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.

nelle par la tutelle. L'article 141 ne le dit pas. Il faudrait donc que cela résultât des principes de la tutelle combinés avec les principes de l'absence. Quand y a-t-il lieu à la tutelle? Quand l'un des père et mère vient à mourir; pendant la vie des père et mère, il n'y a jamais de tutelle. Dans l'espèce, la mère est présente; le père a disparu, il y a incertitude sur sa vie. Cette incertitude suffit-elle pour qu'on doive nommer un tuteur à ses enfants? Il faudrait un texte pour cela, et il n'y en a pas. L'article 141 exclut, au contraire, la tutelle, puisqu'il maintient la puissance paternelle. On invoque la présomption de mort, qui résulte, dit-on, de la déclaration d'absence. Nous répondons qu'il y a si peu présomption de mort, que la loi organise l'administration des biens de l'absent dans son intérêt. Elle le présume si peu mort qu'elle permet au conjoint présent de continuer la société des biens qu'il a contractée avec l'absent : continue-t-on une société avec une personne présumée morte? On prétend qu'après la déclaration d'absence la loi fait provisoirement tout ce que l'on ferait définitivement si la mort de l'absent était certaine; d'où l'on conclut qu'il faut organiser provisoirement la tutelle des enfants comme si l'absent était mort. Nous contestons ce prétendu principe; le droit que la loi donne au conjoint présent de continuer la communauté, et d'empêcher par là l'envoi en possession des héritiers, suffit pour mettre à néant et la présomption de mort et la théorie d'une ouverture provisoire de l'hérédité. Dès lors nous restons sous l'empire des principes qui régissent la tutelle : pas de tutelle tant que le décès de l'un des père et mère n'est pas prouvé.

On dit que si les héritiers présomptifs sont envoyés en possession, il y a nécessité d'ouvrir la tutelle, dans l'intérêt des enfants mineurs. Pourquoi la loi organise-t-elle la tutelle, bien que l'un des père et mère survive et ait l'exercice de la puissance paternelle? C'est parce que les enfants sont héritiers de leur père ou mère prédécédé; de là des conflits d'intérêts entre eux et le survivant des époux, et de là nécessité d'une nouvelle garantie pour les mineurs, garantie qu'ils trouvent dans la tutelle. Or, quand

l'un des conjoints a disparu et que son absence est déclarée, les enfants sont appelés provisoirement à sa succession; il y a donc conflit d'intérêts entre eux et le conjoint présent, et par conséquent nécessité d'organiser la tutelle. Il y a du vrai dans cette objection, mais elle s'adresse au législateur; l'interprète n'a pas à voir si la loi aurait dû organiser la tutelle, mais s'il l'a organisée. D'ailleurs on exagère l'opposition d'intérêts qui peut se trouver entre les enfants et le conjoint survivant. Il ne s'agit encore que d'une administration provisoire et non d'un partage définitif. Les intérêts ne sont définitivement réglés que dans la troisième période, et alors les enfants seront majeurs.

Le conjoint présent peut empêcher l'envoi provisoire des héritiers présomptifs en optant pour la continuation de la communauté. Dans le cas de l'article 141, les enfants sont les héritiers présomptifs. La loi subordonne donc leur intérêt à celui du conjoint présent. Y a-t-il lieu, dans ce cas, à la tutelle? La plupart des auteurs répondent négativement. C'est une inconséquence, dit M. Demolombe, et il a raison. N'y a-t-il pas présomption de mort par le fait seul que l'absence est déclarée? Les enfants ne peuvent-ils pas avoir des biens, et par suite n'y aura-t-il pas ce conflit d'intérêts qui rend la tutelle nécessaire (1)? Il faut choisir, ou décider que la tutelle est ouverte dans tous les cas, ou décider qu'elle n'est pas ouverte. Dans notre opinion, la déclaration d'absence et les mesures qui la suivent, l'envoi provisoire ou la communauté continuée ne concernent que l'administration des biens de l'absent; elles n'ont rien de commun avec la tutelle. La puissance paternelle, qui est dans les mains de l'époux présent, suffit pour sauvegarder les intérêts des mineurs.

221. Le père disparaît, la mère était décédée lors de cette disparition. Dans ce cas, la surveillance des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire (art. 142). La tutelle est donc ouverte. C'est, comme nous

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 456, n° 335.

l'avons dit plus haut (n° 148), l'application du droit commun. La déclaration d'absence apportera-t-elle un changement à cet état de choses? Il nous paraît évident que non. Il y a un tuteur déjà pendant la présomption d'absence, ce tuteur continuera ses fonctions pendant la seconde période. Dira-t-on que l'article 142 ne parle que d'un *tuteur provisoire*, et qu'après la déclaration d'absence la tutelle sera définitive? Ce serait prêter un non-sens au législateur. La tutelle est et elle restera *provisoire*, puisque de droit c'est le conjoint absent qui est tuteur, et il sera réputé tuteur tant que sa mort ne sera pas prouvée; le tuteur nommé par le conseil ne peut donc être que provisoire.

Voilà donc une hypothèse dans laquelle la déclaration d'absence ne change rien aux mesures prises pendant la présomption d'absence. L'article 142 prévoit encore un autre cas : si la mère vient à décéder après la disparition du père et *avant que l'absence ait été déclarée*. Ces derniers mots, dit-on, prouvent qu'après la déclaration d'absence il y a lieu à appliquer les lois générales sur la tutelle. D'où l'on conclut que, toujours et dans toute hypothèse, il y a lieu à organiser la tutelle quand l'absence est déclarée. La conclusion n'est pas logique. En effet, l'article 142 prévoit seulement le cas où la mère décède pendant la première période; on ne peut donc pas appliquer ce qu'il dit au cas où la mère vit encore. Non-seulement cela est illogique, mais cela est contraire aux principes de droit en matière de tutelle. De ce qu'il doit y avoir tutelle quand la mère décède, conclura-t-on qu'il doit aussi y avoir tutelle quand la mère vit? Que veulent donc dire les mots : « si la mère vient à décéder *avant que l'absence du père ait été déclarée?* » Le sens est très-simple. On suppose que la mère décède six mois après la disparition du père. Organisera-t-on immédiatement une tutelle provisoire, ou attendra-t-on qu'il y ait déclaration d'absence? Telle est la seule difficulté que l'article 142 ait eu à décider; et il la décide dans l'intérêt des enfants. Bien que toutes les probabilités soient pour la vie de l'absent, bien que la tutelle lui appartienne, il faut pourvoir de suite à la surveillance des enfants, il faut donc nommer un tuteur qui remplace le père. Ce sera un tuteur provisoire, dit la loi. Est-ce à dire qu'après la déclaration d'absence on nommera un nouveau tuteur, lequel sera définitif? Nous avons d'avance répondu à la question. Tout est provisoire pendant la deuxième période de l'absence; le code même le dit, puisqu'il organise un envoi en possession provisoire. Comment la tutelle serait-elle définitive, alors que le vrai tuteur, c'est-à-dire le conjoint absent, peut reparaître d'un jour à l'autre?

Ainsi, dans les deux hypothèses prévues par l'article 142, la déclaration d'absence ne change rien aux mesures prises pendant la première période de l'absence. Il en est de même dans le cas de l'article 143, si l'un des époux disparaît, laissant des enfants mineurs issus d'un mariage précédent. La tutelle est ouverte avant la disparition de l'absent, elle continue après que le tuteur a disparu; mais comme il ne peut pas exercer ses fonctions, la loi veille à ce qu'il soit remplacé par un tuteur provisoire, lequel restera en exercice après la déclaration d'absence, tant que le conjoint présent ne reparaîtra point.

En définitive, le chapitre IV pourvoit à toutes les nécessités, s'il y a des enfants mineurs. La déclaration d'absence laisse subsister les mesures qui ont été prises pendant la présomption d'absence.