titre à réclamer des fruits qui ont été perçus par suite d'une administration à laquelle ils sont restés étrangers. Mais on peut demander si les envoyés doivent restituer même le cinquième ou le dixième? Le texte de l'article 127 ne parle que de la restitution qui est faite à l'absent quand il reparaît. Nous avons déjà répondu à l'objection : la restitution des fruits doit se faire à ceux qui ont le droit de réclamer les biens. Il y a cependant une raison de douter. Ne peut-on pas dire que les envoyés en possession possèdent comme héritiers, que les parents les plus proches qui demandent l'envoi de préférence agissent aussi comme héritiers présomptifs, que, par suite, il faut appliquer les principes sur la pétition d'hérédité? Or, le possesseur apparent de la succession gagne tous les fruits. Ne faut-il pas accorder le même droit aux envoyés? La question est vivement débattue par les auteurs (1); et dans la doctrine générale, elle est réellement douteuse. Elle devrait être décidée en faveur des envoyés en possession, s'il était vrai qu'ils possèdent comme propriétaires, s'il était vrai que l'action intentée contre eux par des parents plus proches soit une action en pétition d'hérédité. Si l'on admet l'opinion que nous avons soutenue, la question ne peut pas même être posée. Il n'y a en cause que des parents appelés à administrer; il n'est question ni de propriété, ni de pétition d'hérédité. C'est donc par les principes sur l'absence, consacrés par l'article 127, qu'il faut décider quels sont les droits et les obligations des envoyés en possession lorsqu'ils doivent restituer les biens.

§ IV. *Droits des héritiers de l'absent.*

242. L'absent meurt; aux termes de l'article 130, sa succession s'ouvre au jour de son décès prouvé. Qui sera appelé à la recueillir? Les héritiers les plus proches à cette époque, répond la loi. Si les envoyés en possession sont les héritiers les plus proches, ils se partagent les biens de l'absent; si ce sont d'autres parents, les envoyés

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, nos 326-332.

en possession doivent leur restituer les biens dont ils ont joui. L'application de l'article 130 ne souffre aucune difficulté quand la succession s'ouvre pendant l'envoi provisoire; mais les auteurs et la jurisprudence sont partagés sur la question de savoir si l'on doit appliquer cette disposition à la troisième période. Au point de vue des principes et en faisant abstraction des textes, il n'y a pas le moindre doute. Quand une personne meurt, sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi si le défunt est absent, et s'il y a des parents envoyés en possession définitive de ses biens? Est-ce que l'envoi en possession, fût-il définitif, donne un droit à ceux qui l'ont obtenu, droit qu'ils puissent opposer aux vrais héritiers? C'est, au contraire, dans la supposition qu'eux, les envoyés, sont les vrais héritiers, qu'ils ont obtenu l'envoi en possession. Mais s'il y a des parents plus proches, alors les envoyés sont sans droit; leur titre supposé s'évanouit devant le titre réel, alors que la mort prouvée fait cesser l'absence et remplace la possession par le partage de l'hérédité

Cependant un excellent esprit, Zachariæ, soutient que l'article 130 ne concerne pas la troisième période (1). Son opinion n'a pas trouvé faveur; les traducteurs de l'écrivain allemand ont abandonné, en ce point, son opinion. Les textes ne présentent réellement pas plus de doute que l'esprit de la loi. Il est vrai que, dans la rédaction primitive, l'article 130 portait expressément : « Dans le cas de décès prouvé de l'absent, *pendant l'envoi en possession provisoire.* » Ces derniers mots furent retranchés, mais le texte conserve encore une trace de la rédaction primitive; car l'article 130 ajoute à la fin que les envoyés en possession restituent les biens aux héritiers les plus proches, *sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article* 127. Or, après l'envoi définitif, il n'y a plus lieu à un compte de fruits; d'où l'on conclut qu'il faut limiter l'article 127 à l'envoi provisoire. On répond, et la réponse est décisive, que c'est donner à la fin de l'article 127 une

(1) Zachariæ, t. Ier, p. 310, § 157, et la note d'Aubry et Rau, p. 312.

portée qu'il n'a point. L'article 127 est conçu dans des termes généraux, il s'applique certainement à l'envoi provisoire ; dans ce cas, il y aura lieu à un compte de fruits. Que si la succession s'ouvre pendant l'envoi définitif, les envoyés en possession garderont tous les fruits. Prévoyant les deux hypothèses dans une même disposition, la loi devait dire, comme elle le fait, *sous la réserve des fruits;* cela n'implique pas que les fruits doivent toujours être restitués, cela veut seulement dire qu'il pourra y avoir lieu à la restitution (1).

243. Il y a une raison particulière et décisive pour laquelle le code devait parler de la restitution des fruits. L'action de l'article 130 est sans contredit une action en pétition d'hérédité. Il en résulte que les demandeurs doivent prouver d'abord la mort de l'absent, puis leur degré de parenté. Mais faut-il aussi appliquer les principes de la pétition d'hérédité en ce qui concerne les droits et les obligations des défendeurs? Si on les appliquait, les envoyés en possession gagneraient tous les fruits, même pendant l'envoi provisoire. C'est ce que le législateur n'a pas voulu, et avec raison. Car, d'après la rigueur des principes, les envoyés provisoires ne sont pas possesseurs de l'hérédité, ils ne sont que dépositaires et administrateurs ; comme tels, ils n'ont droit aux fruits que dans les limites déterminées par l'article 127.

L'article 130 ne dit pas que les héritiers prennent les biens dans l'état où ils se trouvent, ainsi que le dit l'article 132 de l'absent quand il reparaît après l'envoi définitif, et l'article 133 des descendants de l'absent. Faut-il conclure de cette différence de rédaction que les rapports des héritiers et des envoyés ne sont pas régis par le principe des articles 132 et 133? On l'a dit, mais l'article 130 prouve que telle n'est pas la pensée du législateur. Il applique aux envoyés les principes de l'absence, quant aux droits qu'ils peuvent prétendre sur les fruits ; il faut leur appliquer les mêmes principes lorsqu'il s'agit de déterminer leurs droits et leurs obligations quant à la restitution des biens. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Conçoit-on que les héritiers de l'absent soient traités plus favorablement que l'absent lui-même ou ses descendants (1)?

(1) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 336-338.

244. Dans quel délai les héritiers de l'absent doivent-ils intenter leur action? Il va sans dire que cette action est prescriptible, à la différence de celle de l'absent. Mais à partir de quel moment la prescription commence-t-elle à courir? Sur ce point, il y a de sérieuses difficultés. Rappelons d'abord les principes généraux qui régissent la prescription. L'action en pétition d'hérédité dure trente ans ; mais elle suppose que les défendeurs possèdent à titre de propriétaire. D'après cela, il faut dire que la prescription commence à courir du jour où les envoyés ont commencé à posséder à ce titre. Si c'est après l'envoi définitif que la succession de l'absent s'est ouverte, il n'y a aucun doute : les envoyés en possession possèdent à titre de propriétaire ; ils prescrivent, par conséquent. Mais que faut-il décider si l'absent est mort pendant la deuxième période? La prescription court-elle pendant l'envoi provisoire? Dans l'opinion générale, on répond que les envoyés provisoires peuvent prescrire, puisque, à l'égard des tiers, ils possèdent à titre de propriétaire, en ce sens qu'ils possèdent pour eux-mêmes avec l'intention de s'approprier et de conserver les biens qu'ils détiennent (2). Dans notre système, nous ne pouvons pas accepter cette réponse. D'après la rigueur des principes, les envoyés ne sont pas propriétaires à l'égard des tiers, ni possesseurs à titre de propriétaire. En effet, quel est leur titre? Le jugement qui les envoie en possession ; or, ce jugement ne leur confère que le dépôt ; comme dépositaires, ils ne peuvent pas prescrire. Faut-il donc dire que pendant tout l'envoi provisoire, la prescription ne court point, qu'elle ne commence à courir qu'à partir de l'envoi définitif?

Nous croyons que les envoyés ne peuvent pas être considérés comme héritiers ; en effet, ils ne possèdent pas

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 574.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 332 et suiv., et la note de Valette ; Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 251 et suiv.

comme héritiers apparents, avec l'intention d'être propriétaires. Dès lors il n'y a pas lieu à la véritable pétition d'hérédité; les demandeurs agissent, à la vérité, en qualité d'héritiers, mais les défendeurs ne possèdent pas comme héritiers. Nous ne sommes donc pas sous l'empire des principes qui régissent la prescription acquisitive. Il faut plutôt appliquer les principes de la prescription extinctive, et décider que l'action des héritiers doit être intentée dans les trente ans à partir de l'ouverture de la succession, par application de l'article 789, qui porte que le droit d'accepter ou de répudier une succession, c'est-à-dire le droit héréditaire, se prescrit par trente ans.

CHAPITRE V.

RÈGLES COMMUNES AUX TROIS PÉRIODES DE L'ABSENCE.

SECTION I. — Du mariage de l'absent.

245. L'époux présent peut-il contracter un nouveau mariage pendant la durée de l'absence? Non. L'article 139 implique que si le conjoint contractait une nouvelle union, elle serait nulle. On fonde d'ordinaire ce principe sur l'indissolubilité du mariage. Il est certain que le mariage n'étant dissous que par la mort ou par le divorce, l'époux présent ne peut pas contracter un second mariage tant que le premier subsiste. Mais on peut demander pourquoi l'absence n'a pas été considérée par le législateur comme une cause de dissolution? C'est que l'absence n'est jamais une présomption légale de mort; si, à raison de l'incertitude qui règne sur la vie de l'absent, le code civil prescrit des mesures qui, pendant la dernière période, sont analogues à celles que la loi établit en cas d'une succession ouverte, ces mesures n'ont cependant jamais un caractère définitif;

elles ne sont que provisoires, si l'absent vit encore. La question du mariage se réduit donc à demander : La loi pouvait-elle prononcer la dissolution provisoire du mariage? Bigot-Préameneu répond : « Le plus important de tous les contrats ne saurait dépendre d'une simple présomption, soit pour déclarer anéanti celui qui aurait été formé, soit pour en former un nouveau qui ne serait, au retour de l'époux absent, qu'un objet de scandale ou de trouble (1). »

246. Si l'époux présent contracte un nouveau mariage pendant l'absence de son conjoint, le mariage est nul. Mais qui en peut demander la nullité? L'article 139 répond : « L'époux absent sera seul recevable à attaquer ce mariage. » Cette disposition s'applique sans difficulté, tant que dure l'absence; c'est-à-dire tant que l'absent ne reparaît point ou ne donne pas de ses nouvelles. Personne ne pourra attaquer le mariage que l'époux présent aura contracté. C'est une dérogation au droit commun. Quand un conjoint se remarie avant la dissolution du premier mariage, il y a bigamie, et en ce cas la nullité étant absolue, toute partie intéressée peut la demander, ainsi que le ministère public (art. 184, 187, 188, 190). Pourquoi le mariage contracté par l'époux présent ne peut-il pas être attaqué? C'est parce qu'il y a incertitude sur la vie et la mort du conjoint absent. Il est possible, il est même probable qu'il est décédé. Il est donc possible, probable qu'il n'y a pas de bigamie. Dès lors la loi ne pouvait pas permettre d'attaquer le mariage de l'époux présent, aussi longtemps que dure cette incertitude. Comme le disait l'avocat général Gilbert des Voisins, « l'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau; mais elle ne doit jamais suffire aussi pour troubler un mariage contracté (2). » Cela est fondé en raison aussi bien que sur les principes de droit. Pourquoi le législateur autorise-t-il, pourquoi provoque-t-il en quelque sorte toutes les personnes intéressées à demander la nullité du mariage, en cas de bigamie? C'est qu'il y a

(1) Exposé des motifs, n° 32 (Locré, t. II, p. 259).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Absence*, n° 525.