

dividu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers. »

La succession de l'absent n'est pas ouverte par l'envoi en possession provisoire (arg., art. 748). Régulièrement donc les envoyés ne devraient pas payer au fisc le droit de mutation par décès; il a fallu une loi spéciale pour les y obliger. Cette loi se justifie par cette considération que la plupart du temps l'envoi provisoire devient définitif, le sort de l'absent demeurant toujours ignoré, et que rarement par suite les envoyés en possession provisoire sont troublés dans la paisible possession des biens de l'absent. On a donc pu, au point de vue fiscal, les considérer dès à présent comme héritiers, sauf à leur restituer plus tard, si l'absent reparait, les droits qu'ils se trouveront avoir indûment payés.

N° 7. Des événements qui mettent fin à l'envoi en possession provisoire.

353. La possession provisoire prend fin :

1° Par le retour de l'absent ;

2° Par la réception de ses nouvelles. « Si l'absent reparait ou si son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront; sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre I^{er} du présent titre pour l'administration de ses biens » (art. 131).

Dans ces deux premiers cas, les envoyés cessent d'avoir droit aux fruits pour l'avenir, et sont tenus de restituer à l'absent de retour ses biens augmentés s'il y a lieu de la portion des revenus déterminée par l'article 127.

3° Par le décès prouvé de l'absent. On règle alors définitivement la succession de l'absent en se reportant à l'époque de son décès. De là il résulte que les envoyés en possession provisoire pourront avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui, n'étant pas ses héritiers présomptifs lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avaient cette qualité lors de son décès prouvé. « La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit de ses héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127 » (art. 130). Exemple : l'envoi en possession provisoire a été obtenu par le conjoint de l'absent à défaut de parents; le conjoint meurt, puis on apprend que l'absent lui-même est mort à une époque postérieure au décès de son conjoint; les héritiers du conjoint devront restituer les biens de l'absent à l'Etat qui est héritier au jour du décès prouvé.

4° Par l'envoi en possession définitif, dont nous traiterons plus loin.

II. Droit d'option accordé au conjoint de l'absent.

354. Aux termes de l'article 124 : « L'époux commun en biens, s'il opte

» pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. — La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite. »

L'absent était marié sous le régime de la communauté; son conjoint est présent; l'absence est déclarée. Telle est l'hypothèse que prévoit notre article. S'il n'existait pas, voici ce qui arriverait nécessairement. La communauté serait provisoirement considérée comme dissoute au jour du départ ou des dernières nouvelles de l'absent, et liquidée d'après son état à cette époque. Puis le conjoint présent serait admis à exercer provisoirement ses droits tant dans la communauté ainsi liquidée que sur les biens personnels de l'absent. Le surplus des biens de la communauté représentant la part de l'absent, ainsi que tous les autres biens personnels de celui-ci, seraient provisoirement attribués à ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles et à tous autres ayant des droits subordonnés à son décès (art. 120 et 123). Si le conjoint présent veut accepter ce résultat, il en a le droit. Mais la loi lui permet de l'écarter en optant pour la continuation de la communauté. S'il prend ce dernier parti, la communauté sera provisoirement considérée comme existant encore; en conséquence, il conservera ou prendra l'administration des biens de la communauté et aussi des biens personnels de l'absent qui n'étaient point entrés en communauté.

L'époux présent commun en biens a donc un droit d'option dont voici les deux termes : dissolution provisoire de la communauté, continuation provisoire de la communauté. Le conjoint présent restant enfermé dans les liens du mariage tant que le décès de l'absent n'est pas prouvé (art. 139 et 227), la justice exigeait qu'il pût demander le maintien de ses conventions matrimoniales, sur la foi desquelles le mariage a été contracté. Puisqu'on lui oppose son mariage comme faisant obstacle à la création d'un nouveau lien, il doit pouvoir l'invoquer en tant qu'il est pour lui la source d'avantages pécuniaires. D'ailleurs le droit certain de l'époux présent devait être préféré au droit « incertain et précaire » des héritiers présomptifs. Enfin l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté a pour résultat de concentrer dans ses mains l'administration de tous les biens de l'absent, qui sans cela serait peut-être divisée et morcelée entre de nombreux ayant-droit au grand préjudice des biens de l'absent. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour justifier le droit d'option accordé au conjoint présent marié sous le régime de la communauté.

355. Ce qui peut surprendre, c'est que la loi limite sa faveur au cas où l'époux présent est « commun en biens », c'est-à-dire marié sous le régime de la communauté, car il y avait exactement les mêmes raisons pour la lui accorder dans tous les cas. En effet, quel que soit le régime nuptial auquel il est soumis, l'époux présent peut avoir intérêt au maintien provisoire de ses conventions matrimoniales. Ainsi, sous le régime dotal, le mari dont la femme est déclarée absente peut avoir intérêt à la continuation du régime sur la foi duquel il a contracté et qui lui donne le droit de jouir de tous les biens dotaux de son épouse (art. 1549). Il est pourtant impossible, vu le caractère exceptionnel et tout de faveur de la disposition dont il s'agit, de l'étendre en dehors du cas prévu par la loi. L'interprète a le droit de regretter et de solliciter sur ce point une réforme législative; mais il ne lui est pas permis de corriger l'œuvre imparfaite de la loi.

S'il ne faut pas étendre au-delà de ses justes limites la disposition de l'article 124, il ne faut pas non plus en restreindre arbitrairement la portée. L'article devra donc être appliqué, toutes les fois qu'il y a communauté de biens entre les époux (la loi dit « l'époux commun en biens... »), non-seulement par conséquent lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, mais aussi lorsqu'ils sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts.

356. La loi suppose que l'époux présent exerce son droit d'option avant que l'envoi provisoire soit accordé (argument de ces mots : et empêcher l'envoi provisoire). C'est en effet ce qui arrivera le plus souvent. Mais supposer n'est pas disposer, et on est d'accord pour décider que, la loi n'ayant fixé aucun délai au conjoint, il pourrait exercer son droit d'option même après l'envoi provisoire et le faire ainsi cesser.

La loi n'indique pas non plus la forme dans laquelle doit être exercé le droit d'option, et de là il résulte qu'aucune forme particulière n'est requise. Il suffira que l'époux ait manifesté sa volonté d'une manière quelconque, même tacitement.

Cela posé, étudions successivement les deux termes de l'option accordée à l'époux présent.

357. A. L'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté. — Quand l'époux prend ce premier parti, la communauté est réputée dissoute à partir du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle doit être provisoirement liquidée d'après son état à cette époque, et l'époux présent exerce provisoirement, tant sur les biens de cette communauté que sur les biens personnels de l'absent qui n'étaient point entrés en communauté, « tous ses droits légaux et conventionnels » (art. 124).

Tous ses droits légaux. L'époux présent aura donc droit à la reprise de ses propres, au paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté et à sa moitié des biens communs.

Tous ses droits conventionnels. Ainsi l'époux présent pourra réclamer provisoirement le bénéfice des donations que l'absent lui a faites sous condition de survie. De même il pourra exercer provisoirement le droit de préciput que son contrat lui accorde, ou le droit qu'il a stipulé

dans ce même contrat de prendre une part de la communauté plus forte que la moitié...

L'époux présent qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté est tenu « de donner caution pour les choses susceptibles de restitution » (art. 124). La femme devra donc donner caution pour tout ce qu'elle prend, même pour ses biens personnels, à l'exception de ceux dont son mari n'avait pas l'administration et la jouissance; car sauf ces derniers biens elle devra tout restituer à son mari s'il reparait. Quant au mari, il doit certainement caution pour les biens qu'il prend en qualité de légataire de sa femme ou de donataire de celle-ci sous condition de survie; il y aura lieu en effet à la restitution de ces biens par les héritiers du mari, s'il vient à être prouvé que la femme lui a survécu. Mais le mari ne devrait pas caution pour ses biens personnels, à la restitution desquels il ne peut être tenu en aucun cas, ni même, suivant l'opinion générale, pour la portion des biens de la communauté qui lui est provisoirement attribuée.

L'époux présent qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté n'a que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire, c'est-à-dire d'un administrateur, sur tous les biens qui lui ont été attribués par suite de l'exercice provisoire de ses droits et qui sont sujets à restitution. L'obligation que la loi lui impose de fournir caution prouve bien qu'elle le considère seulement comme un administrateur et non comme un propriétaire.

Cela posé, il semble que l'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté devrait être tenu de faire inventaire. Cette obligation n'incombe-t-elle pas, en règle générale, à tout administrateur du bien d'autrui? Ne voyons-nous pas la loi l'imposer même à certains administrateurs, desquels elle n'a pas cru devoir exiger une caution, par exemple au tuteur? — Ces raisons sont graves; mais sont-elles suffisantes en présence du texte de l'article 126, qui n'assujettit à l'obligation de faire inventaire que l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté, et semble par suite en dispenser celui qui a opté pour la dissolution?

358. B. L'époux présent opte pour la continuation provisoire de la communauté. — Quand l'époux présent prend ce parti, le régime matrimonial sous la foi duquel son union a été contractée est provisoirement maintenu.

Cette option produit deux effets :

1° Elle empêche l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent et aussi l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à son décès.

Il est facile de justifier la préférence accordée au conjoint présent sur les héritiers présomptifs de l'absent et même sur les légataires et les héritiers contractuels de celui-ci; le droit certain du conjoint présent, résultant de son contrat de mariage, devait primer le droit incertain et éventuel des héritiers et légataires de l'absent. Mais la loi mérite d'être critiquée en tant qu'elle préfère le conjoint présent aux

tutions de droits réels accomplies par les envoyés jusqu'à l'époque où il a fait connaître son existence. C'est ce qui résulte de l'article 132, ainsi conçu : « *Si l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.* »

L'absent, dit la loi, « recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront. » Donc il devra respecter les droits réels tels que servitude, usufruit, hypothèque, constitués par les envoyés. L'absent recouvrera « le prix de ceux (de ses biens) qui auront été aliénés... » Donc il doit respecter les aliénations, même les aliénations à titre gratuit, bien que la loi paraisse n'avoir en vue que les aliénations à titre onéreux puisqu'elle parle d'un prix. Les envoyés sont en effet propriétaires jusqu'au jour où l'existence de l'absent leur est révélée, et le propriétaire peut consentir des aliénations à titre gratuit aussi bien que des aliénations à titre onéreux.

L'article 132, qui nous dit implicitement que l'absent est obligé de respecter tous les actes accomplis par les envoyés en possession définitive, nous dit explicitement ce que l'absent de retour peut réclamer aux envoyés. Ce texte a permis de formuler le principe suivant dont il contient plusieurs applications particulières : La restitution que l'absent de retour demande aux envoyés en possession définitive ne doit être pour eux la source d'aucune perte ; mais en revanche ils doivent restituer à l'absent tout ce dont ils se trouvent enrichis à ses dépens, à l'exception toutefois des fruits qu'ils ont perçus, car l'article 127 les dispense à cet égard de toute restitution. En d'autres termes, les envoyés en possession définitive ne sont tenus envers l'absent de retour que *quatenus locupletiores facti sunt*.

368. Ce principe conduit aux applications suivantes :

a). L'absent reprendra en nature tous ceux de ses biens dont les envoyés n'auront pas disposé, mais dans l'état où ils seront ; d'où il résulte : 1° que l'absent les reprendra sous la charge des divers droits réels dont les envoyés les auront grevés ; 2° que si les biens ont été détériorés par les envoyés, il n'aura droit de ce chef à aucune indemnité. *Qui rem quasi suam neglexit nulli querelæ subjectus est* (l. 31, § 3, D., *De hereditatis petitione*, V. 3).

Si les envoyés ont fait des dépenses en vue d'améliorer les biens de l'absent, auront-ils droit à une indemnité ? La négative semblerait résulter de l'article 132, aux termes duquel l'absent reprendra ses biens « dans l'état où ils se trouveront », par conséquent améliorés s'ils l'ont été, et sans payer d'indemnité, puisque les envoyés ne lui en paient pas pour les détériorations. La solution contraire est plus généralement admise. L'article 132, dit-on, a été écrit en faveur des envoyés ; il ne faut donc pas le retourner contre eux pour leur refuser une indemnité que les principes

généraux leur accordent (arg., art. 555). Sans cette indemnité ils seraient en perte ; l'absent s'enrichirait à leurs dépens.

b). Si les envoyés ont aliéné à titre onéreux les biens de l'absent, celui-ci aura droit à la contre-valeur acquise par les envoyés, à moins qu'ils ne justifient l'avoir dissipée ou perdue. Par exemple, si un envoyé a consenti à l'échange d'un bien de l'absent, celui-ci aura droit au bien acquis en contre-échange. De même si un bien de l'absent a été vendu et que le prix soit encore dû, la créance du prix appartiendra à l'absent. Si le prix de la vente a été touché par l'envoyé, l'absent pourra en exiger la restitution, à moins que le premier ne prouve qu'il a dissipé ce prix ou qu'il l'a perdu par suite d'un mauvais placement, preuve qui sera difficile au moins quand le placement, comme il arrivera le plus souvent, n'aura pas été fait au nom de l'absent.

c). L'absent de retour n'a droit à aucune indemnité pour la valeur de ceux de ses biens que les envoyés en possession définitive auraient aliénés à titre gratuit ; car ces donations n'ont pas enrichi les envoyés, et ils ne sont tenus que *quatenus locupletiores facti sunt*. Le contraire aurait lieu cependant, si l'envoyé en possession définitive avait employé les biens de l'absent pour faire une donation qu'à défaut de cette ressource il eût certainement faite sur ses biens personnels. Ainsi il a constitué en dot à sa fille un immeuble appartenant à l'absent et qui vaut 100,000 fr. L'absent de retour ne pourra pas reprendre l'immeuble, car il doit respecter l'aliénation faite par l'envoyé ; mais il aura droit à une indemnité, car, en employant les biens de l'absent à doter sa fille, l'envoyé a fait un profit, en ce sens qu'il a conservé la portion de son patrimoine qu'il aurait certainement consacrée à doter sa fille à défaut des biens de l'absent : *locupletior factus est quatenus propria pecunia pepercit*. L'indemnité due de ce chef à l'absent ne sera pas toujours égale à la valeur du bien constitué en dot, car l'envoyé ne doit tenir compte que de ce dont il est enrichi ; or il ne s'est enrichi que de la somme dont il aurait doté sa fille s'il eût été réduit à ses propres ressources. Ainsi, au lieu de donner en dot un bien valant 100,000 fr., l'envoyé, s'il ne s'était pas cru propriétaire des biens de l'absent, n'aurait peut-être donné que 60,000 fr. ; son enrichissement n'est donc que de 60,000 fr., et il ne doit compte que de cette somme. En cas de contestation les juges apprécieront.

d). Les envoyés en possession définitive n'étant plus responsables vis-à-vis de l'absent des fautes qu'ils pourront désormais commettre dans leur gestion ni même de celles qu'ils ont pu commettre pendant l'envoi provisoire, non-seulement la loi ne devait organiser au profit de l'absent aucune garantie de restitution pour l'avenir, mais elle devait même supprimer celles établies pour le passé. C'est ce qu'a fait l'article

129 en déchargeant les cautions qui ont dû être fournies par les envoyés en possession provisoire. Et remarquez que la décharge des cautions est complète, absolue, applicable au passé comme à l'avenir. Remarquez aussi que les cautions sont déchargées par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire ou cent ans depuis la naissance de l'absent, par cela seul que le moment fixé par la loi pour que l'envoi définitif puisse être demandé est arrivé, et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du point de savoir si l'envoi définitif a été ou non demandé : il n'est pas au pouvoir des cautions de demander l'envoi définitif, et la loi n'a pas voulu subordonner leur décharge à la diligence des envoyés. Les cautions sont donc déchargées par le seul effet du temps et de plein droit ; c'est la loi qui les décharge.

§ IV. De la fin de l'absence.

369. L'absence prend fin :

1^o *Par le retour de l'absent, ou par la preuve acquise de son existence.* Les envoyés doivent alors restituer à l'absent ses biens, conformément à l'article 132. Cette restitution peut être demandée par l'absent, quel que soit le délai écoulé depuis l'envoi définitif ; car par rapport à lui il n'y a pas de prescription possible au profit des envoyés (arg., art. 125 et 2236 cbn).

2^o *Par la preuve acquise du décès de l'absent.* — Il faut alors, pour régler sa succession, se reporter à l'époque de son décès. « *La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque ; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127* » (art. 130).

De là il résulte que les envoyés en possession définitive pourront avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui étaient ses héritiers les plus proches lors de son décès prouvé ; car de ce que les envoyés étaient les héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, il n'en résulte pas qu'ils avaient encore cette qualité à l'époque de son décès.

* **370.** L'action, qui appartient aux héritiers les plus proches de l'absent au jour de son décès prouvé, pour se faire restituer les biens faisant partie de sa succession par ceux qui en ont été indûment envoyés en possession, n'est qu'un cas particulier de l'action en *pétition d'hérédité*. On désigne sous ce nom l'action par laquelle une personne réclame, en qualité d'héritier, des biens dépendant d'une succession, contre quelqu'un qui détient ces biens à titre d'héritier. De sorte que, dans la pétition d'hérédité, le demandeur et le défendeur se prétendent héritiers, et c'est précisément la question qui est litigieuse entre eux. Cette action pourrait être exercée contre les envoyés, soit pendant l'envoi provisoire, ce qui est admis par tout le

monde, soit même après l'envoi définitif, ce qui est contesté par quelques-uns. Mais le doute ne paraît guère possible sur ce dernier point, en présence du texte de la loi qui ne fait aucune distinction. La généralité des termes de l'article 130 est d'autant plus concluante à cet égard que sa rédaction primitive excluait l'exercice de notre action après l'envoi définitif. En effet, dans le texte du projet, après ces mots : « du jour de son décès prouvé », on lisait ceux-ci : « pendant l'envoi provisoire ». Or ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive.

Les envoyés en possession, contre lesquels est exercée l'action en pétition d'hérédité, ne sont tenus de restituer les biens de l'absent que « sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127 » (art. 130). Donc si l'action est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés seront autorisés à garder les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits, suivant les distinctions établies en l'article 127 ; ils ne restitueront par conséquent que le surplus. Et si l'action est intentée après l'envoi définitif, les envoyés auront dans tous les cas le droit de garder la totalité des fruits par eux perçus (art. 127, al. final). En outre, dans cette dernière hypothèse, les demandeurs seront tenus de reprendre les biens dans l'état où ils se trouveront (arg., art. 132) ; car ils ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent, s'il réclamait lui-même la restitution de ses biens.

Qu'elle soit exercée pendant l'envoi provisoire ou après l'envoi définitif, l'action en pétition d'hérédité qui nous occupe ne peut être intentée utilement que dans les trente ans à dater du décès de l'absent (arg., art. 2262), sauf les suspensions et les interruptions de prescription telles que de droit. Toutefois la prescription ne commence à courir au profit des envoyés qu'à compter du jour où ils se sont mis en possession des biens de l'absent, parce qu'il s'agit d'une prescription acquisitive.

APPENDICE

DE L'ACTION EN PÉTITION DE LA POSSESSION DE L'HÉRÉDITÉ

* **371.** Pour qu'il y ait lieu à l'action en pétition d'hérédité relativement à la succession d'un absent, il faut que le décès de l'absent soit prouvé. Le demandeur en pétition d'hérédité vient alors dire aux envoyés : je suis l'héritier le plus proche de l'absent au jour de son décès ; je suis par conséquent propriétaire de ses biens que vous détenez en qualité d'envoyés, et j'en réclame la restitution.

Autre est l'action dite *en pétition de la possession de l'hérédité* ; celle-ci suppose que le décès de l'absent n'est pas prouvé. Le demandeur dans cette action vient dire aux envoyés : c'est moi qui étais l'héritier présomptif de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles ; par erreur ou par tout autre motif vous avez obtenu l'envoi en possession à mon préjudice ; je viens en réclamer aujourd'hui le bénéfice, et je demande en conséquence que vous me mettiez en possession des biens de l'absent afin que je les administre à votre place. Telle est l'action en pétition de la possession d'hérédité : elle est intentée par un héritier *putatif*, tandis que l'action en pétition d'hérédité est intentée par un héritier réel. Marcadé dit que l'action en pétition d'hérédité a pour objet la propriété des biens, tandis que l'action en pétition de la possession d'hérédité a pour objet la possession des biens seulement. La vérité est que les deux actions ont le même objet, savoir : la possession des biens que le réclamant n'a pas et qu'il veut obtenir ; c'est par leur cause qu'elles diffèrent et non par leur objet : dans la première le réclamant se fonde sur ce qu'il est héritier et par suite propriétaire ; dans la deuxième sur ce que c'est lui qui avait droit à l'envoi provisoire ou définitif.

* **372.** L'action en pétition de la possession d'hérédité se prescrit par trente ans