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.

comment est-il possible d'hésiter un instant? Il faut être héritier lors de la disparition ou lors des dernières nouvelles; or, est-on héritier quand on n'est pas conçu, quand on n'existe pas (1)?

Quels sont les héritiers présomptifs qui peuvent demander l'envoi en possession? On entend par héritiers présomptifs ceux que la loi appelle à la succession; donc les parents dans l'ordre où ils succèdent, et, dans chaque ordre, les plus proches en degré, sauf le bénéfice de représentation. Si les plus proches héritiers ne se présentent pas, les autres pourront-ils obtenir l'envoi? L'affirmative ne souffre aucun doute. Si, régulièrement, les plus proches doivent être envoyés en possession, cela suppose qu'ils demandent l'envoi; mais c'est une faculté dont ils peuvent ne pas user; leur inaction ne doit pas empêcher les autres parents de se présenter. Car, ne l'oublions pas, la loi accorde l'envoi provisoire aux héritiers, moins dans leur intérêt que dans celui de l'absent; donc quand les plus proches négligent les intérêts de l'absent à ce point qu'ils ne demandent pas même l'envoi, d'autres parents doivent y être admis. Il ne faudrait pas conclure de là que les parents les plus proches qui n'ont pas demandé l'envoi soient exclus par les parents plus éloignés qui se sont présentés. Leur droit subsiste et ils peuvent toujours l'exercer, aussi longtemps qu'il n'y aura pas de prescription. On a jugé que l'héritier, égal en degré avec d'autres cohéritiers, qui n'a pas été partie au jugement, peut néanmoins obtenir l'envoi (2). Il y a identité de raison pour le cas où des parents plus éloignés en degré auraient obtenu l'envoi.

163. Que faut-il décider si les héritiers présomptifs du jour de la disparition ou des dernières nouvelles viennent à décéder? Transmettent-ils à leurs héritiers le droit

(1) Deux arrêts de la cour de Toulouse ont décidé la question en un autre sens; ils n'ont aucune autorité, en présence du texte formel de l'article 120. Voyez arrêt de la cour de cassation du 3 décembre 1834 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1835, 1, 135), et arrêt de Douai du 12 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 2, 292).

(2) Arrêt de Bourges du 2 mars 1831 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 215); arrêt de Bruxelles du 22 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 188).

d'obtenir l'envoi en possession provisoire? Les auteurs admettent tous ce droit de transmission. Lors de la disparition de l'absent, ses héritiers présomptifs étaient deux cousins germains; l'un vient à décéder avant la déclaration d'absence, laissant des enfants; ceux-ci pourront demander l'envoi provisoire concurremment avec le cousin survivant, comme exerçant un droit qui leur a été transmis par leur père. S'ils ne jouissaient pas du droit de transmission, ils seraient exclus de l'envoi, puisqu'ils sont à un degré plus éloigné que le cousin germain de l'absent. Merlin fonde le droit de transmission sur l'ancienne jurisprudence et sur les principes du code civil. Trois arrêts du parlement de Paris ont admis la transmission. L'article 120 la consacre implicitement. « Que fait-il, en effet, en remontant au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, pour déterminer à qui doit être accordé l'envoi provisoire? Il décide, dit Merlin, que le droit de demander cet envoi a été acquis à l'héritier présomptif de cette époque; que l'héritier présomptif ne l'a pas perdu depuis par les changements survenus dans l'ordre de la parenté. Or, dès que ce droit est acquis à l'héritier présomptif du jour de la disparition, il faut bien qu'il soit transmissible aux héritiers de celui-ci (1). » Cette doctrine, suivie par tous les auteurs, est aussi appliquée par la jurisprudence (2). Nous admettons la décision, mais nous contestons le motif sur lequel elle se fonde. A notre avis, ceux qui sont envoyés en possession, comme succédant à l'héritier présomptif du jour de la disparition, tiennent leur droit de la loi et non du défunt.

Il y a de cela une preuve qui nous paraît irrésistible. L'héritier présomptif du jour de la disparition n'a pas de droit; dès lors il n'en peut transmettre aucun. Nous disons qu'il n'a pas de droit. En effet, la loi ne l'appelle pas à raison de son droit, mais à raison de l'intérêt qu'il a, comme propriétaire éventuel, à conserver les biens de l'absent. Cet intérêt n'est pas un droit, quoiqu'il se fonde sur un

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 120, n° 2 (t. Ier, p. 52 et s.).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 231-233.

droit éventuel. La loi elle-même nous le dit. Si l'absent laisse un conjoint commun en biens, celui-ci, en optant pour la continuation de la communauté, empêche l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Que devient alors le *droit* des héritiers présomptifs, droit que l'on prétend être dans leur patrimoine puisqu'ils le transmettent? Quoi! un droit est dans mon patrimoine, c'est-à-dire qu'il est ma propriété, et la loi permet de m'enlever ce droit sans indemnité aucune! Un pareil droit n'est pas un droit. A vrai dire, c'est une charge, charge que les héritiers présomptifs peuvent accepter ou répudier, charge qui leur est déférée dans l'intérêt de l'absent.

Pourquoi cette charge passe-t-elle aux successeurs des héritiers présomptifs? Nous l'avons dit; la loi devait s'arrêter à une époque pour déterminer quels seraient les parents auxquels on accorderait l'envoi en possession. Elle s'est décidée pour le jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Dès lors elle ne pouvait pas avoir égard aux changements qui se feraient par la mort, entre cette époque et celle de l'envoi; car si elle en avait tenu compte, l'époque se serait trouvée changée; l'envoi aurait été accordé aux héritiers du jour de la déclaration d'absence, ou du jugement qui prononce l'envoi. C'est donc en vertu de la loi que les successeurs de l'héritier présomptif décédé sont envoyés en possession, et non en vertu d'un droit qu'ils tiennent de leur auteur.

Nous croyons que c'est d'après les mêmes principes qu'il faut décider si l'héritier présomptif peut céder son droit, s'il peut le léguer, si ses créanciers peuvent l'exercer. En traitant des droits des envoyés provisoires, nous reviendrons sur ces questions. Rappelons encore que sous le nom d'héritiers il faut comprendre les successeurs irréguliers. La loi le dit du conjoint de l'absent (art. 140). Il en est de même des enfants naturels et de l'Etat. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point qui ne souffre pas le moindre doute (1).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, nos 228, 229, 270. Comparez arrêt de Colmar du 18 janvier 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1851, 2, 161).

No 2. DE CEUX QUI ONT DES DROITS SUBORDONNÉS AU DÉCÈS DE L'ABSENT.

164. Nous avons déjà dit que ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent provoquer la déclaration d'absence comme parties intéressées. L'article 120 porte qu'ils peuvent exercer provisoirement leurs droits. C'est aussi un envoi en possession provisoire, et il est fondé sur les mêmes raisons que l'envoi provisoire des héritiers présomptifs. L'absent est intéressé à ce que ses biens soient administrés par ceux qui ont le plus grand intérêt à leur conservation. Or, il y a des biens qui n'appartiennent pas aux héritiers présomptifs : tels sont les biens auxquels est appelé le donataire par contrat de mariage. Il se peut même que les héritiers *ab intestat* soient entièrement exclus, s'il y a un donataire ou un légataire universel. Dès lors la loi ne pouvait pas borner l'envoi provisoire aux héritiers présomptifs; c'eût été compromettre les intérêts de l'absent, qu'elle a pour but de sauvegarder. Voilà pourquoi il y a envoi provisoire dans tous les biens de l'absent.

165. Le principe est très-simple, mais l'application soulève de très-sérieuses difficultés. Elles résultent du texte de l'article 123. La loi paraît on ne peut pas plus claire. Elle ne met pas sur la même ligne les héritiers présomptifs et les autres ayants droit. Ce sont d'abord les héritiers présomptifs qui doivent demander l'envoi provisoire; après cela, le testament est ouvert, et les légataires, les donataires et tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent sont appelés à les exercer provisoirement. Telle est la marche qui doit être suivie régulièrement; tout le monde est d'accord sur ce point(1). Le texte est si formel qu'il ne laisse pas place à un doute. Mais quelle est la raison pour laquelle la loi subordonne l'exercice des droits du légataire, du donataire, à l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs? Leurs droits

(1) Arrêt de la cour de Gand du 6 juillet 1833, sur les conclusions du procureur général (*Pasicrisie*, 1833, 196).

sont de la même nature, tous ne s'ouvrent qu'au décès ; pourquoi donc l'exercice des uns est-il subordonné à l'exercice des autres? Il y a plus : le droit du légataire, quand il est universel et qu'il n'y a pas de réservataires, domine celui des héritiers légitimes. Quant au droit du donataire, il est le plus fort, le plus certain de tous, puisqu'il est fondé sur un contrat, et qu'il ne peut lui être enlevé. Il se trouve donc que les droits les plus forts sont subordonnés à un droit qui peut être anéanti par ceux qui lui sont subordonnés. Cela semble souverainement illogique. Pour s'expliquer la marche prescrite par l'article 123, il faut se placer dans l'hypothèse que la loi prévoit, celle du concours des héritiers présomptifs et des autres ayants droit. Il y a des parents légitimes, il y a des légataires ou des donataires qui ne prennent qu'une partie de l'hérédité. Il est naturel que, dans ce cas, les héritiers présomptifs obtiennent d'abord l'envoi en possession, car ils sont les contradicteurs des légataires et des donataires. Il s'agit de conserver les biens de l'absent. Qui y a le plus grand intérêt? Evidemment ceux qui sont appelés à les recueillir, et qui les recueilleront tous si les legs et les donations tombent.

Mais si telle est la marche régulière que l'on doit suivre, est-ce à dire que si les héritiers présomptifs n'agissent pas, s'ils ne se font pas envoyer en possession, ils puissent empêcher par là l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent? La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour la négative. Ce qui a décidé les auteurs et les tribunaux, c'est qu'il y aurait absurdité, iniquité à paralyser les droits des donataires et des légataires par la négligence ou même le mauvais vouloir des parents légitimes. Si ceux-ci savent qu'il y a un contrat de mariage ou un testament qui les déshérite, ils se garderont bien de demander l'envoi provisoire, puisqu'ils n'y ont aucun intérêt. Dira-t-on que dans ce cas les donataires et les légataires ne pourront pas exercer leurs droits (1)? L'absurdité, l'iniquité seraient évidentes.

(1) Duranton, t. Ier, p. 324-326, nº 420. Marcadé, t. Ier, p. 271, nº 2.

Mais nous avons dit bien des fois que les arguments tirés de l'injustice de la loi sont à l'adresse du législateur; l'interprète n'a à considérer que le texte et l'esprit qui l'a dicté. Eh bien, nous croyons que le texte et l'esprit de la loi sont pour l'opinion générale.

Le texte dit : *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire*. Merlin remarque que cette disposition n'est pas conçue en termes restrictifs. Elle ne porte pas que l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent *n'aura lieu que lorsque* les héritiers auront obtenu l'envoi provisoire. Elle dit seulement : « *Lorsque* les héritiers l'auront obtenu. » La différence est grande entre les deux locutions. Nous trouvons l'expression de l'article 123 dans l'article 46 : « *Lorsqu'il* n'aura pas existé de registres de l'état civil, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés par témoins. » Quelle induction la jurisprudence a-t-elle tirée de cette rédaction? Elle en a inféré qu'à la vérité, la règle générale est que la preuve par témoins des faits de l'état civil ne peut être admise que dans les circonstances prévues par la loi; mais qu'il ne laisse pas d'y avoir des circonstances non prévues, où cette preuve doit être reçue (1). L'article 123 nous offre précisément la même construction que l'article 46 ; on doit donc l'interpréter de la même manière, c'est-à-dire décider que la loi prévoit les cas ordinaires, comme le législateur le fait le plus souvent : il ne s'occupe que de ce qui arrive communément. Mais quand, par exception, il se présente un cas où l'intérêt de l'absent exige que les donataires et les légataires puissent exercer leurs droits sans attendre que les héritiers présomptifs demandent l'envoi provisoire, il faudra le leur permettre. Le texte ne s'y oppose pas et l'esprit de la loi l'exige. Proudhon en a déjà fait la remarque. Pourquoi la loi organise-t-elle l'envoi en possession provisoire? Dans l'intérêt de l'absent, afin que ses biens soient administrés par ceux qui sont intéressés à les gérer avec soin. Si donc l'héritier présomptif n'agit pas,

(1) Voyez plus haut, p. 67-69, nos 47-48.

parce qu'il y a un contrat de mariage ou un testament, ce serait aller contre l'esprit de la loi que de suspendre l'exercice provisoire des droits des légataires et des donataires, puisqu'il en résulterait que les biens de l'absent resteraient sans cette administration vigilante que la loi a voulu établir ; l'envoi provisoire, que le législateur a organisé en sa faveur, tournerait contre lui (1).

Il y a cependant un motif de douter. Lors de la communication officieuse du titre III au Tribunat, les tribuns demandèrent la suppression du commencement de l'article 123, qui semble ne permettre l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent que lorsque les héritiers auront obtenu l'envoi provisoire. On lit dans les Observations de la section de législation du Tribunat : « Cet envoi peut ne jamais avoir lieu, puisqu'il est purement facultatif pour les héritiers. On ne peut renvoyer l'exercice d'un droit existant à l'époque d'un fait qui peut ne jamais arriver. Il a donc paru qu'on devait permettre l'exercice du droit après la déclaration d'absence (2). » On ne voit pas que le conseil d'Etat ait délibéré sur la proposition des tribuns ; toujours est-il qu'il ne l'a pas admise. En faut-il conclure qu'il l'a repoussée d'une manière absolue? Ce serait très-mal raisonner. L'article 123 n'était pas limitatif, et il ne l'est pas devenu par le rejet de la proposition du Tribunat. Cette proposition était mal conçue ; la règle générale posée par l'article 123 devait être maintenue, sauf à autoriser les juges à s'en écarter ; tandis que de l'exception le Tribunat faisait la règle, ce qui était peu logique. C'est sans doute pour cette raison que le conseil d'Etat n'adopta pas le changement de rédaction proposé par le Tribunat.

Viennent ensuite les rapports et les discours qui font naître de nouveaux doutes. Dans le rapport fait au Tribunat par Leroy, il est dit formellement que l'exercice des droits du légataire dépend de la volonté de l'héritier présomptif, qui peut, suivant ses intérêts, réclamer ou ne réclamer pas l'envoi provisoire ; or, cet envoi est la condition nécessaire de l'ouverture du testament. Leroy justifie l'interprétation qu'il donne à l'article 123, par cette considération que le testament peut avoir été révoqué, que partant les droits moins précaires de l'héritier légitime doivent l'emporter (1). Mauvaise raison, car ce n'est pas sur une possibilité de révocation qu'il faut se fonder pour entraver le droit du légataire. Chose singulière, le rapporteur lui-même donne une excellente raison pour qu'il n'en soit pas ainsi. Il n'y a pas de différence, dit-il, entre les droits des héritiers présomptifs et ceux des donataires et légataires. Le droit de l'héritier légitime et celui de l'héritier testamentaire n'ont-ils pas une source commune et unique dans la loi qui les reconnaît? Un droit est quelque chose d'absolu qui n'admet pas du plus ou du moins. Cela est de toute évidence. Mais qui ne voit que cela ruine l'argumentation du rapport? Quoi ! deux droits sont égaux, et vous subordonnez l'un à l'autre, au point d'en rendre l'exercice impossible ! L'exercice de l'un devient la condition de l'exercice de l'autre ! Il faudrait un texte bien positif pour accepter une pareille anomalie. Mais la loi dit-elle ce que Leroy lui fait dire? Non, elle n'établit pas de condition ; elle prévoit seulement ce qui se fait dans les cas ordinaires, ce qui conduit à une conséquence bien différente.

Nous en dirons autant du discours de l'orateur du Tribunat. Huguet dit également qu'il y aurait injustice à priver les donataires et les légataires de la jouissance des biens qui leur sont dévolus ; que puisqu'on envoie les héritiers présomptifs en possession provisoire, ce qui est pour eux une succession anticipée, il faut, par une conséquence nécessaire et juste, donner aussi aux légataires et donataires la jouissance de leurs legs et de leurs donations ; mais il ajoute cette restriction : *dans le cas seulement de l'envoi en possession des héritiers* (2). Nous répétons que ces expressions restrictives ne se trouvent pas dans la loi ; que les y mettre, c'est en altérer le texte et l'esprit.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 123, n° 3 (t. I^er^, p. 63 et s.). Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I^er^, p. 299.
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 245, n° 2.

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 264, n^os^ 11 et 12.
(2) Id., *ibid.*, p. 270, n° 12.

Aux rapports et discours des tribuns, nous opposerons les paroles de Bigot-Préameneu, l'orateur du gouvernement. Il met tous les ayants droit sur la même ligne, et il ne dit pas un mot d'où l'on puisse inférer que les uns soient subordonnés aux autres : « L'ouverture des testaments et leur exécution provisoire doivent être autorisées par les *mêmes motifs* qui font donner aux héritiers présomptifs la possession des biens. Le droit qu'ils tiennent de la loi et celui que les légataires tiennent de la volonté de l'absent ne doivent également s'ouvrir qu'à la mort; si donc, par l'effet de la déclaration de l'absence, le temps où la mort serait constatée est anticipé par l'envoi en possession des héritiers, il *doit l'être également* par une délivrance provisoire aux légataires. » Bigot-Préameneu ajoute : « Ces principes et ces conséquences s'appliquent à tous ceux qui auraient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès; ils pourront les exercer provisoirement (1). »

Tel est le vrai esprit de la loi. Notre conclusion est que tous les ayants droit peuvent exercer leurs droits, sans que les héritiers présomptifs aient demandé l'envoi provisoire. Nous disons *tous* les intéressés. On a voulu établir une différence entre les légataires universels et les légataires à titre universel ou à titre particulier, en refusant à ceux-ci l'exercice provisoire de leurs droits que l'on accorde aux premiers (2). Cela n'est pas logique. Au point de vue de l'ouverture du droit, il n'y a aucune différence entre les diverses espèces de legs; tous doivent être mis sur la même ligne. On ne peut pas se prévaloir de ce que le légataire universel a parfois la saisine, car la saisine n'exerce aucune influence en matière d'absence; les héritiers saisis doivent demander l'envoi en possession, aussi bien que les successeurs qui n'ont pas la saisine. Telle est aussi l'opinion généralement suivie (3).

La jurisprudence a consacré la doctrine que nous venons d'exposer. Un arrêt fortement motivé de la cour d'Orléans

(1) Exposé des motifs, dans Locré, t. II, p. 256, n° 22.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 271, n° 3.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 251.

a reproduit les arguments de Merlin et de Proudhon; l'arrêt dit fort bien que les droits des donataires et des légataires s'ouvrent, non par l'envoi en possession des héritiers, mais par le seul fait de la déclaration d'absence. En effet, d'après l'article 115, cette déclaration peut être provoquée par tous les tiers intéressés autres que les héritiers; elle peut donc être prononcée par le juge indépendamment de la demande des héritiers et même malgré leur refus. Or, dès que la déclaration d'absence existe, elle doit produire ses effets pour toutes les parties; dès lors cette déclaration doit ouvrir tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent (1). Concevrait-on que la loi donnât aux légataires et aux donataires le droit de provoquer la déclaration d'absence sans le concours des héritiers et même malgré eux, et qu'ensuite elle leur refusât l'exercice provisoire de leurs droits, alors que la déclaration d'absence n'est qu'un préliminaire de l'envoi provisoire?

Il y a un arrêt de la cour de Gand qui semble moins explicite. La cour pose en principe que l'envoi en possession provisoire des héritiers doit précéder l'exercice provisoire des autres droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Cela est incontestable, puisque l'article 123 le dit. Mais la cour admet qu'il peut y avoir des circonstances où les ayants droit obtiennent l'exercice de leurs droits, sans qu'il y ait eu envoi provisoire. Seulement l'arrêt veut que, dans ce cas, l'action soit intentée contre les héritiers légitimes (2). Pour mieux dire, il convient que les héritiers soient mis en cause. Ils ne sont pas en possession, donc l'action ne peut pas être intentée contre eux; mais ils sont les contradicteurs légitimes de tous ceux qui réclament des droits sur les biens de l'absent. Cela résulte sinon du texte, au moins de l'esprit de la loi.

(1) Arrêt du 25 juin 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absents*, n° 248.
(2) Arrêt du 6 juillet 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 197)

§ III. *Sur quels biens porte l'envoi provisoire.*

166. L'article 120 dit que les héritiers présomptifs pourront se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. Cela implique que l'envoi ne comprend pas les droits qui pourraient s'ouvrir au profit de l'absent après sa disparition. Telle est, en effet, la théorie du code Napoléon, que nous exposerons plus loin. On suppose qu'une succession s'ouvre, à laquelle l'absent serait appelé, s'il était encore en vie. L'article 136 porte qu'elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. La loi ajoute : *Si l'existence de l'absent n'est pas reconnue*. Ces mots s'appliquent, comme nous le verrons, à la présomption d'absence. Mais comme dans cette première période toutes les probabilités sont encore pour la vie de celui qui a quitté son domicile, il arrive souvent que les héritiers présents ne contestent pas l'existence de l'absent, et lui allouent une part dans les biens, laquelle est remise aux représentants de l'absent, au curateur nommé par le tribunal ou au notaire. Nous croyons que le notaire n'a aucune qualité pour exercer les droits de l'absent, à moins que le tribunal ne l'ait investi de ce pouvoir ; encore doit-il verser, en ce cas, les deniers à la caisse de consignation, comme nous l'avons dit. Si ensuite l'absence est déclarée, et si les héritiers présomptifs sont envoyés en possession, pourront-ils réclamer la part allouée à l'absent dans la succession? L'article 120 décide la question. Ces biens appartenaient-ils à l'absent au jour de sa disparition? Non, puisque la succession n'était pas encore ouverte. On ne peut pas dire que le partage lui ait transmis la propriété des biens mis dans son lot, car le partage ne fait que liquider des droits préexistants, il ne crée pas de droits nouveaux. Le partage suppose donc que l'absent a pu hériter, c'est-à-dire qu'il était encore en vie lorsque la succession s'est ouverte. Mais cette supposition est détruite par le jugement qui déclare

l'absence, et par l'envoi en possession des héritiers présomptifs. Ceux-ci n'ont aucune qualité pour demander les biens qui ont été provisoirement attribués à l'absent par le partage. En effet, l'envoi qu'ils ont obtenu se fonde sur une probabilité de mort, tandis qu'ils ne pourraient réclamer les biens dévolus à l'absent que s'il y avait certitude de vie. Leur réclamation serait donc en contradiction avec leur titre ; c'est dire qu'elle est inadmissible (1).

167. Que faut-il entendre par biens *appartenant à l'absent* lors de sa disparition? Tous ceux qui sont dans son domaine, peu importe qu'il y ait un droit actuel ou éventuel. Un droit conditionnel est dans le domaine du créancier aussi bien qu'un droit pur et simple, puisqu'il passe à ses héritiers ; or, les envoyés en possession provisoire sont héritiers ; ils peuvent donc exercer ce droit. Il est encore de principe que celui qui a une action pour obtenir un bien est censé avoir le bien ; les envoyés auront donc les actions en nullité, en rescision, en résolution qui appartenaient à l'absent. Enfin ils continueront la possession que l'absent avait commencée. Il n'y a aucun doute sur toutes ces décisions qui ne sont que l'application des principes généraux de droit (2).

Il en est de même des fruits échus ou perçus lors de la disparition de l'absent, et de ceux qui échoient ou sont perçus jusqu'au jugement qui prononce l'envoi en possession provisoire. Les premiers appartenaient incontestablement à l'absent. On ne peut pas dire que les autres lui appartiennent, parce qu'on ignore si, au moment de leur échéance ou de leur perception, il vivait encore. Mais peu importe. Les fruits sont un accessoire des biens ; ils doivent donc être remis avec les biens à ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire. La loi le dit formellement pour les héritiers présomptifs. « Il sera fait emploi des fruits échus, » porte l'article 126 ; ils sont donc remis aux envoyés, qui les capitalisent et en jouissent après cela comme des autres biens de l'absent (art. 127). Il en doit

(1) C'est l'opinion générale. Voyez Merlin, *Répertoire*, au mot *Absents*, article 120, n° 8 (t. Ier, p. 58).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 357, n° 446.

être de même des fruits produits par les biens qui sont remis provisoirement aux donataires, aux légataires et à tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, parce qu'il y a même motif de décider : les fruits suivent comme accessoire le principal. A première vue, on pourrait croire qu'ils doivent accroître le patrimoine de l'absent, d'où l'on pourrait conclure qu'ils sont remis avec ce patrimoine aux envoyés provisoires. En réalité, il n'en peut être ainsi; car ces fruits étant perçus ou échus après la disparition de l'absent, ne lui appartiennent pas à cette époque, donc ils ne sont pas compris, comme tels, dans l'envoi provisoire. S'ils sont remis aux héritiers présomptifs, c'est comme accessoires; or, les autres ayants droit obtiennent aussi l'envoi provisoire, ils doivent donc profiter des fruits au même titre (1).

§ III. *Effets de l'envoi provisoire.*

N° 1. OBLIGATIONS DES ENVOYÉS.

168. Aux termes de l'article 125, « la possession provisoire n'est qu'un *dépôt*. » Tous les auteurs remarquent que cette expression ne doit pas être prise au pied de la lettre. La chose est évidente. Est-ce qu'un dépositaire administre? Non, tandis que l'article 125 ajoute que ce dépôt donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent. Est-ce qu'un dépositaire a la jouissance des choses qui sont confiées à sa garde? Non, certes, tandis que les envoyés ont droit à une partie des fruits. Pourquoi donc les auteurs du code ont-ils employé une expression à laquelle eux-mêmes donnent un démenti? L'expression de *dépôt* a sa raison d'être, elle nous révèle la pensée fondamentale de la loi. Ce qui caractérise le dépôt, c'est que le dépositaire n'a qu'une charge, il n'a pas de droits; le contrat est fait uniquement dans l'intérêt du déposant. Il en est de même de l'envoi provisoire; il n'est

(1) C'est l'opinion générale. Voyez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. II, p. 90 et suiv., nos 86 et 87.

pas établi dans l'intérêt des envoyés, mais dans l'intérêt de l'absent. C'est ce que les travaux préparatoires nous ont appris, et c'est ce que marque énergiquement le mot de *dépôt*. Aussi la loi commence-t-elle par énumérer les charges qui sont imposées aux envoyés; si elle leur accorde des droits, c'est parce qu'ils leur sont nécessaires pour leur mission d'administrateurs. Si elle leur donne une partie des fruits, c'est pour qu'ils consentent à se charger d'une gestion dont ils sont responsables. Conservons donc ce mot de *dépôt;* quoique inexact, il fait mieux connaître la pensée de la loi que les théories imaginées par les auteurs.

169. Le législateur savait très-bien que les envoyés provisoires ne sont pas de vrais dépositaires. Lui-même dit dans l'article 125 qu'ils ont l'administration des biens de l'absent. Ils sont donc essentiellement des administrateurs, c'est-à-dire des mandataires. De qui tiennent-ils leur mandat? Du tribunal qui les envoie en possession. Duranton a donc raison de dire que l'envoi est un mandat judiciaire (1). Il faut ajouter que la gestion des envoyés n'est pas gratuite, ils ont droit à une certaine quotité des fruits; que l'on appelle cette jouissance un salaire ou non, toujours est-il que les envoyés ne sont pas des mandataires ordinaires. La remarque a de l'importance pour préciser la responsabilité qui leur incombe. L'article 1992 décide la question; il dit que le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Il ajoute que cette responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. Comme les envoyés reçoivent une rémunération, il en faut conclure qu'ils sont soumis avec rigueur à la responsabilité qui pèse sur tout débiteur, en vertu de l'article 1137, lequel pose le principe que le débiteur est tenu de remplir son obligation *avec tous les soins d'un bon père de famille*. On sait que, dans le langage de l'école, cela s'appelle la faute légère *in abstracto* (2).

Au point de vue de la théorie, cette décision nous

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. Ier, p. 393, n° 487.
(2) Id., *ibid.*, n° 489.