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).

communauté a un effet considérable; elle empêche non seulement l'envoi en possession des héritiers présomptifs, elle empêche encore l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. On conçoit que la loi préfère le conjoint aux parents légitimes et même aux légataires et aux héritiers contractuels; car son droit est certain. Puis l'intérêt de l'absent justifie cette préférence. L'administration des biens sera dans une seule main, main dévouée et intéressée à la conservation des droits de l'absent. Enfin, il fallait de toute nécessité pourvoir à l'administration des biens communs et des biens personnels de l'absent; il fallait donc la confier soit au conjoint, soit aux héritiers. Il n'en est pas de même des biens sur lesquels des tiers ont un droit subordonné à la condition du décès de l'absent (1). Supposons que l'absent soit usufruitier; le nu propriétaire a droit aux biens grevés d'usufruit, si l'absent est mort. Il y a incertitude sur la vie de l'absent, la probabilité de sa mort va tous les jours croissant. Pourquoi ne pas permettre au nu propriétaire d'exercer provisoirement son droit? pourquoi donner la préférence au conjoint? Le nu propriétaire a un droit certain aussi bien que le conjoint; pour mieux dire, son droit est plus fort; car le conjoint administre des biens qui ne sont pas les siens et qui ne lui appartiendront jamais, puisqu'il y a des héritiers présomptifs, tandis que le nu propriétaire est dès maintenant propriétaire. La loi veut confier l'administration des biens de l'absent à celui qui les administrera le mieux. Peut-il y avoir un meilleur administrateur que le propriétaire? C'est le cas de dire : la loi est mauvaise, mais c'est une loi.

206. L'article 124 donne à chacun des époux le droit de demander la continuation provisoire de la communauté. Il y a cependant une grande différence entre les deux conjoints, quant au pouvoir qu'ils ont comme administrateurs; la loi elle-même l'indique en disant que la femme *prend* l'administration et que le mari la *conserve*. Si le mari la *conserve*, n'en faut-il pas conclure

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 367, n° 451.

qu'il exerce comme *administrateur légal*, c'est le terme de la loi, le même pouvoir qu'il avait comme administrateur conventionnel? C'est l'opinion générale. Proudhon seul est d'un avis contraire. « Dans les cas ordinaires, dit-il, le mari, administrant la communauté en maître, peut aliéner, hypothéquer les fonds qui en dépendent, mais ici celui qui a opté pour la continuation de la communauté ne peut être revêtu d'un pouvoir aussi étendu (1). » Sans doute, la position du mari n'est plus absolument la même. Quand la femme est présente, quand il n'y a aucun doute sur sa vie, le mari agit comme maître et seigneur, et tout ce qu'il fait à titre onéreux est valable. Mais si la femme est absente, on ne sait si la communauté, quoique continuée, subsiste encore; il est possible qu'elle soit dissoute, déjà au moment où le mari opte pour la continuation de la communauté, par la mort de la femme. Dans cette hypothèse, qui sera très-souvent une réalité, il n'y a plus de communauté au moment où le mari aliène un bien commun. Peut-on lui permettre d'aliéner ce qui peut-être ne lui appartient pas? La question s'adresse au législateur plutôt qu'à l'interprète. Il est certain que le législateur aurait pu prendre en considération l'incertitude qui règne sur la vie du conjoint absent, et limiter les droits du mari présent. Mais l'interprète n'a pas à voir ce que la loi aurait pu ou dû faire, il doit se borner à voir ce qu'elle a fait. Y a-t-il une disposition qui défende au mari d'aliéner les biens de la communauté continuée? Proudhon cite l'article 128 qui porte : « Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner ni hypothéquer les biens de l'absent. » Peut-on appliquer cette disposition au mari qui opte pour la continuation de la communauté? A vrai dire, il ne jouit pas en vertu de l'envoi provisoire, il administre une communauté qui est la sienne; et quand il aliène, il ne vend pas un *immeuble de l'absent*, il vend un immeuble dont il est le maître.

Il reste cependant une difficulté, et elle prouve que

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 318. Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 387.

Proudhon a raison en théorie. Le mari aliène un immeuble commun en 1869; on apprend ensuite que la communauté a été dissoute en 1865 par la mort de la femme. La vente est-elle valable, ou les héritiers de la femme peuvent-ils l'attaquer? Les auteurs qui enseignent que le mari peut aliéner les conquêts, admettent aussi que la vente, étant valable dans son principe, doit être maintenue (1) : c'est l'application du principe élémentaire que la loi doit valider les actes faits conformément à ses dispositions. La plupart des auteurs invoquent un autre principe, celui du mandat. Ils disent que le mari est mandataire légal de la femme; en vertu de ce mandat, il peut aliéner; il le peut alors même que par la mort de la femme son mandat aurait cessé; car, d'après l'article 2009, les engagements du mandataire sont, en ce cas exécutés à l'égard des tiers de bonne foi (2). Nous ne croyons pas que le mari agisse comme mandataire; il serait alors simple administrateur, et comme tel, il n'aurait pas le droit d'aliéner (art. 1988). Le mari n'a le droit d'aliéner que si on le considère comme maître de la communauté, et l'idée de maître et seigneur ne peut pas s'allier à celle de mandataire.

Si les héritiers de la femme doivent respecter les aliénations faites par le mari, est-ce à dire qu'ils n'aient aucun droit à raison de ces ventes? La question peut à peine être posée. En quelle qualité le mari a-t-il vendu? Comme chef de la communauté. Peu importe que la communauté soit dissoute; il faut néamoins supposer qu'elle existe, sinon l'aliénation serait nulle. Eh bien, la fiction doit être admise avec toutes ses conséquences. Si le mari est censé avoir aliéné un bien commun, le prix de cet immeuble doit tomber dans la communauté, donc les héritiers en profiteront. Rien de plus juste, car au moment où la vente a eu lieu, la communauté était dissoute; l'immeuble vendu par le mari faisait donc partie des biens communs, qui doivent être partagés entre les héritiers de la femme et le mari; dès lors, ils doivent profiter du prix pour moitié.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 281, n° 5.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 383 et suiv., n° 285.

207. Le mari doit-il faire inventaire des biens de la communauté? Aux termes de l'article 126, « ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire *du mobilier et des titres de l'absent.* » Au premier abord, on pourrait croire que notre question est décidée par le texte de la loi. L'inventaire, d'après l'article 126, doit porter sur les biens mobiliers *de l'absent;* or, la communauté n'appartient pas à la femme absente, c'est le mari présent qui en est le maître et seigneur. Et par cela même qu'il en peut disposer à volonté, ne doit-on pas dire que l'inventaire est inutile (1)? Non, il n'est pas inutile. D'abord, le mari peut être tenu à des restitutions envers les héritiers de la femme, si elle est décédée, et s'il a continué à disposer des effets de la communauté, après son décès, alors que la communauté était en réalité dissoute. Puis, on oublie que la communauté peut être conventionnelle; si la femme a stipulé des reprises, il y aura encore lieu à des restitutions, au cas où elle reparaîtrait, sinon par le mari, au moins par ses héritiers. Donc l'inventaire sera toujours utile. Mais il ne suffit pas qu'il soit utile pour que le mari doive le faire; la question est de savoir si la loi l'y oblige. Nous ne dirons donc pas avec Duranton que le mari doit faire inventaire parce qu'il n'y a aucun inconvénient à le faire, et qu'il y en aurait de très-graves à ne le faire pas (2). L'interprète ne peut pas créer d'obligation, la loi seule a ce pouvoir. Il faut donc voir ce que dit le texte.

L'article 126 parle du mobilier et des titres *de l'absent.* Cette disposition est-elle restrictive? Nous l'avons déjà rencontrée dans l'article 124, où elle comprend néanmoins les effets de la communauté. Or, l'inventaire ne doit-il pas porter sur tous les biens dont l'administration est conférée au mari? Après tout, les biens de la communauté sont aussi les biens de la femme absente, car elle est associée, donc copropriétaire. Enfin l'article 126 met le mari administra-

(1) C'est l'opinion de Dalloz et des auteurs qu'il cite (*Répertoire*, au mot *Absence*, n° 391).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 373 et suiv., n° 460.

teur sur la même ligne que l'héritier envoyé en possession provisoire, quant à l'obligation de faire inventaire. Or, ceux qui obtiennent l'envoi provisoire doivent inventorier tous les biens qu'ils sont appelés à administrer; donc il en doit être de même du mari administrateur légal (1).

208. Le mari qui continue la communauté administre aussi les biens personnels de la femme. C'est le droit commun, sous le régime de la communauté légale. Mais il se peut que la femme se soit réservé l'administration de quelques-uns de ses biens; dans ce cas, le mari les administrera pour le compte de la femme. Comme administrateur des biens personnels de la femme, le mari n'a que des pouvoirs d'administration. Dans notre opinion, il ne peut pas aliéner le mobilier. Ceux qui admettent que l'aliénation des meubles est un acte d'administration reconnaissent naturellement au mari administrateur légal le même pouvoir (2). Il a aussi les obligations des envoyés en possession provisoire. Ici, il n'y a aucun doute, puisque la loi l'oblige à faire inventaire des biens de l'absent, au même titre que les envoyés en possession.

209. La femme présente a aussi l'administration légale de la communauté et des biens propres de son mari absent, quand elle opte pour la continuation de la communauté. Mais a-t-elle le même pouvoir que le mari? On décide généralement qu'elle doit être assimilée à un envoyé en possession, que partant elle n'est que dépositaire et administratrice. Il y a cependant un motif de douter. La femme *prend* l'administration, dit l'article 124. N'est-ce pas dire qu'elle la prend telle que le mari l'avait? ne doit-elle pas être considérée comme mandataire du mari, et comme telle, n'a-t-elle pas les mêmes pouvoirs que lui, c'est-à-dire le droit de disposer librement des biens de la communauté (3)? Nous ne croyons pas que telle soit la position de la femme. Le mariage subsiste, et par suite l'incapacité juridique dont la femme est frappée. Si elle a des biens personnels, elle ne peut les aliéner, les hypothéquer

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 376, n° 182.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n°s 389-390.
(3) C'est l'opinion de Mourlon, *Répétitions*, t. 1er, p. 240, note 2.

qu'avec l'autorisation de justice. Comment aurait-elle des pouvoirs plus étendus, alors qu'elle administre la communauté et les biens personnels du mari? Pour admettre une pareille anomalie, il faudrait un texte précis. Or, le seul texte que l'on invoque, c'est l'article 124, qui ne parle que de l'administration. Il faut donc décider que la femme n'a qu'un pouvoir d'administrateur; elle ne peut ni aliéner ni hypothéquer. A l'appui de cette opinion, l'on peut citer l'article 1427 qui ne permet à la femme d'engager les biens de la communauté, en cas d'absence du mari, qu'avec autorisation de justice, alors même qu'il s'agit de l'obligation la plus favorable, de l'établissement de ses enfants. Il est vrai que l'article 1427 ne prévoit pas textuellement le cas où la femme continue la communauté, mais il prouve du moins que l'absence ne modifie en rien l'incapacité de la femme mariée, en ce qui concerne les actes d'aliénation. Telle est aussi la disposition de l'article 222 qui remplace l'autorisation du mari par l'autorisation de justice, quand le mari est absent. Enfin Bigot-Préameneu interprète la loi en ce sens dans son Exposé des motifs : il dit formellement que les droits que l'administration légale donne à la femme ne sont pas aussi étendus que ceux du mari, qu'elle ne peut ni aliéner ni hypothéquer les biens communs (1).

La femme n'a donc qu'un pouvoir d'administration. A-t-elle besoin de l'autorisation de justice pour administrer? On pourrait le croire, d'après la disposition générale de l'article 222 que nous venons de citer. Mais la question est de savoir si l'article 124 n'apporte pas une exception à la règle générale? Proudhon dit que le jugement qui confère à la femme l'administration de la communauté et celle des biens du mari l'autorise par cela même à faire tout ce qui est nécessaire pour administrer; que son incapacité ne subsiste que pour les actes de disposition et pour le droit d'ester en justice (2). C'est l'opinion générale. Elle se fonde sur un argument d'analogie qui nous paraît décisif. Quand la femme est séparée de biens, elle a la

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 257, n° 25. C'est l'opinion commune (Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 382, n° 285).
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1er, p. 305.

libre administration de son patrimoine; pourquoi? Parce que son administration serait entravée à chaque instant, si, pour tout acte qu'elle voudrait faire, elle devait s'adresser aux tribunaux. Si le jugement qui lui confère l'administration de ses biens, en cas de séparation, l'affranchit de la puissance maritale pour les actes d'administration, il y a identité de raison pour lui accorder la même capacité quand elle administre en vertu d'un pouvoir que la loi elle-même lui confère.

La femme doit-elle faire inventaire des biens dont elle prend l'administration, biens de la communauté, biens du mari? Pour la femme, l'affirmative n'est guère douteuse, car elle n'est réellement que dépositaire et administratrice, comme le sont les envoyés en possession provisoire. Il est donc logique de la soumettre aux mêmes obligations. Reste la difficulté de texte que nous avons écartée pour le mari, et que nous devons, à plus forte raison, écarter pour la femme; en effet, dans la rigueur du droit, les biens de la communauté sont les biens du mari absent. On peut donc dire que le texte décide la question, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Au conseil d'Etat, l'obligation de la femme de faire inventaire a été reconnue comme une chose incontestable (1).

L'article 124 ajoute que la femme, en optant pour la continuation de la communauté, conserve le droit d'y renoncer ensuite. Bigot-Préameneu dit que la femme commune tient de la loi le droit de renoncer à la communauté; si elle veut bien se charger de l'administration des biens communs, cette charge ne doit pas la priver d'un droit acquis (2). Opter pour la continuation de la communauté, ce n'est pas accepter la communauté; il ne peut pas s'agir de l'accepter ni d'y renoncer, puisqu'elle continue. Si cela est de droit commun, pourquoi la loi le dit-elle? C'est qu'il y avait un motif de douter. La femme commune a le droit de renoncer parce qu'elle reste étrangère à la communauté; si elle est mauvaise et si la femme est obligée de

(1) Séance du 4 frimaire an x (Locré, t. II, p. 236, n° 20).
(2) Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 257, n° 25).

renoncer, c'est la faute du mari qui a mal géré, et la femme ne doit pas être responsable des suites d'une administration d'où elle est exclue. Ce motif n'existe plus quand la femme opte pour la continuation de la communauté; c'est elle alors qui administre, et ne doit-elle pas subir les conséquences de sa gestion (1)? La loi s'est prononcée en faveur de la femme par une considération d'équité. Il ne faut pas que le service qu'elle rend au mari, en se chargeant de l'administration, tourne à son préjudice. D'ailleurs, comme le dit l'orateur du gouvernement, il est possible que des affaires entreprises avant le départ du mari réussissent mal. Il serait injuste de rendre la femme responsable d'une gestion qu'elle ne fait que continuer.

210. Tels sont les droits et les obligations de l'époux administrateur légal. On demande s'il doit caution pour la sûreté de son administration. Nous sommes étonnés de voir la question controversée. Les uns disent que l'époux, qui opte pour la continuation de la communauté, doit donner caution par la même raison pour laquelle la loi l'oblige à faire inventaire; que d'ailleurs l'article 129 le suppose; il y a un arrêt de la cour de Paris en faveur de cette opinion. D'autres soutiennent que le conjoint administrateur légal ne doit pas caution, parce que la loi ne l'exige pas. Enfin il y en a qui distinguent entre le mari et la femme; ils soumettent la femme à l'obligation de fournir caution, puisqu'elle doit compte de sa gestion; ils imposent la même obligation au mari pour les biens communs (2). Il nous semble que la question est on ne peut plus simple. Suffit-il d'être administrateur pour être tenu de donner caution? Non, certes, puisque le tuteur ne doit pas caution, ni le mari administrateur des biens de sa femme. Il faudrait donc une disposition formelle pour que le mari et la femme, administrateurs légaux, fussent obligés de fournir caution. Où est le texte qui les y soumet? En traitant des effets de l'absence, le législateur définit

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 315, note 1.
(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 379 et suiv., n° 283.

avec soin les obligations de ceux qui sont appelés à administrer les biens de l'absent. Il veut que les héritiers présomptifs qui demandent l'envoi en possession donnent caution (art. 120); il veut que tous ceux qui exercent des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent donnent caution (art. 123). L'article 124, qui parle des époux, les oblige à fournir caution s'ils demandent la dissolution provisoire de la communauté; il ne les y oblige pas quand ils optent pour la continuation de la communauté. Cela décide la question. Vainement dit-on que l'article 129 suppose que des cautions sont fournies, en cas d'administration légale aussi bien que dans le cas d'envoi provisoire, puisqu'il déclare les cautions déchargées dans l'une et l'autre hypothèse. Ce n'est pas par voie de supposition que l'on peut créer des obligations, car cela aboutirait à faire la loi au lieu de l'interpréter. L'article 129 décharge les cautions quand il y en a; et qui nous dit quand il doit être donné caution? Ce n'est pas l'article 129, c'est l'article 124; le silence que garde cet article suffit pour décider la question en faveur de l'époux, administrateur légal.

211. Quand finit la communauté continuée par l'époux présent? Elle finit par les mêmes causes qui mettent fin à l'envoi provisoire. D'abord si l'absent revient ou donne de ses nouvelles. L'option est une suite de l'absence; quand il n'y a pas d'absence, il ne peut plus s'agir d'option ni d'administration légale; tout rentre dans le droit commun. Il en est de même si le conjoint absent vient à décéder; les mesures provisoires que l'absence entraîne font place, en ce cas, à l'exercice définitif des droits qui appartiennent aux héritiers. La communauté aura été dissoute, dans cette hypothèse, à partir du jour du décès prouvé, et le partage se fera en conséquence. S'il y a envoi en possession définitif, la communauté sera également dissoute; mais alors elle le sera à partir de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, puisque c'est à ce moment que l'on remonte pour déférer les biens de l'absent à ses héritiers.

La communauté se dissout encore par la mort de l'époux présent, c'est le droit commun. Mais aura-t-on égard à la

date de la mort pour régler les droits des parties intéressées? Non, il y a lieu à l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs de l'absent; or, pour cela on remonte au jour de la disparition ou des dernières nouvelles; la communauté sera donc censée dissoute à partir de ce jour, et partagée d'après la consistance qu'elle avait à cette époque.

Enfin, la communauté continuée peut encore cesser par la volonté de l'époux présent. Opter pour la continuation de la communauté est une faculté qu'il peut exercer ou ne pas exercer. L'option qu'il fait n'étant que facultative, ne lui impose aucune obligation de la continuer; il use d'une faveur, il y peut renoncer. Il est vrai que la loi prend en considération l'intérêt de l'absent, en confiant au conjoint présent l'administration de la communauté; mais elle n'oblige pas l'époux à s'en charger. Dès lors le conjoint n'étant lié ni par la loi, ni par une convention, est libre de renoncer à l'administration légale. Pour la femme, cela ne fait pas le moindre doute, puisqu'elle peut même renoncer à la communauté après avoir opté pour sa continuation. Le mari ne peut jamais renoncer à la communauté, mais n'étant pas plus lié que la femme par son option, rien ne l'empêche de cesser sa gestion. Il y a lieu, en ce cas, à l'envoi en possession provisoire des héritiers de l'absent, et par suite la communauté sera censée dissoute, non du jour où l'époux renonce à l'administration légale, mais à partir de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent (1).

212. Qui gagne les fruits perçus pendant l'administration légale? L'article 127 donne à l'époux les mêmes droits qu'aux envoyés en possession provisoire, donc les quatre cinquièmes des revenus, si l'absence a duré quinze ans depuis la disparition, et les neuf dixièmes, si elle a duré plus de quinze ans. Tous les auteurs s'accordent à critiquer cette disposition. Pourquoi la loi attribue-t-elle les fruits à l'époux administrateur légal? On conçoit qu'elle ait

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. I[er], p. 285 et suiv., n[os] 10 et 11. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 395 et suiv., n° 290.

attaché un avantage à l'administration en donnant au conjoint une certaine quotité de fruits. Mais on ne conçoit pas que cette quotité augmente avec la durée de l'absence. Cela est logique pour l'héritier présomptif, dont les droits acquièrent tous les jours plus de probabilité, à mesure que l'absence se prolonge. Cela est souverainement illogique en ce qui concerne le conjoint, dont les droits deviennent de plus en plus incertains, à mesure que l'incertitude de la vie de l'absent augmente (1). La critique est fondée, mais ne prouve-t-elle pas que la théorie du code civil n'est pas celle que les auteurs lui supposent? Ils sont surtout préoccupés des droits des héritiers, tandis que le législateur songe, avant tout, à sauvegarder les intérêts de l'absent; c'est dans cet esprit qu'il organise l'envoi provisoire; c'est encore dans cet esprit qu'il accorde de préférence l'administration de la communauté au conjoint présent. Pour engager soit les héritiers présomptifs, soit l'époux à se charger de cette administration, il leur donne une partie des fruits, sans distinguer entre eux et, à son point de vue, il n'y avait pas lieu de distinguer, puisque le motif pour lequel il leur accorde cet avantage est le même. La loi est donc logique, si l'on tient compte de son esprit.

213. L'application de la loi n'est pas sans difficulté. On demande d'abord à qui les fruits doivent être restitués, si l'absence dure moins de trente ans? D'après le texte de l'article 127, on serait tenté de répondre que les fruits ne doivent être rendus qu'à l'absent, s'il reparaît. Mais nous avons déjà repoussé cette interprétation en ce qui concerne les héritiers envoyés en possession provisoire; et comme le code met l'époux présent absolument sur la même ligne, il faut décider aussi que le conjoint doit faire la restitution des fruits à tous ceux auxquels il rend les biens. Sur ce premier point, il n'y a aucun doute sérieux. Mais que deviennent les fruits que l'époux gagne? Supposons d'abord que l'absent reparaisse. Le conjoint présent a perçu les fruits des biens communs et des biens propres

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 313, nº 8.

de l'absent; il gagne les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes; d'après le texte de la loi, il ne doit pas les rendre. Mais comment concilier cette disposition avec l'article 1401 qui fait entrer dans l'actif de la communauté tout le mobilier futur, c'est-à-dire tout ce que les époux gagnent par leur travail, tout ce qu'ils reçoivent à un titre quelconque? Dans l'espèce, la communauté subsiste, puisque l'époux absent reparaît. Donc les fruits que l'époux présent a perçus, bien qu'il les gagne d'après l'article 127, doivent être mis dans la communauté; pour mieux dire, elle en profite de plein droit, et sans distinguer les fruits perçus sur les biens communs des fruits perçus sur les biens personnels du conjoint absent. Sous le régime de la communauté légale, l'article 127 reste donc sans application. L'on a essayé de concilier l'article 127 et l'article 1401, en considérant les fruits comme une donation faite par la loi à l'époux présent, avec la clause que les choses données n'entreront pas en communauté (1). Cette explication est inadmissible, par cela seul que la loi ne la consacre pas. Il faut un texte pour que l'on puisse admettre qu'une donation est faite avec telle ou telle clause. A vrai dire, la loi ne fait pas de donation, car la donation est un contrat, et le législateur ne contracte pas, il ne stipule pas, il ne promet pas. Il ne s'agit pas d'une donation dans l'article 127, mais d'un avantage que la loi attache à une charge.

214. Nous avons supposé jusqu'ici que la restitution des biens se faisait à l'absent, c'est-à-dire que les fruits ont été perçus par le conjoint présent, pendant que la communauté subsistait. La restitution peut aussi se faire aux héritiers du conjoint absent. Cela a lieu d'abord quand l'absent vient à mourir. Dans ce cas, il faut distinguer Le conjoint présent a-t-il perçu les fruits après le décès de l'absent, l'article 126 recevra son application sans difficulté, puisque, dans cette hypothèse, la communauté est dissoute; il ne peut donc pas s'agir de verser les fruits dans la communauté. Quant aux fruits perçus avant le décès, ils l'ont été pendant la durée de la communauté, et

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 377, nº 464.

par suite elle en profitera indirectement, puisque tous les gains mobiliers faits par les époux lui appartiennent.

La restitution des biens se fait encore aux héritiers de l'absent, si la communauté continuée cesse par l'envoi définitif, ou par la renonciation de l'époux administrateur légal, ou par sa mort. Dans tous ces cas, on applique l'article 127, et sans distinction; car la communauté sera censée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, époque à laquelle on remonte pour déterminer quels sont les héritiers qui obtiendront l'envoi en possession. Les fruits étant perçus pendant que la communauté était réputée dissoute, il ne peut pas s'agir de verser dans la communauté la part des fruits qui est attribuée à l'époux, administrateur légal.

Dans toute hypothèse, le conjoint administrateur ne gagne que les fruits perçus depuis son administration légale. C'est l'application des principes généraux. Les envoyés provisoires n'ont aucun droit sur les fruits perçus avant le jugement qui les envoie en possession. Or, l'époux administrateur légal prend la place des envoyés en possession; il ne peut donc jouir des fruits qu'à partir du moment où son administration commence (1).

§ III. *Dissolution provisoire de la communauté.*

215. Le conjoint présent peut aussi, aux termes de l'article 124, demander la dissolution provisoire de la communauté; il exercera alors ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels. C'est à raison de ces droits qu'il peut avoir intérêt à demander la dissolution de la communauté plutôt que la continuation. Les droits *légaux* sont ceux qui dérivent de la loi, sous le régime de la communauté légale. Chacun des époux reprend ses propres mobiliers et immobiliers, le prix de ceux qui ont été aliénés et dont il n'a pas été fait remploi, les indemnités ou récompenses que lui doit la communauté ;

(1) Voyez, sur l'interprétation de l'article 127, Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 319, et les notes de Valette. Marcadé, t. Ier, p. 308, n° 6.

chacun des époux a de plus sa part dans la communauté, sauf le droit que la femme a d'y renoncer (art. 1470 et 1474). Les droits conventionnels dérivent du contrat de mariage; ce sont le préciput (art. 1515), le mobilier exclu de la communauté (art. 1500 et 1498), le mobilier dont la femme stipule la reprise en cas de renonciation (art. 1514), les donations qui sont faites par l'un des époux à son conjoint.

La loi permet à l'époux présent d'opter pour la dissolution de la communauté, par application du droit commun. Tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent peuvent les exercer après la déclaration d'absence. L'époux présent doit avoir le même droit. La loi ajoute une condition pour l'exercice de ce droit, elle veut que le conjoint donne caution pour les choses susceptibles de restitution. C'est une obligation que la loi impose à tous les envoyés provisoires (art. 120 et 123). Il y a cependant une différence considérable pour l'étendue du cautionnement entre le conjoint et les autres ayants droit. Ceux-ci doivent donner caution pour tous les biens qu'ils administrent, parce qu'ils sont dans le cas de les restituer tous; tandis que le conjoint ne donne caution que pour les choses susceptibles de restitution : il y en a, en effet, qu'il ne doit pas restituer, et pour lesquels, par suite, il n'y a pas lieu à fournir des garanties. On doit, à cet égard, distinguer entre la femme et le mari.

Pour la femme, la distinction est sans intérêt; car si l'absent reparaît, elle doit tout restituer au mari, même ses biens propres, puisque le mari en a la jouissance. Toutefois, quant à ses propres, il y a à distinguer entre la propriété et l'usufruit. Le mari n'a droit qu'à la jouissance; c'est donc seulement comme usufruitier éventuel qu'il a droit à une garantie, et non comme propriétaire : le cautionnement sera fixé en conséquence. Il se peut même qu'il n'ait pas la jouissance de tous les biens de la femme; celle-ci peut se réserver certains biens pour ses besoins personnels. Cela est de droit, sous le régime dotal, pour les paraphernaux. Il est évident que la femme ne doit pas caution pour des biens sur lesquels le mari n'a aucun droit.