

comme l'action en pétition d'hérédité (arg., art. 2262). Mais le point de départ des trente ans n'est pas le même pour les deux actions. Les trente ans courent du jour du décès de l'absent pour la pétition d'hérédité; ils courent au contraire du jour de l'envoi provisoire pour l'action en pétition de la possession de l'hérédité.

Cette dernière action peut être exercée même après l'envoi définitif, si elle n'est pas prescrite : ce qui pourrait arriver soit par suite de suspension ou d'interruption de la prescription, soit parce que l'envoi définitif aurait été prononcé moins de trente ans après l'envoi provisoire, sur ce fondement qu'il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent.

Si l'action dont s'agit est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés, au cas où la prétention du demandeur serait reconnue fondée, devront restituer, outre les biens, la portion de fruits qui ne leur serait pas acquise aux termes de l'article 127.

Que si la demande est intentée après l'envoi définitif, les envoyés ne pourront en aucun cas être tenus à la restitution des fruits, et ne seront obligés de restituer les biens eux-mêmes que « dans l'état où ils seront » (art. 132). En effet les ayant-cause de l'absent ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même s'il reparaisait.

* 373. Relativement à l'action en pétition d'hérédité, les enfants de l'absent restent soumis au Droit commun; ils ne pourront donc intenter cette action que dans les trente ans du décès prouvé, sauf les suspensions et interruptions de prescription telles que de droit. Mais les enfants et descendants de l'absent jouissent d'une faveur spéciale que justifie leur titre en ce qui concerne l'action en pétition de la possession de l'hérédité. « Les enfants et descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent » (art. 133).

Le privilège accordé aux enfants et descendants de l'absent consiste en ce qu'ils peuvent agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, tandis que, si on leur eût appliqué le Droit commun, ils n'auraient pu agir que dans les trente ans à compter de l'envoi provisoire. Mais leur droit n'est pas imprescriptible comme celui de leur père. D'ailleurs les enfants qui agissent après l'envoi définitif sont obligés de reprendre les biens dans l'état où ils se trouvent (arg., art. 133); ils ne sauraient en effet avoir plus de droits que n'en aurait leur père s'il reparaisait.

Ainsi les descendants de l'absent sont privilégiés en ce qui concerne l'envoi en possession des biens de l'absent; ils peuvent réclamer cet envoi contre les collatéraux qui l'ont obtenu à leur préjudice, tant qu'il ne s'est pas écoulé trente ans à dater de l'envoi définitif.

* 374. On discute la question de savoir si le délai de trente ans, pendant lequel les enfants de l'absent peuvent agir à dater de l'envoi définitif, constitue une véritable prescription. Voici où est l'intérêt de la question. S'il s'agit d'une véritable prescription, il y aura lieu à suspension au profit des enfants de l'absent, au cas où ils seraient mineurs ou interdits (arg., art. 2252), ce qui pourra beaucoup retarder la réalisation de la prescription. S'il s'agit au contraire, comme quelques-uns le pensent, d'une déchéance résultant de l'expiration d'un délai *præfix*, il n'y aura pas place pour la suspension, et les enfants seront, quoi qu'il arrive, nécessairement déchus au bout de trente ans s'ils n'ont pas intenté leur action. On invoque en faveur de ce dernier sentiment l'article 2264, aux termes duquel « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliqués dans les titres qui leur sont propres ». Mais cet argument est bien fragile. L'article 2264 ne signifie pas que les règles établies au titre *De la Prescription* (et par conséquent celles relatives à la suspension) sont inapplicables aux prescriptions

établies par le législateur en dehors du titre spécial consacré à la matière; il signifie simplement que le titre *De la Prescription* n'abroge pas les règles particulières édictées par le législateur en dehors de ce titre pour certaines prescriptions spéciales. Ce qui rend d'ailleurs infiniment probable qu'il s'agit ici d'une véritable prescription, c'est que le délai fixé est précisément celui qui forme le Droit commun en matière de prescription (art. 2262).

SECTION II

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

375. L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les droits acquis à l'absent, c'est-à-dire à tous ceux qui étaient entrés dans son patrimoine à l'époque de son départ ou de ses dernières nouvelles, peu importe qu'il s'agisse de droits purs et simples, à terme ou conditionnels. Mais il ne s'applique pas aux droits *éventuels* dont il est question dans notre section.

La loi entend ici par *droits éventuels* ceux dont l'acquisition est subordonnée à la condition de l'existence du titulaire à l'époque de leur ouverture; tels sont :

a). *Le droit de succession*; car « pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant où s'ouvre la succession » (art. 725).

b). *Le droit de l'héritier contractuel* (art. 1089).

c). *Le droit résultant d'un legs*; car aux termes des articles 1039 et 1040 le legs est caduc si le légataire n'est pas vivant au moment de l'ouverture du legs, c'est-à-dire au moment de la mort du testateur et en outre de la réalisation de la condition si le legs est conditionnel.

d). *Le droit de retour conventionnel* (art. 951).

e). *Le droit aux arrérages d'une rente viagère* (art. 1983).

Il ne suffit pas, pour qu'un droit soit éventuel *hoc sensu*, que son acquisition soit subordonnée à une condition quelle qu'elle soit; il faut que cette condition soit celle de l'existence du titulaire lors de l'ouverture du droit. Les droits éventuels dont parle la rubrique de notre section sont donc des droits conditionnels d'une nature particulière.

376. C'est un principe constant que le demandeur doit prouver le bien-fondé de sa demande. *Probatio incumbit ei qui agit*. Par conséquent celui qui réclame soit de son propre chef soit du chef d'autrui un droit *éventuel*, doit prouver que le titulaire du droit existait lors de son ouverture; c'est là en effet une condition nécessaire de l'acquisition du droit et par suite du bien-fondé de la demande de celui qui le réclame. Cette preuve sera ordinairement toute faite, si c'est le titulaire lui-même qui réclame le droit. Mais il n'en sera pas de même, si le droit est réclamé du chef du titulaire par un de ses ayant-cause; il faudra que

le réclamant démontre que son auteur, c'est-à-dire celui dont il tient le droit, était vivant lors de son ouverture, et s'il ne fait pas cette preuve il devra succomber dans sa demande. C'est ce que dit l'article 135 ainsi conçu : « *Quiconque réclamera un droit échû 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.* »

Puis l'article 136 fait l'application de ce principe à un cas particulier, celui d'une succession : « *S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, 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.* »

Un homme meurt laissant comme plus proches parents deux cousins germains, *Primus* et *Secundus*, dont l'un, *Primus*, est absent. Les enfants de l'absent viennent dire à *Secundus* : nous réclamons du chef de notre père la moitié de la succession qui vient de s'ouvrir; nous allons par conséquent la partager avec vous. *Secundus* répondra : votre père, de chef de qui vous réclamez la moitié de la succession, n'a pu acquérir quelque droit dans cette succession qu'à la condition d'être vivant lors de son ouverture (art. 725). Prouvez donc que votre père était vivant à cette époque. Si vous ne faites pas cette preuve, vous n'aurez pas démontré le bien-fondé de votre demande; elle devra par suite être rejetée, et je prendrai toute la succession.

L'article 136, on l'a dit, ne contient qu'une application particulière du principe posé par l'article 135; c'est celle qui est de nature à se présenter le plus fréquemment. Mais le principe est général, et la jurisprudence l'étend avec raison à tous les cas où le sort du procès dépend de l'existence d'un absent. Ainsi il a été jugé qu'on ne doit pas tenir compte pour la fixation de la réserve des héritiers réservataires dont l'existence est incertaine lors de l'ouverture de la succession.

377. On voit que, lorsqu'il s'agit de droits éventuels, la loi considère comme décédés les titulaires qui sont absents lors de l'ouverture de ces droits, et qu'elle les attribue à leur exclusion à ceux qui étaient appelés concurremment avec eux, ou même à ceux qui n'étaient appelés qu'à leur défaut.

* Ce principe donne la solution d'une question sur laquelle la controverse paraît aujourd'hui éteinte. Dans les successions où la représentation est admise, les enfants de l'héritier dont l'existence était incertaine lors de l'ouverture de la succession peuvent-ils être admis à le représenter? Ainsi un homme meurt laissant deux enfants dont l'un est absent. Les enfants de l'absent pourront-ils représenter leur père pour arriver à la succession de leur aïeul concurremment avec leur oncle? Oui; car la loi considère ici l'absent comme décédé, ce qui permet à ses enfants de le représenter. Et c'est la réponse toute simple que feront les enfants si on leur objecte qu'aux termes de l'article 740 on ne représente pas les personnes vivantes, et qu'ils ne peuvent par conséquent représenter leur père qu'à la condition de prouver son décès à l'époque de l'ouverture de la succession. D'ailleurs les enfants

pourraient dire à leur adversaire : ou notre père était vivant, ou il était mort lors de l'ouverture de la succession; choisissez. S'il était vivant, il avait droit à sa part et nous la réclamons de son chef; s'il était mort nous avons droit de le représenter. En toute hypothèse donc, vous ne pouvez pas prétendre à la totalité de la succession.

378. Le principe consacré par l'article 135 s'applique toutes les fois que l'existence du titulaire est incertaine lors de l'ouverture du droit. Or il n'est pas nécessaire pour cela que son absence ait été déclarée; il suffit qu'il y ait absence présumée. La remarque en a été faite au Conseil d'État, et, pour qu'il n'y eût aucun doute à cet égard, on a remplacé le mot *absent*, qui figurait dans la rédaction primitive, par les mots « dont l'existence ne sera pas reconnue ». Mais au moins faut-il qu'il y ait incertitude sur l'existence du titulaire du droit; il ne suffirait pas qu'elle fût méconnue par les intéressés. La loi ne parle pas d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue *par les intéressés*; elle parle d'un individu « dont l'existence n'est pas reconnue », c'est-à-dire dont l'existence est douteuse pour tout le monde. En un mot, pour que les articles 135 et 136 soient applicables, il faut que le titulaire du droit soit au moins présumé absent. S'il est simplement non-présent, il y aura lieu à l'application des mesures conservatoires, apposition des scellés et inventaire, prescrites par les articles 909 3°, 928, 931 et 942, Pr. En cas de difficulté c'est à la justice qu'il appartiendra de décider s'il y a simplement non-présence ou présomption d'absence. Et il faut bien en vérité qu'il en soit ainsi; autrement chacun courrait le risque, en s'éloignant de son domicile pour quelques jours, de voir les droits qui viendraient à s'ouvrir à son profit pendant son absence, usurpés par un insolvable contre lequel il n'aurait souvent à son retour qu'un recours illusoire.

* Un droit éventuel s'étant ouvert et l'existence de l'un des titulaires de ce droit se trouvant alors incertaine, il peut se faire que, par un sentiment de délicatesse, les consorts de l'absent ne veuillent pas profiter du bénéfice de l'article 136, et qu'ils agissent comme si son existence était démontrée, lui faisant par exemple sa part dans le partage d'une succession. Si plus tard l'absence est déclarée, les biens ainsi attribués à l'absent devront-ils être compris dans l'envoi provisoire accordé à ceux qui ont des droits subordonnés à son décès? La négative résulte de cette règle que l'envoi provisoire ne s'applique qu'aux biens et aux droits qui appartiennent à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Que deviendront alors ces biens? Ils devront être attribués à ceux auxquels les attribue l'article 136 et qui auraient pu s'en emparer dès le début, c'est-à-dire à ceux appelés au défaut de l'absent: ce qui est de toute justice, car ils ne doivent pas être victimes de leur délicatesse. Ils pourraient même demander l'attribution de ces biens avant la déclaration d'absence, et lorsque les doutes qui existaient au début sur l'existence de l'absent se sont aggravés.

* **379.** Ceux à qui un droit éventuel est attribué à l'exclusion d'un absent par application de l'article 135, ne recueillent pas ce droit en qualité d'envoyés en possession provisoire, mais bien en qualité de propriétaires ou mieux de titulaires du droit. Cela vaut la peine d'être noté; car autre chose est l'envoi en possession provisoire, autre chose l'attribution faite en vertu de l'article 136, ainsi qu'on va le voir.

1^o L'envoi en possession provisoire ne peut être obtenu qu'après la déclaration d'absence, c'est-à-dire au plus tôt cinq ou onze années, suivant les cas, après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Au contraire la dévolution opérée aux termes de l'article 436 se produit par cela seul que l'existence du titulaire est incertaine au moment de l'ouverture du droit.

2^o La loi, dans l'intérêt de l'absent, impose aux envoyés en possession provisoire certaines mesures conservatoires, telles que l'inventaire et la caution. Au contraire aucune garantie de restitution n'est exigée de ceux qui sont appelés à recueillir un droit éventuel à l'exclusion de l'absent. On ne saurait donc approuver les quelques décisions judiciaires qui ont imposé en pareil cas l'obligation de faire inventaire. La loi peut être justement critiquée pour son défaut de prévoyance, mais il n'appartient pas au juge de réformer son œuvre. Rappelons-nous le mot de Dargentré : « *Stulta sapientia que vult lege sapientior esse.* »

3^o Les envoyés en possession provisoire possèdent à titre précaire; par suite ils ne peuvent jamais prescrire contre l'absent les biens qu'ils détiennent en qualité d'envoyés (arg., art. 425 et 2236). Au contraire ceux qui recueillent des biens au lieu et place d'un absent, en vertu de l'article 436, possèdent ces biens à titre de propriétaires et peuvent en prescrire la propriété contre lui. C'est ce que dit l'article 437 ainsi conçu : « *Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayant-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.* »

Nous savions déjà que la dévolution faite aux termes de l'article 436 n'a lieu que sauf réserve des droits de l'absent ou de ses ayant-cause, s'il vient à être établi plus tard qu'il était vivant au moment de l'ouverture du droit. Mais l'action, que la loi accorde à l'absent ou à ses ayant-cause pour faire valoir ses droits, est prescriptible comme toutes les actions en général.

Par quel délai se prescrira-t-elle? Cela dépend des hypothèses, et voilà pourquoi la loi n'a pas indiqué le délai de la prescription, s'en référant sur ce point aux règles du Droit commun. Ordinairement la prescription s'accomplira par trente ans (art. 2262). C'est ce qui arriverait dans le cas d'une hérédité ouverte au profit de l'absent, et recueillie par d'autres en son lieu et place. L'action, qu'il intentera en sa qualité d'héritier, lui ou ses ayant-cause, pour se faire restituer les biens dépendant de cette hérédité par ceux qui les détiennent en qualité d'héritiers (action en pétition d'hérédité), se prescrira par trente ans à compter du jour où ceux appelés à son défaut se sont mis en possession. La prescription pourrait être accomplie plus tôt au profit de ceux qui possèdent les biens dépendant de la succession, s'ils les possédaient en une qualité autre que celle d'héritiers ou de successeurs universels des héritiers, par exemple en qualité d'acheteurs. Ce ne serait plus alors la pétition d'hérédité que l'absent exercerait, mais bien une action en revendication. Or l'action en revendication peut se prescrire par dix à vingt ans quand le possesseur a juste titre et bonne foi (art. 2265); elle peut même être prescrite immédiatement quand il s'agit d'objets mobiliers corporels (art. 2279).

Dans le cas où c'est un legs que réclame l'absent de retour, la prescription s'accomplira par trente ans également. Elle s'accomplirait par cinq années seulement, s'il s'agissait des arrérages d'une rente viagère dont l'absent de retour viendrait demander le paiement (art. 2277).

4^o Les envoyés en possession provisoire ne gagnent ordinairement qu'une partie des fruits par eux perçus (art. 427). Au contraire ceux qui ont recueilli au lieu et place de l'absent les biens dévolus à celui-ci, gagneront tous les fruits par eux perçus à la condition qu'ils soient de bonne foi. « *Tant que l'absent ne se représentera pas,*

» ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi » (art. 438).

Ce que la loi dit des biens dépendant d'une succession échue à l'absent, doit être étendu à tous ceux que d'autres auraient recueillis au lieu et place de l'absent par application des articles 435 et 436, par exemple aux biens légués à l'absent, et que l'héritier légitime aurait conservés parce que l'existence du légataire à l'époque de l'ouverture du legs n'était pas démontrée. La loi n'a parlé que du cas où le droit réclamé par l'absent est un droit de succession, parce que c'est le cas le plus fréquent, et puis peut-être aussi parce qu'on aurait pu être tenté, si la loi ne s'en était pas expliquée, d'appliquer ici les dispositions du Droit romain qui obligeait le possesseur de bonne foi d'une hérédité à restituer tout ce dont il se trouvait enrichi au moment de la demande par suite des fruits qu'il avait perçus, c'est-à-dire tous les fruits qu'il n'avait pas consommés (L. 40, § 1, D., *De hereditatis petitione*).

380. Les actes, accomplis relativement aux biens d'une succession par ceux qui l'ont appréhendée en vertu de l'article 436 au lieu et place d'un absent, sont-ils valables par rapport à l'absent de retour, ou à ses ayant-cause qui démontrent son existence à l'époque de l'ouverture de la succession? En d'autres termes les actes accomplis par l'héritier apparent sont-ils valables par rapport à l'héritier véritable dont les droits sont aujourd'hui reconnus? La question présente surtout de l'importance au point de vue des aliénations consenties par l'héritier apparent. L'héritier apparent a vendu par exemple un bien héréditaire; le véritable héritier qui était absent lors de l'ouverture de l'hérédité sera-t-il tenu de respecter cette vente, ou pourra-t-il la tenir pour non avenue et reprendre le bien aliéné entre les mains du détenteur? On suppose bien entendu que ce tiers détenteur n'est pas protégé par la prescription, laquelle le mettrait à l'abri de toute action.

Cette question fait difficulté; et cependant, si l'on s'en tient aux principes, sa solution paraît toute simple.

L'héritier apparent était propriétaire; la loi lui attribue implicitement ce titre dans l'article 436. Mais il n'était propriétaire que sous condition résolutoire, sous cette condition résolutoire que l'existence du véritable ayant-droit lors de l'ouverture de la succession serait plus tard démontrée; car la loi n'attribue la succession ouverte au profit de l'absent à ceux appelés à son défaut que sous la réserve de ses droits. Or c'est un principe certain que personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Donc l'héritier apparent qui n'était propriétaire que sous condition résolutoire n'a pu transférer que des droits résolubles, et l'événement qui produira la résolution de son droit de propriété entraînera nécessairement par voie de conséquence la résolution des droits qu'il aura lui-même consentis sur les choses héréditaires, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (art. 2125). Le véritable héritier pourra donc tenir pour nuls les actes accomplis par l'héritier apparent et revendiquer par suite les biens héréditaires aliénés par celui-ci.

Ces principes étant certains, on s'étonne que la question qui nous occupe puisse être controversée. La difficulté vient de ce que la solution dictée par les principes est en opposition avec les nécessités de la pratique, et conduit à des conséquences qui peuvent paraître d'une rigueur excessive; on arrive à briser des contrats que l'on voudrait maintenir, à ne considérer que la bonne foi des parties et l'impossibilité où elles se sont souvent trouvées de connaître la vérité. Aussi la jurisprudence, sur laquelle la considération des faits exerce une très grande influence, a-t-elle trop souvent en cette matière reculé devant la courageuse application des principes, et elle a été encouragée à suivre cette voie par bon nombre d'auteurs. La meilleure preuve peut-être que l'on puisse donner de la fausse direction dans laquelle la ju-

jurisprudence et une partie de la doctrine se sont engagées sur cette question, c'est l'infinie diversité des systèmes proposés par les auteurs dissidents et le peu d'harmonie qui existe dans les différentes décisions de la jurisprudence. C'est toujours ce qui arrive quand on veut faire la loi au lieu de l'appliquer : chacun la fait à sa guise, et les décisions des arrêts ne concordent pas plus que les opinions des auteurs. Aussi n'entrerons-nous pas dans l'exposé des divers systèmes qui ont été proposés. Nous nous bornerons à indiquer non pas le système de la jurisprudence, car elle n'en a pas (elle flotte au gré des faits), mais les solutions qu'elle a données dans les principales hypothèses sur lesquelles elle a été appelée à statuer. On y remarquera des contradictions qu'il serait bien difficile d'expliquer.

Elle considère comme nulles à l'égard de l'héritier véritable : 1^o la vente que l'héritier apparent a faite de l'hérédité tout entière ; 2^o les donations entre-vifs ou testamentaires de biens héréditaires faites par ce même héritier ; 3^o les cessions qu'il a consenties de créances héréditaires. — Elle déclare valables au contraire les actes d'administration, les transactions et les ventes d'immeubles accomplies par l'héritier apparent. Toutefois, pour valider les ventes d'immeubles, elle exige certaines conditions qui ne sont pas toujours les mêmes : tantôt la bonne foi de l'acquéreur seulement, tantôt la bonne foi du vendeur et de l'acquéreur... L'existence de la bonne foi, à laquelle on attache tant d'importance, ne peut pourtant produire d'autres effets que ceux déterminés par la loi : or les seuls effets légaux de la bonne foi sont l'acquisition des fruits (art. 549 et 550) et l'abréviation des délais de la prescription (art. 2265, 2279).

SECTION III

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

381. Le mariage dans notre Droit ne peut être dissous que par le décès prouvé de l'un des époux (art. 227). Donc l'absence, quelque prolongée qu'elle soit, n'entraînera pas la dissolution du mariage de l'absent ; car l'absence ne prouve pas la mort, elle n'est pas même une présomption légale de mort. La loi a bien pu, sur ce fondement que le décès de l'absent est devenu plus ou moins probable, régler provisoirement le sort de ses biens comme il aurait été réglé en cas de décès prouvé, sauf à en assurer la restitution au profit de l'absent s'il reparait ; mais elle ne pouvait pas, on le comprend, à aucune période de l'absence, déclarer le mariage de l'absent provisoirement dissous, ce qui aurait eu sans doute pour conséquence d'autoriser le conjoint présent à contracter provisoirement une nouvelle union. La nature même du mariage n'admet pas plus le provisoire quant à sa dissolution que quant à sa célébration.

Le conjoint présent ne peut donc pas contracter un nouveau mariage tant qu'il ne rapporte pas la preuve du décès de son conjoint absent, se fût-il écoulé plus de cent ans depuis la naissance de celui-ci (art. 147).

382. Cependant en fait il peut arriver que l'époux présent ait contracté un nouveau mariage ; les défenses formulées par la loi ne sont pas toujours respectées. Ce mariage devra-t-il nécessairement être an-

nulé? Non ; car le seul obstacle qui s'opposait à sa validité était l'existence du conjoint absent, et cette existence n'est pas démontrée. En un mot on ne permet pas à l'époux présent de contracter un nouveau mariage tant que dure l'absence de son conjoint, parce que la mort de celui-ci n'est pas certaine ; mais si en fait l'époux présent a contracté un nouveau mariage, sa nullité ne pourra pas être demandée tant que l'absence durera, parce que l'existence du conjoint absent à l'époque de la célébration de ce deuxième mariage n'est pas démontrée. C'est ce qui résulte de l'article 139, ainsi conçu : « *L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par un fondé de pouvoirs muni de la preuve de son existence* ».

Bien que ce texte parle de l'époux *absent*, expression qui dans la rigueur du langage juridique désigne l'époux *déclaré absent*, on admet en général que l'article 139 est applicable même au cas où l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté est simplement présumé absent. *Eadem est ratio*. Nous avons d'ailleurs déjà remarqué que le langage de la loi n'est pas toujours en cette matière d'une précision rigoureuse.

On admet généralement aussi que le mandataire dont parle l'article 139 est un mandataire *spécial*, c'est-à-dire un mandataire spécialement chargé par l'absent d'attaquer le mariage contracté par le conjoint présent, et non un mandataire général. En effet le mandat ne comprend que ce qu'il a été dans l'intention des parties d'y faire entrer ; or le mandat général donné par l'absent avant son départ n'était vraisemblablement relatif dans son idée qu'à l'administration de ses biens ; il ne comprenait pas par conséquent le droit d'attaquer le mariage que pourrait contracter son conjoint. Comment supposer, quand il ne s'en est pas expliqué, que l'absent ait prévu le cas tout à fait extraordinaire où son conjoint viendrait à contracter un nouveau mariage à son préjudice, et ait entendu charger son mandataire général du soin d'attaquer ce mariage le cas échéant?

Il s'agit donc d'un mandataire spécial.

La loi dit que la demande en nullité formée par ce mandataire ne sera recevable qu'autant qu'il sera muni de la preuve de l'existence de l'absent. Mais la procuration donnée par l'absent n'est-elle pas une preuve certaine de son existence? Un mort peut-il donc donner une procuration? — Cela est vrai. Mais d'abord la procuration peut avoir été donnée par l'absent, avant que le mariage fût contracté et alors qu'il était seulement projeté. En ce cas la procuration ne prouve pas que l'absent fût vivant au moment de la célébration du mariage, ce qui est cependant nécessaire pour que le mariage soit nul. Et puis le mandat s'éteint