avait survécu : sans la supposition du prédécès, la fiction de la représentation ne se conçoit pas (1).

70. Quoique le principe soit d'une simplicité extrême, il soulève bien des difficultés dans l'application. Nous laissons de côté la question de savoir si l'on peut représenter un absent; elle a été traitée ailleurs (2). Supposons que le père que les enfants voudraient représenter ait survécu et que sa vie soit certaine. Ayant survécu, ne fût-ce que d'un instant, il a succédé au défunt. S'il meurt après avoir accepté l'hérédité, il n'est plus question de succession, le patrimoine du défunt s'est définitivement confondu avec le patrimoine du successible, et ce patrimoine unique passe à ses enfants. Ceux-ci recueillent, dans ce cas, les biens de leur aïeul, mais est-ce par droit de représentation? Non, certes; ils prennent les biens de leur aïeul confondus avec ceux de leur père, comme héritiers de celui-ci. Que si le père est mort avant d'avoir accepté l'hérédité ouverte à son profit, il n'en est pas moins mort saisi, en vertu de la loi, des biens, droits et actions du défunt, dit l'article 724. Il avait le droit d'accepter l'hérédité ou d'y renoncer; ce droit fait partie de son patrimoine, et il le transmet avec son patrimoine à ses enfants; ceux-ci recueillent donc la succession de leur aïeul s'ils veulent l'accepter. Mais sera-ce en vertu de la représentation? La négative encore une fois est évidente. Leur père, ayant survécu, a succédé, il ne peut donc plus s'agir de succéder à sa place (3).

Dans les deux cas que nous venons de supposer, il y a *transmission*, soit de l'hérédité, soit du droit à l'hérédité. On dit d'ordinaire qu'il y a trois manières de succéder, de *son chef*, par *représentation* et par *transmission* (4). Cela n'est pas exact. Ceux qui recueillent une succession par transmission ne succèdent pas. Lorsque le défunt qui la leur transmet est mort après l'avoir acceptée, il n'y a plus

(1) Comparez Demolombe, t. XIII, p. 509, n° 401. Toullier, t. II, 1, p. 117, note 2.
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 323, n° 255.
(3) Chabot, t. Ier, p. 209 (art. 744, n° 3)
(4) Toullier, t. II, 2, p. 112, n° 188.

de succession, c'est un patrimoine unique qui passe aux héritiers. Dans ce patrimoine se trouvent, il est vrai, les biens recueillis par le défunt dans la succession à laquelle il a été appelé; mais ces biens ne forment plus une succession, ils se sont confondus avec les autres biens qu'il laisse à ses héritiers; ceux-ci ne sont pas appelés à l'hérédité de leur aïeul, ils sont appelés à l'hérédité de leur père. Il en est de même si le père est mort avant d'avoir accepté la succession; il n'en a pas moins succédé, donc il est impossible que ses enfants succèdent. Il n'y a que cette différence entre la seconde hypothèse et la première, c'est que, dans l'une, les enfants recueillent les biens de l'hérédité confondus définitivement avec les biens de leur père, tandis que, dans l'autre, ils sont encore libres d'accepter la succession ou de la répudier (1).

La transmission n'est donc pas un mode de succéder. Elle diffère à tous égards de la représentation. La transmission suppose que celui qui transmet l'hérédité a survécu, car c'est parce qu'il a survécu qu'il a succédé et qu'il transmet la succession à ses héritiers. Tandis qu'on ne représente pas les personnes vivantes, la représentation ayant pour objet de mettre les représentants à la place qu'aurait occupée celui qui est prédécédé. Il suit de là que le représentant ne succède pas au représenté, il n'est pas son héritier, il succède directement au défunt à l'hérédité duquel il est appelé par le bénéfice de la loi. Au contraire, celui qui acquiert une succession par transmission succède à l'héritier qui la recueille et qui la lui transmet; il n'a donc droit à cette succession qu'indirectement, comme ayant cause de celui qui l'a acquise (2). Cela implique que celui qui recueille une succession par transmission accepte l'hérédité dans laquelle cette succession est comprise; renoncer à l'hérédité serait renoncer aussi à cette succession. Il n'en est pas de même de la représentation; on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé. Enfin

(1) Demolombe, t. XIII, p. 492, n° 384. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 321, n° 469.
(2) Lebrun, *Des successions*, livre III, chap. V, sect. I, n° 1, p. 456. Chabot, t. Ier, p. 171 (art. 739, nc 6).

la représentation est une fiction, donc une exception qui n'existe que dans les cas prévus par la loi et seulement dans les successions *ab intestat*. La transmission, au contraire, est l'application du droit commun, en vertu duquel celui qui a un droit dans son patrimoine le transmet à ses héritiers ; tous les héritiers *ab intestat* peuvent l'invoquer, de même que les légataires ou donataires universels.

71. L'article 787 consacre une conséquence du principe posé par l'article 744 : « On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé. » Comme l'héritier qui renonce a nécessairement survécu au défunt, il est par cela même une personne vivante, comme dit l'article 744 ; dès lors l'article 787 ne fait que répéter ce qu'avait déjà décidé l'article 744; cette disposition paraît donc inutile, et l'on en a fait un reproche aux auteurs du code Napoléon (1). La tradition nous donne la raison de cette apparente redondance. Dans l'ancien droit, l'on admettait aussi le principe que l'on ne représente pas l'héritier qui renonce. Toutefois l'on faisait des restrictions. Dumoulin, à qui l'on attribue, mais à tort, l'établissement de ce principe, y apportait une exception importante : d'après lui, les enfants du renonçant devaient représenter leur père à l'effet de concourir avec d'autres petits-enfants venant eux-mêmes par représentation d'un enfant prédécédé. Pothier n'allait pas si loin; toutefois il enseignait que si tous les enfants renonçaient, les petits-enfants, bien qu'appelés de leur chef, devaient jouir du bénéfice de la représentation, afin que le partage se fît par souche. On voit par la nature de ces réserves quel est le motif qui les inspirait : c'était une considération d'équité. Il paraissait dur d'exclure d'une hérédité les enfants de celui qui y avait renoncé à tort, alors qu'ils y avaient en réalité le même droit que ceux qui y venaient par représentation, car tous étaient au même degré (2). Le droit des enfants qui se trouvaient exclus par la représentation paraissait si juste, que le prin-

(1) Duranton, t. VI, p. 205, n° 181.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Représentation*, sect. IV, § II. Lebrun, *Des successions*, livre I, chap. IV, sect. VI. Distinction I, p. 54 et suiv. Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. I^er^, p. 697, art. 8 et 9, 10 et 11.

cipe même qui les empêchait de venir à l'hérédité en fut ébranlé. « Il n'est pas juste de restreindre un droit si favorable, disait Basnage, et de ne lui donner lieu que dans le seul cas du décès de celui que l'on veut représenter ; c'est mal expliquer l'intention des lois et contrevenir à leur fin. La représentation n'est introduite que par un principe d'équité, pour mettre les enfants en la place de leur père ; que si le père ne veut point se prévaloir de son droit, il ne doit point faire obstacle à ses enfants (1). » Lebrun reproduisit ces objections, en leur donnant de nouveaux développements, et sous l'empire du code civil, Demolombe s'est fait l'organe des mêmes sentiments (2). Déjà, dans l'ancien droit, la jurisprudence avait rejeté toutes les restrictions imaginées par la doctrine; les auteurs du code n'ont fait que sanctionner l'opinion qui avait fini par prévaloir. Au point de vue des principes, il est facile de la justifier.

La représentation n'est qu'une fiction, ce n'est pas un mode de succéder admis par le droit commun. Or, la fiction n'a de raison d'être que si l'enfant le plus proche en degré est prédécédé, laissant des descendants; c'est pour que ceux-ci ne soient pas exclus que la loi leur accorde le bénéfice de représenter leur père. Si le père survit et renonce, il n'y a plus lieu de recourir à une fiction, puisque l'on reste dans la réalité des choses. Le successible a survécu, il a été saisi, il a usé de son droit : peut-il être question d'exercer les droits d'une personne en son lieu et place, alors qu'elle-même les a exercés? Or, telle est bien la position de l'héritier qui renonce. En quoi consiste son droit héréditaire? A accepter ou à renoncer. L'héritier a renoncé, donc il a exercé son droit tout aussi bien que s'il avait accepté. Vainement fait-on appel à l'équité. Il arrive tous les jours qu'un père de famille use mal de ses droits : sera-ce une raison pour permettre à ses enfants de réclamer un droit auquel leur père a renoncé (3)? Toutefois il reste un motif qui aurait pu engager le législateur à con-

(1) Basnage, sur l'article 304 de la coutume de Normandie.
(2) Demolombe, t. XIII, p. 512, n° 401.
(3) Comparez Chabot, Rapport au Tribunat, n° 19 (Locré, t. V, p. 110).

sacrer la restriction que Dumoulin faisait à la rigueur des principes. Les enfants du renonçant n'ont aucun droit à faire valoir, cela est certain. Mais le droit de ceux qui veulent les exclure au moyen de la représentation est-il aussi évident qu'on le dit? Nous posons la question au point de vue de la théorie. Or, ne peut-on pas dire que la fiction de la représentation n'a été introduite que pour aider les descendants d'un enfant prédécédé à remonter au degré de son père, ou pour déterminer le mode de partage, tandis que, dans l'espèce, on l'invoque pour exclure des descendants qui se trouvent au même degré que les autres? A notre avis, on altère la fiction en la faisant servir pour écarter des descendants, alors qu'elle n'a été imaginée que pour les faire succéder.

72. Le conflit entre l'équité et le droit se présente encore dans une autre question qui est vivement controversée. Aux termes de l'article 730, « les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père. » A quel cas s'applique cette disposition? Il y a une hypothèse dans laquelle la réponse n'est pas douteuse. L'indigne a survécu à l'ouverture de l'hérédité, il en est exclu; ses enfants ne peuvent pas le représenter, non parce qu'il est indigne, mais parce qu'on ne représente pas une personne vivante; ils seront exclus s'il y a des héritiers d'un degré plus proche, tandis qu'ils pourront succéder de leur chef s'il n'y a pas de plus proche héritier. Ce n'est pas là le cas prévu par l'article 730; il était inutile de prévoir une hypothèse que le législateur décide dans l'article 744. Quand la loi dit que les enfants de l'indigne ne peuvent venir à la succession par le bénéfice de la représentation, elle suppose que d'après le droit commun il y aurait lieu à la représentation; c'est parce que l'héritier qu'il s'agirait de représenter est indigne, qu'elle ne permet pas à ses enfants de le représenter, ce qui implique que sans l'indignité il y aurait eu lieu à la représentation; donc le texte suppose le prédécès de l'indigne. Le cas prévu par l'article 730 est donc celui-ci : un enfant parricide prédécède à son père, puis s'ouvre la succession du père; les descendants de l'indigne y seront-ils admis avec les enfants du premier degré? Non, d'après la décision du code. Nous croyons que cette décision est en harmonie avec les principes qui régissent l'indignité ainsi qu'avec le principe de la représentation.

L'héritier indigne est exclu de la succession au moment même où elle s'ouvre; il n'a donc jamais été saisi, parce qu'il n'a pas les qualités requises pour succéder, il est sans droit. Dès lors on ne conçoit pas que ses enfants viennent exercer un droit en son lieu et place. L'article 739 dit que la représentation a pour effet de faire entrer le représentant dans *les droits du représenté*. Or, dans l'espèce, le représenté n'a pas de droits; donc la représentation devient impossible. Si l'on admet l'opinion que nous avons enseignée sur l'indignité, la question n'est pas douteuse; il eût fallu la décider contre les enfants de l'indigne, même en l'absence d'un texte. Si l'on admet avec les auteurs que l'indignité n'existe qu'en vertu d'un jugement, la question devient douteuse. On peut dire que l'enfant est mort coupable, mais non indigne, que par conséquent ses descendants peuvent le représenter, puisqu'il est mort ayant les qualités requises pour succéder. L'argument serait très-fort en théorie; mais comment le concilier avec le texte de l'article 730? Le texte suppose, comme nous venons de le dire, qu'il y a un cas dans lequel les enfants de l'indigne ne peuvent venir à la succession par représentation, à raison de la faute de leur père. Quel est ce cas? Ce ne peut être que celui du prédécès de l'indigne, car s'il a survécu, il n'y a pas lieu à la représentation. La décision du code se justifie du reste, même dans l'opinion qui enseigne que l'indignité n'a point lieu de plein droit. Chabot établit ce point avec une clarté telle, qu'il peut à bon droit dire que la chose est évidente. L'article 730 porte que les enfants *venant* à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation, c'est-à-dire *lorsqu'ils viennent de leur chef et sans représentation*, ne sont pas exclus pour la faute de leur père; ce qui signifie bien que s'ils peuvent venir de leur chef à la succession, ils ne sont pas exclus par la faute de leur père, et cela est logique, puisqu'ils sont per-

sonnellement appelés à l'hérédité; les exclure, ce serait les punir pour la faute de leur père; dans l'ancien droit, on poussait la rigueur à ce point, mais cela était inique; le code ne veut plus que les enfants soient exclus d'une succession à laquelle ils sont appelés en vertu de leur degré de parenté. Autre est la question de savoir si les enfants seront admis à représenter leur père indigne et prédécédé. Ils se trouvent dans ce cas à un degré trop éloigné pour succéder de leur chef; ils ne pourraient donc arriver à la succession qu'en représentant leur père. Or, l'article 730 s'oppose à ce qu'ils viennent à l'hérédité par la représentation. Et cette disposition est une conséquence juridique de la fiction qui permet aux enfants de représenter leur père. Le représentant n'a pas de droit à lui, puisque son degré l'exclut; par une fiction légale, il entre dans les droits que son père aurait exercés s'il avait survécu. Or, le père, s'il avait survécu, aurait été exclu de l'hérédité comme indigne, donc il n'y aurait exercé aucun droit, et partant on ne peut pas en exercer à sa place en le représentant. Vainement dit-on qu'il est mort capable, puisqu'il n'avait pas été déclaré indigne par un jugement. Cette objection aurait pu arrêter l'interprète, elle n'arrête pas le législateur. C'est lui qui déclare le père indigne, c'est lui qui décide que l'indigne ne peut être représenté(1).

Chabot essaye de justifier l'article 730 au point de vue de la justice. « Ne serait-il pas révoltant, dit-il, que le représentant de l'assassin fût appelé à succéder à la personne assassinée? » Non, ce qui révolte, au contraire, c'est que les enfants soient punis pour la faute de leur père. Et telle est, en définitive, la conséquence à laquelle aboutit l'article 730. Il est vrai que, légalement parlant, les enfants de l'indigne sont exclus parce que les principes qui régissent la représentation ne leur permettent pas d'invoquer cette fiction : on ne représente pas un indigne. Toujours est-il que si l'enfant ne peut pas représenter son père indigne, c'est par suite de l'indignité du père. Après tout,

(1) Chabot, t. Ier, p. 87, art. 730, nº 1. Merlin partage cet avis (*Répertoire*, au mot *Représentation*, sect. IV, § III, nº 7 (t. XXIX, p 100 et suiv.).

qui a créé la fiction de la représentation? La loi; donc la loi pouvait aussi la modifier, et elle aurait dû le faire. Ce sont de mauvaises lois que celles qui se mettent en opposition avec le sentiment moral. Ce conflit témoigne contre le législateur; l'interprète doit imposer silence à la nature pour rester fidèle à la loi. C'est ce qui est arrivé à un de nos bons auteurs : Duranton a longtemps hésité, il fait valoir toutes les raisons qui militent contre le texte, mais la puissance du texte finit par l'emporter, et cela doit être(1). Il y a un arrêt en ce sens, le seul qui ait été rendu sur la question (2).

D'excellents esprits se sont cependant prononcés pour l'opinion contraire. Ils ont pour eux une autorité imposante, celle de Pothier. Et un des meilleurs interprètes de l'ancien droit, le président Bouhier, abonde dans cet ordre d'idées. Bouhier dit que la doctrine qui ne permet pas à l'enfant de l'indigne de représenter son père est en opposition avec la raison et avec l'équité. La nature s'oppose à ce que la peine frappe des innocents. Mais comment concilier le cri de la nature avec le principe de la représentation? Il y avait dans l'ancien droit une doctrine généralement suivie qui restreignait le principe en vertu duquel le représentant n'a d'autres droits que ceux qu'aurait eus le représenté, s'il avait survécu. On distinguait les diverses causes qui privaient le défunt de son droit. Les incapacités absolues qui le frappaient pouvaient être opposées à ses enfants, car il en résultait que le défunt était sans droit aucun : telle était l'incapacité de l'étranger. Il en était autrement des vices personnels au représenté, ils ne nuisaient pas au représentant : telle était certes l'indignité(3). Pothier est du même avis, il conclut en disant : « On doit décider que les enfants de l'indigne ne peuvent succéder par représentation lorsqu'il est vivant, mais qu'ils le peuvent lorsqu'il est prédécédé (4). » Ce passage, dit-on, est

(1) Duranton, t. VI, p. 157, nº 131. Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 30, note.
(2) Bordeaux, 1er décembre 1853 (Dalloz, 1854, 2, 157).
(3) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, chap. LXXIII, nos 71 et suiv. (t. II, p. 924-926).
(4) Pothier. *Des successions*, chap. II, sect. I, art. 1, § II.

la source où a été puisé l'article 730, il faut donc l'interpréter en ce sens (1). La réponse à ces inductions historiques est très-simple : c'est que le texte de l'article 730 ne dit pas ce que dit Pothier; si donc, comme on le prétend, les rédacteurs de l'article 730 avaient sous les yeux le traité de Pothier, il faut en conclure qu'ils se sont écartés de son opinion. Quant à la distinction des *vices personnels* et des *incapacités absolues*, qui servait de base à la décision de Pothier et du président Bouhier, il n'y en a aucune trace dans le code; l'article 739 la rejette, au contraire, implicitement, puisqu'il ne donne au représentant que les droits du représenté, d'où suit que si le défunt n'avait pas de droit, ou n'en avait que de viciés, le représentant n'en peut avoir ou n'en peut avoir que de viciés.

§ IV. *Effets de la représentation.*

73. L'effet de la représentation, d'après l'article 739, est de faire entrer les représentants dans la *place*, dans le *degré* et dans les *droits* du représenté. On pourrait se borner à dire que la fiction a été introduite pour faire remonter le représentant au *degré* du représenté : la *place* se confond avec le *degré*, et les *droits* en sont une conséquence. Ainsi l'effet de la représentation est que le représentant succède comme aurait succédé le représenté. Le défunt laisse pour héritiers un frère utérin et l'enfant d'un frère germain prédécédé. Si le frère germain avait survécu, il aurait pris d'abord la moitié affectée à la ligne paternelle dans laquelle il succède seul, et il aurait partagé avec le frère utérin la moitié affectée à la ligne maternelle, ce qui lui eût donné les trois quarts de l'hérédité. L'enfant qui remonte à son degré prend sa place et exerce ses droits; il prendra donc les trois quarts des biens.

74. S'il se trouve plusieurs degrés entre le représentant et le représenté, le représentant doit remonter de

(1) Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 40, note. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 300, n° 435. Demolombe, t. XIII, p. 382, n° 291.

degré en degré jusqu'à ce qu'il arrive au représenté. Il est de principe que la représentation n'a pas lieu par saut. Le petit-fils veut arriver à la succession par représentation de son aïeul; il faut d'abord qu'il représente le père, puisque le père représente l'aïeul; si donc le père a renoncé ou est indigne, il ne pourra pas être représenté, et par suite le petit-fils ne pourra venir à la succession comme représentant de son aïeul. En effet, c'est au père qu'il appartenait de représenter l'aïeul; s'il a renoncé ou s'il est indigne, son fils ne peut plus le représenter, et par suite il ne peut remonter au degré de l'aïeul. Dans cette espèce, il ne pourra succéder que de son chef. C'est en ce sens que l'on dit que la représentation ne se fait point par saut (1).

75. L'article 743 porte : « Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche. » C'est une conséquence du principe que nous venons de poser d'après l'article 739. Le représentant entre dans les droits du représenté, mais il n'a pas plus de droits. On feint que le représenté a survécu et qu'il transmet à ses descendants la part qu'il recueille dans l'hérédité; les descendants prennent donc la part qu'aurait eue le représenté; c'est ce qu'on appelle partage par souche. Nous avons dit plus haut pourquoi le partage se fait par souche, *dans tous les cas*, c'est-à-dire quoique les descendants soient au même degré : ils ne doivent ni perdre ni profiter par la mort de celui qu'ils représentent. Il y a un cas dans lequel le partage par souche paraît conduire au même résultat que le partage par tête. Le défunt laisse deux petits-fils d'un enfant prédécédé, et deux autres petits-fils d'un second enfant également prédécédé : si le partage se fait par tête, chacun prendra le quart : si le partage se fait par souche, chacun prendra la moitié de la moitié affectée à sa branche, donc encore le quart. Il importe cependant toujours de distinguer si le partage a lieu par souche ou par tête, c'est-à-dire s'il y a ou non représentation. Si les quatre descendants succédaient de leur chef, sans représentation,

(1) Chabot, t. I^er^, p. 168 (art. 739, n° 4).

et si l'un d'eux renonçait, sa part accroîtrait aux trois autres, donc chacun aurait le tiers. Si, au contraire, ils viennent par représentation, la part de celui qui renonce profitera au cohéritier de sa branche; celui-ci, resté seul, prend la moitié de la succession, tandis que les deux autres descendants ne prendront chacun qu'un quart. Il y a une seconde différence entre les deux hypothèses : lorsque les petits-fils viennent à la succession de leur aïeul par représentation, ils doivent rapporter les donations faites à leur père, comme nous le dirons à l'instant : s'ils viennent de leur chef, ils ne doivent pas le rapport des libéralités que leur père a reçues, quand même ils auraient recueilli les biens donnés comme héritiers, car ils ne sont pas donataires (1).

76. L'article 743 ajoute : « Si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche, et les membres de la même branche partagent entre eux par tête. » Paul meurt, laissant une succession de 36,000 francs. Il a eu trois enfants dont l'un survit, celui-ci prend donc le tiers de l'hérédité, c'est-à-dire 12,000 francs. Le second fils est mort, laissant un enfant vivant et deux descendants d'un enfant prédécédé; le tiers qui leur revient se partagera par moitié entre l'enfant survivant, qui aura par conséquent 6,000 francs, et les deux descendants auront la moitié des 6,000 francs, donc chacun 3,000. Un troisième enfant est également prédécédé; il laisse un enfant vivant, d'un second enfant prédécédé, deux descendants, et d'un autre enfant prédécédé, quatre descendants. Comment se partageront les 12,000 francs dévolus à la troisième souche? Il y a trois branches, donc chacune prend 4,000 francs; dans l'une de ces trois branches, il n'y a qu'un enfant, il aura les 4,000 francs; dans la seconde il y en a deux, chacun aura 2,000 francs; dans la troisième il y en a quatre, chacun n'aura que 1,000 francs (2).

77. Le code ne parle pas des charges que le représenté

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 40 et suiv.
(2) Duranton, t. VI, p. 206, n° 184.

aurait dû supporter s'il avait survécu; les représentants en sont-ils tenus? Oui, et sans doute aucun. Ils prennent la *place* du représenté, dit l'article 739; s'ils la prennent pour les droits, ils doivent aussi la prendre pour les charges. La loi ajoute qu'ils entrent dans les *droits* du représenté; ils n'ont donc d'autres droits que ceux que le défunt aurait exercés s'il avait survécu; si ces droits impliquent des obligations, les représentants sont tenus de les remplir. Tout successeur universel est tenu des dettes; les représentants succèdent, ils sont donc tenus des dettes. Dans quelle mesure? Dans la proportion pour laquelle le représenté aurait dû les supporter. Si le représenté a reçu une libéralité du défunt, les représentants en doivent le rapport. L'article 848 le dit; c'est une conséquence logique du principe qui régit la représentation : nous y reviendrons.

78. Le testateur peut-il déroger aux principes de la représentation? L'affirmative n'est pas douteuse, si, comme on le suppose, il s'agit d'une succession en ligne collatérale. Tout en maintenant l'ordre de succession établi par la loi, le testateur y peut déroger, puisqu'il a la libre disposition de ses biens. Quelle sera la portée de ces dérogations? Elles peuvent être plus ou moins étendues : c'est une question d'interprétation. Nous donnerons quelques exemples empruntés à la jurisprudence. Il y avait, dans l'ancien droit, des coutumes qui admettaient la représentation à l'infini en ligne collatérale. Rien n'est tenace comme les principes du droit coutumier, ils entrent pour ainsi dire dans le sang des populations, et se transmettent d'une génération à l'autre, comme un héritage. Cela explique comment des testaments faits au milieu du XIX^e^ siècle reproduisent la représentation au profit des collatéraux. Le testateur dit : « Je veux que ma succession soit partagée entre mes cousins et petits-cousins, comme si j'étais leur oncle, et sans que les plus proches en puissent écarter les plus éloignés. » Il a été jugé que par cette disposition le testateur n'avait entendu appeler à son hérédité que les cousins germains qui lui survivraient et les descendants de ceux de ses cousins germains qui décéderaient avant

lui, par représentation de leurs auteurs. En effet, il résultait des termes du testament et de toutes les circonstances de la cause que le testateur avait voulu transporter aux cousins germains le système de représentation que le code établit pour les neveux et nièces; né et ayant vécu pendant une grande partie de sa longue carrière sous l'empire de la coutume du Maine qui admettait la représentation à l'infini, il ne voulait pas que les descendants de ses cousins germains fussent privés de son héritage par suite des principes nouveaux du code civil. La cour d'Angers a jugé aussi que le testament dont nous avons rapporté les termes ne dérogeait pas à la règle de la division par lignes; en effet, le testateur n'avait pas dit comment ses biens seraient distribués entre ses collatéraux, il ne s'était expliqué que sur la représentation; c'était maintenir implicitement les autres règles, notamment la règle fondamentale de la division par lignes (1).

Un testateur lègue ses biens « à tous ses parents et arrière-parents, en plus grand nombre possible par représentation, sans égard au code civil qui n'admet que les plus proches. » Il a été jugé que, d'après cette disposition, le partage devait se faire par tête et non par souche. La cour de cassation a maintenu cette interprétation, comme elle confirme toujours les décisions fondées sur la volonté du disposant, volonté que les juges du fait ont le pouvoir d'apprécier. A notre avis, le testateur entendait seulement établir le principe de la représentation à l'infini, ce qui multipliait considérablement les héritiers, mais par cela même il maintenait le partage par souche (2).

(1) Angers, 23 août 1849 (confirmé par un arrêt de rejet du 12 août 1851) et 13 décembre 1850 (confirmé par un arrêt de rejet du 13 août 1851) (Dalloz, 1854, 5, 463 et 465). Comparez Metz. 23 mars 1865 (Dalloz, 1865, 2, 91).

(2) Arrêt de rejet du 11 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 191, 2°).

SECTION II. — Des divers ordres de succession.

§ Ier. *Premier ordre. Les descendants.*

N° 1. QUI SUCCÈDE?

79. « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages » (art. 745). Domat dit que l'on entend par enfants et descendants les fils et les filles, petits-fils et petites-filles, sans distinction de sexe ni de degrés, et soit qu'ils descendent de fils ou de filles. Il ajoute cette restriction qui va de soi, c'est que l'on ne comprend sous le nom d'enfants que ceux qui sont légitimes; lorsqu'on veut désigner un enfant illégitime, on ajoute le mot *naturel*, ou on se sert de l'expression de bâtard. Quand un enfant est-il légitime? quand les enfants naturels sont-ils assimilés aux enfants légitimes? Cette matière est traitée au premier livre du code civil : nous y renvoyons (1).

Les enfants ou descendants, formant le premier ordre, excluent tous les autres parents, bien qu'ils se trouvent à des degrés plus éloignés et qu'ils ne jouissent pas du bénéfice de représentation. La question de savoir s'il y a lieu ou non à la représentation est indifférente d'un ordre à l'autre, elle ne concerne que les rapports des héritiers appelés à succéder dans chaque ordre : c'est une question de partage et non de vocation. Le fils de l'indigne ne peut pas représenter son père; il ne laisse pas d'exclure les ascendants, fût-ce le père, s'il peut succéder de son chef et sans le secours de la représentation. Les principes le veulent ainsi, et cela est aussi en harmonie avec la volonté présumée du défunt; tant qu'il reste un descendant, son affection se reporte sur lui de préférence à ses ascen-

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 434, n° 362, et le t. IV, p. 268, n° 188.