quam in matrimonio, relinquatur, contractus vero natura integra sit et immutata.

Praeterea contractus matrimonialis adversarii ad ipsorum opinionem sustinendam auxilium petunt ab illa argumentandi ratione, ex qua huius finis e diametro oppositus sit ceterorum contractuum fini, qui non alius est, quam ut re praestita quam primum dissolvantur. Sed ne hoc quidem argumentum in nostram doctrinam infirmandam plus valet, quam illa, quae praecedunt. Praetermisso enim contractuum genere, qui dicuntur liberatorii et in quibus ille finis omnino non obtinet, sunt contractus, qui ad relationes, quae initae sunt, quam primum dissolvendas minime spectant. Verum hic finis qui certe in quibusdam contractibus inest, nequaquam pro essentiali contractus notionis momento haberi potest neque iustam causam contractum matrimonialem impugnandi praebet. Omnino autem hoc unum et verum discrimen inter contractum matrimonialem et alios contractus obtinet, ut hi consensu partium dissolvi queant, ille autem cum matrimonium sit indissolubile, rescindi non possit. Quare matrimonii contractus, ut a ceteris aliquantum distat, ita verus contractus permanet, qui est liber voluntatis consensus de re, quae ad ius pertinet.

Quodsi praeteritorum temporum annales evolvamur atque scientiae et eruditionis documenta inde deprompta perlustremus, ubicunque nobis occurrit eadem doctrina, quam nos quoque defendendam suscepimus. Clarissimi auctores, quotiens in libris conficiendis matrimonii tractandi copia se offerebat, omnes fere a contractus matrimonialis suppositione profecti sunt. Praeter ceteros Thomas Aquinas maxima subtilitate atque indubitata claritate matrimonium esse contractum profitetur¹⁾.

1) Iam Petrus sententiarum magister de contractu matrimoniali loquitur: Sent. lib. 14. dist. 27. art. C., ubi inter alios Sanctum Ambrosium similiter disserentem inducit. Thomas Aquinas haec dicit pars IV, quaest. 45 art. 2: in matrimonio fit contractus inter virum

Scriptores, qui aliqua auctoritate sunt usque sub finem praeterlapsi saeculi, eius vestigiis insistentes de matrimonio eandem sententiam secuti sunt, ut eorum libri admirabilis continuatio seriesque documentorum sint, quae opinionem ex qua consensus, quo matrimonium fit, contractus dicitur, omnium fuisse communem aperte comprobant¹⁾.

Auctoritas autem doctrinae, quam nos amplectimur, gravissima est haud dubie Concilium Tridentinum, cuius perfectae ac memorabiles de matrimoniis clandestinis²⁾ disceptationes firmissima argumenta in favorem contractus matrimonialis praebent. Omnes oratores sine ulla exceptione, qui ad dicendum prodierunt, in hac celeberrima re exponenda, quae in intimo connexu est cum actu matrimonii ineundi, summa eruditione, ingenii acie, sagaci iuris quod subest sensu, matrimonium ineundum tantum a ratione contractus intelligendum et tractandum esse manifesto osten-

et uxorem, sed in quolibet contractu oportet esse expressionem verborum, quibus se invicem homines obligant: ergo et in matrimonio oportet esse consensum per verba expressum; in conclusione sic continuat: respondeo, dicendum quod ex dictis patet, coniunctio matrimonialis fit ad modum obligationis in contractibus materialibus et quia contractus materiales non possunt fieri, nisi sibi invicem voluntatem verbis promant, qui contrahunt, ideo etc.

Cfr. etiam dist. 32. quaest. 1. art. 1. ad IV.

1) In Launoyi opere: »de regia in matrimonium potestate« innumeros locos ex omnibus scriptoribus usque ad ipsius aetatem conquisitos et congestos legimus, in quibus ad Thomae Aquinatis mentem de matrimonii contractu politico et civili disputatur. Auctor laudati operis de iis coniecturam facit ac si contractus causa reipublicae soli potestas impedimenta dirimentia statuendi competat. Quam quidem conclusionem tamquam falsam et temerariam reiiciendam esse arpitramur.

2) Cfr. Sarpi, histoire du Concile de Trente. pg. 2, 482 sp. cfr. hac de re Palavicini: lib. 22, 23, 24 et Friedberg: das Recht der Eheschliessung, pg. 107—127.

derunt. Unus ex iis¹⁾ id maxime monet, nisi consensus matrimonii ineundi e ratione contractus consideretur, matrimonium legibus subiici non posse.

Ut tot et tantorum testimoniorum vis diminuatur, contractus matrimonialis adversarii omnes vias et rationes temptaverunt. Ad argumentum de Concilio Tridentino depromptum quod attinet, inter alia vocibus ex suo ingenio alienam sententiam subiicere et illud interpretari conati sunt, quasi vocabulum contractus proprio sensu non accipiendus sit, sed hoc loco de contractu naturali dumtaxat dicatur²⁾, quod consensus ad naturae leges et praecepta moralia vel fidei et ecclesiae fiat necesse sit. Obiter hos locos, qui in causa versantur, lustrasse satis est, ut nobis persuasum sit, hanc interpretationem artificiosam esse et a re alienam, cum ne minima quidem indicia reperiantur, ex quibus mutato vocis sensu istam coniecturam facere liceat. Haec est mera libido, quae non ad fixas regulas ex dictis sententiam eruat, sed potius hanc mente iam conceptam temere inserat. Vocabulum contractus naturalis in omnibus illis locis frustra quaeritur; ubicunque nobis occurrunt voces: contractus aut contractus civilis³⁾. Quem nominis usum nemo est, qui impugnet, sed tantum contra studium nimis premendi et separandi contractum a sacramento disputatur, cum ita contractum matrimonialem irritum et nullum reddere

1) Camillo Campeggi.

2) Lingg, die Civilehe vom Standpunkte des Rechts, pg. 31.

3) Denominatio: contractus naturalis, ne quid gravius dicam, omnino non apta est, cum, ad rationis praecepta revocata, inter se pugnancia contineat. Iste enim usus vocis quamquam alibi concedi potest, hoc loco omnino reiiciatur oportet, cum de mere naturali voluntatis qualitate minime agatur, sed de voluntate legibus iam determinata. Voluntas, non ad iuris normas sed solum ad naturae leges directa, non contrahit, neque contractum matrimonialem constituit.

magistratus civilis foret, nec caveri posset, ne gubernium civile omnem de hac re iurisdictionem sibi vindicaret, quae certe ob matrimonii naturam sacramentalem ecclesiae primum competat ¹⁾).

Sed hanc ipsam rem, quod illa aetate ecclesia sola de matrimonio contrahendo leges ferendi exercuerit, multi adversus contractum matrimoniale obiciunt eumque proprio sensu contractum esse negant, quippe cum non de civilibus sed ecclesiasticis legibus agatur. Cui argumentationi equidem non assentior. Quin matrimonium, utpote a Deo in natura positum, neque reipublicae neque ecclesiae institutum sit, nemo serio in dubium devocare audebit. Quid et quale sit determinare neque est gubernii civilis neque ecclesiastici; quam ob rem ius, quod matrimonio inest, neque a civitate neque ab ecclesia conditur, sed legibus in certam tantum formam redigitur. Quaecunque potestas hac de re leges fert curaeque habet, ut custodiantur, in iuris naturam momentum non habet. Relationes inter coniuges, in quantum ad ius spectant, semper retinent eandem naturam, quae est civilis h. e. privata. Ea de causa eundem modum loquendi, quo patres Concilii Tridentini usi sunt, multi alii adhibuerunt, quorum duos tantum laudamus eosque testes classicos, Melchiorum Canum et Benedictum XIV. papam ²⁾).

1) Antonius Silesio contra Camillum Campeggium haec obicit.

2) Melchior Canus, de locis theol. lib. 8. cap. 5. dicit: materiam vero esse contractum civilem, ab ipsismet contrahentibus mutuo consensu perfectum. Benedictus XIV. de synodo dioecessana lib. 8. cap. 13. n. 5. pg. 275. Bellarminum disserentem facit, quae non solum sunt civiles contractus, sed etiam sacramenta religionis.

Lingg in supra iam citato libello, locos Conc. Trid. sess. XXIV cap. 4 et 12 laudans haec verba facit: Diese Stellen beweisen nun an und für sich nur, dass man die Ehe rechtlich als etwas zur Kompetenz der Kirche Gehöriges mithin als etwas Kirchliches angesehen habe.

Quod de sacramento dicit, verum esse non negamus; matrimo-

Inter omnia iuris canonici opera, quae usque ad hoc saeculum in lucem edita sunt, nullum si duo excipias, invenitur, in quo non matrimonium sub ratione contractus intelligatur et pertractetur¹⁾.

Primo ad aspectu res profecto admirationem nobis movet, quomodo fieri potuerit, ut doctrina contraria ex parte canonistarum catholicorum studiosissimos assectatores nec obscuros defensores sibi conciliaret, quorum placita sensim in omnia fere iuris canonici compendia ac de matrimonio tractatus recepta sunt.

Quae utut sunt, libri hac de re editi nos docent, contractus matrimonialis notionem, ut quamlibet aliam habuisse sua fata et vicissitudines, cum ex lege contrariorum varias et diversas procedente tempore evolutiones percurrerit, quibus collectis et ponderatis, quid verum sit, nunc demum melius elici possit. Ac duae quidem notiones in unam coniunctae contractu matrimoniali continentur, quae coniunctio constare non potest, nisi ipsae bene et accurate intelligen-

nium enim ex ratione sacramenti est res ecclesiastica; ius autem inter coniuges est et permanet civile ideoque contractus matrimonialis est contractus omnimodo civilis. An forte testamenta, processus inter clericos ac laicos, lites personarum miserabilium civilis ac privati iuris naturam exuerunt, cum ecclesia, temporum necessitate mota, ne muneri a Deo assignato deesset, omnes illas res et ad suam legislationem et ad suam iurisdictionem ordonavit atque ad omnium salutem temperavit? Isti errori de iuris inter coniuges natura evidenter subest vitiosa iuris in universum dividendi ratio: in ius publicum et ius privatum, cum rectius ius dividatur in ius saeculare et et ius ecclesiasticum et utrumque subdividatur in ius publicum et privatum, et denique ius civile iuri ecclesiastico opponi non liceat, sed illud idem sit atque privatum.

1) Boekhn, monachus ad regulam Benedicti Salzburgensis no minat tantum duos qui adversantur auctores aliunde ignotos, quorum opiniones argutias esse nimis exquisitas dicit. In lib. IV. decret. tit. 1 pg. 2. §. 1 n. 6.

tur. Simulatque alteram falso interpretamur et eius vim mutamus vel depravamus, aut seiunctio fiat aut altera quoque eandem mutationem vel depravationem subeat necesse est. Utrumque factum est. Ista falsa opinio illius sectae, quae ex iure naturali vocatur, cuius princeps Hugo Grotius haud iniuria ius ad sua propria principia redigere conatus est, cum eiusdem sectae posteriores antistites inique id non tantum a praeceptis moralibus distinguere, sed plane avellere omni opera laborarent, in disciplina Kantii et absoluta et correcta est ita quidem, ut ibi tum intima inter mores et ius affinitas, tum mutua relatio ingeniose dignoscatur. Attamen in Kantii nimio subiectivismo, ex quo ad res quae sunt et ad leges, in quibus vitae relationes et bona innituntur, non patet aditus, libera voluntas, quae ab externa aliqua re determinaretur, locum obtinere non poterat. Ius tantum in partem negativam tamquam limes et inanis forma, quae libero arbitrio efficitur, intelligebatur. Ius igitur nihil aliud erat nisi, ut ita dicam, actio finium regundorum in solum liberi arbitrii commodum instituta ideoque contractus pro iuris auctore accipi nec tamen applicari poterat ad ius, quod quidem per se extra voluntatem positum est, at voluntatis consensu ut inter duas personas norma agendi constituitur. Ex Kantii ratiocinatione in contractu ineundo duae personae libero consensu fines terminosque describunt, intra quos porro de re aliqua acturae sunt. Secundum hanc doctrinam matrimonium, cuius essentia est immutabilis et cuius leges et praecepta non profluunt ex personarum arbitrio, ad tam angustam exilemque contractus notionem revocari non posse, quis est qui non intelligat? Itaque fieri non potuit, quin matrimonii notio, ut locum obtineret, mutilaretur. Et profecto si Kantii librum¹⁾ perlustremus, eo matrimonii notio nobis occurrit, quae contractu matrimoniali conservato hanc sacram vitae formam vehementer violet et sensum honesti

1) Kant, Rechtslehre §. 22—26.

atque iuris conscientiam ita offendat, ut acerbissimam indignationem iuste moveat¹⁾.

Nec non Hegelius generosa ira quadam summo iure exardescens, in arenam descendit, ut matrimonium contra tantam importunitatem inauditae voluntatis libidinis defenderet. Cum applausu et consensu omnium, qui in matrimonio non, ut Kantius voluit, meram voluntatis libidinem, sed sacram et omnibus numeris a Deo ordinatam institutionem vident, vir clarissimus eius submissionem sub tali contractu simpliciter ut flagitium increpat²⁾.

Hanc criminationem Kantianae notionis, quamquam iusto iniquior non est, quatenus ad Kantii doctrinam et eius contractum matrimonialem pertinet; tamen, si contractum matrimonialem per se spectamus, plane repellendam esse putamus³⁾.

Hegelius iam, cum in istam aperte falsam theoriam vehementer invehitur, ipse in errorem delabitur. Quare dum is Kantii errorem impugnat et falsa, quae hic extruxit, destruit, pro eo stamus, sed ipsius propriam doctrinam, quae contrarium errorem complectatur, aequae atque istam reprobamus. In impugnando Kantii contractu matrimoniali Hegelius matrimonium ita definit, ut eius essentia in duarum personarum individualium quasi deletionem et utriusque in unam confusionem consistat⁴⁾. At in matrimonio ita intellecto ne iuris vestigium quidem esse posse, omnes, qui primis iurisprudentiae elementis tantum imbuti sunt, nobis concedent. Singula enim subiecta iuris et obligationis prorsus hoc modo exstinguantur, ius igitur et obligatio in unam universam

1) Cfr. Walter, *Naturrecht und Politik*, pg. 122.

2) Hegel, *Rechtsphilosophie* §. 75; *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* pg. 106; *Grundlehre der Philosophie des Rechts* §. 161, 162, 163, 164.

3) Savigny, *System des römischen Civilrechts*, Bd. III. pg. 317.

4) *Philosophie des Rechts*, §. 162.

voluntatem concurrant atque ita ad iuris principia confusum se invicem tollant necesse est. Quis igitur miratur, quod ex huius disciplinae ratione contractum matrimonialem absurdum et ineptum esse contenditur? Neque minus spontaneum est, argumenta ex illa profecta et contra libum conversa omnibus iis maximi ponderis esse, qui ex hac parte dumtaxat huius disciplinae rationes sive communita sive tenere amplexi sunt¹⁾.

Matrimonium ad Hegelii mentem consideratum contractui sane nullam substantiam praebet, cum relatio inter coniuges non ad ius pertinere et ne res moralis quidem esse possit. Personae individuales et una cum iis omne iuris relationis fundamentum evanescent et in unum ita coalescent, ut haec vice universalis mentis et voluntatis fungatur. Dum sic rationi istorum, qui nihil esse in rebus verum praeter ea, quae tenentur animo, praesentantur, merito adversatur, nihil aliud, quam rationem, quae contraria quidem est, sed pariter falsa est, in medium profert: dum voluntati, quae omnia ad libidinem ordinat et nulla alia re determinatur adversatur, ipse humanam libertatem individuum minuitae illi universali menti immolat.

Si Kantius ex suo iuris principio, quod in sola libertate individuali innixum est, matrimonium mutilat et suam naturam depravat, ut suae iuris et contractus notioni accommodetur, contra Hegelium illud nobis tanquam processum fingit, in quo duae partes eiusdem substantiae congregando

1) Hegelius in locis supra citatis ita dicitur: Die Ehe ist kein Vertrag, weil 1) zu einem Vertrage gehört, dass er von der Willkür ausgehe, 2) weil der identische Wille, der durch Vertrag ins Dasein tritt, nur ein durch freie Willkür gesetzter, somit nur ein gemeinsamer, nicht an und für sich ein allgemeiner ist, 3) weil der Gegenstand eines Vertrags ein einzelner äusserlicher sein muss, der der Entäußerung unterliegt. Haec omnia cum iam antea a nobis satis exposita et perperam sint, hic non indigent refutatione.

se coniungunt et dehinc una efficiuntur. Kantius matrimonium tamquam rem externam, in quam plenam dominationem habeamus, considerat, Hegelius vero ab eo omnem veram formam abiudicat, cum ipsi matrimonium tamquam processus quidam transcendens et eius forma nihil nisi inanis umbra sit. Ex hisce facile est intellectu, quî factum sit, ut quemlibet conatum certam definitamque matrimonii formam sustinendi huius ipsius violationem appellaverit atque eius submissionem sub contractus notione ut flagitium increpuerit, quod quidem, opinor, non in verum matrimonium sed in ipsius de matrimonio commentum committitur.

Atque haec summis lineis tantum a nobis adumbrata doctrina, quae est pantheismi consecrarium, aliquamdiu fere omnium animos constrictos tenuit et eo studiosius recepta est, quod omnibus peropportuna esse videbatur ad matrimonium in pristinam suam dignitatem restituendum ¹⁾.

Multi videlicet se in ea auxilium praecipuum quoddam reperisse opinabantur, quo doctrina everteretur, quae matrimonio re vera maxima pericula minitari coepisset. Quid mirum, quod huius institutionis in discrimen adductae patroni ad eam defendendam arma, quae splendore suo dumtaxat et specie vincendi spem ostenderent, ceperunt et ei disciplinae se addixerunt, quae splendidae dialecticae blanditiis et captionibus matrimonium si minus dehonestet, tamen funditus evertat?

Postquam viri haud obscuri nominis iam pridem non contra matrimonii contractum ipsum, sed contra falsae de eo opinionis consequentias contentiosius disceptantes in me-

1) Moy pg. 6 hanc sententiam ita exprimit: Folgen wir nun in dieser Beziehung den Aussprüchen tiefer Denker, namentlich Fichtes und Hegels, welche den Gegenstand aus der geistlosen und empörenden Trivialität, in die er unter Kants zergliedernden Händen herabgesunken war, wieder in ein höheres, der Menschheit würdigeres Licht emporgehoben.

dium prodierunt¹⁾, decennio fere post plures scriptores²⁾ artis ratione plus minusve adhibita rem, de qua controversia erat mota, ad finem perducere ita tentaverunt, ut omnes animi nervos intenderent ad probandum, quantopere contractus notio matrimonii naturae contraria esset. Praeter ceteros libellus³⁾, quem supra pluries iam laudavimus, dignus est, qui hic quoque memoretur, cum propter altiorem matrimonii cognitionem inter canonistas tantam auctoritatem obtinuerit, ut abhinc omnes fere docti in commentariis suis eius argumentationes pro certis ratisque habeant et etiam atque etiam ad eas nos remittant. — Verumtamen ne magna quidem auctoritas, qua laudatum opusculum usque hunc ad diem viget, ad contractum matrimonialem reiiciendum nos movere potest, cum tantam fluctuationem atque incertitudinem notionum et in definiendo contractu et in interpretanda matrimonii essentia prae se ferat, ut firmum fundamentum, in quo talis doctrinae defensio innitatur, omnino desideretur. Si contractus effecti formam et substantiam confundas; si illud omittas, contractum solum consensus, quo iuris relatio oriatur, denominationem iuridicam esse et ob intimam formae et substantiae coniunctionem tantum ad totam rem, neque vero ad substantiam solam adhiberi posse⁴⁾; si denique coniugum summum affectum, mutuam traditionem⁵⁾, animarum copulationem pro matrimonii essentia et pro eius fine personae suppressionem et quasi immolationem habenda

1) Nellessen, Richtige Ansicht des christlichen Ehevertrages. Aachen 1821. Binterim: Ueber Ehe und Ehescheidung. Düsseldorf 1819.

2) Klee et Rost, quos auctores iam citavimus. Roskovany: de matrimonio in ecclesia catholica § 18. Puggé: Theologische Quartalschrift pg. 341.

3) Moy, cuius libellum supra citavimus.

4) Moy: pg. 18. in fine.

5) Ibidem pg. 10.

esse tibi persuadeas ¹⁾: contractui matrimoniali nullus sane locus relinquetur neque mirandum est, si ibi occurrat quaestio, quid opus sit legibus et contractu ²⁾).

Sed illud magis etiam admirandum est, quod nihilo secius in libro citato matrimonium sub domini emptione acquisiti notione explicatur atque haec similitudo in rebus vel singulis ipsis adhibetur. Sponsalibus, quae hic falso matrimonii contractus dicuntur ³⁾, si ipsum sequimur, emptionis contractus, actui vero, quo fit matrimonium, traditio respondet, postquam effectam in matrimonio pariter atque in emptione traditione perfecta dominium obtineat ⁴⁾. Quin etiam ista anceps doctrina de titulo ac modo acquirendi in hanc similitudinem perperam inmiscetur ⁵⁾).

Isti manifesti errores, quos brevi explosimus, iam satis innuunt, argumenta exinde conquisita et in contractum matrimonialem conversa omni fundamento destituta esse. Neque magis quam ista argumenta, probandae sunt illae ratiocinationes, quae in alio iam laudato libro ⁶⁾ adversus contractum matrimonialem eo proferuntur, quod neque iure

1) Ibidem pg. 26.

2) Moy pg. 18: Was sollen Gesetze und Verträge? Verträge sind ja nur das Resultat der Uebereinstimmung, wie könnten sie der Grund derselben sein? Wahrlich nicht, weil wir einen Vertrag geschlossen, sind wir einig, sondern weil wir einig sind, haben wir einen Vertrag geschlossen.

3) pg. 58.

4) pg. 54. Legimus haec: »Eigenthum heisst so viel als absolutes und ausschliessliches Dispositionsrecht. Ehe heisst nichts Anderes, als vollkommene Hingebung und Vereinigung, zwischen beiden ist kein Unterschied, als den die Natur zwischen Sache und Person gesetzt hat.« Et propter hanc ipsam differentiam illa similitudo, quae inter matrimonium et dominium intercedere dicitur, prorsus reprobanda est.

5) pg. 54, conferas Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. pg. 314.

6) Lingg.

romano neque germanico neque canonico quidquam continetur, unde actus matrimonii ineundi contractus formam prae se ferre aliquis suspicari possit; quamvis in contractus notionem disertam contradictionem ibi non invenias. Ad haec habeo, quod respondeam. Nempe cum sit iurisprudentiae munus, iuris notiones primum effingere, deinde earum usum moderari, rei naturae consentaneum est, ius quod dicitur positivum nihil edicere de consensu, qui facit nuptias vel matrimonium, utrum contractus sit an non. Negari quidem non potest, ius romanum, quale fontes nobis tradunt, per iurisconsultos in artis formam redactum esse. Apud eos vero matrimonii notio tam parum cognita et exulta invenitur, ut ea, quae ad contractum matrimonialem necessario requiruntur, id est iuris conditiones frustra quaeras. Simili modo in antiquiori iure germanico de matrimonio tali notioni ad artem revocatae nullus locus esse poterat; postea vero ius canonicum hac de re omnia disposuit. Huius iuris scientiam eo demum pervenisse, ut ad matrimonium contractus notio certe accommodari posset, satis superque supra demonstratum esse nobis videtur. Ac ius quidem canonicum uberrimam illius notionis effingendae copiam praebuisse, varii tituli libri quarti decretalium primo adpectu ostendunt ¹⁾.

Saeculi, quod nunc volvitur, quinque decenniorum historia literaria docet, omnia fere opera, in quibus contractus matrimonialis plus minusve apte et feliciter impugnatur, evidenter sub regno temporum ingenii composita esse, quorum auctores non tam id inquirere, quid et quale sit matrimonium, quam hoc ipsum contra impetus sive veros sive fictos ex parte gubernii civilis in tuto collocare studuerint. Cum

1) Cfr. imprimis cap. 8. XII, 13 et cap. 10 eodem, ubi actio spolii datur, ut matrimonium sustineatur. Confer etiam tractatum de impedimento conditionis in libro: Schultei, *Handbuch des katholischen Eherechts*, pg. 132—154 et c. 3 XIV, 5.

vero ii, qui huius causam defendebant, arbitrariis vexationibus, quibus matrimonium expositum esse videbatur, iusti speciem dumtaxat eo induere niterentur, quod illud inter reipublicae atque iuris instituta numerarent, isti auctores, matrimonium non esse contractum comprobando, huius infestae doctrinae omne fundamentum se summovisse opinabantur. Verum sicut cuiuslibet rei, quam ex una tantum parte intuearis, non tota vis et natura vere intelligitur, ita hic quoque, ubi matrimonii indoles solum modo ex una parte, nempe respectu instantis periculi considerabatur et proponebatur, eius cognitio manca esset necesse erat. Cum enim ab illis matrimonium, quasi mera externa relatio ad ius tantum pertinens esset, ceterorum contractuum numero insereretur atque arbitrio personarum ita subiiceretur, ut potestas idem ad excessus avertendos legibus corrigeret: e contrario ab his contractus matrimonialis primum simpliciter reprobabatur, deinde ad hanc reprobationem tuendam matrimonium nihil iuris continere, sed affectus¹⁾, fidei²⁾ quin etiam dogmatis³⁾ esse institutionem affirmabatur. Haec ratio nimis spiritualismum sapiens pariter atque ista, quae magis ad naturalismum inclinatur, pro falsa habenda ideoque haud dubie reiicienda est; utraque enim, ut ita dicam, de vivo matrimonii resecat eiusque essentiam detruncat. Matrimonium sive duarum personarum individua vitae conditio est id, quo vita ethica et vis naturae immediate et artissime concurrunt et in quo res externa et sensibus subiecta tamquam fundamentum iactum est, cui infixae duo individua inseparabiliter coniuncta ad summam animi perfectionem ita pervenire debent, ut haec perfectio in actionibus manifestetur. Quae cum ita sint, ante oculos posita est indissolubilis unio elementorum et ad naturam et ad honestatem et ad ius pertinentium, quae omnia in unum comprehensa matri-

1) Lingg, pg. 12.

2) pg. 27.

monium constituunt eiusque essentiam efficiunt. Cum ea, quae ad naturam spectant, ut antea latius expositum est, voluntate ad praecepta moralia dirigantur, tantum morum et iuris ratio habenda est. Atqui illa interpretatio, quasi matrimonium tantum naturae moralis, id vero, quod ab ea recedit, si non malum, certe nullius vel exigui momenti sit, in eodem gravi errore versatur atque doctrina contraria, quam ipsa impugnat. Si autem verum est, matrimonium quoad essentiam non minus iuris quam moralem relationem esse, legibus artis consentaneum est, ut ex iuris quoque parte cogitatione effingatur h. e. certa quadam iuris notione comprehendatur. Atque vi veritatis quasi coacti ii ipsi, qui ob praetensum iuris et obiecti defectum contractus notionem repellunt, hanc necessitatem senserunt atque eorum alii dominii notionem adhibuerunt¹⁾, alii iuris relationem quandam adesse profitentur, sed quae sit iuris notio dicere omitunt²⁾; alii denique matrimonium ad ius familiae revocandum esse putarunt, non perpendentes, matrimonium et familiam, quamvis inter se arcte cohaereant, in diversis principiis inniti.

Sed satis superque probavisse nobis videmur, praeceptis artis non aliter satisfieri posse, nisi matrimonium contractus notione subiiciatur, qui est consensus duarum personarum de relatione ad ius spectante constituenda aut conservanda. Quodsi veram contractus vim et naturam spectas, hac notione adhibita neque de matrimonii natura et dignitate quidquam detrahitur, neque ullo modo matrimonii civilis patrocinium suscipitur. Quod quidem cum plane in

1) Moy, pg. 54.

2) Lingg. pg. 13. Es soll hier nicht untersucht werden, unter welchen Rechtsbegriff die Ehe besser subsumirt werden könne, vielmehr mag zugegeben werden, dass sie mit dem Vertrag Aehnlichkeit hat.

ea ratione situm sit, quae inter ecclesiam et rempublicam intercedit, a contractus matrimonialis probatione aut reprobatione minime pendet.

Qualiscunque inter ecclesiam et rempublicam conditio est, contractus matrimonialis suam vim, quae ex propria matrimonii natura enascitur, conservat et semper conservabit.

V i t a.

Natus sum Duderstadii, quod oppidum est regni olim Hannoverani, anno huius saeculi vicesimo nono, patre Philippo Hartmann, matre Catharina e gente Vollmer, quos iam pridem mortuos lugeo. Elementis literarum imbutus scholam latinam, quae Duderstadii etiam nunc floret, per biennium frequentavi, quo peracto gymnasium Hildesiense, quod dicitur Josephinum, adii, ubi per quinquennium egregiis usus sum praeceptoribus, gratissimo semper animo colendis. Maturitatis testimonium nactus anno aetatis decimo octavo petii almam universitatem Fridericam Guilelmiam Rhenanam, ubi a Loebell tum Rectore magnifico v. cl. in civium academicorum numerum relatus et theologorum catholicorum ordini adscriptus per duos annos et dimidium doctrinis philosophicis et theologicis operam navavi, et theologicis quidem apud Dieringer, Vogelsang, Scholz, Hilgers, Martinum, nunc dioecesos paderbornensis RR. Episcopum, philosophicis apud Knoodt. Paderbornae, ubi professores Cassel, Oswald, Evelt, Rodehuth audivi, studiis theologicis per unum annum et sex menses continuatis et absolutis, in seminarium presbyterorum, quod ibi est, receptus et a. d. IV. cal. sept. anni MDCCCLIV per RR. dominum Drepper, tunc episcopum Paderbornensem, sacro presbyteratus ordine initiatus sum. Deinde Heiligenstadii octodecim menses subsidiariam animarum curam exercui et per eiusdem fere temporis spatium ibidem commissariatus episcopali a secretis eram. — Tum illustrissimus Princeps et Dux Antonius de Arenberg tres filios suos erudiendos et educandos curae meae commisit.

Quo munere, licentia et comteatu a RR. D. Martino episcopo Paderbornensi accepto, ita perfunctus sum, ut per sex annos juvenes Principes ipse instituerem, et cum iidem Bonnam se contulissent, ut in gymnasio, quod ibi floret, humanitatis studia absolverent, comes iis fuerim et studiorum moderator. Qui ubi universitatem Bonnensem, ut iurisprudentiae studio se dederent, adierunt, a suscepta illa cura non discessi, quae peropportunam occasionem et causam mihi praebuit, in omnibus iuris disciplinis tempus et operam meam collocandi.

Docuerunt me per septem semestria VV. DD. Boecking, quem praematura morte literis ereptum omnes dolent, Bauerband, Bluhme, Haelschner, Sell, Stintzing, Walter, Aegidi, Schroeder, Hüffer, Held, Klostermann, Loersch, Schaaffhausen, Dieringer, Floss. Iam vero iurisprudentiae cursu confecto, hanc Musarum sedem relicturus, quod viris doctissimis, clarissimis, quorum eximiam benevolentiam saepe expertus sum, pii gratique animi mei publice testificandi hic locus mihi datus est, summopere laetor.

Sententiae controversae.

- I. Discrimen, quod in iure romano inter contractum et pactum intercedit, non ex horum iuris institutorum vi et natura deducendum est.
 - II. Sententia eorum, qui matrimonium non esse contractum sed oriri ex contractu contendunt, sustineri nequit.
 - III. Communio bonorum coniugalium in iure germanico non est eadem atque societas omnium bonorum in iure romano.
 - IV. Leges Horatia Valeria, Publilia, Hortensia non sunt merae repetitiones.
 - V. Sententia: „volenti non fit iniuria“ in iure criminali est reprobanda.
 - VI. Ii, qui in civitatibus constitutione, quam vocant, temperatis ad leges ferendas a populo deputantur, non mandatariorum vice funguntur.
-

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn