

L'absence dans la jurisprudence après l'unification italienne le modèle français et... quelques nouveautés

Maria Gigliola DI RENZO VILLATA
università degli studi, Milan

Les absents ont toujours tort ; dit la sagesse populaire. Les mots dessinent une ligne de développement quant au droit. Le droit est chargé de la tâche de réparer les dommages causés à l'absent du fait de cette absence et aussi à toutes les personnes dont les intérêts peuvent être atteints pour la même raison : « moins univoque, le droit, depuis longtemps, apporte ses tempéraments... en distinguant... l'absence méritoire, de celle jugée répréhensible d'une part, et d'autre part de la disparition simplement involontaire voire accidentelle »¹. C'est surtout cette dernière typologie que j'évoquerais à propos de l'Italie de la deuxième moitié du XIX^e siècle.

Je me réfère au *Traité de l'absence* de Demolombe dont la deuxième édition (1860) est contemporaine de la période étudiée. Dans l'introduction, il indique les principales situations dont il va discuter dans l'ouvrage :

Une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue. Nul ne peut donner de ses nouvelles. Existe-t-elle toujours ? Elle est décédée ? On l'ignore. Sa vie n'est pas prouvée ; sa mort, pas davantage. Telle est la situation prévue et régie par notre titre. Que vont devenir les biens qui appartenaient déjà à cette personne, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ? – Si, depuis, des droits nouveaux,

¹ Cf. Avant-propos, p. 9. Les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs que Dieu accorde à ceux-là sur celles-ci, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs biens ».



subordonnés à la preuve de son existence, s'ouvrent à son profit, une succession, un legs, etc., pourra-t-elle les recueillir ?... »².

La codification de 1865 qui entre en vigueur après l'unification italienne est de façon évidente tributaire du code Napoléon : les codes qui ont été rédigés dans les États italiens préunitaires ont suivi l'exemple français, c'est le cas des codes du Royaume des deux Siciles, de Parme, Plaisance et Guastalla, du Royaume de Savoie, rédigé sous le règne de Charles Albert, du Code « *estense* ». Le code albertin en particulier, qui a largement influencé la codification civile italienne et point de départ, en 1859, des travaux préparatoires pour une codification unitaire³, fut – comme on l'a dit de façon tout à fait exacte – une fidèle traduction du code français⁴, même s'il y a aussi, comme on a souligné récemment, d'autres influences, la tradition locale ou l'ABGB⁵. Seulement dans le projet Miglietti, présenté en 1862, l'absence est réglée par les articles 47-78 du titre III du livre I de façon un peu différente de la solution française⁶.

² C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, II Traité sur l'absence*, Paris, A. Durand- L. Hachette et C^{ie}, 1860, p. 2.

³ À partir du premier projet présenté au Parlement italien le 19 juin 1860 (Chambre des Députés) et le 21 juin 1860 (Sénat) : v. *Lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, vol. II, p. I. *Progetto di revisione del codice civile albertino presentato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia G.B. Cassinis*, Rome, Regia Tipografia D. Ripamonti, 1888, p. 39-47; vol. II, p. II. *Progetto di revisione del codice civile albertino presentato al Parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia G.B. Cassinis il 19 giugno 1860 e sunto delle osservazioni fattevi dalla Magistratura*, Rome, Regia Tipografia D. Ripamonti, 1888, p. 58-77.

⁴ E. CABERLOTTO, v° « absence », *Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, IV, 1, Turin, Unione Tip. Ed. torinese, 1929, p. 949.

⁵ Cf. E. MONGIANO, « Le metamorfosi di un “modello” : i diritti successori del coniuge tra ABGB e codice civile albertino », dans *Amicitiae pignus : Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 1489-1507, de la même, « Un modello taciuto. L'influenza dell'ABGB sulla disciplina successoria del codice civile albertino » dans P. CARONI-E. DEZZA (éd.), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa : atti del Convegno internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002*, Padoue, CEDAM, 2006, p. 235-255.

⁶ V. *Lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, vol. VII. *Progetto di Codice civile per il Regno d'Italia presentato al Senato dal Ministro della giustizia, V. Miglietti nella tornata 9 gennaio 1862; osservazioni della Commissione composta di magistrati della Corte di Cassazione di Napoli; di Nicola Alianelli, Primo Presidente della Corte di appello in Trani, e di Michele Narici, Primo Presidente della Corte di appello in*

Nous allons tout d'abord évoquer les différentes réglementations que la jurisprudence italienne doit appliquer après l'unification italienne.

Autour du modèle influent que les rédacteurs du code Pisanelli ont tenu devant leurs yeux les sources sont claires et les historiens du droitregistrent cette « vérité », au-delà des nuances que l'on peut constater dans les auteurs. On peut y retrouver un témoignage aussi en ce qui concerne l'absence. Le sénateur Honoré Vigliani lui même, futur ministre de la justice, président de la Commission du Sénat et rapporteur sur le projet du code Pisanelli, comme d'autres juristes et hommes politiques, était bien explicite :

Dans cette matière le Code italien n'a fait que reproduire les règles savantes introduites par le Code Napoléon qui forment désormais un droit commun⁷.

Mais déjà au moment de la mise au point définitive du texte des voix défavorables s'élèvent, comme celle du député Ninchi qui, au-delà des considérations autour de l'utilité d'une discipline réglant la situation tout à fait particulière et extraordinaire des personnes absentes et de leur biens, reproche aux termes du projet, présenté à la Chambre des Députés en 1863, d'être trop peu attentifs aux intérêts de l'absent :

Le Code et le législateur ont été très légitimement fondés à protéger le citoyen qui, pour des raisons extraordinaires, est contraint de demeurer longtemps loin de son pays natal, du lieu où il a l'ensemble de ses intérêts. Il est alors naturel que ce citoyen, empêché de se rendre en justice pour le paiement d'une dette, pour le partage d'une indivision ou pour d'autres raisons et qui, à cause de son absence, ne peut répondre devant la justice et protéger ses intérêts soit aidé par la loi qui choisit une personne probe et honnête, ou éventuellement un de ses parents, afin d'être représenté dans les affaires qui intéressent l'existence et l'utilité de son patrio-
moine. Cependant dans notre cas la loi ne s'est pas contentée de

Catanzaro, 2. ed. riv. ed ampliata, Rome, Stamperia reale D. Ripamonti, 1892, p. 21-29.

⁷ *Relazione Vigliani*, in *Codice civile : Preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria, dalle discussioni parlamentari, e dai verbali della Commissione coordinatrice. Colle riferenze sotto ogni singolo articolo agli altri codici italiani, al francese e alle leggi romane, nonché a tutti i precedenti legislativi coll'aggiunta delle leggi complementari...*, ordinato da SEBASTIANO GIANZANA colla collaborazione di Francesco Bo e Pietro Tap., vol. I, Turin, Unione Tipografico-Editrice, 1887, notamment p. 169-172 (séance 16 juin 1864 : *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del Codice Civile del Regno d'Italia, presentato dal Ministro Guardasigilli [Pisanelli] nelle tornate del 15 luglio e 26 novembre 1864*).

ceci mais mue par un esprit communautaire, elle décide qu'après trois années d'absence s'il n'y a pas de procureur, ou après six ans si l'absent a laissé un procureur, on peut envoyer quelqu'un en possession et on ne l'envoie pas *bonorum conservandorum causa*, mais il prend pour les premières dix années quatre cinquièmes des revenus du patrimoine de l'absent, après dix années neuf dixièmes, si bien que l'absence d'un honnête homme équivaut à la saisie temporaire de son patrimoine jusqu'à son retour [...].

Il poursuit, se mettant à la place de l'absent contraint de supporter, après six années d'absence alors qu'il a nommé un procureur, qu'un autre soit envoyé en possession de ses biens :

Vous [ce sont les juges qui sont évoqués dans le discours de Ninchi] par contre nommez un autre sujet qui n'est pas celui que j'ai nommé et vous ne le nommez pas à un office mais à un bénéfice parce que, l'envoyant en possession, vous lui donnez une grande partie des fruits. En plus vous, pour ainsi dire, me faites mourir avant l'âge, parce que vous ouvrez mon testament et donnez la possession à l'héritier désigné dans mon testament lorsque je suis toujours vivant, lorsque dans un délai minimum de trois ans il n'y a pas de raisons de me croire mort⁸.

Le projet est soutenu par Giuseppe Pisanelli, alors ministre de la Justice, l'âme du Code, qui dans le *Discours* par lequel il présente au Sénat du Royaume d'Italie le projet du premier livre du Code civil le 15 juillet 1863, constatant les dérives des dispositions du Code français reçues par tous les codes, voit dans les nouvelles dispositions le souci de trouver un équilibre entre les droits et les intérêts des absents et ceux des présents, de tous ceux qui pourraient avoir des droits en raison de la mort de l'absent. Le moyen de concilier ces intérêts parfois divergents semble être de distinguer, après la disparition du sujet, entre présomption d'absence, déclaration d'absence et possession définitive des héritiers présumés, tandis que, de façon plus détaillée, il exprime des doutes sur l'utilité des dispositions parce que

les voyages qui sont devenus fréquents dans les sociétés d'aujourd'hui, appelèrent l'attention des législateurs sur l'absence, où le Code français y pourvût de façon accomplie : les nouveaux

⁸ *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, vol. II, Palerme-Naples, Pedone Lauriel, 1867, p. 117 (le passage est aussi transcrit par CABERLOTTO, v° « absence », cit., p. 954) ; v. aussi pour d'autres considérations *Lavori preparatori del codice civile italiano pei giureconsulti Mancini, Pisanelli, Precerutti ed altri*, 3^e éd., Naples, s. n., 1897, notamment p. 26 (ici les procès-verbal de la séance 19 avril 1865 de la dernière Commission chargée de proposer les modifications nécessaires pour coordonner le travail législatif en matière d'absence).

moyens de communication révéleront probablement dans la plupart des cas l'inutilité de telles provisions mais il fallait ne pas les négliger [...]. Le projet poussa à accorder aux parents envoyés en possession la jouissance des fruits dans une plus large mesure que celle établie par d'autres Codes. On a cru suivre en cela les normes d'une économie bien conçue, intéressant les possesseurs à la meilleure administration des biens de l'absent. On pensa aussi éviter que ceux qui avaient été envoyés en possession soient soumis à des contraintes trop rigoureuses et trop indéterminées, qui seraient incompatibles avec le nouveau système des hypothèques. Ainsi les possesseurs ne furent-ils pas obligés de cumuler la part des fruits réservée à l'absent en prescrivant l'emploi progressif. La loi n'a pas les moyens de s'assurer que telles dispositions sont observées, et lorsque quelquefois elles ont été prises par précaution, les frais engagés sont pris sur le patrimoine de l'absent⁹...

Ces arguments sont ensuite partagés par la doctrine dont Pacifici Mazzoni, célèbre juriste napolitain, qui, en les reprenant, offre un témoignage considérable¹⁰ : aux arguments posés par Ninchi il en oppose d'autres fondés sur le développement et le progrès des moyens de communication :

Le mode de vie d'aujourd'hui fait que, avec les voies ferrées, les bateaux à vapeur et tous les moyens de communication dont on dispose maintenant, si quelqu'un disparaît de son domicile en laissant un procureur et demeure six ans sans donner de nouvelles, la première idée qui vient est qu'il est mort. Mais la loi ne s'arrête pas ici, elle ne prévoit pas que, six ans s'étant écoulés, les héritiers légitimes peuvent s'emparer de ses biens ; elle permet seulement à celui qui y a intérêt de saisir le tribunal qui sera chargé de prendre des informations, d'ouvrir une enquête. [...] Il ne semble donc pas

⁹ *Codice civile : Preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria, dalle discussioni parlamentari, e dai verbali della Commissione coordinatrice. Colle referenze sotto ogni singolo articolo agli altri codici italiani, al francese e alle leggi romane, nonché a tutti i precedenti legislativi coll'aggiunta delle leggi complementari...*, ordinaro da SEBASTIANO GIANZANA colla collaborazione di Francesco Bo e Pietro Tap., vol. I, Turin, Unione Tipografico-Editrice, 1887, notamment p. 8 (séance 15 juillet 1863) ; Joseph PISANELLI, *Discorso pronunciato dal Ministro Guardasigilli* ; p. 19-20 (Joseph PISANELLI, *Relazione sul Progetto del 1° Libro del Cod. Civile* : 15 novembre 1863).

¹⁰ E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, V ed., vol. I, Appendice IV, Turin, UTET, 1922, p. 422. V. aussi F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, 4. *Delle persone, della cittadinanza, del domicilio, degli assenti : spiegazione dei titoli 1., 2., 3. del libro 1. del codice civile* (II éd.), Turin, Unione Tipografico-Editrice, 1890, notamment p. 409 et suiv.

que la loi puisse être l'objet d'une critique sérieuse à bien des égards »¹¹.

Il y a donc un ensemble de normes qui établissent la présomption d'absence, à partir du départ du dernier domicile et lorsque aucune nouvelle n'est donnée (art. 20) ; l'absence est seulement présumée ; le texte prévoit la nomination éventuelle, sur demande des intéressés, des héritiers présomptifs ou du ministère public, s'il n'y a pas de procureur, d'un représentant de l'absent pour prendre les provisions nécessaires à la conservation du patrimoine (art. 21). Ensuite le code s'intéresse à la déclaration d'absence de trois ou six ans si l'absent a laissé un procureur (art. 22-25) ; aux effets de la déclaration d'absence : l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent au bénéfice des héritiers présomptifs, testamentaires ou légitimes, l'attribution du cinquième des rentes dans les premiers dix ans de l'absence et du dixième de dix à trente ans, la restitution d'un pourcentage (art. 31) variable selon le degré de proximité, si l'absent réparaît et que, par conséquent, les effets de la déclaration d'absence cessent (art. 26-31) ; l'envoi en possession définitif après trente ans d'une absence continue et cent ans après la naissance de l'absent (art. 36-38), l'hypothèse du retour après l'envoi en possession définitif et la restitution des biens dans l'état où ils se trouvent, ou du prix des biens aliénés (art. 39), enfin il y a d'autres dispositions sur les effets de l'absence eu égard aux raisons éventuelles qui peuvent concerner l'absent (comme le cas de l'ouverture d'une succession à laquelle est appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, art. 43), sur la protection des enfants de l'absent (art. 46-47).

La doctrine commente le titre *Degli assenti* du livre premier du code marquant assez souvent l'origine française. C'est pourquoi Vincent Cattaneo et Charles Borda, qui annotent le code civil au moment de l'entrée en vigueur du Code Pisanelli, citent le rapporteur au Sénat, le ministre Vigliani, dont nous avons transcrit ici l'avis qui note la reprise du droit napoléonien, mais qui souligne néanmoins les innovations et les améliorations qui y sont apportées. La rédaction de l'ouvrage sitôt après la promulgation pousse Cattaneo et Borda à renvoyer presque uniquement aux commentateurs du Code Napoléon comme Maleville, Delvincourt, Duranton, Toullier, Zachariae, Loqué, mais aussi pour l'ancienne jurisprudence à Merlin pour l'entrée *absence* (c'est un juriste très présent dans la tradition italienne du XIX^e siècle) et à Pothier. Mais on renvoie aussi aux codes sarde (code du Royaume de Savoie), des

¹¹ *Raccolta lavori preparatori*, vol. II, p. 229.

Deux Siciles, « *estense* », aux lois romaines et à Ludovico Antonio Muratori à propos de la possibilité d'une réforme postérieure des points controversés : la confluence des traditions italienne et française trouve son expression dans cet éventail de sources. Dans la rédaction suivante de 1873, les choses ne changent pas¹².

À peu près à la même époque, Jacopo Mattei, comparant de façon systématique le code italien avec les codes précédemment en vigueur en Italie au moment de la Restauration, le Code Napoléon et le droit romain et renvoyant à quelques arrêts (celui de la Cour de Parme qui avait étendu le pouvoir du curateur de l'absent, obligé seulement selon la loi à conserver le patrimoine de l'absent (art. 21 du code civil), à aliéner ou à payer les dettes ou à pourvoir aux autres besoins du patrimoine¹³) utilise principalement la doctrine française et quelques auteurs italiens comme Joseph Saredo¹⁴, Louis Borsari, François Xavier Bianchi qui avait à peine écrit les trois premiers volumes de son *Corso elementare di codice civile italiano*¹⁵, Pacifici-Mazzoni qui avait déjà rédigé des *Istituzioni di diritto civile italiano* en plusieurs volumes¹⁶ afin d'expliquer les nouvelles normes¹⁷. Borsari lui-même était l'auteur d'un

¹² Cf. V. CATTANEO- C. BORDA, *Il Codice civile italiano annotato*, Turin, Società UnioneTipografico-Editrice, 1865-1868 (l'édition que j'ai consulté a un double frontispice avec les deux dates) notamment p. 55-66; V. CATTANEO-C. BORDA, *Codice civile annotato... coll'opera e il consigli odi altri giureconsulti*, II^e éd. révisée et augmentée, Turin 1873.

¹³ *Annali della Giurisprudenza italiana delle Corti d'appello*, 1869, p. 510 : Cour de Parme 2 mars 1869.

¹⁴ Il s'agissait de G. SAREDO, *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze, Tip. editrice dell'associazione, 1869.

¹⁵ F.S. BIANCHI, *Corso elementare di codice civile italiano*, Parme, Tip. di P. Grazioli, in 5 volumi, 1869- 1878.

¹⁶ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Pellas, 1867-1868. Il y aura plusieurs éditions augmentées jusqu' au siècle suivant. Sur l'activité de tous ces auteurs et leurs ouvrages dont sont considérées seulement les « ascendances » françaises et les horizons trop étroits, bornés, à l'intérieur du système juridique construit par la codification, voir P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana : un profilo storico, 1860-1950*, Milan, Giuffrè, 2000, p. 5 et suiv., et récemment G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Tercorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Turin, G. Giappichelli, 2011, notamment p. 119-141. Sur Bianchi voir S. SOLIMANO, « Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908) », *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 57 (2010), p. 203-248.

¹⁷ J. MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco...*, Venezia :

important commentaire du premier livre du code (et aux autres) qui comprenait les articles consacrés à l'absence. Les références sont toujours les mêmes ; le professeur de droit et de procédure civile et pénale aux universités de Bologne et de Ferrara, conseiller à la cour de cassation, consacre beaucoup d'attention à cette question, renvoyant aux origines romaines, à la glose d'Accurse, à Fabre et à son *Codex definitionum* mais surtout à la tradition française construite sur la doctrine et sur la jurisprudence dont il cite un arrêt de la cour de Limoges rendu le 20 avril 1812 spécifiant qu'il fallait proposer les actions contre l'absent non contre le détenteur de fait mais seulement contre l'envoyé en possession ou l'administrateur légal des biens¹⁸.

Suivront autres commentaires qui en tout cas ne manqueront pas de citer les auteurs français comme constant point de référence même si l'interprétation des juristes italiens acquerra de plus en plus de poids : on peut citer, par exemple, le *Corso di codice civile italiano* de François Xavier Bianchi, un grand civiliste, qui dans sa deuxième édition de la fin du siècle, est très riche sur l'absence, traitée des points de vue théorique et pratique ; c'est un vrai guide, à mon avis, pour inciter les étudiants et les praticiens à une exégèse complète des normes, qui continue à faire recours à peu d'auteurs italiens et à beaucoup de « maîtres » de l'école de l'exégèse¹⁹.

La jurisprudence autour de l'absence : un peu avant et... après l'unification

Examinons quelques arrêts parmi les plus remarquables sous le rapport de l'objet ici abordé parmi plusieurs qui souvent appliquent les mêmes principes et suivent une jurisprudence presque constante sur certains points.

Prem. stab. tip. di P. Naratovich, 1873, p. 71-115.

¹⁸ L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*. 1 Torino, Napoli, Unione Tipografico-Editrice, 1871, p. 197-272. L'arrêt de Limoges est mentionné renvoyant au *Manuale forense, ossia Confronto fra il Codice albertino, il diritto romano e la legislazione generale anteriore : con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli del Codice civile Francese ed austriaco compilato da una società di avvocati*, t. I, Novara, Francesco Artaria e comp., 1838, p. 294.

¹⁹ F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, 4: *Delle persone, della cittadinanza, del domicilio, degli assenti : spiegazione dei titoli 1., 2., 3. del libro 1. del codice civile*, 2. ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1890, p. 411-1324.

Avant de voir quel est le rôle des juges italiens dans l'évolution des règles dans cette matière, après l'unification juridique je m'arrêterai sur un arrêt de la cour d'appel de Turin rendu le 23 décembre 1864²⁰ : on oblige l'acheteur de certains immeubles à payer leur prix à l'héritier testamentaire malgré le défaut de nouvelles de l'absent depuis longtemps. Il s'agissait d'un soldat âgé de vingt ans combattant dans l'armée française à l'époque napoléonienne, au début du siècle, il avait ensuite quitté le service militaire et n'avait plus donné de nouvelles depuis cinquante ans ; l'acheteur opposait le péril d'éviction en cas de retour de l'absent mais la cour rejetait l'exception : la stabilité des rapports patrimoniaux était la valeur à protéger et le temps écoulé (cinquante ans) sans nouvelles permettait de considérer l'absent comme mort.

Plusieurs arrêts rendus en Italie aux XVIII^e et XIX^e siècles considéraient qu'on ne pouvait présumer vivant un militaire qui, après avoir combattu lors d'une guerre, ne s'était pas présenté depuis longtemps et n'avait pas donné de ses nouvelles : par exemple, un arrêt du 12 mars 1732 rendu par le Sénat de Turin établissait qu'un certain Jean Antoine devait être présumé mort en tirant cette conclusion d'une série de considérations raisonnables :

ex eo, quod in longinqua concesserit, et iverit ad bellum ; quippe quum a longo tempore abesset ; nulla de eo notitia haberetur, quin et notorie reputaretur pro mortuo, dato nimirum signo defunctorum, neque contrarium nullo modo edoceretur ; quod tamen multo facilius probationis fuisset, quum mortis cuiusque unus tantum locus fuisset, unum instans ; vite vero plures loci, et plura tempora ; de quo si aliter res fuisset, notio aliqua verisimiliter habita fuisset [...] sed et intermissum ab illo jam ab annis quamplurimis respondendi stylum asserebat, quod mortem praedicti Joannis Antonii arguit, ab ipsa nepte admissam, fama circumundique declamatam. Quum difficilis sit ut plurimum, praesertim de absente agatur, etiam ex conjecturis et praesumptionibus concluditur, inter quas et illae concurrunt, quod nullibi compareant, vel ipse absens, vel asserti ipsius liberi, quod filiorum negativa concordat cum qualitate status hominis ab initio²¹...

²⁰ *La giurisprudenza. Collezione di sentenze della Corte di Cassazione della Corte d'Appello di Torino e di altre Corti e Tribunali d'Italia* (dorénavant *La giurisprudenza*), 1865, p. 56 : Turin, cour d'appel, 23 décembre 1864.

²¹ *Pratica legale secondo la ragion comune, gli usi del foro, e le costituzioni di Sua sacra real Maestà. Edizione seconda in miglior ordine distribuita con addizioni*, t. III, § 11, Torino, presso Pietro Giuseppe Pic Libraio sotto i portici di Piazza Castello, detti della fiera, 1827, p. 158.

Après la publication du Code civil pour le Royaume de Savoie (1837) un arrêt de la Cour de Turin rendu le 30 octobre 1854 se prononce sur l'absence d'un militaire, Brunad, disparu pendant la campagne de Leipzig d'après la déclaration de deux témoins qui n'avaient pourtant pas affirmé avoir vu le soldat mourir : on déclare que la présomption de vie de l'absent jusqu'à l'âge de cent ans, jusqu'à preuve contraire, n'est pas applicable au cas du militaire qui, participant à une guerre désastreuse, a disparu le jour même de la bataille ; après un certain laps de temps sans nouvelles, il doit être tenu pour mort²².

De la même façon, la cour d'appel de Casale a rendu un très intéressant arrêt le 26 mai 1854 : il s'agissait d'une question de mise en possession provisoire de l'héritière présomptive d'un absent. Bien que les cent ans mentionnés par l'article 93 du Code civil albertin, ne se soient pas écoulés, la circonstance de son départ pour le service militaire au temps (1812) où sévissait une guerre ayant fait d'innombrables victimes, le fait que le soldat ne soit pas revenu dans sa patrie et qu'on n'ait eu aucune nouvelle de lui depuis la fin des hostilités, justifiaient la présomption de mort de l'absent et en conséquence, la cour rejetait l'exception d'usucapion opposée par le défendeur. On renvoyait aux lois françaises qui fixaient le terme de vingt ans pour la réalisation de l'usucapion contre l'absent (art. 2265 du Code civil), comme aux *le patrie leggi* : cette solution était conforme aux lois romaines, droit subsidiaire jusqu'au code albertin dans le royaume de Savoie, qui arrêtaient le cours de la prescription acquisitive à l'encontre du jeune soldat qui, bien que revenu dans sa patrie, serait tombé sous le coup du pouvoir paternel (selon les *Regie Costituzioni* du XVIII^e siècle comme en vertu du code civil postérieur de 1837, le pouvoir paternel était perpétuel sauf exception)²³.

La présomption de mort devait connaître le succès au siècle suivant ; la loi autrichienne, l'*ABGB* au § 21 considérait les absents au même titre que les personnes qui, étant incapables de pourvoir de façon convenable à leurs propres intérêts en raison de leur âge, de leur déficience mentale ou pour d'autres raisons, devaient être placées sous la protection spéciale des lois ; on n'admettait pas la présomption d'absence, mais, lorsque celle-ci était prouvée et dans certaines circonstances, on accordait aux intéressés le droit de faire déclarer judiciairement la mort de l'absent. Ces circonstances

²² F. BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi Raccolta generale progressiva di Giurisprudenza, Legislazione e Dottrina*, Torino (dorénavant BETTINI), 1854, II, col. 767.

²³ BETTINI, II, 1854, col. 457-460.

étaient : 1°) quand depuis la naissance de l'absent il s'était écoulé une période de quatre-vingt ans et que depuis dix ans on ignorait le lieu de son domicile ; 2°) quand, sans égard au temps écoulé depuis sa naissance, l'absent avait disparu depuis trente ans ; 3°) quand une personne ayant été gravement blessée à la guerre ou se trouvant sur un navire au moment de son naufrage ou dans quelque autre danger imminent de mort, n'avait pas donné de ses nouvelles depuis trois ans (§ 24). Gioachino Basevi et Jacopus Mattei commentaient favorablement ces dispositions, insistant, surtout le second, sur leur origine ancienne et rappelant que la doctrine française posait de semblables principes²⁴.

A *contrario*, un arrêt de la Rote Romaine, rendu le 17 mars 1852²⁵ appliquant les § 634 et 633 du Règlement de l'État de l'Église, décida qu'un soldat enrolé dans l'armée italique depuis 1808, ayant fait en 1812 la campagne de Russie et ayant été fait prisonnier par les Russes le 24 octobre 1812, comme l'attestait le registre de l'armée italienne conservé à Milan, ne pouvait être présumé mort malgré le manque de nouvelles et bien qu'il soit certain qu'il avait été engagé dans une bataille sanglante où les Russes avaient livré l'assaut huit fois de suite. En première instance, la curie archiépiscopale de Fermo avait accueilli en 1834 la requête de la sœur du militaire qui demandait à succéder à son frère sur la foi de déclarations de certains témoins qui le déclaraient mort pendant la bataille. L'avocat des frères soulignait que les témoins, des militaires, qui avaient participé à l'action, pouvaient seulement témoigner avoir vu Vallorani tombé, mais « blessé ne veut pas dire mort et aucun n'avait pu vérifier s'il avait été blessé ou s'il était mort d'autant que, selon les mêmes témoins, la bataille terminée, il avait été interdit aux compagnons d'armes survivants de retourner vers les cadavres restés sur le champ de bataille, il avait donc été impossible aux témoins de vérifier s'il était mort ou seulement blessé ».

L'avocat de la sœur au contraire soutenait la présomption de mort, observant qu'il n'y a pas de règle absolue concernant cette question qui relève de l'intime conviction du juge, que Vallorani

²⁴ G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, 7^e éd. notablement augmentée et en plusieurs lieux révisée par l'auteur, avec adjonction par C.F. Gabba, Milan, chez Domenico Bolchesi Librajò Editore, 1859, p. 31-32, 214 (§ 278 sur le jour de la déclaration de mort ; qui est celui de l'arrêt devenu chose jugée ; J. MATTEI, *I paragrafi del Codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde...*, Venise, co' tipi di Pietro Naratovich, 1852, p. 95, 99, 105-108.

²⁵ *Gazzetta tribunali di Genova*, 1853, p. 640-642.

était allé à la guerre non comme conscrit mais comme volontaire, par conséquent par désir de gloire, cette circonstance suffisait à faire croire qu'il était un homme hardi, capable de s'exposer aux plus grands périls. Il est logique de présumer la mort de tels hommes surtout s'ils se sont trouvés dans des circonstances très périlleuses : la pensée de Bartole dans son *De testibus*, de Menochius, Costantinus et d'autres auteurs de l'ancien droit commun était évoquée pour renforcer la thèse de la défense. Ces réflexions étaient accompagnées de souvenirs touchants sur la bataille de Maloyaroslavetz où « on avait combattu de manière si intrépide tant il était important pour l'armée française de tenir la seule route que l'empereur avait indiquée pour la retraite. Les français, tout d'abord chassés par les Russes, avaient repris la ville et le 24 octobre avaient soutenu victorieusement huit assauts pendant lesquels les soldats du Royaume italique et particulièrement la garde dans laquelle servait Vallorani, avaient montré la plus grande bravoure ». Vallorani même, selon trois compagnons d'armes parmi lesquels un lieutenant, témoins *de visu et de auditu* (ils avaient déposé que le commandant de son corps d'armée disait avoir vu et reconnu le mort couché à côté d'autres soldats de la Grande Armée) était tombé en combattant près d'un général décédé, le général Desons, dans un lieu bien précis et sa mort était à l'origine de l'avancement au grade d'adjudant sous-officier. À propos des attestations portées sur le registre, le défenseur opposait que le manque de réponse à l'appel le jour suivant la bataille emportait de façon automatique l'inscription parmi les prisonniers des Russes. Beaucoup de ces prisonniers étaient morts peu après de froid ou par l'épée à cause de la barbarie des paysans ou, la paix conclue, étaient revenus dans leur patrie mais ce n'était pas le cas de Vallorani. On citait aussi un précédent, un arrêt de la Rote romaine rendu le 14 juin 1819 en faveur de la présomption de mort dont « il n'était pas permis de douter ». La sœur, doutant en 1919 que le frère soit encore vivant, avait cité en justice ses autres frères afin de faire nommer un administrateur du patrimoine du frère disparu. Je me suis arrêtée sur ce cas parce que la complexité des situations et les argumentations parfois fortes parfois plus faibles montrent la difficulté d'établir des règles tout à fait raisonnables dans ce domaine.

La Cour de Gênes, à la même époque, s'agissant d'un absent qui était parti comme conscrit dans l'armée française et qui n'avait plus donné de ses nouvelles, considérait comme irrecevable la preuve de la mort par témoins *de auditu*, malgré le temps écoulé depuis la disparition et le certificat d'un fonctionnaire de la patrie

de l'absent confirmant la rumeur publique de sa mort à Metz en Lorraine²⁶.

Aujourd'hui, en Italie, en cas de disparition soit dans des opérations de guerre auxquelles le sujet a participé, soit à la suite d'un conflit, un délai de deux ans depuis l'entrée en vigueur du traité de paix ou, à défaut, de trois ans après la fin des hostilités suffit pour obtenir la déclaration de mort présumée si on n'a pas eu de ses nouvelles (art. 60 Code civil de 1942).

La Duchesse Laure Leroux de Bauffremont, de nationalité française, mariée à un ressortissant italien, bien connue en Italie parce qu'elle avait fondé en 1861 avec le père Fioravanti un couvent de Franciscaines missionnaires chez Gemona in Friuli²⁷, oppose devant la cour d'appel de Turin une exception de nullité concernant son prétendu défaut de capacité personnelle comme femme mariée et personne dépourvue de la capacité d'agir en justice. Malgré tout, elle est assignée à comparaître en justice devant le Tribunal de première instance de Pavie sans autorisation maritale. Il s'agit de vérifier en première instance si le juge doit appliquer la loi française en s'appuyant sur les dispositions générales du Code civil italien (art. 6) portant sur l'état et la capacité des personnes pouvant être réglées par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent.

²⁶ C. MANTELLI, *Giurisprudenza del Codice civile e delle altre leggi dei Regii Stati ossia collezione metodica e progressiva delle decisioni e sentenze pronunciate ai Supremi Magistrati sì dello Stato che stranieri ecc...* (dorénavant MANTELLI), 1843, on peut voir aussi VII, appendice, col. 45-48 (un arrêt qui empêche de concourir à l'assignation des biens d'un bénéfice affranchi à l'absent dont la survie n'est pas prouvée) ; VIII, appendice, col. 182-184 (arrêt de la cour de Casale qui impose aux curateurs de l'absent, disparu depuis 1790, qui réclament des droits successoraux, de donner des preuves de vie au moment de la mort de la mère en 1795) ; IX, appendice, col. 5-10 (arrêt de la cour de Casale qui établit de semblables principes en matière de succession testamentaire : pour un testament de 1833 on exclut qu'un absent, disparu depuis longtemps mais qui aurait eu cent ans en 1834, puisse être encore vivant).

²⁷ Laure Leroux naquit en 1832 dans une famille aisée. Orpheline de père à dix-sept ans, elle se maria très jeune avec le duc Roger de Bauffremont mais le mariage est un échec et une séparation de corps est prononcée. Une foi profonde la pousse vers la vie monacale : elle rencontre en 1859 à Vérone le père Grégoire Fioravanti, alors père provincial des frères mineurs qui lui confie son intention de fonder un institut de sœurs franciscaines missionnaires et en 1861, elle réalise son projet de prendre le voile sous le nom de Sœur Joséphine avec 53 novices de plusieurs nationalités. Elle fut ensuite obligée de quitter le couvent pour raison de santé ; elle mourut le 2 avril 1917 à Mont Charles.

Donc, il s'agit soit de déclarer l'incapacité pour une femme mariée d'être défendeur sans l'autorisation de son mari (art. 215 du Code civil français), soit d'appliquer la loi italienne par laquelle l'autorisation maritale n'est requise que dans certains cas. L'article 135 du Code italien déclare en effet que l'autorisation du mari n'est pas nécessaire 1°) quand il est mineur, interdit, absent ou condamné à plus d'une année de prison, pendant la durée de la peine ; 2°) quand il y a eu séparation de corps judiciaire motivée par la faute du mari ; 3°) quand la femme exerce une activité commerciale.

Dans le cas soumis aux juges d'appel italiens il ne s'agit pas seulement d'accorder l'autorisation d'ester en justice à une femme mariée (les juges d'appel accordent l'autorisation en conformité avec l'article 222 du Code Napoléon) mais aussi de rechercher la définition du mot *absent*. Dans le langage juridique ordinaire « on entend par absent – je cite la définition du *Répertoire universel* de Merlin, que la doctrine et le législateur italien reprennent – celui qui non seulement n'est pas soit dans le lieu de sa résidence habituelle, soit dans le lieu où sa présence se trouve momentanément nécessaire, mais ne donne plus de ses nouvelles et dont, par cette raison, l'existence est incertaine »²⁸. Appliquant le cas de l'article 135, c. 1, les juges retiennent une interprétation du mot absent qui « ne comprend pas seulement la “vraie” absence dans le langage juridique, c'est-à-dire celle d'une personne dont on n'a pas de nouvelles, mais aussi de celle qui demeure ou se trouve dans un lieu différent ou loin de celui où se trouve sa femme et en particulier dans le cas du domicile du mari dans un pays étranger ». L'arrêt de la cour d'appel de Turin, rendu le 3 mars 1868, confirme le jugement du tribunal de première instance rejetant l'exception de nullité et contraignant la femme à répondre en justice²⁹.

Un autre arrêt de la cour d'appel de Brescia rendu le 15 mars 1871 déclare que l'article 135 du Code civil en matière d'autorisation maritale s'applique aussi bien dans le cas d'une absence déclarée que dans celui d'absence de fait, à savoir le simple éloignement du domicile ou de la résidence. Pourtant la cour rejette l'appel de la femme qui demande l'annulation d'une transaction souscrite par elle-même sans l'autorisation du mari absent, ni celle du tribunal civil nécessaire lorsqu'il y a opposition

²⁸ P. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. I (v° *absent*), Paris, Bertin et Danel, 1827, p. 29.

²⁹ *Annali della giurisprudenza italiana*, 1868, p. 292-294, Turin, 3 mars 1868 (cour d'appel).

entre les intérêts de la femme et du mari. La motivation est intéressante : d'une part, étant donné que les faits objet du jugement relèvent de la loi autrichienne qui avait donné aux femmes du royaume Lombardo-Vénitien pleine capacité d'agir³⁰, la femme pouvait transiger à l'époque des faits sans autorisation maritale, d'autre part on tire argument du fait que si la femme mariée ne perd pas sa capacité juridique, l'autorisation maritale marque la subordination au mari et le respect qui lui est dû par la femme. Les juges précisent de façon claire que, si le mari est absent, ou s'il s'agit simplement d'une absence de fait (le mari était absent depuis deux ans et son lieu de résidence était inconnu), il n'y a plus de raison de réclamer l'autorisation. La cour confirme d'une part l'autorisation maritale (dans les années précédant la codification italienne il y avait eu des partisans de l'abolition, y compris Giuseppe Pisanelli, le « père » du code unitaire de 1865), de l'autre elle élargit la portée des règles sur l'absence à l'absence de fait³¹.

À la fin de la même année, à Milan, un arrêt de la cour d'appel rejette la demande en nullité d'une procédure pour absence d'autorisation maritale : la motivation porte sur les raisons de cette absence qui ont été examinées et appréciées favorablement par les juges de première instance : le terme absent au sens de l'article 135, § 1 inclut aussi le cas où le domicile du mari est établi dans un lieu éloigné et différent de celui de sa femme. Le commentateur de l'arrêt dans le *Monitore dei Tribunali* écrit à ce propos : « (Il va sans dire qu'il ne faut pas attendre que soient réunies les conditions prévues par les articles 20, 21 et 22 du code afin de considérer le mari comme absent en ce qui concerne l'autorisation donnée à la femme ; mais on ne peut pas admettre qu'il suffise que le mari se trouve dans un lieu éloigné et par conséquent différent de celui où se trouve sa femme. L'exemple est pris dans le monde bourgeois : « il suffirait qu'il se rende aux bains de Vichy et que sa femme soit allée en villégiature, par exemple, en Brianza, pour qu'elle puisse se considérer exonérée de l'autorisation) ». Il faut – dit le commentateur – « et le bon sens le suggère peut-être trop évidemment, l'ignorance du lieu où le mari se trouve ; que son domicile soit inconnu mais depuis peu comme le requiert l'article 22 ». Le renvoi est à l'arrêt de la cour d'appel de Brescia à peine nommée³².

³⁰ Cf. § 21 ABGB.

³¹ *Monitore dei Tribunali*, 1871, p. 266-270, Brescia, cour d'appel 15 mars 1871.

³² *Monitore dei Tribunali*, 1872, p. 154-157, Milan, cour d'appel 19

La motivation de la cour de Gênes dans un arrêt rendu le 5 avril 1875 renvoie au sens du mot absent qu'il ne faut pas entendre seulement dans l'acception strictement juridique du terme mais également dans celle du langage commun, à tel point que le simple domicile du mari dans un pays étranger, même s'il est connu, dispense la femme de demander l'autorisation maritale pour les actes prévus par l'article 134 du Code civil : la femme exerçant une profession commerciale ; l'arrêtiste, favorable au dispositif, se montre opposé à la motivation parce que, à son avis, l'article 135 § 5 qui dispense d'autorisation la femme commerçante en cas d'absence du mari, peut être entendu aussi comme *absent du lieu* par une interprétation combinée des normes. La question, très délicate, qui pouvait se présenter très souvent dans la pratique, exigeait selon l'arrêtiste, une solution moins ambiguë : le renvoi aux articles du code de procédure civile (en particulier les articles 848 et 849 en matière d'ouverture de succession, prévoyaient que la mise des scellés pouvait être demandée par ceux qui demeuraient avec le défunt, si le conjoint, les héritiers ou aucun d'entre eux étaient *absents du lieu* (art. 848), et par le Ministère public dans le même cas³³.

La cour d'appel de Turin rend le 28 février 1883 un arrêt un peu « bizarre » : il s'agit d'une femme dont le mari s'est absenté du domicile volontairement sans donner de ses nouvelles depuis plusieurs années en abandonnant la femme au point de la pousser à se qualifier de veuve dans les actes publics. Cette circonstance suffit, selon l'arrêt, pour considérer, en conformité avec la loi (art. 20 Code civil), le mari comme absent de telle manière que la femme n'ait pas besoin d'autorisation maritale, même si l'absence n'a pas été établie par une déclaration formelle³⁴.

Mais il faut aussi citer un arrêt de la cour d'appel de Gênes rendu quelques années après qui fait une application rigoureuse de l'article 135 § 1 : il n'y a pas de dispense d'autorisation maritale s'il ne s'agit pas d'une « vraie » absence présumée ou déclarée en conformité avec la loi³⁵.

décembre 1871.

³³ *Ibidem*, 1875, p. 735, Gênes, cour d'appel, 5 avril 1875 ; voir aussi *Annali della giurisprudenza italiana*, 1875, p. 242 ; et *Giurisprudenza italiana*, 1875, p. 624-628 : l'arrêtiste qui commente l'arrêt en se référant aux travaux préparatoires et aux doctrines italienne et française est D. Dialti.

³⁴ *Ibidem*, 1883, Turin, cour d'appel, 28 février 1883.

³⁵ *Ibidem*, 1880, p. 471-472, Gênes, cour d'appel, 22 mars 1880.

Un autre arrêt de la Cour de cassation de Rome rendu le 30 mars 1881 « se contente » de l'absence présumée du mari confirmant l'arrêt d'un tribunal mais ne prend pas position sur la notion d'*absent* au sens de l'article 135 § 1 qui, selon certains, pouvait être interprété comme un simple éloignement, une non présence. On observe le manque de précision de la loi mentionnant seulement *absent* ; que l'autorisation maritale n'est pas fondée sur l'incapacité de la femme mais sur le bon ordre des familles et le respect et l'hommage dus à l'autorité morale du chef ; exiger une déclaration d'absence à la femme, reviendrait à lui interdire la gestion de ses affaires pour longtemps. L'interprétation la plus large et aussi « la plus conforme à l'état juridique que le droit moderne reconnaît à la femme mariée, c'est-à-dire qu'une démonstration de l'absence présumée suffit pour le libre exercice de ses facultés »³⁶ s'impose par conséquent.

La jurisprudence modérait la loi tout en lui donnant une portée vraisemblablement différente par rapport à la volonté du législateur mais plus adaptée à la situation concrète ; cependant les arrêts ne font pas apparaître d'interprétation uniforme déterminant une ligne juridique précise.

L'interprétation la plus large possible est donnée à l'époque (il écrit en 1879) par Dominique Fleres qui, dans un essai assez bref, retrace l'histoire des travaux préparatoires du code Napoléon décrivant la position de certains conseillers d'État favorables à définir l'absence (art. 222 = art. 135 Code Pisanelli) comme une non présence et, ou à l'inverse, l'opinion contraire de Marcadé, en conformité avec l'article 863 du Code de procédure civile français qui requiert une autorisation judiciaire pour que le mari présumé absent soit déclaré absent, et aussi les positions prises par d'autres juristes étrangers plus « raisonnables ». Il représente la tendance du temps, qu'il juge « peut être un peu trop exagérée » en faveur de l'émancipation de la femme, la bataille des femmes pour l'émancipation, leur aspiration à être assimilées à l'homme dans la vie civile, à disposer d'une pleine capacité juridique leur permettant d'acquérir des droits et d'assumer des obligations, d'être capables « dans la communauté scientifique, industrielle, artistique, de fréquenter les écoles jusqu'à l'université, d'être capables d'employer les notions apprises dans l'exercice d'un art, d'une profession, d'un emploi public, d'être capables d'agir dans la sphère de l'administration publique ou politique, d'être électrice et éligible ! Ces aspirations, réputées encore hier ridicules, sont en

³⁶ *Ibidem*, 1881, p. 725-726, Rome, Cour de cassation, 30 mai 1881.

train de se concrétiser et nous voyons les femmes fréquenter les écoles publiques en qualité d'élèves, d'institutrices, de directrices, admises dans les bureaux de postes et de télégraphes, faisant carrière en concurrence avec les hommes...»³⁷. Déjà un autre avocat, Antoine Scotti, avait soutenu les mêmes idées dans une autre revue, l'*Archivio giuridico*³⁸.

Sur les mêmes pages de *Filangieri*, la même année, en conformité avec le « volonté d'accepter les discussions entre nos collaborateurs, convaincus que la confrontation des opinions est utile au progrès de la science », un autre avocat, Nicholas Germano, rappelle par contre, la nécessité d'une interprétation historique, logique, systématique ou littéraire, et il renvoie aux travaux préparatoires du code civil Pisanelli qui montrent le changement intervenu sur ce point entre l'élaboration des projets et le texte définitif, passant du mot *lontano* (loin) au mot *assente* (absent) entendu dans un sens juridique strict, et aux articles du code, pour conclure sur l'inconsistance de la thèse de Fleres³⁹.

On peut observer qu'au moment de l'élaboration du Code Pisanelli des voix se sont élevées, surtout en Lombardie, en faveur de la pleine capacité de la femme mariée ; Giuseppe Pisanelli, ministre de la Justice, avait ainsi exclu l'autorisation dans son projet de 1863 mais au terme de la procédure parlementaire, la solution retenue maintient (ou introduit de nouveau pour les femmes lombardes et plus tard pour les vénitiennes) l'autorisation maritale pour toutes les femmes mariées du Royaume d'Italie⁴⁰.

Ces exemples montrent que la législation concernant l'absence et les règles en matière d'autorisation maritale prévues par le Code civil italien ont eu pour conséquence une évolution de la jurisprudence qui manifeste une tendance à favoriser l'émancipation de la femme malgré l'hostilité générale du milieu social et politique : durant la première guerre mondiale, plusieurs projets en demandent l'abolition car le grand nombre de soldats engagés dans la guerre imposait une nouvelle approche du problème, des mesures adaptées aux circonstances et une réforme du régime de

³⁷ D. FLERES, « Interpretazione della parola **assente** nell'articolo 135 n° 1 C.C. », *Filangieri*, 1879, p. 227-232.

³⁸ A. SCOTTI, « Sull'articolo 135 n° 1 Cod. Civ. », *Archivio giuridico*, 4, 1869/70, p. 425.

³⁹ N. GERMANO, « Interpretazione della parola **assente** nell'articolo 135 C.C. », *Filangieri*, 1879, p. 363-367.

⁴⁰ Cf. § 21, *ABGB* ; v. G. DI RENZO VILLATA, v° « Persone e famiglia (diritto medievale e moderno) », dans *Digesto IV (discipline privatistiche)*, Torino, 1995, p. 457-527, notamment p. 482, 522-523.

l'absence⁴¹. À la fin de la guerre, on parviendra enfin à l'abolition lorsque la capacité des femmes se sera affirmée dans de nombreux domaines.

Caraffina Clémentine intente une action, représentée par le *causidico* dr. Donnino Gatti, en qualité de curateur du mari présumé absent, contre les dispositions du décret rendu par le tribunal de Parme qui l'empêche d'exiger deux créances, respectivement de £ .2727 et de £. 2000, dont son mari disposait, parce que l'article 21 du Code civil italien n'accorde pas au curateur de pourvoir à la conservation du patrimoine de la personne présumée absente. La situation de la famille telle qu'elle est décrite dans les pièces du procès, d'après les renseignements fournis par la demanderesse, est très précaire : la femme n'a pas de fortune lui permettant de pourvoir à ses besoins et à ceux de ses cinq très jeunes enfants, elle ne peut pas gagner sa vie par son propre travail parce qu'elle n'a qu'un bras ; les biens du mari consistent en deux créances de presque cinq mille lires dont les revenus ne suffisent pas à l'entretien d'une famille. La cour d'appel de Parme, le 2 mars 1869, sur la base des arguments exposés, accorde à la femme l'autorisation d'exiger au moins une des créances : la motivation doit retenir notre attention parce que la cour s'attache plus à l'esprit de la loi et à la volonté présumée du législateur qu'aux termes mêmes du texte ; elle élargit la portée de l'article 21 jusqu'à comprendre dans l'objectif de conservation du patrimoine la possibilité d'aliéner si la nécessité est « tellement évidente qu'il faut l'entendre comme voulue par le législateur, comme tout à fait conforme aux principes de notre législation dans cette matière »⁴².

Les limites des pouvoirs des curateurs des biens et des personnes envoyées en possession sont souvent perçus comme indéterminées : il faut parfois préciser que les prérogatives du curateur de l'absent, nommé par le tribunal, comprennent aussi le pouvoir d'ester en justice comme c'est le cas pour la cour d'appel de Venise⁴³. On voit aussi des juges dépasser les limites traditionnellement posées aux pouvoirs de ceux qui doivent administrer le patrimoine de l'absent et admettre la possibilité d'aliéner, au moins lorsque la nécessité ou l'utilité évidente le demande⁴⁴, ou, au

⁴¹ Cf. dans ce volume, l'article d'Annunziata Monti.

⁴² *Annali della giurisprudenza italiana*, 1869, p. 510-511, Parme, 2 mars 1869 (cour d'appel).

⁴³ *Ibidem*, 1875, Venise, cour d'appel, 7 avril 1875.

⁴⁴ *Annali della giurisprudenza italiana*, 1880, p. 132-133, Modène, cour d'appel, 15 janvier 1880.

contraire, juger de façon rigoureuse en n'admettant pas, par exemple, une reconnaissance de dette avec promesse de paiement dans un délai de quatre ans et paiement d'intérêts, faite par le curateur de l'absent présumé et la considérant comme nulle de même que les clauses et les garanties accessoires : le juge considère qu'il ne s'agit pas d'un acte d'administration mais d'un acte de disposition et d'aliénation, qui, par conséquent, excède les pouvoirs du simple curateur de l'absent⁴⁵. Ou encore on exclut pour le curateur, obligé simplement à pourvoir au patrimoine de l'absent au moment de sa disparition, la possibilité de réclamer des les droits et les biens éventuellement transmis depuis la disparition⁴⁶.

D'autres aspects sont évoqués par une jurisprudence constante dans certains domaines, comme en matière d'ouverture de succession à laquelle l'absent, aussi bien en cas d'absence présumée que d'absence déclarée, ne pourra être appelé que si son existence est prouvée au moment de l'ouverture⁴⁷ ; mais souvent cette jurisprudence varie pour trouver des solutions acceptables en fonction des circonstances. Si le juge s'attache à concilier les exigences et les intérêts des possesseurs et de l'absent, il ne semble pas se conduire de cette manière en matière de frais engagés pendant la période de présomption d'absence, pour obtenir la déclaration d'absence, l'envoi en possession provisoire ou l'inventaire des biens. La doctrine est divisée sur le point de savoir s'ils sont à la charge des personnes envoyées en possession, à celle de l'absent, ou des deux, en proportion de l'utilité qu'ils en ont retiré. Suivant le Code français (et ses exégètes) qui, à l'article 126, met les frais à la charge de l'absent (« Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur de la République : les frais en seront pris sur les biens de l'absent »), la majeure partie de la doctrine italienne, tirant argument de la qualité de mandataire dont la loi du Code Napoléon qualifie les envoyés en possession, pense que les frais

⁴⁵ *Monitore dei Tribunali*, 1900, p. 987, Turin, 7 juillet 1900. V. aussi à propos des pouvoirs du représentant de l'absent, *ibid.*, p. 631, Milan, cour d'appel, 8 mai 1900.

⁴⁶ BETTINI, XXII, 1870, col. 154, Turin, cour d'appel, 21 février 1870. Voir aussi *Gazzetta dei Tribunali di Genova*, 1868, 1, p. 38, Casale, cour d'appel, 27 juillet 1868.

⁴⁷ V. *Foro italiano*, 1892, I, p. 290, Turin, cour d'appel, 10 novembre 1891 ; *ibid.*, 1893, I, p. 400, Turin, Cour de cassation, 19 octobre 1892 ; *ibid.*, 1894, I, p. 192, Naples, Cour de cassation, 23 août 1894, etc.

doivent être à la charge de l'absent (en cas de retour, ou de ceux qui obtiendront la propriété) car la personne envoyée en possession, mandataire (art. 126, 1753 Code civil français) a droit au remboursement des frais sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il a perçu tout ou partie des rentes. Cette solution est adoptée afin de les persuader d'assumer l'administration des biens de l'absent. Une partie minoritaire, représentée par Emidio Pacifici-Mazzoni, tire néanmoins argument l'absence de l'article 126 dans notre code et refuse la qualité de mandataire aux envoyés en possession qui agissent non dans le seul intérêt de l'absent mais également dans leur propre intérêt, et préfère répartir les frais entre les envoyés en possession et l'absent. La jurisprudence favorise les intérêts des premiers mais, comme le remarque le commentateur de Pacifici-Mazzoni, quelques arrêts adhèrent substantiellement à l'opinion minoritaire où on établit que les frais ne sont pas à la charge de l'absent qui est de retour s'ils ne sont pas engagés dans son propre intérêt⁴⁸.

La législation pose donc de nombreux problèmes d'application et se révèle un peu injuste à l'épreuve des faits.

C'est ce que remarque un célèbre historien du droit italien, Antoine Pertile, titulaire de la chaire d'histoire du droit à Padoue dès 1857, qui enseigne non seulement une histoire du droit sans précision territoriale mais une histoire du droit italien dont il arrive à décrire l'évolution jusqu'à la période qui lui est contemporaine dans sa *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*⁴⁹. Dans un *Mémoire* dont le titre est *Un esempio Sulla pratica applicabilità degli insegnamenti*

⁴⁸ PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, V éd. accompagnée de notes révisées et augmentées avec doctrine et jurisprudence, vol. II, p. I, *Parte generale*, Florence, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1925, p. 231-232, 254. *Contra* : BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, 2., p. 350. Pour la jurisprudence, voir *Giurista*, 1893, p. 136, Gênes, cour d'appel, 21 mars 1893.

⁴⁹ Sur Antonio Pertile v. N. TAMASSIA, « Commemorazione del professore Antonio Pertile », maintenant dans LE MÊME, *Scritti di storia giuridica*, I, Padova, CEDAM, 1964, p. 685-701. A. BRUNIALTI, *Commemorazione del professore commendatore Antonio Pertile tenuta il 7 aprile 1895 nella grande Aula delle Scuole di Asiago*, Asiago 1895; V. POLACCO, « Antonio Pertile, commemorazione letta da Vittorio Polacco », *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti, tomo 8., serie 7*, 1896-97, p. 669-701; F. CALASSO, « Il centenario della prima cattedra di storia del diritto italiano », dans *Celebrazione del centenario della prima cattedra di storia del diritto italiano (12 ottobre 1957)*, Padova, Tipografia del Seminario, 1958, p. 11-29.

della storia del diritto, présenté à la *Regia Accademia di Scienze Lettere ed arti* de Padoue en 30 mai 1886, il aborde la question de façon très linéaire et claire : il donne un résumé de l'évolution de la notion d'absence en Europe, depuis le droit romain jusqu'à la période contemporaine ; le Code napoléon est bien sûr évoqué et pour lui, la diversité des règles est la meilleure preuve de leur imperfection et il constate l'insuffisance des mesures législatives prises dans plusieurs pays et parfois, le bien fondé de certaines solutions adoptées par les législateurs contemporains. Il rejette la déclaration de mort dont il estime qu'il s'agit d'un moyen artificiel de résoudre le problème, qu'on fixe la mort au jour de la disparition ou au jour de la sentence, qu'elle soit ou non passée en chose jugée.

La loi autrichienne du 16 février 1883, promulguée à la suite de l'incendie du Ringstheater le 8 décembre 1881, la « terrible catastrophe qui bouleversât tout le monde civil, remplit d'horreur la capitale de l'Empire des Habsbourg et la fit pleurer sur tant de personnes disparues de façon dramatique », avait un peu modifié le système : l'instance pour la déclaration de mort pouvait être proposée un an avant le délai de trois ans prévu par le paragraphe 24 en cas de blessures de guerre, de naufrage ou d'un autre danger mortel imminent et, s'il s'agissait d'une personne exposée à un péril imminent de mort immédiatement après l'incident, mais l'arrêt de déclaration ne pouvait pas intervenir avant le délai de trois ans (art. 24, n. 5). Pertile, dans un *Appendice alla lettura 30 maggio 1886 sulla pratica importanza degli insegnamenti della storia del diritto*, approuve cette loi car elle, en abrégant le délai pour déclarer la mort et, malgré la confirmation des conditions sur lesquelles il faut fonder la présomption de mort, elle rend la procédure plus accessible surtout en cas de guerre et d'autres incidents très graves tandis qu'elle s'en remet pour l'admission et l'évaluation des preuves à l'intime conviction du juge⁵⁰.

La jurisprudence se révèle donc capable de tempérer le caractère un peu abstrait de normes rigoureuses en réglant le

⁵⁰ A. PERTILE, « Un esempio della pratica applicabilità degli insegnamenti della storia del diritto », *Atti e Memorie della R. Accademia di scienze, lettere e arti in Padova*, a. CCLXXXVII, 1885-86, nouvelle série, vol. II, Padova, 1886, p. 247 ; du même, « Appendice alla lettura 30 maggio 1886 », *Atti e Memorie della R. Accademia di scienze, lettere e arti in Padova*, a. CCLXXXIX, 1887-88, nouvelle série, vol. IV, p. 79. V. aussi G. TAMASSIA, « L'assenza nella storia del diritto italiano », *Archivio giuridico*, v. 36, fasc. 5-6 (1886), maintenant dans N. TAMASSIA, *Scritti di storia giuridica*, III, cit., p. 165-201.

L'absence dans la jurisprudence après l'unification italienne

problème du délai de présomption d'absence ou de déclaration : le juge semble adopter une conduite prudente et équilibrée comblant les lacunes d'un système pourtant indispensable, pourvoyant aux circonstances concrètes et aux exigences des parties en cause. Fondée sur certaines règles qui traduisent l'incertitude inhérente à la matière, la jurisprudence ne peut que retenir des critères rigoureux, capables de donner des certitudes. Il appartiendra à la période postérieure de résoudre les difficultés demeurées sans solution jusque-là.