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.

Quant au mari, il ne doit pas caution pour les biens qu'il prend dans le partage de la communauté. En effet, si la femme reparaît, la communauté n'aura jamais été dissoute, le mari en aura toujours été maître et seigneur; il pu en disposer, et s'il l'a fait, il ne doit rien restituer. A plus forte raison, ne doit-il pas caution pour les propres qu'il prélève avant le partage, car il en a également la libre disposition; il n'est donc pas tenu de les rendre. Doit-il caution pour les gains de survie? Non; il est vrai qu'il n'y a droit que si la femme meurt; si elle revient, son droit n'aura pas été ouvert, et les biens resteront à la communauté; mais par cela même, on ne peut pas dire qu'il est obligé de les rendre, car il est maître de ces biens et il en dispose comme il veut. Est-ce à dire que le mari ne doive jamais caution? S'il est donataire par institution contractuelle, il doit certainement rendre ces biens à la femme quand elle reparaît. Il en serait de même s'il était légataire. Mais devrait-il caution pour la toute propriété? Non, car si la femme revient, la communauté n'a jamais été dissoute; il aura donc eu le droit de jouir de ces biens; dès lors il ne doit pas caution pour l'usufruit (1).

216. Le conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté doit-il faire inventaire? On enseigne généralement l'affirmative (2), et en théorie cette opinion est certainement fondée. Pourquoi l'époux doit-il caution? Parce qu'il a des biens à restituer, donc des comptes à rendre; or, la base de tout compte n'est-elle pas l'inventaire? A quoi servirait la caution si, à défaut d'inventaire, il était impossible de déterminer le montant de la responsabilité? Mais l'interprète ne peut imposer une obligation que la loi n'impose pas. Or, l'article 126 assujettit seulement à faire inventaire ceux qui obtiennent l'envoi provisoire, ainsi que l'époux qui opte pour la continuation de la communauté. N'est-ce pas dispenser de cette charge l'époux qui opte pour la dissolution de la communauté? La loi, il faut l'avouer, n'est pas toujours logique dans les mesures

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 380 et suiv., nos 469-470.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 406, no 297.

qu'elle prescrit en cette matière. Ainsi, d'après le texte de l'article 124, le conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté doit caution, tandis qu'il n'en doit pas s'il demande la continuation de la communauté. Où est la raison de différence? De même, l'article 126 oblige de faire inventaire tous ceux qui administrent provisoirement le patrimoine de l'absent, et il ne nomme pas l'époux qui opte pour la dissolution de la communauté. Quelle est la raison de différence? Il n'y en a pas plus dans un cas que dans l'autre. Il faut que l'interprète accepte la loi avec ses imperfections, il ne lui appartient pas de la corriger.

217. Quels sont les pouvoirs de l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté? Est-il propriétaire? est-il administrateur? L'article 124 répond à notre question. Il oblige l'époux à donner caution pour les choses susceptibles de restitution; celui qui doit restituer n'est évidemment pas propriétaire, il n'est qu'administrateur; c'est la raison pour laquelle la loi l'oblige à donner caution. Mais il y a aussi des choses que le conjoint ne doit pas restituer, et pour lesquelles, par suite, il ne doit pas caution; ici il n'est plus administrateur, il est propriétaire. D'après ce que nous venons de dire, la règle générale est que l'époux doit restituer et qu'il doit caution; cela est toujours vrai de la femme, elle n'a donc que des pouvoirs d'administration; dans notre opinion, elle ne peut pas disposer des biens, pas même des effets mobiliers; et l'on en voit la raison . elle est obligée de restituer, et comment restituerait-elle si elle aliénait? Mais comme la femme administre en vertu de la loi, il faut décider, comme nous l'avons fait dans l'hypothèse où elle continue la communauté, qu'elle peut faire les actes de simple administration, sans être autorisée de justice. Quant au mari, il ne doit pas, en principe, restituer les biens; il ne doit pas caution. C'est dire qu'il est propriétaire et qu'il peut faire des actes de disposition. Dans les cas où, par exception, il doit restituer les biens de la femme qu'il prend comme donataire ou légataire, il est simple administrateur, tenu, comme tel, à donner caution, et par conséquent

il ne peut faire que des actes d'administration; les actes d'aliénation qu'il ferait seraient nuls (1).

218. Le conjoint qui opte pour la dissolution de la communauté jouit des fruits, dans la proportion établie par l'article 127. La loi appelle *administration légale* la possession de l'époux qui opte soit pour la continuation de la communauté, soit pour la dissolution provisoire, et elle donne à l'administrateur légal la même jouissance qu'à l'héritier envoyé en possession provisoire. Il y a seulement cette différence, c'est que la continuation de la communauté cesse si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent; il n'y a donc pas lieu à l'envoi définitif au profit de l'époux qui continue la communauté. Tandis que s'il a opté pour la dissolution provisoire, il est assimilé à tous les envoyés provisoires, et par conséquent il peut demander l'envoi définitif.

S'il y a lieu à restitution des biens avant l'envoi définitif, on applique l'article 127, en le combinant, s'il y a lieu, avec les principes sur la communauté. C'est-à-dire qu'il faudra distinguer : si les fruits ont été perçus pendant la durée de la communauté, l'époux les gagne, à la vérité, en vertu de l'article 127, mais il doit les verser dans la communauté en vertu de l'article 1401. Quant aux fruits perçus après que la communauté était dissoute ou réputée dissoute, on applique l'article 127, sans aucune distinction.

SECTION IV. — Des enfants mineurs.

219. Que deviennent les enfants mineurs après la déclaration d'absence? Y a-t-il lieu, dans tous les cas, à l'ouverture de la tutelle? Il y a sur cette question une grande incertitude dans la doctrine. On est d'accord pour dire que le code civil ne s'occupe pas des enfants mineurs après la déclaration d'absence; d'où l'on conclut qu'il faut appliquer le principe général qui domine la déclaration d'absence; la présomption de mort, qui ouvre les droits des héritiers présomptifs, doit ouvrir également la tutelle. Il y a exception, suivant quelques auteurs, dans le cas où le conjoint présent opte pour la continuation de la communauté (1).

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 293-295, n° 18.

Le point de départ qui sert de base à l'opinion commune nous paraît plus que douteux. Est-il vrai que le code Napoléon ne s'occupe pas du sort des enfants après la déclaration d'absence? Le chapitre IV et dernier du titre de l'Absence est intitulé : *De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu*. Ces termes sont généraux et embrassent la seconde période de l'absence aussi bien que la première. N'est-ce pas à dessein que les auteurs du code ont placé à la fin du titre IV le chapitre qui traite de la surveillance des enfants? N'est-ce pas marquer clairement que les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas uniquement à la présomption d'absence? Dans les trois articles du chapitre, le législateur se sert toujours de ces expressions générales : *si le père a disparu, la disparition du père, si l'un des conjoints a disparu*. Pourquoi limiter ces expressions à une hypothèse particulière? Elles s'appliquent à la déclaration d'absence aussi bien qu'à la présomption d'absence. Il faut donc dire que la loi décide la question que nous avons posée : les articles 141, 142 et 143 concernent la seconde période de l'absence de même que la première. Voyons si les dispositions résistent à l'interprétation que nous leur donnons, d'après la place qu'elles occupent et d'après le sens naturel des expressions qui y sont employées.

220. Le père a disparu; la mère est présente; elle aura la surveillance des enfants mineurs, dit l'article 141, et exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. Ce n'est pas la tutelle, c'est l'exercice de la puissance paternelle (2). Cela est incontestable pendant la présomption d'absence. On prétend que la déclaration d'absence remplace la puissance pater-

(1) Dalloz résume la doctrine générale (*Répertoire*, au mot *Absence*, n°s 569-571).

(2) Voyez plus haut, p. 183, n° 145.