CHAPITRE III.

DEUXIÈME PÉRIODE DE L'ABSENCE.

SECTION I. — De la déclaration d'absence.

152. Pourquoi y a-t-il une seconde période de l'absence? On répond d'ordinaire que la loi remplace la présomption d'absence par la déclaration d'absence, dans l'intérêt des héritiers présomptifs. Ce sont eux, en effet, qui provoquent la déclaration d'absence, et qui sont ensuite envoyés en possession provisoire des biens de l'absent. Il est vrai que la loi tient compte, dans cette seconde période, des droits éventuels des héritiers. Mais il n'est pas exact de dire que ce soit pour sauvegarder ces droits que le législateur ouvre une nouvelle période. Ce qui prouve à l'évidence que cela n'est pas, c'est que l'époux présent, commun en biens, peut opter pour la continuation de la communauté, et s'il le fait, il empêche l'envoi provisoire des héritiers. La loi, comme le dit l'article 124, lui donne la préférence pour l'administration des biens de l'absent; donc il ne s'agit encore que d'administrer les biens, ce qui implique que la loi se préoccupe de l'absent plus que de ses héritiers. Ces héritiers peuvent rester sans droit pendant trente-cinq ou pendant quarante ans, et l'on veut que ce soit surtout dans leur intérêt que la loi a organisé une seconde période! Non, pendant la présomption d'absence, elle n'autorise que les mesures nécessaires, parce qu'elle s'attend d'un jour à l'autre au retour de l'absent. Quand l'absence a duré cinq ou onze ans, le retour de l'absent devient de moins en moins probable. Il faut donc organiser une administration régulière. La loi l'appelle provisoire, pour marquer qu'il s'agit uniquement de conserver le patrimoine de l'absent, soit pour lui, s'il revient, soit pour ses héritiers, s'il ne reparaît plus. En attendant, elle tâche de trouver les meilleurs administrateurs. Voilà

pourquoi elle appelle les héritiers, et de préférence l'époux présent.

153. La loi ne permet pas d'envoyer les héritiers en possession des biens de l'absent, par cela seul qu'un certain nombre d'années s'est écoulé depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. Il faut, avant tout, un jugement qui déclare l'absence. L'article 120 le dit; il est si formel, que l'on ne conçoit pas que le plus léger doute se soit élevé sur ce point. Il y a cependant eu des procès; mais la jurisprudence ne pouvait hésiter un instant. On a jugé que celui qui se prétend héritier d'un absent doit nécessairement, avant d'agir en cette qualité, faire déclarer l'absence. La cour de Rennes, en portant la même décision, donne les raisons pour lesquelles le législateur a prescrit un jugement préalable à l'envoi en possession provisoire : les précautions prises par la loi, dit l'arrêt, doivent être scrupuleusement observées, puisqu'elles ont pour objet de garantir les biens et les droits de celui que des circonstances malheureuses peuvent retenir loin de sa patrie (1). En effet, l'éloignement seul et le défaut de nouvelles ne prouvent pas encore qu'il y ait absence, dans le sens légal du mot, c'est-à-dire incertitude sur la vie de la personne qui a quitté son domicile sans donner de ses nouvelles. Il faut que les circonstances dans lesquelles l'éloignement a eu lieu, il faut que les motifs qui expliquent le défaut de nouvelles soient pris en considération; enfin il faut que la demande de ceux qui provoquent la déclaration d'absence soit rendue publique, afin d'avertir l'absent, s'il vit encore, qu'on va le déposséder de l'administration et, en un certain sens, de la jouissance de ses biens. Telles sont les raisons puissantes qui exigent l'intervention de la justice et qui justifient les mesures que la loi prescrit pour constater l'absence, avant de permettre l'envoi provisoire.

154. Pour que l'absence d'une personne puisse être déclarée, il faut d'abord, d'après l'article 115, « qu'elle ait

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n°s 143, 144, 150.

cessé de paraître au lieu *de son domicile ou de sa résidence.* » Les auteurs s'accordent à dire qu'il y a un vice de rédaction dans l'article 115, qu'au lieu de la disjonctive *ou*, il faut mettre la conjonctive *et*. Il est évident que si une personne a tout ensemble un domicile et une résidence distincte de ce domicile, il ne suffit point qu'elle ait cessé de paraître soit à son domicile, soit à sa résidence, il faut sa disparition entière, comme dit l'article 120 (1). Mais il peut arriver qu'une personne n'ait pas de domicile, si elle est étrangère, ou que son domicile soit inconnu; dans ces cas, on n'aura égard qu'à la résidence.

L'article 115 ajoute : « et que depuis quatre ans on n'en aura pas eu de nouvelles. » Il n'est pas nécessaire que l'absent ait lui-même donné de ses nouvelles; le projet semblait l'exiger; il fut modifié, sur la remarque du premier consul, que l'on pouvait avoir des nouvelles d'une personne sans les recevoir directement d'elle (2). Il faut qu'il y ait eu défaut de nouvelles depuis quatre ans. Cela suppose que l'absent n'a pas laissé de procuration; en effet, aux termes de l'article 121, s'il a laissé une procuration, ses héritiers ne peuvent poursuivre la déclaration d'absence qu'après dix ans révolus depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles. Il est assez singulier que la loi dise cela en traitant des effets de l'absence; c'est évidemment l'article 125 qui est le siége de la matière. Ce vice de classification s'explique par le changement qu'a subi le projet primitif (3). Nous croyons inutile d'entrer dans ce détail, puisque le sens de la loi n'est pas douteux. Mais l'interprétation des textes donne lieu à quelques difficultés.

155. La raison de la différence que la loi met entre le cas où l'absent a laissé une procuration et le cas où il n'en a point laissé est sensible. Bigot-Préameneu l'a expliquée dans l'Exposé des motifs. Nous citons ses paroles, de préférence aux explications des auteurs, parce que les orateurs du gouvernement jouissent d'une autorité que n'ont pas de simples interprètes. « L'on ne peut pas traiter également, dit Bigot-Préameneu, celui qui a formellement pourvu à l'administration de ses affaires et celui qui les a laissées à l'abandon. Le premier est censé avoir prévu une longue absence, puisqu'il a pourvu au principal besoin qu'elle entraîne. Il s'est dispensé de la nécessité d'une correspondance, lors même qu'il serait longtemps éloigné. Les présomptions contraires s'élèvent contre celui qui n'a pas laissé de procuration; on croira plutôt qu'il espérait un prompt retour, qu'on ne supposera qu'il ait omis une précaution aussi nécessaire; et lorsqu'il y a manqué, il s'est au moins mis dans la nécessité d'y suppléer par sa correspondance (1). »

(1) Locré, *Esprit du code civil*, t. II, p. 337.
(2) Séance du conseil d'État du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 213, n° 5).
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 52, n° 50.

Les motifs donnés par l'orateur du gouvernement nous aideront à décider les difficultés auxquelles le texte donne lieu. On demande si la procuration doit être générale? Les termes de la loi semblent l'exiger. L'article 120 dit : « une procuration pour l'administration *de ses biens,* » et non « *de tout ou partie de ses biens,* » comme s'exprime l'article 112. On conçoit d'ailleurs que celui qui veut s'éloigner pour longtemps du lieu où se trouve le siége de ses intérêts, doit pourvoir à l'administration de tous ses biens; une procuration donnée pour une affaire spéciale n'indiquerait pas l'intention de faire une longue absence, alors que le patrimoine resterait sans administrateur. Cependant on ne peut pas poser comme principe absolu que la procuration doit être générale. Si les biens de la personne qui s'absente sont loués à long terme, il n'y a pas de nécessité de pourvoir à leur administration. Une procuration donnée en ce cas pour gérer les biens ou les intérêts qui auraient besoin d'un gérant suffirait pour marquer le projet d'un long voyage, quoiqu'elle fût spéciale. Il résulte de là que la question que nous agitons est une difficulté de fait plutôt que de droit. C'est l'intention de l'absent qu'il faut rechercher, d'après l'Exposé des

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 255, n° 19.

motifs. L'intention est évidente quand la procuration est générale; elle est douteuse quand elle est spéciale. Le tribunal décidera d'après les circonstances (1).

La loi ne dit rien de la durée de la procuration. Cette question est par cela même abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Il y a une hypothèse qui soulève une question de droit. Au conseil d'Etat, Cambacérès supposa le cas suivant : « Un homme que des spéculations commerciales doivent conduire loin de sa résidence, prévoit qu'il ne pourra de très-longtemps donner de ses nouvelles ; pour empêcher que ses héritiers ne s'immiscent dans ses affaires, il organise pour trente ans l'administration de son patrimoine. Cet acte aura-t-il ses effets? » Tronchet répondit que l'acte ne serait pas valable. « Si c'est un acte à cause de mort, il blesse les dispositions qui défèrent la succession à ses héritiers; si c'est un acte entre vifs, il ne peut durer que tant qu'on administrera la preuve de la vie de l'absent (2). » La réponse est péremptoire. Celui qui vit peut donner un mandat qui durera aussi longtemps qu'il vivra. Celui dont la vie est incertaine ne peut pas empêcher que la loi n'appelle à l'administration de ses biens les héritiers qui y ont un droit éventuel, subordonné à la condition de son décès. Ajoutons que l'hypothèse de Cambacérès est on ne peut plus improbable. C'est une de ces questions oiseuses que les auteurs aiment à agiter, et qui trop souvent ne servent qu'à transformer le droit en scolastique.

L'hypothèse inverse est plus probable. Celui qui s'éloigne pour un voyage lointain donnera une procuration pour quelques années ; ce temps lui suffit pour faire le tour du monde. On ne fait plus son testament avant de se mettre en route, les communications sont si rapides et si sûres ! Mais mille circonstances peuvent retarder le retour. La procuration donnée pour deux ans expire, et l'absent n'est

(1) La question est décidée en sens divers par les auteurs (Demolombe, t. II, p. 55, n° 54; Duranton, t. Ier, p. 318, n° 412; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 165).

(2) Séance du conseil d'Etat du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 227, n° 29). Comparez Duranton, t. Ier, p. 319, n° 413; Dalloz, au mot *Absents*, nos 162-163.

pas rentré dans ses foyers. Faudra-t-il attendre dix ans pour prononcer la déclaration d'absence, ou cinq ans suffiront-ils? Les auteurs s'accordent, sauf quelques dissentiments, à appliquer à ce cas la disposition de l'article 122, qui porte que les héritiers présomptifs ne pourront poursuivre la déclaration d'absence qu'après dix années, alors même que la procuration vient à cesser; sauf à pourvoir à l'administration des biens de l'absent, comme cela se fait pendant la présomption d'absence. Nous doutons fort que cette disposition puisse recevoir son application, quand la procuration vient à cesser par la volonté de l'absent. Voici comment Bigot-Préameneu explique l'article 122 : « On a aussi prévu le cas où la procuration cesserait par la *mort* ou par un autre *empêchement*. Ces circonstances ne changent pas les inductions qui naissent du fait même qu'il a été laissé une procuration (1). » Le mot *empêchement* que l'orateur du gouvernement emploie, suppose un fait indépendant de la volonté de l'absent, et qu'il n'a pu prévoir : telle serait la renonciation du mandataire, ou l'impossibilité où il se trouverait d'exécuter le mandat. Il est très-logique que dans ces cas le fait de la procuration soit pris en considération par le législateur, alors même qu'elle cesse ; mais il n'en est plus ainsi quand l'absent a limité la durée du mandat qu'il a donné. Ce fait diminue la probabilité d'un long voyage, et n'excuse plus le défaut absolu de nouvelles. L'absent, sachant que la procuration qu'il a laissée en partant cesse, devrait écrire pour la renouveler. S'il ne le fait pas, de graves présomptions s'élèvent contre sa vie ; et par suite il y a lieu à déclarer son absence plus tôt qu'on ne l'eût fait si la procuration était venue à cesser par une cause qu'il doit ignorer (2).

Mais tout en n'appliquant pas l'article 122 à l'hypothèse d'une procuration donnée pour un délai moindre de cinq ans, nous n'entendons pas décider qu'une procuration pareille est insuffisante pour ajourner la déclaration d'ab-

(1) Exposé des motifs (Locré, t. II, p. 255, n° 19).

(2) C'est l'opinion de Delvincourt, t. Ier, p. 44, note 3, et de Zachariæ, t. Ier, p. 295, note 5.

sence à dix ans. La loi ne permet pas d'adopter une décision absolue en cette matière, puisqu'elle ne dit rien sur la durée de la procuration (1). Seulement le bon sens dit que plus la procuration est longue, plus il y aura de probabilité que l'absent a voulu faire un long voyage ; de là une probabilité de vie qui empêchera de déclarer l'absence. Tandis que les probabilités sont contraires, si la procuration est de courte durée.

156. Le délai de quatre et de dix ans soulève encore une question sur laquelle il y a controverse. On suppose que l'absent a donné de ses nouvelles : le délai court-il à partir de la date que porte la lettre, ou à partir du jour où elle a été reçue? Zachariæ dit que c'est cette dernière date qui doit être prise en considération. Cela résulte évidemment, dit-il, de la rédaction de l'article 115 (2). L'article porte : « Lorsqu'une personne aura cessé de paraître à son domicile et que *depuis quatre ans on n'en aura plus eu de nouvelles*. » Ces derniers mots supposent, en effet, les nouvelles reçues, donc la loi s'en rapporte à la date de la réception. Cependant cette interprétation est généralement rejetée. On dit qu'elle conduit à cette conséquence absurde, que si la lettre écrite par l'absent n'arrivait à sa destination qu'après deux ans, on le réputerait vivant à une époque où il peut être mort depuis longtemps (3). L'absurdité est patente, mais cela suffit-il pour nous écarter du texte de la loi, en supposant qu'il ait l'évidence que Zachariæ y trouve? Nous avons plus d'une fois repoussé cette manière d'argumenter. Le texte nous oblige, il nous enchaîne ; nous ne pouvons pas nous en écarter en démontrant que la loi est absurde, cela regarde le législateur et non l'interprète. C'est donc dans la loi qu'il faut chercher la solution de la difficulté. Est-il vrai qu'elle soit aussi évidente que Zachariæ le dit?

Il ne faut pas isoler les mots : « et que depuis quatre ans *on n'en aura pas eu de nouvelles*. » Le délai s'applique

(1) Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 58, n° 55.
(2) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. Ier, § 151, p. 295, note 4.
(3) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 271, note. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 167.

aussi au cas où l'absent n'a jamais donné de ses nouvelles. Comment le compte-t-on en ce cas? L'article 115 dit : « Lorsqu'une personne aura *cessé de paraître* au lieu de son domicile ou de sa résidence. » Ainsi le délai court du jour de la disparition. Cependant il est plus que probable que l'absent n'a pas cessé de vivre au moment même où il s'est éloigné de son domicile. Pourquoi donc le délai de quatre ans court-il à partir de ce moment? Parce que c'est le dernier où la vie de l'absent soit réellement certaine. C'est par conséquent cet instant-là qui doit servir de point de départ. Eh bien, ce qui est vrai quand l'absent disparaît sans donner de ses nouvelles, doit l'être aussi quand l'absent écrit. C'est l'instant où il écrit qui est le dernier où son existence soit certaine. C'est donc de cet instant que le délai doit courir. L'article 120 confirme cette interprétation. Quand l'absence est déclarée, les héritiers présomptifs peuvent demander l'envoi en possession. Mais quels sont ces héritiers? La loi répond : Les héritiers de l'absent, *au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*. Dans l'article 120, on a égard à la date des nouvelles ; or, cette disposition est la suite de l'article 120 ; à vrai dire, les deux articles n'en font qu'un seul, et ce n'est que par un vice de rédaction qu'ils se trouvent séparés. Cela décide la question, nous semble-t-il. Il est impossible que l'expression *dernières nouvelles* ait un autre sens, dans l'article 120, que l'expression *qu'on n'en aura pas eu de nouvelles* dans l'article 115 ; donc c'est, dans tous les cas, la date qu'il faut considérer.

157. Qui peut demander la déclaration d'absence? L'article 115 répond : Les *parties intéressées*. Nous avons trouvé la même expression dans l'article 112, qui règle les mesures à prendre dans la première période de l'absence. Le sens est-il le même dans la deuxième période? Non, quoique l'expression soit identique, la signification est essentiellement différente. Tant que l'absence est seulement *présumée*, toutes les probabilités sont en faveur de la vie de l'absent, et le législateur se préoccupe exclusivement de ses intérêts. Dans la seconde période, au contraire, la longue durée de l'absence sans nouvelles fait

naître des doutes sur l'existence de l'absent; par suite, il y a des probabilités de mort. Dès lors le législateur a cru devoir donner ouverture à tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. De là, l'envoi en possession provisoire. La déclaration d'absence est le préliminaire de cet envoi. Il est donc logique que tous ceux qui ont le droit de demander l'envoi aient aussi le droit de provoquer la déclaration d'absence. Voilà les *parties intéressées* dans la seconde partie de l'absence (1). On voit qu'il n'y a rien de commun entre les parties intéressées de la seconde période et les parties intéressées de la première.

158. Tel est le principe, nous allons en faire l'application. Les héritiers présomptifs sont les principaux intéressés, car ce sont eux qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Sous le nom d'héritiers, il faut comprendre les successeurs irréguliers. Les motifs sur lesquels sont fondés la déclaration d'absence et l'envoi provisoire ne laissent aucun doute sur ce point. Nous avons d'ailleurs un texte. « Si l'époux absent, dit l'article 140, n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens. » Ce que la loi dit du conjoint s'applique par identité de raison aux enfants naturels et à l'Etat. Le conjoint a de plus un droit qui lui est spécial; s'il est commun en biens, il peut opter pour la continuation de la communauté. A ce titre encore, il est intéressé à provoquer la déclaration d'absence.

La loi n'appelle pas seulement les héritiers présomptifs à l'envoi provisoire, elle porte que « tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement. » Tels sont, dit l'article 123, les donataires et les légataires. Par donataires le code entend les héritiers contractuels, auxquels l'absent a donné tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. Tels sont encore ceux qui sont appelés à une substitution permise dont l'absent est grevé, l'ascen-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 115, n° 2 (tome Ier, pages 48 et suiv.).

dant donateur, le donateur avec stipulation du droit de retour, le nu propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit (1). Il y a cependant quelque doute pour toutes ces personnes; elles sont parties intéressées, en ce sens que la loi leur permet de demander l'envoi provisoire, pour lequel la déclaration d'absence est une condition préalable. Mais l'article 113 ne leur permet pas de demander l'envoi provisoire au même titre que les héritiers présomptifs; il semble exiger qu'avant tout les héritiers aient obtenu l'envoi provisoire; alors, dit-il, le testament sera ouvert, alors tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent pourront les exercer. N'est-ce pas dire que les héritiers présomptifs ont seuls l'initiative, et que les autres ayants droit doivent attendre que les héritiers aient provoqué la déclaration d'absence et demandé l'envoi provisoire? Cette interprétation restrictive de la loi est généralement repoussée, et avec raison. Pour ce qui regarde la déclaration d'absence, nous avons un texte : les *parties intéressées*, dit l'article 115, la peuvent provoquer. Voilà une expression générale qui comprend tous ceux dont la loi prend les intérêts en considération dans la seconde période de l'absence. Il suffit donc qu'une personne ait un droit subordonné à la condition du décès de l'absent pour qu'elle soit partie intéressée. Peu importe quand et sous quelles conditions elle exercera ce droit; elle est en tout cas intéressée à ce que l'absence soit déclarée, puisque sans déclaration d'absence elle ne peut obtenir l'envoi. En traitant de l'envoi provisoire, nous verrons qu'il faut aller plus loin et décider que ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent les peuvent exercer, alors même que les héritiers présomptifs ne demanderaient pas l'envoi. C'est une raison décisive pour leur donner le droit de provoquer la déclaration d'absence (2). La jurisprudence est en ce sens (3).

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 323, n° 419.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents* (t. Ier, p. 49 et suiv.). Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 172.
(3) Arrêt de la cour de Colmar du 26 juin 1823 (Dalloz, au mot *Absents* n° 177).

Il se présente une autre question qui nous paraît bien plus douteuse. On demande si les cessionnaires des héritiers présomptifs peuvent provoquer la déclaration d'absence. La solution dépend du point de savoir si les héritiers peuvent céder leurs droits. Nous examinerons la question plus loin. Il nous reste à voir si les personnes qui sont parties intéressées dans la première période peuvent demander la déclaration d'absence. La négative nous semble évidente. Il s'agit des créanciers et du ministère public. Quant aux créanciers de l'absent, ils n'ont aucun intérêt à demander la déclaration d'absence, car cette déclaration n'est qu'un préliminaire requis pour que l'envoi puisse avoir lieu ; or, ils ne peuvent pas obtenir l'envoi ; pourquoi donc feraient-ils déclarer l'absence? Ils n'ont du reste besoin ni de la déclaration d'absence, ni de l'envoi en possession provisoire, puisqu'ils peuvent poursuivre l'exercice de leurs droits sans qu'il y ait envoi, et les mesures que le tribunal, à leur demande, prescrira pour l'administration des biens de l'absent suffisent pour sauvegarder leurs intérêts (1). Il est plus évident encore que le ministère public ne peut pas poursuivre la déclaration d'absence; son action n'aurait aucun but puisqu'elle n'aurait aucun résultat, le ministère public ne pouvant pas demander l'envoi, ni forcer les héritiers à le demander. Aussi le code dit-il (art. 114) que le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes *présumées absentes*.

Aux termes de l'article 116, l'enquête qui se fait pour arriver à la déclaration d'absence doit avoir lieu contradictoirement avec le procureur du roi. Cela prouve que le ministère public, loin d'avoir la mission de provoquer la déclaration d'absence, est plutôt appelé à la combattre. Il doit veiller à ce que l'enquête se fasse avec impartialité, afin que la vérité se découvre; s'il croit que l'absent est encore en vie, il doit s'opposer à ce que l'absence soit déclarée. Il est toujours dans le rôle que

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 322, nº 415.

lui trace l'article 114, puisqu'il veille à l'intérêt d'un présumé absent.

159. Quel est le tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence? L'article 115 ne le dit pas. Au conseil d'Etat, le ministre de la justice dit que le tribunal du domicile doit être le juge de l'absence (1). Il faut ajouter : ou le tribunal de la résidence, si l'absent n'a pas de domicile ou si son domicile est inconnu. Tout le monde est d'accord ; mais pourquoi le tribunal du domicile est-il seul compétent? Il y a des auteurs qui répondent : Parce qu'il s'agit d'une question d'état (2). En quoi l'état d'un absent est-il intéressé dans le jugement qui déclare l'absence? Défions-nous de ces grands mots qui ne disent rien à l'esprit. La raison pour laquelle le tribunal du domicile de l'absent intervient dans toutes les périodes de l'absence est très-simple. C'est l'application d'un principe général ; tous les actes judiciaires ou extrajudiciaires qui intéressent une personne se font à son domicile. Pour l'absence, il en doit surtout être ainsi ; c'est à son domicile que l'absent est connu, c'est là qu'il a ses relations, c'est là que l'on aura de ses nouvelles ; c'est donc le juge du domicile qui, par la nature des choses, est le seul compétent pour déclarer l'absence.

160. Le code prescrit les formalités qui doivent être observées pour arriver à la déclaration d'absence. Il faut nous y arrêter, parce que ces mesures ont pour objet de garantir les intérêts de l'absent. L'article 116 dit que, pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur impérial. On demande si le tribunal doit ordonner l'enquête, quand les pièces et documents lui donnent la conviction que l'absent vit encore et que par conséquent il peut revenir d'un instant à l'autre? Il est évident que non, et tout le monde est d'accord. En principe, le tribunal ne doit pas faire d'enquête lorsqu'il se trouve suffisamment éclairé. Mais faut-il conclure de là

(1) Séance du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 222, nº 13).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 26, nº 20.

que le tribunal pourrait déclarer l'absence sans procéder à une enquête? Toute l'économie de la loi prouve le contraire. D'abord l'article 116 est conçu en termes impératifs : « le tribunal *ordonnera*. » Puis le tribunal ne peut pas déclarer immédiatement l'absence; il faut un intervalle d'un an entre le jugement qui a ordonné l'enquête et la déclaration. Donc il faut nécessairement qu'il intervienne un jugement qui ordonne l'enquête et, par suite, que l'enquête se fasse. Enfin ce jugement préparatoire doit être rendu public (art. 119 et 118). L'enquête est donc un élément essentiel de la procédure (1). Cela se conçoit. Elle fait connaître les causes de l'absence, les raisons qui la peuvent prolonger, les motifs que l'absent a de ne pas donner de ses nouvelles, les circonstances qui rendent sa mort probable; c'est d'après l'ensemble de ces faits que le juge décidera s'il y a ou non incertitude sur la vie de l'absent.

La loi veille à ce que l'enquête fournisse au tribunal tous les faits qu'il est possible de recueillir. Elle se fait partout où l'absent a un établissement; s'il a une résidence différente de son domicile, il y aura deux enquêtes; il y en aura trois, s'il a deux résidences. La loi veut que l'enquête se fasse contradictoirement avec le procureur du roi; elle prévoit que les héritiers qui provoquent la déclaration d'absence, ayant intérêt à la faire déclarer pour jouir des biens de l'absent, produisent des témoins ou complaisants ou ignorants, ce qui aboutirait à cacher la vérité au lieu de la révéler. Le ministère public veillera aux intérêts de celui qui n'est encore que présumé absent.

Ces doubles ou triples enquêtes n'impliquent pas que plusieurs tribunaux soient appelés à déclarer l'absence. Il pourrait en résulter des jugements contradictoires. C'est le tribunal du domicile qui seul ordonne l'enquête; s'il doit y en avoir une dans le ressort d'un autre tribunal, il lui adresse une commission rogatoire. C'est ainsi que le mi-

(1) Marcadé, t. Ier, p. 262, article 116, n° 1. Duranton, t. Ier, p. 329, n° 422. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 188.

nistre de la justice a expliqué l'économie de la loi au conseil d'Etat (1).

L'enquête ne lie pas le juge. Alors même qu'elle établirait que depuis quatre ou dix ans une personne a disparu sans donner de ses nouvelles, cela n'obligerait pas le tribunal de déclarer l'absence. Aux termes de l'article 117, le tribunal, en statuant sur la demande, aura égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent. « Tel serait, dit Bigot-Préameneu, le projet que l'absent aurait annoncé de séjourner plusieurs années dans quelque contrée lointaine; telle serait l'entreprise d'un voyage de terre ou de mer qui, par son objet ou par les grandes distances, exigerait un très long temps. Les juges pourront encore apprendre dans l'enquête si des causes particulières n'ont point empêché qu'on ne reçût des nouvelles de l'absent. Telles seraient la captivité, la perte d'un navire, ou d'autres événements qui pourront encore déterminer le tribunal à prolonger les délais (2). »

Le pouvoir discrétionnaire confié au juge souleva des réclamations au sein du conseil d'Etat. Bérenger remarqua que les lois qui laissent trop de latitude aux tribunaux engendrent l'arbitraire et dépouillent les citoyens de la garantie qu'une justice impartiale, immuable doit leur offrir. Par contre, répondit le premier consul, des lois qui enchaînent le juge et qui lui enlèvent toute liberté d'action produisent un inconvénient bien plus grave; elles forcent le juge à rendre des sentences que sa conscience réprouve, c'est-à-dire à porter des jugements injustes; il faut donc laisser une certaine latitude aux tribunaux, afin qu'ils puissent tenir compte des circonstances de la cause. Thibaudeau appuya les considérations présentées par le premier consul : l'absence, dit-il, ne comporte pas des règles aussi précises que les autres matières du droit civil; le législateur est obligé de se guider d'après des présomp-

(1) Séance du 24 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 222, n° 13). Comparez l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu (Locré, tome II, page 254, nos 14 et 15).

(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 254, n° 16.

tions fondées sur des probabilités. C'est dire que les faits jouent un grand rôle dans l'absence ; or, les faits ne peuvent pas se réduire en principes immuables. Il faut donc laisser au juge le pouvoir de les apprécier (1). Cette remarque est décisive, à notre avis. Quand la loi peut poser une règle absolue, elle doit le faire ; car il faut une loi qui lie le juge, si l'on veut une justice impartiale. Mais quand la règle absolue aboutirait à l'iniquité, alors il faut donner une certaine latitude au juge.

161. L'article 119 dit que le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête. Pour comprendre le but de cette disposition, il faut la rapprocher de l'article 118, aux termes duquel les jugements tant préparatoires que définitifs seront envoyés au ministre de la justice qui les rendra publics. La publicité est une garantie précieuse pour l'absent ; elle lui apprendra, s'il vit encore, que ses héritiers présomptifs demandent la déclaration d'absence, afin d'obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens. Il pourra prévenir l'un et l'autre en donnant de ses nouvelles. C'est le premier consul qui insista au conseil d'État sur la nécessité de donner la plus grande publicité aux mesures tant préparatoires que définitives prescrites par les tribunaux. Sa proposition éprouva quelque résistance chez les légistes ; d'après eux, les relations internationales étaient si actives, que la publication des jugements devenait une précaution inutile. Le premier consul répondit que l'absence supposait précisément des circonstances exceptionnelles, qu'il fallait par conséquent multiplier les moyens d'obtenir des nouvelles de l'absent (2).

Le code ne règle pas le mode de publicité. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, que le ministre de la justice emploiera non-seulement la voie des papiers publics, mais qu'il provoquera encore, dans les places de commerce, les correspondances avec toutes les parties du

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 frimaire an x (Locré, t. II, p. 234, n° 11).

(2) Séance du conseil d'Etat du 16 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 214, n° 12).

globe. De cette manière, tous ceux qui sont en relation avec l'absent pourront donner de ses nouvelles, et l'absent lui-même pourra connaître, par la renommée, les conséquences fâcheuses de son long silence (1).

SECTION II. — De l'envoi en possession provisoire.

§ Ier. *Qui peut la demander.*

N° 1. DES HÉRITIERS PRÉSOMPTIFS

162. L'article 120 porte que les héritiers présomptifs de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire de ses biens. Pourquoi la loi appelle-t-elle les héritiers présomptifs de cette époque plutôt que les parents qui sont héritiers lors de la déclaration d'absence ? Au premier abord, on est tenté de dire que la loi implique une absurdité. En effet, envoyer en possession les héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, n'est-ce pas supposer que l'absent est mort le jour même où il a quitté son domicile, ou le jour où il a écrit sa dernière lettre ? Voilà une présomption qui certes ne serait pas fondée sur une probabilité. Aussi n'est-ce pas une vraie présomption. Il fallait nécessairement fixer une époque ; la loi, dans l'incertitude absolue où l'on se trouve sur le sort de l'absent, s'est décidée pour celle où il a donné le dernier signe de vie.

Par application du principe posé par l'article 120, il faut décider que les enfants conçus à une époque postérieure à la disparition ou aux dernières nouvelles ne peuvent pas obtenir l'envoi en possession provisoire. La conséquence, quelque évidente qu'elle soit, a été contestée ; mais la jurisprudence s'est prononcée en ce sens ; et

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 254, nos 13 et 17.