appartiennent aux débiteurs. Et peut-on dire que les biens de l'absent appartiennent aux envoyés en possession? Restent les créanciers chirographaires. Peuvent-ils saisir les biens de l'absent? La question, encore une fois, est une hérésie. Celui qui oblige sa personne oblige ses biens, mais il n'oblige certes pas les biens qu'il possède comme administrateur. Or, les envoyés possèdent comme administrateurs. Il faudrait une présomption de mort pour qu'ils pussent être considérés comme propriétaires des biens de l'absent. Et la loi n'établit pas de présomption pareille. Il faudrait au moins que la loi déclarât qu'ils sont propriétaires à l'égard des tiers; c'est ce qu'elle dit dans la troisième période. Par cela même, on ne peut admettre ce principe dans la deuxième. Les envoyés en possession provisoire restent donc administrateurs; leur possession n'est qu'un dépôt. Cela décide la question. Ajoutons que les biens de l'absent sont le gage de ses créanciers. Ce qui exclut encore les créanciers des envoyés en possession. Enfin, la loi leur défend d'aliéner les immeubles de l'absent; or, ils les aliéneraient indirectement, s'ils pouvaient les engager par les dettes qu'ils contractent. Dans notre opinion, il faut dire la même chose des meubles. Alors même qu'on reconnaîtrait aux envoyés le droit de vendre les effets mobiliers de l'absent, ce ne serait que comme administrateurs et non comme propriétaires. On conçoit, à la rigueur, que l'administrateur aliène dans l'intérêt de celui dont il gère le patrimoine; on ne conçoit pas qu'il en dispose dans son intérêt propre.

§ V. *Fin de l'envoi provisoire.*

199. L'envoi en possession provisoire cesse par la mort de l'absent. Dans toutes les périodes de l'absence, la succession de l'absent s'ouvre du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque. Si ce sont d'autres parents que ceux qui ont été envoyés en possession, les biens de l'absent leur doivent être restitués, sous la déduction des fruits acquis aux envoyés (art. 130 et 127).

Le retour de l'absent met aussi fin aux mesures que la loi prescrit à raison de l'absence. Aux termes de l'article 131, les effets du jugement qui a déclaré l'absence cessent, sauf au tribunal à pourvoir à l'administration des biens, si l'absent a donné de ses nouvelles sans reparaître et sans constituer de mandataire.

S'il y a des parents plus proches que ceux qui ont obtenu l'envoi en possession, ils peuvent demander d'être envoyés en possession, de préférence à ceux qui l'auraient obtenu à leur préjudice.

Enfin, l'envoi provisoire cesse quand il y a lieu à prononcer l'envoi en possession définitif (art. 129).

Nous examinerons plus loin les questions auxquelles l'application de ces principes donne lieu; elles concernent toutes les périodes de l'absence.

Avant de passer à l'envoi définitif et à la fin de l'absence, il nous faut traiter des droits que la loi accorde au conjoint présent, quand il est commun en biens.

SECTION III. — Droits de l'époux présent.

§ Ier. *Principes généraux.*

200. L'article 140 porte : « Si l'époux absent n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens. » Cette disposition est inutile, car elle ne fait qu'appliquer à l'époux, successeur irrégulier, le principe que l'article 120 pose sur les droits des héritiers présomptifs, au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles. Il faut ajouter que l'article 140 est incomplet; il ne parle pas des enfants naturels de l'absent, qui sont appelés à lui succéder de préférence au conjoint, ni de l'Etat, qui succède à défaut de conjoint. Il va sans dire que les enfants naturels et l'Etat peuvent demander l'envoi en possession provisoire aussi bien que l'époux présent, leur titre étant le même. Enfin, les successeurs irréguliers ont droit non-seulement à l'envoi provisoire, comme le dit l'article 140, du conjoint; ils ont droit aussi à l'envoi défi-

nitif en vertu de l'article 129, qui appelle tous les ayants droit à se partager les biens de l'absent.

201. La loi donne encore un autre droit au conjoint présent, quand il est commun en biens; il peut opter pour la continuation de la communauté, ou en demander la dissolution provisoire. S'il continue la communauté, il empêche par là l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent (art. 124). Pourquoi le législateur donne-t-il ce droit à l'époux commun en biens? La communauté est une société universelle entre époux; c'est la conséquence de la communauté de vie, d'affection et d'intérêts que crée le mariage. Or, le mariage subsistant malgré l'absence déclarée, il est naturel de maintenir aussi la société de biens qui en est la suite. Il est vrai qu'il vient un moment où la communauté est dissoute, bien que le mariage continue à subsister, c'est l'époque de l'envoi en possession définitif. La loi, dans l'intérêt général et dans l'intérêt des héritiers présomptifs, a dû prendre des mesures définitives sur le partage des biens de l'absent, mesures qui ne sont toutefois que provisoires à l'égard de l'absent. Quant au mariage, il n'est rompu que par la mort ou le divorce, il ne peut pas être dissous provisoirement. Voilà pourquoi, pendant la troisième période de l'absence, la vie commune cesse quant aux intérêts pécuniaires, mais le lien moral est maintenu. Dans la seconde période, la loi permet à l'époux présent de continuer la communauté, et en la continuant, d'empêcher l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs. Il est donc préféré aux héritiers. Quelle en est la raison? On peut d'abord invoquer le mariage qui subsiste; on peut invoquer le contrat qui lie le conjoint présent ainsi que l'absent. La communauté lui donne des droits certains, puisqu'ils dérivent d'un contrat; tandis que les droits des héritiers sont incertains, ou, comme le dit Bigot-Préameneu, précaires et provisoires. Le législateur a pensé que les héritiers ne pouvaient, contre la volonté de l'une des parties, rompre un contrat synallagmatique. Il ne s'agit encore, qu'on le remarque bien, que d'administrer les biens de l'absent. Or, qui est le meilleur administrateur, les héritiers qui d'un jour à l'autre peuvent être écartés par le retour de l'absent, ou l'époux qui, si l'absent reparaît, n'aura fait que continuer l'existence commune à laquelle la communauté lui donne droit? Par quel renversement d'idées, dit l'orateur du gouvernement, nommerait-on administrateurs d'une société ceux qui y sont étrangers, lorsque l'associé pour moitié se trouve sur les lieux (1)?

202. Le code donne au conjoint présent le droit de maintenir ses conventions matrimoniales contre les héritiers présomptifs de l'absent; mais il ne lui donne ce droit que s'il est commun en biens. La communauté est légale ou conventionnelle. Il est certain que l'époux a l'option que lui accorde l'article 124, sous le régime de la communauté conventionnelle aussi bien que sous le régime de la communauté légale. La raison est la même, puisqu'il y a toujours une société de biens entre les conjoints, et c'est sur cette société qu'est fondé le droit de l'époux présent. Il y a encore trois autres régimes, le régime exclusif de communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal. Ces régimes ont cela de commun qu'ils n'établissent aucune société entre époux; ils sont, au contraire, séparés de biens. Le conjoint, marié sous un de ces trois régimes, peut-il demander le maintien de son contrat contre les héritiers présomptifs de l'absent? Non, l'article 124 est formel, il ne concerne que l'époux commun en biens. Quelle est la raison de la différence que la loi établit entre les divers régimes?

Les auteurs sont unanimes à critiquer la disposition de l'article 124 (2). Tous les régimes ne reposent-ils pas sur un contrat? Le contrat ne donne-t-il pas un droit certain à l'époux de l'absent? ce droit contractuel ne doit-il pas l'emporter sur le droit éventuel, précaire des héritiers présomptifs? On comprendrait que la loi, en se fondant sur la probabilité de mort de l'absent, rompe toujours son contrat de mariage; mais on ne comprend pas qu'elle le maintienne sous un régime et qu'elle le dissolve sous les autres.

(1) Exposé des motifs, dans Locré, t. II, p. 256 et suiv., nos 23 et 24. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 235 et suiv.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 363 et s., nos 272-273.

Proudhon a essayé de justifier la distinction : « La loi, dit-il, n'accorde qu'à l'époux associé le droit de maintenir ses conventions matrimoniales, parce qu'elle a voulu que sa faveur fût commune aux deux époux, et qu'il n'y a que la communauté sous laquelle cela puisse être ainsi (1). » Cela est vrai, mais cela n'est pas décisif. Il se peut aussi que ,sous le régime de communauté conventionnelle, l'époux présent ait intérêt à rompre la société de biens qu'il a contractée avec l'absent; il en a le droit, d'après l'article 124. Pourquoi donc la loi ne donne-t-elle pas au conjoint le droit de maintenir ou de rompre les autres régimes, selon son intérêt? Est-ce que le mari présent, marié sous le régime exclusif de communauté, n'a pas intérêt à maintenir son contrat de mariage, qui lui assure la jouissance des biens de sa femme? Il a le même intérêt sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal. Dans l'esprit de la loi, cet intérêt est un droit, droit conventionnel, certain, aussi bien que le droit de l'époux commun en biens. Pourquoi la loi assure-t-elle le droit de l'un, pourquoi n'assure-t-elle pas le droit de l'autre? On chercherait vainement une raison pour justifier cette inconséquence; il faut l'accepter, parce que c'est la loi.

203. L'époux commun en biens peut-il exercer le droit que lui donne l'article 124, avant que les héritiers présomptifs aient demandé l'envoi en possession provisoire? Oui, Merlin le prouve; mais par une singulière méprise, il commence par faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas. L'article 124 dit que l'époux, en optant pour la continuation de la communauté, peut *empêcher l'envoi provisoire*, ce qui implique que l'envoi provisoire n'aura pas lieu; tandis que Merlin lui fait dire que l'option de l'époux empêche *l'effet de l'envoi provisoire*, ce qui suppose que l'envoi a eu lieu, mais que le conjoint en arrête les effets. Le texte du code décide donc notre question, et l'esprit de la loi est tout aussi évident. Si le législateur donne la préférence à l'époux, c'est que son droit est certain et que le droit des héritiers est précaire; concevrait-on qu'un droit certain

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 314.

fût subordonné à un droit précaire? Merlin invoque l'article 129, qui est décisif. Cette disposition fixe le point de départ du délai de trente ans, après lequel tous les ayants droit de l'absent peuvent demander l'envoi en possession définitive de ses biens. Quel est ce point de départ? C'est *l'envoi provisoire*, ou *l'époque à laquelle l'époux aura pris l'administration des biens de l'absent*. Il résulte clairement de cette alternative que l'époux commun peut prendre l'administration des biens de l'absent avant que les héritiers présomptifs aient obtenu l'envoi provisoire; car s'il ne pouvait la prendre qu'après, l'époque où il l'aurait prise serait indifférente dans le calcul du délai de trente ans; ce délai courrait toujours et nécessairement du jour de l'envoi provisoire (1). L'argument est ingénieux; c'est pour cela que nous le reproduisons, bien qu'à la rigueur on puisse s'en passer.

§ II. *Continuation de la communauté.*

204. Aux termes de l'article 124, si l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, il *prend* ou il *conserve* par préférence l'administration des biens de l'absent. Il *prend;* cela suppose que la femme est présente; elle *prend*, en effet, une administration qu'elle n'avait pas. Il *conserve;* cela suppose que le mari est présent; il avait déjà l'administration de la communauté et des biens de sa femme, il ne fait donc que la continuer; en ce sens, il la *conserve*. L'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté, est tout ensemble administrateur des biens communs et des biens de son conjoint absent. Il est cependant à remarquer que la loi ne parle pas textuellement de l'administration de la communauté, elle ne parle que de l'administration des *biens de l'absent*. Elle semble donc comprendre les biens communs parmi les biens de l'absent; en effet, il est copropriétaire, puisqu'il est associé. Nous verrons à l'instant une conséquence de ce principe.

205. L'option de l'époux pour la continuation de la

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absent*, article 124, n° 2 (t. Ier, p. 65).