

à moins que la loi ne restreigne son pouvoir d'appréciation ; c'est ce qu'elle ne fait point dans l'espèce.

NO 5. DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE.

**326.** On entend par faculté d'élire le droit que l'on reconnaît au testateur de commettre à un tiers le choix de ses légataires. Cette faculté n'était pas admise en droit romain, parce qu'elle est contraire à l'essence même du testament, lequel doit être l'expression de la seule volonté du testateur. On admettait néanmoins des restrictions qui ont beaucoup embarrassé les commentateurs ; il est inutile d'entrer dans ces détails d'une législation qui n'est plus la nôtre. La faculté d'élire n'existe plus en droit français. Jaubert dit dans son rapport au Tribunat : « En matière de disposition de biens, il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont définies par la loi. Ainsi, le projet ne s'expliquant pas sur l'ancienne faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée. Heureuse interdiction ! que d'actes immoraux épargnés à ceux que cette faculté aurait pu intéresser ! » Troplong fait une critique amère de ces paroles, où tout, selon lui, est faux ou contestable (1). « Il n'est pas vrai, dit-il, qu'en matière de disposition de biens, il n'y ait de facultés que celles qui sont concédées par la loi ; c'est le contraire qui est vrai, et notre article 902 en est la preuve. » Quand on fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas, on a mauvaise grâce à critiquer aussi rudement un des auteurs de la loi. L'article 902 dit que la capacité de disposer est la règle, que l'incapacité est l'exception. Qu'est-ce que ce principe a de commun avec la faculté d'élire ? « Il n'est pas vrai, continue Troplong, que du silence de la loi il doive ressortir une prohibition ; c'est le contraire qui est vrai, et notre article en est la preuve. » Une incapacité, oui ; mais qui donc conteste la capacité du testateur ? Qu'il dise ce qu'il veut, et sa volonté sera exécutée, à une condition, c'est que sa libéralité s'adresse à une personne capable ; et si le testateur

(1) Jaubert, Rapport, n° 6 (Loché, t. V, p. 344). Troplong, t. I de l'édition belge, p. 190, n° 548.

abdique son pouvoir entre les mains d'un tiers, comment savoir si le tiers gratifiera un légataire capable ? Car, d'habitude, la faculté d'élire est exercée pour tenir la disposition secrète. C'est pour favoriser des restitutions ou pour faire de bonnes œuvres en expiation de ses péchés, que l'on permettait au testateur de confier les réparations à une personne de confiance, d'ordinaire un ministre de la religion. Encore avouait-on que c'était une condescendance, une concession que le droit faisait à la religion, comme nous l'avons dit plus haut (n° 318). Il est d'ailleurs très-difficile d'invoquer l'ancienne jurisprudence comme un précédent en cette matière. Il n'y avait pas jadis de corps légal chargé de la bienfaisance publique, comme l'est aujourd'hui le bureau de bienfaisance ; l'Eglise en tenait lieu. On conçoit donc que l'on accordât aux ministres du culte le droit de distribuer les aumônes de testateur et d'exécuter les legs pies. Aujourd'hui il n'en est plus ainsi. C'est le testateur qui doit lui-même dicter sa volonté, et s'il veut faire des œuvres de bienfaisance ou de piété, il doit les adresser aux établissements publics institués à cet effet par la loi.

**327.** La faculté d'élire expressément le légataire n'est guère dans nos mœurs ; nous n'en avons pas vu d'exemple dans les recueils d'arrêts. Dans une affaire jugée par la cour de Metz, il s'est présenté un cas où le débiteur du legs avait le choix ; le testateur disait : « Je lègue au séminaire ou à l'Eglise. » On aurait pu interpréter cette disposition comme une substitution vulgaire. Ce n'est pas ainsi que la cour l'entendit. La testatrice avait destiné tous ses biens à des œuvres pies, et nommé un exécuteur testamentaire chargé de remplir ses volontés. C'était donc son mandataire qui devait donner le tiers de ses biens soit à l'Eglise soit au séminaire. Ainsi interprété, le legs était évidemment nul ; car ce n'est pas à l'exécuteur testamentaire à désigner la personne gratifiée, le legs ne pouvant jamais dépendre de sa volonté. En ce sens, il y avait faculté d'élire. La cour annula le legs (1).

(1) Metz, 10 mai 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 335).

La cour de Liège a décidé, en termes formels, que la faculté d'élire n'existe plus dans notre droit. Dans l'espèce, le testateur avait légué la nue propriété de ses biens à un hospice dont il abandonnait le choix à un curé de sa paroisse. Le tribunal de première instance avait validé le legs, en le considérant comme fait aux pauvres. On peut sans doute léguer aux pauvres, mais il faut que le testateur dise quels pauvres il veut gratifier, c'est-à-dire quelle sera la commission des hospices qui recueillera le legs. Le curé avait désigné les hospices de Namur, en ajoutant des conditions en faveur des pauvres de la commune habitée par le testateur. Il a été jugé que la faculté d'élire étant nulle, la commission était sans droit (1).

Troplong cite un arrêt de la cour de Paris rendu sous sa présidence comme ayant consacré la faculté d'élire. Si c'est lui qui l'a rédigé, il n'ajoute rien à ses titres de jurisconsulte. Le défunt avait institué un légataire universel, en le chargeant de donner avant tout une somme, que l'acte désigne, pour des œuvres de charité. Plus bas le testateur disait : « La somme que je désigne pour les pauvres est de 30,000 francs, qui devront être versés à l'archevêché de Paris, pour fondation sur six œuvres de charité, afin de faire prier Dieu pour le repos de mon âme. » Nous n'aurions pas hésité à annuler ce legs, en tant qu'il était fait à l'archevêché. L'archevêché est une personne morale, comme la fabrique : a-t-il pour mission de recevoir et de gérer des fondations faites pour les pauvres? Non, certes; le legs ne pouvait être validé qu'en l'attribuant au bureau de bienfaisance, le seul représentant légal des pauvres, et en effaçant la clause des six fondations à faire sur des œuvres de charité. La cour décida que le legs était certain, partant valable. Il était certain! Oui, si on le considérait comme fait aux pauvres. Non, s'il était fait au profit des six œuvres de charité que le testateur ne désignait pas, et qui ne devenaient certaines que par la volonté de l'archevêque (2).

(1) Liège, 14 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 263).

(2) Paris, 11 mai 1852 (Troplong, t. II, p. 190, n° 548).

**328.** Après avoir soutenu vivement que la faculté d'élire existe encore, Troplong finit par la repousser. C'est un exemple remarquable du peu de précision que cet auteur met dans l'expression de sa pensée, sans doute parce que sa pensée même est indécise et flottante. Il rapporte d'abord l'arrêt de Paris rendu sous sa présidence, puis il cite les arrêts de la cour de cassation qui posent en principe que le legs doit être fait à des personnes connues et certaines, et qui annulent les legs incertains. Il faut, dit-il, examiner cette jurisprudence de près. Puis Troplong rapporte les arrêts des parlements qui maintiennent les legs faits pour bonnes œuvres, sans les préciser; il avoue que cette jurisprudence avait ses limites et qu'il n'en faut pas exagérer la portée; elle n'allait pas jusqu'à autoriser le legs de sommes indéfinies laissées au secret emploi d'un tiers. Voilà déjà l'auteur qui revient sur ses pas; et il y revient si bien, qu'il ne reste rien ou à peu près de la faculté d'élire. Troplong approuve ce que Merlin dit de la nullité des dispositions, lorsque le testateur a fait connaître ses intentions au légataire: c'est un legs verbal, et ce legs est nul. A la vérité, le testateur sera gêné dans ses idées de restitution; mais pourquoi ne prend-il pas ces dispositions de son vivant? Il y a encore le danger d'éluder les incapacités et les prohibitions de recevoir. Enfin, si l'on admet que le testateur remette à un tiers la disposition de sommes modiques, pourquoi ne lui permettrait-on pas de disposer ainsi de son hérité tout entière (1)? Voilà Troplong tout à fait de notre avis et, par conséquent, de l'avis de Jaubert: il valait bien la peine de le combattre avec tant de vivacité!

## § II. Du mineur et du tuteur.

### no 1. PRINCIPE.

**329.** L'article 907 porte : « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. Le mineur, devenu ma-

(1) Troplong, t. I, p. 191, nos 549-555.