

prudencia que el Código quiso abolir. Contrariamente, si los esposos están obligados á transcribir la disposición del derecho antiguo, se lo apropian, ya no es un artículo de la ley, es una cláusula del contrato; el juez no ocurrirá ya á una legislación abrogada, interpretará el contrato, como lo hace para todas las convenciones matrimoniales; las costumbres están y permanecen abolidas. (1)

141. Se pregunta si los esposos pueden estipular que su asociación será regida por una ley extranjera. Sí, y sin duda alguna. El texto no prevee esta hipótesis; luego la cláusula no está prohibida, y todo lo que no está prohibido permanece en el dominio de la libertad; además, el motivo que ha hecho establecer la prohibición del art. 1,390 nada tiene de común con las legislaciones extranjeras. (2)

*ARTICULO 4.—De la nulidad de las convenciones matrimoniales.*

142. Aplicamos al contrato de matrimonio la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas ó nulificables. Las formalidades son de la substancia del acta, puesto que las convenciones matrimoniales son un contrato solemne. Luego el contrato de matrimonio nulo en la forma, es inexistente; se aplican, por consiguiente, los principios que rigen á las actas inexistentes. Algunas dificultades se presentan acerca del punto de saber cuáles disposiciones se ligan á la solemnidad del acta y deben ser observadas para que el acta tenga una existencia legal. Las hemos examinado (números 44 y siguientes).

143. Cuando el contrato de matrimonio está consentido por un incapaz, es nulo. Transladamos á lo que fué dicho más atrás (núms. 30 y siguientes). Cuando el contrato

1 Troplong, t. I, pág. 97, núm. 137. Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 31. Aubry y Rau, t. V, pág. 273, nota 22, pfo. 504.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 273 y nota 23. Colmet de Santerre, t. VI, página 7, núm. 7 bis II.

contiene una cláusula prohibida, la cláusula es nula con todas las disposiciones, si de ella dependen; pero las disposiciones independientes de esta cláusula quedan válidas. Puede suceder que la violación de una disposición prohibitiva nulifique todo el contrato. Si las partes se hubiesen referido á una costumbre antigua para el régimen bajo el cual pretenden casarse, todo el contrato será nulo. Pero si solo se hubiesen referido á una costumbre acerca de un punto particular, tal como el tanto de la mujer, esta disposición sola sería nula y no arrastraría la nulidad del contrato, (1) Debe, sin embargo, hacerse una excepción para el caso en que la disposición prohibitiva debiera ser considerada como la condición sin la que los esposos no hubieran contraído.

144. Cuando el contrato de matrimonio es nulo ó inexistente, los esposos están casados sin contrato y, por consiguiente, están como habiendo optado por el régimen de la comunidad legal (núm. 36). No hay diferencia á este respecto, entre el contrato nulo y el contrato inexistente, pues el contrato anulado está considerado como no habiendo existido nunca, solo que la nulidad puede cubrirse con una confirmación, mientras que el contrato inexistente nunca puede ser confirmado. La confirmación da lugar á numerosas dificultades; las hemos examinado en los diversos casos en que se presentan.

¿Cuál será el efecto de las liberalidades que contiene el contrato de matrimonio cuando es nulo ó inexistente? Transladamos á lo que hemos dicho más atrás (núms. 55 y 56). No hay para qué distinguir entre el contrato nulo y el que no tiene existencia legal; bajo este concepto, los principios que los rigen son idénticos.

145. Por otros conceptos, la diferencia es grande entre el contrato de matrimonio nulo y aquel que no tiene existen-

1 Duranton, t. XIV, pág. 26, núm. 33. Aubry y Rau, t. V, pág. 274 y nota 24, pfo. 504.

cia legal. El acta nula da lugar á una acción de nulidad que puede ser promovida en los diez años según el derecho común. Esta prescripción especial es, en realidad, una confirmación tácita; debe, pues, decidirse que no ha lugar á la prescripción durante el matrimonio, puesto que en ese tiempo las convenciones no pueden ser confirmadas; la prescripción solo comienza después de la disolución del matrimonio. (1) Hemos examinado las dificultades que se presentan en esta materia (núm. 83). Los contratos inexistentes no dan lugar á una acción de nulidad ni, por consiguiente, á una prescripción cualquiera (t. XV, núm. 46).

*SECCION III.—De los regímenes matrimoniales.*

146. Hay dos regímenes enteramente distintos: el régimen de la comunidad y el régimen dotal. El primero establece una sociedad de bienes entre los esposos, sociedad de que es jefe el marido. El segundo establece la separación de bienes, la mujer queda propietaria de sus bienes dotales, el marido tiene solo la administración y el gozo; hay bienes de que la mujer se reserva la administración y el gozo, son los parafernales. Esta es una diferencia muy importante entre el régimen de la comunidad y el régimen dotal; la mujer común tiene propios que no entran en la comunidad, pero es el marido quien los administra y goza. Bajo el régimen dotal solo el marido aprovecha de los frutos, de las economías, de los gananciales; en la disolución del régimen, la mujer no vuelve á tomar su dote, pero este reembolso le está asegurado por el principio de la inenajenabilidad de los bienes dotales. Bajo el régimen de la comunidad, los frutos que percibe el marido, las economías y las adquisiciones que hacen los esposos, entran en el activo de la asociación conyugal; la mujer saca sus propios, pero como tiene la facultad de enajenarlos, nada le garantiza sus reembolsos.

1 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1869 (Daloz, 1869, 1, 246).

Estos dos regímenes dividían á la antigua Francia: la comunidad formaba el derecho común en los países de derecho escrito. Duveyrier, el relator del Tribunado, observa que el derecho diferente que regía á los esposos era el sello característico que distinguía al Norte y al Mediodía de la Francia antigua. La vida común y las leyes comunes habían borrado, bajo muchos aspectos, la distinción de los países de derecho escrito y de los países de costumbres; pero dos caracteres permanentes en la naturaleza de los bienes y en las convenciones del matrimonio, habían continuado á distinguir el derecho de los habitantes del Norte y el derecho de los del Mediodía. Ambos pueblos, dice Duveyrier, habían conservado igual apego, casi diría igual superstición, el uno sus propios y su comunidad, y el otro su dote y sus bienes parafernales. (1)

147. El régimen dotal procede de Roma; la civilización romana había creado profundas raíces en el Mediodía de las Galias; Romanos por la lengua y las costumbres, los galos del Mediodía conservaron también el derecho de Roma. No pasó así con los del Norte, la civilización romana solo existía en la superficie; la invasión germánica destruyó este culto algo facticio. La Galia del Norte se hizo bárbara, la Galia del Mediodía permaneció romana. De ahí la distinción de los países de costumbres y de derecho escrito. Esto explica cómo se perpetuó el régimen dotal en las provincias del Mediodía, mientras se perdió en las provincias del Norte, pero esto no explica aún los orígenes de la comunidad.

Esta cuestión es muy obscura y es bastante odiosa bajo el punto de vista del derecho práctico. Importa mucho saber si una institución es romana ó de costumbres; si procede de Roma, el derecho escrito es el que servirá para la interpretación; si procede de las costumbres, es la tradición la que

1 Duveyrier, *Informe*, núm. 1 (Loché, t. VI, pág. 406)