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.

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 nas 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, nº 32 (Locré, t. II. p. 259) 2) Dalloz, Répertoire, au mot Absence, nº 525.

scandale public, immoralité, crime. Quand le conjoint d'un absent contracte une union nouvelle, il y a imprudence, mais le plus souvent il y a bonne foi, donc pas d'immoralité, pas de scandale, l'ordre moral n'est pas lésé, par suite il n'y a aucune raison d'attaquer le mariage.

Par application de ces principes, il a été jugé que le second mari de la femme qui s'est remariée n'est pas recevable à demander la nullité de son mariage, s'il ne prouve pas l'existence du premier mari. La cour de cassation a encore décidé que les enfants dont la mère s'est remariée pendant l'absence de leur père doivent être déclarés mal fondés dans leur demande en nullité du mariage, s'ils ne prouvent qu'à l'époque où il a été contracté, le premier n'était pas dissous (i).

247. L'article 139 s'applique-t-il à la présomption d'absence? On est étonné, en lisant la loi, de voir que la question est controversée. En effet, le texte est général: "L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage. " Il suffit donc qu'il y ait absence; or, l'absence existe dans la première période aussi bien que dans la deuxième. Cependant Proudhon s'est prononcé pour l'opinion contraire, et l'avis de cet esprit logique mérite toujours d'être pris en considération. La section III traite des effets de l'absence relativement au mariage; c'est une des sous-divisions du chapitre III, intitulé: Des effets de l'absence. Or, le premier article du chapitre parle de la déclaration d'absence; donc l'objet de tout le chapitre est de régler les effets de l'absence déclarée; par suite, le mot absent y signifie celui dont l'absence a été déclarée par jugement. Dans l'article 139, on doit surtout l'entendre ainsi. En effet, pourquoi la loi défend-elle d'attaquer le mariage contracté par l'époux présent? Parce qu'il n'y a pas de scandale, parce que l'époux présent est de bonne foi, parce que tout le monde croit que l'absent est décédé. Peut-on croire à la bonne foi de l'époux qui contracte une nouvelle union,

(1) Arrêts de la cour de cassation du 21 juin 1831 et du 18 avril 1838 (Dalloz, au mot Absence, nes 537 et 526).

alors que son conjoint vient à peine de disparaître? Il y a scandale, donc il y a lieu à action en nullité (1). Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la cour de Douai (2).

La cour de cassation a condamné la doctrine de Proudhon. Comme l'a remarqué le conseiller rapporteur, le mot absent a, dans le langage juridique, un sens général; il se dit de l'absence présumée aussi bien que de l'absence déclarée; il faudrait donc qu'il y eût des motifs particuliers pour le restreindre à l'absence déclarée, dans l'article 139. Il y a, au contraire, même raison de décider que le mariage de l'époux présent est inattaquable, soit qu'il y ait déclaration d'absence, soit qu'il y ait absence présumée. C'est l'incertitude qui règne sur l'existence de l'absent qui sert de base à la disposition de l'article 139; or, il y a incertitude dès la première période, ce qui décide la question. Peu importe la bonne ou la mauvaise foi du conjoint qui s'est remarié. La loi ne subordonne pas le principe qu'elle pose à la bonne foi de l'époux présent. Elle considère s'il y a ou non trouble de l'ordre social. Or, comment y aurait-il scandale, alors que les tribunaux prennent des mesures pour l'administration des biens de l'absent, en se fondant sur l'absence présumée, c'est-à-dire sur l'incertitude de la vie du conjoint absent? Telle est aussi l'opinion commune des auteurs (3).

248. Dans l'ancien droit, on permettait aux époux qui avaient contracté mariage, alors que l'un d'eux était engagé dans les liens d'un premier mariage avec un absent, de vivre séparément; on les y obligeait même, dit d'Aguesseau. Il était impossible d'annuler leur union, parce que l'incertitude ne suffit pas pour attaquer un mariage, mais elle suffisait pour séparer les époux. Il est évident que, dans notre droit moderne, l'on ne peut plus obliger les époux à se séparer; nous ne connaissons pas d'autre séparation que la séparation de corps, et cette séparation ne peut être prononcée que pour les causes que la loi détermine. Il y a cependant des auteurs qui enseignent que si l'un des époux deman-

⁽¹⁾ Proudhon, Traité sur l'état des personnes, t. Ier, p. 300. (2) Arrêt du 16 mai 1837 (Dalloz, au mot Absence, nº 526).

⁽³⁾ Dailoz, Répertoire, au mot Absence, nos 526, 536 et 537.

dait à vivre séparément, le tribunal devrait l'y autoriser. Le lui refuser, dit Demante, ce serait défendre, au nom de la loi, d'accomplir un devoir de conscience, et le pouvoir du législateur humain ne va pas jusque-là (1). Demante oublie que la justice n'a pas à s'occuper des devoirs moraux, tant que la loi ne les sanctionne pas. C'est la distinction élémentaire entre les devoirs parfaits et les devoirs imparfaits; ceux-ci restent dans le domaine de la morale, ils n'ont et ne peuvent avoir d'autre sanction que la conscience (2).

249. Si l'absent meurt après que son conjoint a contracté une nouvelle union, le mariage pourra-t-il être attaqué? D'après le droit commun, la mort de l'époux n'empêche pas que le mariage contracté par son conjoint ne soit annulé pour cause de bigamie. Faut-il appliquer ce principe en matière d'absence? Il y a une raison de douter. Quand le décès de l'absent est prouvé, il est prouvé par cela même qu'il y a bigamie; donc l'incertitude qui ne permettait pas d'attaquer le mariage cesse, et il semble, par suite, que l'on rentre dans le droit commun. Cependant l'opinion contraire est généralement enseignée. Elle se fonde sur les termes de l'article 139 : l'absent est seul recevable à attaquer le mariage. L'argument est décisif, à notre avis. On peut ajouter que c'est dans l'intérêt de la morale publique que la loi autorise toutes les parties intéressées à demander la nullité d'un mariage entaché de bigamie. Quand l'absent est mort, ce motif vient à tomber. Le mariage a été contracté sans scandale, et ce n'est pas la mort arrivée à l'étranger, inconnue dans la patrie de l'absent, qui le fera naître. Dès lors il n'y a pas lieu à nullité (3).

250. Faut-il décider la même chose si l'absent reparaît? On est tenté de répondre immédiatement : Non, toute incertitude cesse, il y a scandale public, puisqu'il se trouve que l'époux remarié a deux conjoints; il y a crime,

(1) Demante, Cours analytique de code civil, t. Ier, p. 286, nº 177 bis, V. C'est l'opinion commune (Demolombe, t. II, p. 343, nº 262) (3) Demante, dans l'Encyclopédie de droit de Sebire et Carteret, au mot

il faut donc permettre à toute personne intéressée de demander la nullité d'un mariage qui est un trouble permanent de l'ordre social. Telle est aussi l'opinion générale. Toullier enseigne le contraire, mais il a été fort malmené par Marcadé, qui lui reproche d'avoir admis une interprétation qui aboutit à un scandale dégoûtant. Marcadé oublie que cette opinion est partagée par Zachariæ, lequel est un maître aussi bien que Toullier. Il y a plus. Marcadé luimême avoue que l'interprétation de Toullier est fondée sur la lettre de la loi, et cela est de toute évidence. Transcrivons encore une fois le texte : " L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce nouveau mariage. » Certes, si la question doit être décidée par le texte, il n'y a plus de question. Le code suppose que l'absent reparaît ou qu'il donne de ses nouvelles; plus d'incertitude, la bigamie est patente; aussi, le code permet-il de demander la nullité du mariage, mais à qui? À l'absent seul. Cela est si clair, si évident, que l'on se demande comment il est possible d'échapper à la lettre de la loi. On invoque la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat. Nous allons la rapporter.

Le projet présenté dans la séance du 4 frimaire an x contenait deux dispositions; l'une portait : « L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira pas pour autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre époux. » Puis venait un article 27, ainsi conçu: " Si néanmoins il arrivait qu'il eut été contracté un nouveau mariage, il ne pourra être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent, et tant que l'époux absent ne se présentera point, ou ne réclamera point par un fondé de procuration spéciale. » Ainsi, le projet disait clairement que le mariage contracté par l'époux présent était inattaquable, tant que l'absent lui-même n'en demanderait pas la nullité. La lettre du projet disait donc ce que dit la lettre du code. Pourquoi remplaça-t-on la rédaction primitive par la rédaction actuelle? Est-ce parce que le conseil d'État voulait donner à toute partie intéressée le droit de demander la nullité?

317

Voilà ce que la discussion devrait démontrer pour qu'on put l'invoquer contre la lettre de l'article 139 qui dit le contraire. Que se passa-t-il? Bérenger dit « que les articles 26 et 27 paraissaient se contrarier, que le premier décidait que l'absence de l'un des époux n'autorisait en aucun cas l'autre époux à contracter un nouveau mariage; tandis que l'article 27 supposait qu'un tel mariage pouvait être contracté. » On voit sur quoi porte l'objection et par suite la discussion: sur une contradiction apparente entre deux articles. Tronchet répondit avec raison qu'il n'y avait pas contradiction, que le projet ne faisait que reproduire la maxime formulée par Gilbert des Voisins. Thibaudeau insista sur la critique, et dit qu'il y avait quelque inconvénient à ce que la loi parût admettre la possibilité de pareils mariages. Jusqu'ici, pas un mot sur notre question : il ne s'agit toujours que de faire disparaître une prétendue contradiction qui existait tout au plus dans les termes. Cambacérès proposa d'effacer l'article 26, et d'ajouter à l'article 27 cette disposition : " Néanmoins, si l'époux absent se représente, le mariage sera déclaré nul. » Cambacérès entendait-il trancher la question de savoir par qui la nullité pourrait être demandée? Du tout, car cette question n'avait pas été soulevée, et en réalité, la rédaction proposée par Cambacérès ne décidait pas la difficulté. Tout ce qu'il voulait, c'était de rédiger l'article du projet plus clairement ; or, le projet consacrait formellement le principe que personne ne pouvait attaquer le mariage, sauf l'absent. Thibaudeau, le rapporteur de la section de législation, déclara qu'il rédigerait un article en ce sens que l'époux absent pourrait seul attaquer le mariage de son conjoint. Sur cela, la discussion fut close. Le procès-verbal porte que la proposition du consul Cambacérès est adoptée (1).

Voilà la discussion qui doit prouver, dit-on, que toute partie intéressée peut demander la nullité du mariage contracté par l'époux présent. Et pas un mot n'a été dit sur cette question! et la rédaction proposée par Cambacérès chargé de sa procuration (1). »

Si l'article 139 n'a pas le sens que présente la lettre de la loi, que signifie-t-il? Ecoutons Marcadé. « L'article 139, dit-il, n'a pas pour but de décider par qui le mariage de l'époux présent pourra être attaqué, mais quand il pourra l'être. La loi veut donc dire : Le mariage contracté par le conjoint d'un absent ne pourra être attaqué que quand l'absent sera de retour, ou qu'il aura donné des preuves de son existence. » Nous demanderons à Marcadé qui lui a appris que telle était la volonté du législateur. Ce n'est certes pas le texte, car le texte dit précisément le contraire; il ne dît pas quand, il dit par qui le mariage pourra être attaqué. Est-ce que la discussion du conseil d'État, est-ce que le discours de l'orateur du gouvernement nous font connaître par hasard que les auteurs du code ont voulu autre chose que ce qu'ils ont dit? Dans la discussion, il n'a été question ni du quand, ni du par qui; et Bigot-Préameneu ne s'occupe que de ceux qui pourront attaquer le mariage. L'interprétation de Marcadé est donc tout à fait imaginaire. Elle suffirait pour condamner l'opinion générale, car elle prouve qu'il faut altérer les travaux préparatoires aussi bien que le texte, pour trouver un autre sens que celui de ia lettre de la loi. Ce qui veut dire que l'on refait la loi, qu'on la corrige; est-ce là la mission de l'interprète?

laissait la question indécise! et Thibaudeau, le rapporteur, résumant le débat, formulait le vœu du conseil dans les termes que le texte actuel reproduit! On dit que le conseil adopta la proposition de Cambacérès. Oui, mais telle qu'elle venait d'être interprétée par Thibaudeau. C'est donc le principe du projet, principe qui n'avait été combattu par personne, qui passa dans le code. En veut-on une nouvelle preuve? Bigot-Préameneu assista à la discussion; désigné par le premier consul pour exposer les motifs du titre de l'Absence, il nous dira dans quel sens il faut l'entendre: « On a voulu, dit-il, dans la loi proposée, que le mariage contracté pendant l'absence ne pût être attaqué que par l'époux même à son retour, ou par celui qui serait

⁽¹⁾ Locré, Législation civile, t. II, p. 240, nos 43 et 44.

⁽¹⁾ Exposé des motifs nº 32 (Locré, t. II, p. 259)

On crie au scandale! Il y a bigamie, crime, scandale, et il dépendra de l'inaction de l'époux absent qui reparaît, de perpétuer ce scandale! Et quel sera l'état des enfants qui naîtront du second mariage? Le premier subsistant, ils auront deux pères ou deux mères! Nous pourrions nous dispenser de répondre à cette objection, elle s'adresse au législateur. Il ne s'agit pas de savoir si la disposition de l'article 139 consacre un scandale; la question que nous débattons est de déterminer le sens de la loi. Peut-on lui donner un autre sens que celui qui résulte tout ensemble du texte et de la discussion? Telle est la seule question que l'interprète ait à examiner. Est-il vrai, après tout, que la loi, entendue dans son sens littéral, est injustifiable? Plaçons-nous dans la réalité des choses. Le nouveau mariage est contracté pendant l'absence du conjoint. Pour que l'officier de l'état civil ait consenti à célébrer cette union, il faut supposer que l'absent est considéré comme mort, à ce point que l'on a oublié qu'il ait jamais existé. Il vit cependant et il reparaît. Mais il reparaît sans être connu de personne, là où son conjoint a contracté mariage. Donc nul scandale. Il se décide à garder le silence pour ne pas troubler l'union nouvelle de son conjoint. Lui n'agissant pas, personne ne saura qu'il y a jamais eu un premier mariage. Où est donc le scandale? Le scandale serait dans une action en nullité que des collatéraux viendraient intenter, alors que le principal intéressé croit devoir garder le silence. C'est donc pour éviter le scandale que la loi s'en rapporte à l'absent. Lui seul peut apprécier la conduite de son conjoint. Est-elle réellement scandaleuse, il agira; ne l'est-elle pas, il ne provoquera pas le scandale. Où est donc l'immoralité de la loi (1)?

251. L'article 139 a encore donné lieu à d'autres controverses. Si l'absent ne reparaît pas, il peut néanmoins demander la nullité du mariage par son fondé de pouvoir. Faut-il un pouvoir spécial, ou un mandat général suffirait-il? Nous ne comprenons pas que la question soit posée, et

(1) L'opinion générale est contraire (Dalloz, Répertoire, au moi Absence,

encore moins qu'il y ait tant d'incertitude dans la solution que lui donnent les auteurs. Quel est le principe d'où part la loi? L'absent seul est recevable à attaquer le mariage de son conjoint; il faut donc que la demande émane de lui. Dès lors, s'il n'intente pas lui-même l'action, il doit donner pouvoir de le faire en son nom; ce qui implique la nécessité d'un pouvoir spécial. On a été jusqu'à soutenir qu'un mandat général laissé par l'absent avant son départ suffisait. Le mariage pourrait donc être attaqué, annulé, sans même que l'absent sût qu'il y a mariage, alors que la loi veut que lui seul l'attaque, s'il le juge convenable (1)!

L'article 139 ajoute que le fondé de pouvoir de l'absent doit être muni de la preuve de son existence. S'il faut une procuration spéciale, dit-on, à quoi bon le certificat de vie? Sans doute une procuration authentique prouve qu'au moment où elle est donnée, l'absent vit. Mais l'action peut être intentée après un délai plus ou moins long depuis la date que porte le mandat. Alors la procuration, quoique authentique, ne suffit plus. Elle serait toujours insuffisante si elle était donnée par acte sous seing privé, un pareil écrit ne faisant pas foi de sa date. Il faut donc la preuve que l'absent vit au moment où l'action est intentée (2).

SECTION II. - Des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.

252. L'article 135 pose comme principe général : Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert; jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande. » Cela suppose que le droit vient à s'ouvrir après la disparition de celui qui pourrait le réclamer, s'il vivait au moment où le droit s'ouvre; si dans ce moment il est absent, dans le sens légal du mot, il est évident qu'il ne peut pas

⁽¹⁾ Voyez, sur les diverses opinions, Demolombe, t. II, p. 344, n° 263.
(2) Il y a encore diverses interprétations (Dalloz, Répertoire, au mot Absence, n° 533).