Le principe est de toute évidence. Quant à la portée de ces dérogations, elle dépend des dispositions faites par le testateur et de l'interprétation que leur donnent les tribunaux. Nous nous bornerons à citer quelques exemples.

Le testateur ordonne que ses biens soient partagés entre ses plus proches parents collatéraux, par portions égales. Il a été jugé qu'un testament pareil, fait dans un pays de droit écrit, excluait la division de la succession par ligne; en effet, cette division aurait attribué aux divers héritiers des parts inégales (1).

La dérogation au code peut n'être que partielle. Il faut suivre comme règle d'interprétation que le principe général qui régit les successions échues à des collatéraux est que la division s'opère par égales portions entre les lignes paternelle et maternelle du défunt. Le testateur peut déroger à l'ordre légal, mais toute dérogation est une exception, et toute exception doit être formellement exprimée. Il dispose que les héritiers légaux du premier et du second rang recueilleront l'hérédité par portions égales. Est-ce déroger à la division par lignes? Le testament implique, au contraire, que la division par lignes sera maintenue : il était fait dans un pays de droit coutumier. Mais il y avait dérogation, en ce sens que dans chaque ligne il devait y avoir concours entre les héritiers appelés par la loi et ceux du degré immédiatement subséquent, ce qui était dans l'esprit de la succession coutumière; de sorte que dans la ligne paternelle on appelait concurremment les parents au quatrième et au cinquième degré, et dans la ligne maternelle tous les parents au cinquième et au sixième degré, tous par tête et par égale portion (2).

Un testateur *rappelle* à sa succession ses cousins issus de germain pour y prendre la part que leurs pères, cousin germain et cousine germaine du défunt, y auraient prise. Ce mot de *rappel*, emprunté à l'ancien droit, implique que l'on appelle à la succession des héritiers qui, d'après la loi commune, en auraient été exclus. Les cousins maternels

(1) Toulouse, 14 février 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 170).
(2) Douai, 22 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 171, 2°).

prétendirent que le testament leur accordait le droit de représentation; que par suite ils avaient tous les droits qu'aurait eus leur père s'il avait survécu; ils soutenaient en conséquence qu'ils avaient le droit d'exclure une parente maternelle plus éloignée. Il fut jugé que le *rappel* n'avait pas cette portée, que son seul objet était d'appeler à l'hérédité des parents qui à raison de leur degré en auraient été exclus (1).

Nous croyons inutile de multiplier ces exemples; le droit du défunt n'est pas contesté, et l'application ne soulève que des questions de fait concernant l'interprétation de la volonté du testateur.

SECTION II. — De la représentation.

§ Ier. *Définition.*

53. Il y a deux manières de succéder : l'héritier peut venir à la succession soit de son propre chef, soit par représentation. L'héritier succède de son propre chef quand il appartient à l'ordre qui est appelé à la succession, et que dans cet ordre il est le plus proche en degré. Celui qui succède par représentation doit aussi appartenir à l'ordre auquel la succession est déférée; mais, à raison de son degré de parenté, il aurait été exclu par un parent plus proche; la représentation lui permet de monter au même degré que ce parent, en prenant la place de son père prédécédé. Ainsi la succession par représentation est une exception. Tout parent succède de son chef, pourvu qu'il ait les qualités requises pour succéder, c'est-à-dire qu'il ne soit ni incapable, ni indigne; tandis que la loi n'accorde le bénéfice de la représentation qu'à certains héritiers : le code civil ne l'admet que dans les deux premiers ordres, en faveur des descendants d'enfants prédécédés et en faveur de descendants de frères et sœurs également prédécédés.

(1) Angers, 26 mars 1851 (Dalloz, 1852, 2, 163).

Le bénéfice étant une exception, ne peut être réclamé que sous les conditions déterminées par la loi.

54. Aux termes de l'article 739, « la représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. » On a vivement critiqué cette définition; comme il n'y a aucune difficulté quant aux principes sur lesquels tout le monde est d'accord, nous nous bornerons à rectifier ce qu'il y a d'inexact ou d'incomplet dans la loi. Il est peu logique de définir la *représentation*, en se servant des mots de *représentants* et de *représentés*, sans que l'on sache quelles personnes peuvent représenter ou être représentées : on ne doit jamais définir la chose par la chose. Le représentant, dit l'article 739, entre dans la *place* et dans le *degré* du représenté : y a-t-il une différence entre la *place* et le *degré?* Non, car le degré est précisément la place que le représenté vient occuper : le législateur ne doit pas employer de mots inutiles, parce que c'est à lui de donner l'exemple de la précision. Il n'est pas exact de dire que le représentant entre dans les *droits* du représenté, car celui-ci étant prédécédé n'a jamais eu de droit; l'héritier qui vient à la succession par représentation exerce les droits qu'aurait exercés celui qu'il représente, s'il avait survécu. Enfin, on a critiqué l'expression de *fiction* dont la loi se sert pour caractériser la représentation : le législateur, dit Toullier, n'a pas besoin de feindre, il commande (1). Sans doute, mais ce qu'il commande n'est-il pas souvent une fiction? et ne demande-t-on pas qu'il soit exact avant tout? Si donc une disposition est en opposition avec la réalité des choses, pourquoi ne l'appellerait-il pas une fiction? Et la représentation n'est-elle pas contraire à la vérité, alors qu'elle met sur la même ligne, et comme étant au même degré, deux héritiers dont l'un est au premier degré et l'autre au second ou au troisième? Les auteurs du code civil ont emprunté le mot de fiction à Pothier : cet excellent jurisconsulte, d'une exactitude si minutieuse, a donné deux définitions de la représentation; il se sert chaque fois du mot de *fiction*, bien que les deux définitions ne soient pas identiques, ce qui doit nous rendre indulgents pour le législateur. Dans son traité des *Successions*, Pothier dit que « la représentation est une *fiction de la loi* par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupaient leurs père et mère pour succéder en leur place avec les autres enfants du défunt. » Ailleurs il définit la représentation comme suit : « Une *fiction de droit* par laquelle des enfants d'un degré ultérieur sont rapprochés et mis au degré qu'occupait leur père ou mère en la famille du défunt, à l'effet de succéder tous ensemble, en sa place, à la même part à laquelle leurs dits père et mère auraient succédé (1). »

(1) Toullier, t. II, 2, p. 112, n° 189. Voyez les réponses de Marcadé, t. III, p. 75 (art. 739, n° II), de Demante, t. III, p. 59, n° 47 *bis* II, et de Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p 313, n° 459.

55. Le mot de *fiction* est donc consacré par la tradition; nous croyons qu'il restera dans le langage du droit. Et l'expression n'est pas sans importance. Tout le monde convient que la représentation est une exception, puisqu'elle n'est admise qu'en faveur de certains héritiers. A ce titre déjà elle serait de stricte interprétation (2); elle devient encore plus étroite si on la considère comme une fiction, car il est de l'essence des fictions qu'elles doivent être renfermées dans les limites que la loi leur a tracées, et elles ne peuvent pas dépasser l'objet que le législateur a eu en vue. La définition détaillée que Pothier donne de la représentation nous en fait connaître le but essentiel; d'après le droit commun, l'héritier est exclu quand il se trouve à un degré plus éloigné qu'un autre héritier du même ordre; le bénéfice de représentation le relève de cette exclusion. Voilà l'objet principal de la représentation. Elle a pour conséquence un mode spécial de partage que l'on appelle partage par souche, comme nous allons le dire en exposant les conditions et les effets de cette fiction.

(1) Pothier, *Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans*.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Représentation*, section IV, § V, tome XXIX, p. 104).

§ II. *Qui représente?*

N° 1. ORIGINE DE LA REPRÉSENTATION.

56. La représentation est d'origine romaine. Elle a toujours été admise dans la ligne directe descendante. Justinien l'étendit aux neveux et nièces. Elle eut beaucoup de peine à pénétrer dans le droit coutumier; elle resta inconnue aux coutumes du Nord jusqu'au moment où l'on procéda à leur rédaction. A Orléans, elle date de 1509; à Paris, de 1510, époque à laquelle les deux coutumes furent rédigées. Il y eut toujours des coutumes de la Gaule belgique qui rejetèrent toute représentation, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, et d'autres qui ne l'admirent qu'en ligne directe (1). « Tant plus les coutumes tirent au nord, dit Lebrun d'après Dumoulin, tant plus elles sont contraires au droit de représentation. » Il ajoute que les raisons pour lesquelles ces coutumes rejettent la représentation sont faibles et insuffisantes (2). La principale pour laquelle elles ont exclu la représentation en ligne directe, c'est que les petits-fils ne pouvant venir à la succession de droit, mais seulement par une réserve qui se trouve dans le contrat de mariage du fils, les enfants ont les mains liées par ce moyen, et ne se hasardent plus à contracter mariage sans le consentement de leur père; ils prévoient qu'en manquant à ce respect naturel, ils n'auront point de réserve au profit de leurs enfants, et que, s'ils venaient à décéder avant leur père, leurs enfants seraient privés de leur succession. Lebrun trouve le remède violent; il faut dire plus, il est inefficace : qui donc songe, en se mariant, qu'il survivra à ses enfants? On donnait une autre raison, qui est sans doute la raison principale, c'est que le fils est considéré comme plus propre à la guerre que les petits-fils. Lebrun répond que les petits-

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. II, sect. I, art. 1. Merlin, *Répertoire*, au mot *Représentation*, sect. II, § I (t. XXIX, p. 24)
(2) Lebrun, *Des successions*, livre III, chap. V, sect. II, n° 2, p. 460, et chap. X, sect. III, n° 10, p. 590

fils à leur tour porteront les armes, et qu'il importe de les conserver pour le champ de Mars où les hommes durent si peu!

La représentation finit par être presque universellement reçue, sauf dans quelques coutumes de la Gaule belgique. Domat les appelle des étranges coutumes; Bretonnier dit qu'elles sont dures et bizarres (1). Nous venons de dire que cette dureté avait sa raison d'être dans les rudes nécessités de la guerre qui, à une certaine époque, était permanente et journalière. C'est un des inconvénients du droit coutumier; les coutumes survivent aux nécessités qui leur ont donné naissance, et alors elles ne sont plus que des bizarreries inexplicables.

N° 2. DES DESCENDANTS

57. « La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante » (art. 740). Chabot dit très-bien que la représentation, bien qu'elle soit une exception, est fondée sur les mêmes motifs qui ont fait établir la règle (2). La règle est que, dans chaque ordre, les parents succèdent d'après la proximité de leur degré de parenté avec le défunt. On sait quelle est la raison de cette règle : c'est l'affection présumée du défunt. Eh bien, quand un enfant décède avant son père, auquel il est appelé à succéder avec les autres enfants, mais laissant des descendants, la loi permet à ces descendants de recueillir les biens que leur père aurait recueillis s'il avait survécu; il est vrai qu'ils sont au second ou au troisième degré, tandis qu'il y a des enfants du premier degré avec lesquels ils concourent; mais cette exception n'est en réalité que l'application de la règle, si l'on consulte l'esprit qui l'a dictée : le père qui a le malheur de voir un de ses enfants mourir avant lui, ne reporte-t-il pas sur les pauvres orphelins l'affection qu'il avait pour son enfant? Son affection pour eux aug-

(1) Domat, *Lois civiles*, II^e^ partie, livre II, titre I, sect. II, n° 3, note, p. 383. Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 696 n° 2, note.
(2) Chabot, *Des successions*, t. I, p. 166 (art. 739, n° 2). Rapport au Tribunat, n^os^ 18 et 19 (Locré, t. V, p. 108 et 109).

mente, précisément parce qu'il doit leur tenir lieu du père que la mort leur a enlevé. L'orateur du gouvernement avait donc raison de dire que la loi qui exclurait la représentation en ligne directe descendante serait une loi impie et contre nature (1).

58. L'article 740 dit que la représentation en ligne directe descendante a lieu dans tous les cas; puis il énumère ces cas. Il y en a trois :

« Les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé. » Les enfants qui ont survécu sont au premier degré; les descendants de l'enfant prédécédé, étant au second degré, seraient exclus par les premiers, qui sont plus proches; pour qu'ils puissent être admis à succéder, il faut que la représentation les fasse monter au premier degré, qui est celui de leur père. S'ils sont plusieurs, la représentation est encore nécessaire pour les enfants du premier degré. En effet, si les descendants succédaient sans cette fiction, ils succéderaient par tête, et chacun d'eux aurait la même portion de biens que les enfants qui ont survécu : ce qui serait injuste. Si les descendants ne doivent pas être exclus, il ne faut pas, d'un autre côté, que les enfants du premier degré y perdent. C'est dire que les descendants seront admis à succéder, mais qu'ils n'auront que la part que leur père aurait eue s'il avait survécu. Voilà pourquoi le partage se fait par souche quand il y a lieu à représentation.

La représentation a lieu encore « quand tous les enfants du défunt sont morts avant lui, et que les descendants de ces enfants se trouvent entre eux en degrés inégaux. » Dans ce second cas, la représentation est nécessaire à ceux qui se trouvent au degré le plus éloigné, pour être admis à la succession; elle est nécessaire à tous, si les descendants des enfants sont en nombre inégal, pour que chaque souche reçoive la même portion de biens qu'aurait obtenue l'enfant du premier degré qu'ils représentent; le partage par souche maintient l'égalité que le partage par tête blesserait au préjudice des descendants les moins nombreux :

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 14 (Locré, t. V, p. 94).

la mort ne doit pas profiter aux uns ni nuire aux autres.

Enfin la représentation a lieu lorsque, tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux à des degrés égaux. Dans ce cas, tous les descendants étant au même degré, ils n'ont pas besoin du bénéfice de la représentation pour être appelés à l'hérédité de leur auteur commun; mais la représentation est nécessaire pour établir l'égalité entre les diverses branches au moyen d'un partage qui se fait par souche. Le partage par tête nuirait aux uns et profiterait aux autres; il faut donc qu'il se fasse par souche, c'est-à-dire que la succession doit avoir lieu par représentation.

59. La représentation qui, en principe, est établie pour faire succéder les descendants d'un degré éloigné, ou pour établir l'égalité entre les diverses branches, a parfois pour effet d'exclure les descendants qui ne peuvent pas invoquer ce bénéfice. Le défunt laisse un fils ayant des enfants et des descendants d'un fils prédécédé. Si le fils qui survit renonce, qui succédera? Ce seront les descendants de l'enfant prédécédé : la représentation les fait monter au degré de leur père, tandis que les descendants du fils qui a renoncé ne peuvent pas représenter leur père, car on ne représente pas une personne vivante ni un héritier renonçant. Il y a cependant un motif de douter. On pourrait dire que la représentation a été introduite pour admettre à la succession des descendants qui sont dans un degré plus éloigné, avec ceux qui sont dans un degré plus proche; donc la fiction ne peut pas être invoquée pour exclure d'autres descendants qui se trouvent au même degré. Pothier, qui fait cette objection, y répond en disant que la représentation opère son effet dès l'instant où la succession s'ouvre; donc dès ce moment les descendants de l'enfant prédécédé succèdent, ils sont saisis, et par suite si le fils, leur cohéritier, renonce, ils profitent de sa renonciation, puisque la part de l'héritier qui renonce accroît aux autres héritiers (art. 786) (1). Nous verrons plus loin s'il en est de même en cas d'indignité.

(1) Pothier, *Des sucessions*, chap. II, art. 1er, § 3. Comparez Chabot, t. Ier, p. 167 (n° 3 de l'art. 739).

N° 3 DES DESCENDANTS DE FRÈRES ET SŒURS.

60. La coutume de Paris admettait la représentation en ligne collatérale, mais seulement en faveur des neveux et nièces : ce qui excluait les descendants d'un degré plus éloigné. C'était la disposition de la Novelle 118. La limite paraissait arbitraire; cependant le premier projet de code civil l'avait maintenue, et Portalis en prit la défense au sein du conseil d'Etat. « Ce ne sont pas, dit-il, des vues d'humanité qui ont fait établir la représentation; ce sont des vues d'ordre, réglées sur les affections présumées du défunt. Or, les lois supposent que, dans le degré de petit-neveu, le lien de la parenté ne subsiste presque plus, puisqu'elles n'admettent pas à ce degré la récusation des juges. Ainsi c'est une idée peu naturelle de priver d'une portion de la succession le neveu du défunt, objet immédiat de ses affections, pour gratifier de cette part un individu que le défunt a peut-être connu à peine. L'ordre des affections ne doit pas être calculé arbitrairement, mais d'après des présomptions raisonnables. Or, on sait que les relations de parenté, dans certains degrés éloignés, deviennent si étendues et si générales, qu'elles ne peuvent plus être des motifs d'affection. »

Les principes que Portalis invoque sont justes; mais n'en fait-il pas une fausse application? On a toujours considéré, en droit et en fait, les oncles et tantes comme tenant lieu de pères et de mères à leurs neveux et nièces, qui ont eu le malheur de perdre les protecteurs que Dieu leur avait donnés. Ces liens se resserrent encore quand l'oncle ou la tante n'a pas d'enfants, ainsi qu'on le suppose, lorsqu'il s'agit de savoir si les descendants des neveux et nièces concourront avec les neveux et nièces. Comment croire que l'oncle, qui chérissait comme son enfant le neveu que la mort lui a enlevé, devienne indifférent aux enfants de celui qu'il pleure? L'oncle, dans sa vieillesse, sent le besoin d'une affection, les orphelins s'attachent à ceux qui les aiment : voilà le lien naturel et réciproque d'amour sur lequel la représentation est fondée. Berlier fit valoir ces considérations au conseil d'Etat, et Chabot les développa comme rapporteur du Tribunat; elles justifient l'innovation du code, qui avait d'ailleurs des précédents dans certaines coutumes (1).

61. L'article 742 porte : « En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et des descendants de frères ou sœurs du défunt, lorsqu'ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes. » Sans la représentation, les descendants des frères et sœurs prédécédés seraient exclus par les frères et sœurs qui ont survécu, et qui sont à un degré plus proche du défunt; grâce à ce bénéfice, ils montent à un degré égal à celui de leurs oncles et tantes, et sont par conséquent admis à succéder. La représentation est encore nécessaire pour déterminer le mode de partage. Si la loi admettait les neveux et les petits-neveux à concourir avec leurs oncles et tantes, de leur chef, ils partageraient par tête, et par suite chacun d'eux aurait la même portion de biens qu'un des frères ou sœurs survivants; l'équité veut, au contraire, que tous les descendants d'un frère ou d'une sœur n'aient, pour eux tous, que la portion qu'auraient eue leur auteur s'il eût survécu. S'ils ne doivent pas perdre par la mort de leur père, ils ne doivent pas non plus y gagner.

La représentation est admise, en second lieu, lorsque tous les frères et sœurs du défunt sont prédécédés, et que la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés inégaux. Dans ce cas, la représentation est d'abord nécessaire pour que les descendants qui sont à des degrés plus éloignés puissent concourir avec ceux qui sont à des degrés plus proches; elle les fait monter tous au degré des frères et sœurs du défunt qui sont prédécédés. La loi veut qu'ils succèdent par représentation et non de leur chef, afin que le partage se fasse par souche, ce qui est juste; car les descendants d'un frère prédécédé ne doivent pas avoir plus que les enfants d'un autre frère, quoiqu'ils

(1) Séance du conseil d'Etat du 25 frimaire an XI, n° 22 (Locré, t. V, p. 49) Rapport de Chabot, n° 19 (Locré, t. V, p. 109 et suiv.).

soient en plus grand nombre ; c'est par fiction que les plus éloignés succèdent, et la fiction ne peut leur donner que les droits qu'aurait eus leur père s'il avait survécu.

Enfin, il y a lieu à la représentation quand tous les frères et sœurs du défunt sont prédécédés et que la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux (art. 742). On pourrait dire que la fiction est inutile dans ce cas, puisque tous les descendants, étant au même degré, peuvent succéder. Telle était, en effet, la disposition du droit romain, suivie dans la plupart des coutumes. Le code y a dérogé afin d'établir le partage par souche, lequel est plus juste que le partage par tête ; celui-ci fait de la mort une cause de profit pour les uns, une cause de perte pour les autres, tandis que le partage par souche replace tous les descendants dans la position où ils se seraient trouvés si les frères et sœurs du défunt lui avaient survécu (1).

N° 4. DES ASCENDANTS ET DES COLLATÉRAUX.

62. L'article 741 porte : « La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants ; le plus proche, dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus éloigné. » Cette disposition est empruntée à l'ancien droit. Les auteurs donnaient d'assez mauvaises raisons pour la justifier. Les uns disaient que l'on a de la peine à s'accoutumer à dire que l'aïeul représente son fils qui est son inférieur ; nous croyons que le supérieur n'aurait pas demandé mieux que de renoncer à une supériorité qui l'excluait de l'hérédité. Les autres disaient que la représentation n'avait pas lieu en ligne ascendante, parce que la succession des pères est plus due aux enfants que celle des enfants aux pères ; proposition très-véritable, ajoute Lebrun, mais qui ne peut pas servir de réponse à la question. Lui-même donnait une raison qui n'est guère meilleure, c'est que la succession du fils est plus naturelle que celle du père, d'où il tire cette

(1) Chabot, t. Ier, p. 191, 192, 194 (art. 742, nos 3, 4 et 5).

singulière conséquence : « Aussi il est plus naturel que le fils représente le père, que non pas que le père représente le fils (1). » L'orateur du Tribunat semble abonder dans cet ordre d'idées. « La successibilité des descendants, dit Siméon, est autant naturelle que légitime ; mais celle des ascendants est contre la marche naturelle des événements. On croit voir un fleuve remonter vers sa source ; l'ordre de la nature est troublé : il n'y aura donc point de représentation pour ce cas extraordinaire (2). » Ces paroles ont l'air d'être une fleur de rhétorique, et ces fleurs doivent être bannies de notre science. On peut cependant y trouver un sens profond. Oui, il en est de l'affection comme des fleuves, elle descend, elle ne remonte pas ; la vieillesse s'attache à l'enfance, comme si elle voulait y puiser une nouvelle source de vie ; l'enfant, s'il accepte les caresses du vieillard, ne s'attache pas à lui ; l'aïeul ne remplace pas dans son cœur le père ou la mère qu'il a eu le malheur de perdre. C'est la loi de la nature, le législateur la doit respecter, et comme la représentation est fondée sur l'affection présumée du défunt, il ne pouvait pas l'admettre pour les ascendants.

63. La loi applique elle-même le principe qui exclut la représentation dans la ligne ascendante : le plus proche, dit l'article 741, dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus éloigné. Si le défunt laisse son grand-père et des frères et sœurs ou descendants d'eux, qui recueillera sa succession ? Les frères et sœurs ou leurs descendants. Ils excluent, en effet, les ascendants autres que les père et mère du défunt. Si le grand-père avait pu représenter son fils, qui est le père du défunt, il aurait succédé, en concours avec les frères et sœurs et leurs descendants, comme représentant du père (3).

64. En ligne collatérale, la représentation n'est pas admise, sauf pour les descendants de frères et sœurs. L'article 742 ne s'exprime pas dans ces termes restrictifs,

(1) Lebrun, *Des successions*, livre III, chap. V, sect. II, nos 5-7, p. 461.
(2) Siméon, Discours, n° 19 (Locré, t. V, p. 134).
(3) Voyez d'autres applications dans Duranton, t. VI, p. 204, n° 178, et Demolombe, t. XIII, p. 532, n° 422.

mais la restriction résulte des principes. Nous avons dit que la représentation est une exception, la loi dit une fiction; donc elle est d'interprétation rigoureuse : elle n'est admise que dans les cas expressément prévus par la loi. Il y avait quelques coutumes qui admettaient la représentation à l'infini en ligne collatérale; la loi de nivôse s'était empressée de consacrer un principe qui s'harmonisait parfaitement avec l'esprit démocratique du législateur, en morcelant le sol. Mais l'esprit de l'an II n'était plus celui du Consulat. Le rapporteur du Tribunat donne du reste de bonnes raisons pour repousser la représentation en ligne collatérale. Il est utile de diviser le sol, mais le morcellement excessif nuirait à l'agriculture au lieu de la favoriser. Appeler à la succession un grand nombre d'héritiers est sans doute un immense bienfait, puisque l'idéal de la démocratie est que tout homme soit propriétaire; mais à quoi servirait une hérédité qui ne donnerait le plus souvent aux héritiers que des embarras et des procès? Il y a une raison décisive, au point de vue du droit civil, pour écarter la représentation en ligne collatérale. La représentation se fonde sur l'affection présumée du défunt; or, si le législateur doit se garder de rompre trop vite les liens qui unissent les familles, par contre il ne doit pas aller plus loin que la nature elle-même en supposant des affections égales là où réellement elles n'existent point. Etendre la représentation à tous les parents collatéraux sans distinction, appeler des arrière-petits-cousins en concurrence avec des cousins, c'est supposer que le défunt avait la même tendresse pour les uns et pour les autres, et cette supposition est contre la nature et la vérité. Il fallait donc limiter la fiction aux descendants des frères et sœurs pour que la loi soit en harmonie avec les sentiments naturels de l'homme (1).

(1) Chabot, Rapport au Tribunat, n° 19 (Locré, t. V, p. 110).

§ III. *Conditions.*

N° 1. LE REPRÉSENTANT

65. Représenter c'est succéder. Peu importe que la représentation soit fondée sur une fiction; la fiction aboutit à une réalité, le représentant vient à la succession aussi bien que s'il y était appelé de son propre chef. Puisque le représentant succède, il s'ensuit qu'il doit avoir les qualités requises pour succéder; celui qui est déclaré par la loi incapable ou indigne de succéder ne peut par cela même venir à la succession par représentation. Par application du même principe, il faut décider que l'adopté ne peut pas représenter l'adoptant dans les successions auxquelles celui-ci aurait été appelé s'il avait survécu. En effet, d'après l'article 350, l'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant; étranger à la famille de l'adoptant, il n'y peut pas succéder; donc il ne peut pas représenter l'adoptant, car le représenter, ce serait succéder (1). En est-il de même des descendants de l'adopté à l'égard de l'adoptant? peuvent-ils venir à la succession de l'adoptant par représentation? La question est très-controversée; nous y reviendrons plus loin, en traitant des droits que l'adopté et ses descendants ont sur les biens de l'adoptant. Les deux questions sont connexes; si les descendants de l'adopté sont successibles de l'adoptant, ils pourront aussi venir à la succession par représentation; que s'ils ne sont pas successibles, ils ne peuvent pas plus représenter l'adopté que succéder de leur chef.

66. Les mots de *représentation* et de *représentant* impliquent que celui qui recueille une succession par représentation y représente le défunt dont il prend la place et y exerce ses droits; la définition que l'article 739 donne de la représentation le dit : on y lit que le représentant entre dans les *droits du représenté*. Cela n'est pas exact; il est impossible que le représentant exerce les droits du re-

(1) Chabot, t. I^er, p. 173 (art. 739, n° 9). Demolombe, t. XIII, p. 503, n° 395.

présenté, puisque celui-ci, étant prédécédé, n'a jamais eu de droit. Faut-il conclure de là, comme le dit un de nos anciens auteurs, et un des meilleurs, que le fils qui vient à la succession par représentation ne représente pas la personne du père? Autre chose, dit Bouhier, est de succéder *du chef d'un autre* ou *à son degré*. Le fils succède au degré du père, il ne succède pas du chef du père, il ne représente donc pas la personne du père(1). Ce qui implique que le représentant ne représente pas le représenté. N'est-ce pas une erreur ou du moins un paradoxe? L'expression de la pensée est paradoxale. Puisqu'il y a une représentation, il y a aussi un représentant, donc le fils qui vient par représentation représente son père. En quel sens Bouhier dit-il qu'il ne représente pas la personne de son père? En ce sens que le représentant ne tient pas son droit du représenté, ce qui est certain, puisque le représenté n'a jamais eu de droit. De qui donc le représentant tient-il son droit? Il vient à la succession en vertu d'une fiction, et cette fiction, c'est la loi qui l'a établie en sa faveur; donc le représentant tient son droit de la loi. Ce principe est admis par tous les auteurs (2); il résulte de la nature de la représentation, mais il ne faut pas l'outrer comme le fait Bouhier. De ce que le représentant ne tient pas son droit du représenté, Bouhier conclut qu'il ne succède pas à ses *vices* et à ses *incapacités*, comme il ne succède pas à ses avantages. Sur ce point nous faisons nos réserves; nous y reviendrons plus loin. Pour le moment, il importe de constater que si le représentant n'est pas tenu des faits et promesses du représenté, ce qui est évident, il exerce néanmoins les droits qu'aurait eus le représenté s'il avait survécu; il ne peut donc pas avoir des droits autres ou plus étendus; ces droits cachent-ils quelque vice, ceux du représentant seront également viciés. Cette théorie n'était admise dans l'ancien droit qu'avec des restrictions, comme nous le dirons plus loin. Mais le code ne reproduit pas ces restrictions, il faut donc s'en tenir à la définition

(1) Bouhier, Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, chap. LXXIII, nos 45 et 46 (Œuvres, t. II, p. 920).
(2) Toullier, t. II, 2, p. 111, no 186. Chabot, t. Ier, p. 171 (art. 739, no 8)

et dire que la loi donne au représentant les droits qu'aurait eus le représenté s'il avait survécu au défunt.

67. L'article 744 consacre des conséquences de ce principe. « On peut, dit-il, représenter celui à la succession duquel on a renoncé. » Le fils renonce à la succession de son père. Puis la succession de son aïeul vient à s'ouvrir : peut-il y venir par représentation? Si le représentant était l'ayant cause du représenté, c'est-à-dire s'il tenait ses droits de lui, il ne pourrait certes pas le représenter après avoir renoncé à son hérédité; mais le représentant vient en vertu de la loi, et il n'exerce pas les droits de son père, celui-ci étant prédécédé n'a pas eu de droit; il exerce les droits que le père aurait eus s'il avait survécu. C'est par le bénéfice d'une fiction légale qu'il prend la place de son père et entre dans son degré, étant héritier du même degré que ceux avec lesquels il concourt, il succède avec eux à son aïeul : c'est de son aïeul, dit Pothier, qu'il reçoit sa part dans la succession. Il faut ajouter, grâce à la fiction de la représentation (1).

L'orateur du Tribunat explique l'article 744 d'une manière un peu différente : il dit que la représentation est un droit de parenté que le représentant tient du sang (2). Cela n'est pas tout à fait exact, et c'est surtout quand il s'agit de fictions légales qu'il faut une exactitude extrême, afin qu'on ne leur donne pas une portée qu'elles ne doivent pas avoir. Si l'on ne consultait que les liens du sang, il faudrait repousser la représentation, comme le faisaient nos anciennes coutumes; le sang ignore les fictions, c'est une réalité vivante; il en résulte que le plus proche exclut le plus éloigné. Il a fallu que le législateur intervînt pour déroger à la loi du sang. On voit combien il importe de maintenir cette idée de fiction qui offusquait Toullier; c'est elle seule qui explique les principes de la représentation. Après cela, il est aussi vrai de dire que la représentation a son fondement dans le sang, ou, comme le dit Lebrun, dans la nature, qui fait une subrogation perpétuelle des enfants au père, en ce sens que l'affection que l'on a pour

(1) Pothier, *Des successions*, chap. II, sect. I, article Ier, § 1.
(2) Siméon, Discours, no 20 (Locré, t. V, p. 135).

le père se transporte aux enfants, du moins dans la proche parenté (1).

68. Du principe que le représentant tient son droit, non du représenté, mais de la loi, il suit que le représentant ne doit pas avoir les qualités requises pour succéder au représenté, car ce n'est pas à lui qu'il succède, et il n'est pas son ayant cause. Tous les auteurs enseignent que le représentant ne doit pas être conçu à la mort du représenté : l'arrière-petit-fils peut venir à la succession de son bisaïeul, par représentation de son aïeul, bien qu'à la mort de l'aïeul il ne fût pas conçu. En droit, cela ne fait pas de doute; le représentant succède au défunt, à l'hérédité duquel il est appelé par le bénéfice de la loi; c'est pour succéder au défunt qu'il doit avoir les qualités requises pour succéder. Il ne succède pas au représenté; peu importe donc qu'il ne fût pas conçu lors de son décès; cela n'empêche pas que le sang de l'aïeul ne coule dans ses veines, cela n'empêche pas que l'affection du bisaïeul ne se porte sur le dernier rejeton que Dieu, dans sa bonté, lui a envoyé pour le consoler de la perte des enfants plus proches que la mort lui a ravis (2).

Le même principe conduit à une autre conséquence, où le droit n'est pas toujours d'accord avec la réalité des affections. On demande si le représentant, indigne à l'égard du représenté, peut néanmoins invoquer le bénéfice de la représentation. En droit, l'affirmative n'est pas douteuse : car tout ce que nous venons de dire de l'incapacité s'applique à l'indignité. Le représentant indigne ne succède pas au représenté et ne tient pas son droit de lui; qu'importe donc qu'il soit indigne à son égard, pourvu qu'il ait les qualités requises pour succéder à celui dont il réclame l'hérédité? Mais peut-on dire aussi que l'affection du défunt s'est reportée sur un descendant exclu de la succession de son père comme indigne? La loi n'entre point et ne peut pas entrer dans ces considérations individuelles (3).

(1) Lebrun, *Des successions*, livre III, chap. V, sect. I, n° 10.
(2) Lebrun, *Des successions*, livre I, chap III, n° 11, p. 40. Demolombe, XIII, p. 505, n^{os} 399 et 397.
(3) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I^{er}, p. 696, n^{os} 4 et 5. Demante (t. III, p. 66, n° 51 *bis* II) dit que c'est à regret qu'il le décide ainsi.

Il arrivera plus d'une fois que l'affection que le législateur suppose au défunt pour le représentant n'existe pas, de même que l'affection présumée du défunt pour ses héritiers *ab intestat* est souvent une fiction : le principe reste applicable, alors même que la présomption sur laquelle il est fondé fait défaut (1).

N° 2. LE REPRÉSENTÉ.

69. L'article 744 porte : « On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement. » On sait que la mort civile est abolie. Quant au principe formulé par l'article 744, il est facile de le justifier, quoi qu'en dise Toullier. Ce n'est pas une loi arbitraire; toute fiction a sa raison d'être. Rappelons-nous les motifs très-naturels qui ont fait introduire la représentation. Un homme voit mourir avant lui son fils; son affection se reporte avec une force nouvelle sur les malheureux orphelins. Il meurt laissant des fils et des petits-fils. Ceux-ci, du second degré, vont-ils être exclus par ses enfants du premier degré? La nature se soulèverait contre une pareille iniquité. C'est donc le cri de la nature qui justifie la représentation. Eh bien, tout cela suppose le prédécès de celui que l'on veut représenter. Peut-il être question pour les petits-enfants de remplacer leur père dans l'affection de l'aïeul alors que le père vit? La fiction n'aurait plus de sens. Elle n'en aurait pas davantage si l'on considère le but de la représentation. L'article 739 dit que la représentation a pour objet de faire entrer les représentants dans la *place*, dans le *degré* et dans les *droits* du représenté. Si le père vit, ses enfants peuvent-ils prendre sa *place?* occupe-t-on une place qui est occupée? Si le père vit, peut-il être question d'une fiction pour faire remonter ses enfants à son *degré*, alors que le degré se trouve rempli? Quant aux *droits* que les enfants viennent exercer, ce sont ceux que le père aurait eus s'il

(1) C'est l'opinion générale (Demolombe, t. XIII, p. 506, n° 398).