

prévu par l'art. 1423 et le nôtre, que le légataire, à qui le mari a légué un effet de la communauté, a récompense pour la totalité, tandis que, d'après le droit commun, la récompense est limitée à la part que le testateur avait dans la chose.

Nous avons expliqué ci-dessus la raison de cette différence (4).

ARTICLE 1022.

Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

SOMMAIRE.

1954. Division.
 1955. Du legs d'une chose indéterminée en droit romain.
 1956. De la loi 7, *De tritico*, au Digeste.
 1957. Pourquoi, dans le legs d'une chose indéterminée, le choix d'une chose appartenait-il au créancier, tandis qu'en matière de contrat, le choix appartenait au débiteur?
 1958. L'héritier ne peut offrir au légataire une chose de la plus mauvaise qualité, ni être forcé à en donner une de la meilleure.
 1959. Cas où le legs d'une chose indéterminée deviendrait un legs d'option.
 1960. Du legs d'option.
 1961. De l'option conférée à un tiers.
 1962. Difficulté lorsque, dans un legs d'option, le testament n'a pas déterminé les choses à choisir.
 1963. Le legs d'option donne au légataire le droit de choisir la chose de la meilleure qualité.
 1964. *Quid* si plusieurs des choses à choisir venaient à périr?
 1965. De l'étendue du droit du légataire d'option.

(4) N° 4950. *Junge M. Coin-Delisle, loc. cit.* Merlin, Répert., v° *Legs*, t. XVI, p. 607.

1966. Du délai dans lequel doit s'exercer le legs d'option. — *Quid* en cas de désaccord avec les ayants droit du légataire?
 1967. Du legs alternatif.
 1968. A qui, dans ce legs, appartient le droit de choisir.
 1969. Le choix ne peut porter que sur l'une ou l'autre des deux choses léguées. — *Quid* en cas de perte de l'une des deux choses ?

COMMENTAIRE

1954. Notre article s'occupe du legs d'une chose indéterminée. Et comme ce genre de legs a de nombreux rapports avec le legs d'option et le legs alternatif auxquels les rédacteurs du Digeste ont consacré un titre spécial, nous examinerons ces espèces de legs en même temps que le legs de la chose indéterminée.

1955. Le legs d'une chose indéterminée s'appelait à Rome, legs de genre, *legatum generis*, dénomination que nous pouvons lui donner aussi aujourd'hui (1).

Je lègue à Titius un cheval, une maison, un pré, ou un de mes chevaux, une de mes maisons, un de mes prés.

Il est clair que la disposition, quoique portant sur un objet indéterminé, doit avoir *certam finitionem*, comme disent les interprètes; car, sans cela, elle serait, pour ainsi dire, dérisoire (2). Ainsi ce serait un legs inutile que la disposition par laquelle un testateur, en l'absence de toute circonstance de nature à préciser explicitement ou implicitement les limites de la libéralité, dirait : « Je lègue à Titius du vin » ou du blé. » Ce don peut être, en effet, réduit à des bornes tellement étroites, qu'il devient chimérique; l'héritier qui en est chargé pourra l'acquitter avec une goutte de vin et quelques grains de blé.

(1) Voët, *Ad Pand., De opt. legat.*, n° 6.

(2) Paul, *Sentent.*, l. 3, *De legat.*, § 13. Ulpian, l. 71, D., *De legat.*, 1^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 389, n° 45. Voët, *Ad Pand., De tritico*, n° 3.

1956. Il ne faut pas considérer comme contraire à cette opinion, la loi suivante au Digeste 7, *De tritico* (1). « Un » testateur avait ordonné à l'héritier institué de donner à la » femme de lui testateur, *vinum, oleum, frumentum, acetum*, etc.... Trébatius pensait que ce legs ne comprenait » que ce que l'héritier voudrait donner; car la quantité » n'était pas fixée. Mais Ofilius, Cascellius et Tuberon voulurent que l'héritier fût condamné à payer tout le vin, » l'huile, le froment, le vinaigre, etc., que le testateur avait » laissés à son décès. » Javolenus, qui rapporte ce fait, dit que Labéon approuvait l'avis de ces derniers.

Cette opinion a été suivie par les commentateurs du droit romain (2) et elle s'explique par le génie de la langue latine et par le sens précis qu'elle permet de donner aux expressions vagues dont s'est servi le testateur. Mais, parmi nous, il serait difficile de donner un effet aussi étendu à la disposition par laquelle le testateur léguerait du blé, en général, sans déterminer la quantité. « Du blé » ne veut pas dire « tout le » blé que je laisse. » C'est, au contraire, une expression restrictive. Si donc des circonstances accessoires ne venaient pas au secours de la volonté du testateur, je penserais que le legs devrait être regardé comme inutile, n'ayant pas *certam finitionem*. C'est par une interprétation bénigne de la volonté du testateur (interprétation non repoussée par le tour grammatical de la phrase latine), que les jurisconsultes romains se sont décidés en majorité pour la solution contenue dans la loi dont il s'agit. Car, dans les contrats où la volonté s'interprète plus strictement, ils s'accordent à dire

(1) Javolenus, l. 2, *Ex posterioribus Labeonis*.

(2) Voët, *De tritico*, n° 2. Mantica, *De conject. ultim. volunt.*, l. 3, t. 2; n° 25 : « ... Item si frumentum indefinite legatum sit intelligitur de eo quod » mortis tempore reperitur, dummodo non sit venale, ut ait Baldus in rubrica » Codicis, *De verborum signific.*, n° 4. »

que la stipulation de donner du blé est inutile (1). Mais, nous le répétons, la langue française répugne à une telle extension.

Au surplus, il se rencontrera fréquemment dans le testament, des circonstances à l'aide desquelles le juge pourra reconnaître quelles ont pu être les bornes du legs dans la pensée du testateur. Si, par exemple, il imposait à son héritier l'obligation de donner du blé à un parent, ou à un serviteur pauvre et âgé, il serait naturel de croire que le disposant a voulu léguer à cette personne une quantité annuelle de blé nécessaire pour lui donner du pain, *arbitrio boni viri*.

1957. Lorsqu'un testateur fait un legs d'une chose indéterminée, comme, par exemple, quand il dit : « Je lègue à » Titius un de mes quatre chevaux, » le choix appartient à l'héritier.

Il n'en était pas de même en droit romain, et d'après la législation de Justinien, le choix appartenait au légataire, si le testateur n'en avait ordonné autrement (2).

On s'est demandé pourquoi le droit romain n'appliquait pas au legs la même règle qu'aux contrats; pourquoi dans ce dernier cas le choix appartenait au débiteur, tandis qu'en matière de legs le choix était au créancier, c'est-à-dire au légataire.

La raison en est, d'après Voët (3), que dans les contrats la personne seulement est obligée, que la chose n'est affectée en rien, à moins de stipulation contraire. Mais dans le legs, d'après le droit nouveau, la chose léguée est tellement affectée au légataire qu'il peut la réclamer par l'action réelle.

(1) Marcellus, l. 94, D., *De verb. obligat.*

(2) «... Electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. » (*Instit.*, *De legat.*, § 22). Voët, *De opt. legat.*, n° 2. Mantica, *De conject. ult. vol.* 9, 3, 27.

(3) *Loc. cit.*, n° 6.

Or, pour exercer l'action réelle, il faut nécessairement qu'il désigne la chose qui doit en faire l'objet. Voilà pourquoi Justinien a donné au légataire la faculté du choix.

Mais cette explication est-elle bien convaincante? M. Merlin (1) l'approuve pleinement, et l'on ne peut s'empêcher de convenir qu'elle ne présente le moyen le plus spécieux de légitimer la législation que les Romains nous ont léguée sur ce point. Cependant elle ne satisfait pas tout à fait l'esprit. En effet, l'action de vindication ne peut être exercée pour toutes sortes de legs : elle n'a pas lieu pour les legs de fait, de créances, de quantités (2). Comment, néanmoins, accorder l'explication de Voët avec des espèces de legs qui répugnent à l'action vindicatoire? D'ailleurs, quel mal y aurait-il à ce que le légataire prit le choix de l'héritier, c'est-à-dire du débiteur, avant d'exercer son action réelle, lorsqu'elle peut avoir lieu? Ce n'est donc pas sans motif que de graves jurisconsultes, critiquant les dispositions du droit romain, ont pensé que c'était par un caprice purement arbitraire qu'il avait été dérogé aux principes des contrats sur le choix des choses alternatives. La raison veut que dans le doute on favorise le débiteur : *hæredi parcendum*. Le Code Napoléon s'est montré plus conséquent; et, en remettant à l'héritier l'option qui autrefois appartenait au légataire, il s'est conformé aux principes du droit commun, d'après lesquels le doute s'interprète toujours en faveur du débiteur (3).

1958. Toutefois, l'héritier ne pourrait offrir au légataire d'une chose indéterminée un objet de la plus mauvaise qualité, de même qu'il ne saurait être obligé à en donner une de la meilleure.

(1) Répert., v^o *Option*, § 1, p. 824.

(2) Voët, *Ad Pand., De legatis*, n^o 39.

(3) Art. 1162, 1190, 1246 du C. Nap.

Le droit romain, en accordant dans ce cas au légataire le droit de choisir, avait déjà consacré cette règle : « *Id esse observandum ne optimus nec pessimus accipiatur* (1). »

1959. Mais si, par une disposition spéciale, le testateur enlevait le choix à l'héritier en déclarant qu'il le donne au légataire, celui-ci pourrait-il exiger une chose de la meilleure qualité? Ce ne serait plus là alors un legs de chose indéterminée, mais un véritable legs d'option. Avant de résoudre cette question, il importe d'examiner la nature et le caractère du legs d'option.

1960. Le legs d'option ou d'élection paraît avoir été fréquemment employé dans le testament des Romains, et l'on trouve dans le Digeste un titre assez long sur cette matière (2).

Ce legs a lieu lorsque le testateur donne au légataire le droit de choisir une ou plusieurs choses qu'il lui laisse, comme par exemple : « Je lègue à Titius les objets qu'il » choisira. »

Il diffère du legs de genre, en ce que dans ce dernier legs l'option est sous-entendue, tandis que dans le legs d'option elle est formellement exprimée (3).

1961. L'option peut être conférée à un tiers, comme quand je dis : « Je lègue à Titius les chevaux que Séius » choisira. »

D'après le droit des Pandectes, ce legs était considéré comme étant soumis à la condition : *si optaverit*; il n'était dû, par conséquent, que du jour où le gratifié avait fait son choix, ou du jour où le tiers auquel le testateur avait

(1) Ulpian, l. 37 *proem.*, D., *De legat.*, 4^o. Africain, l. 110, D., *De legat.*, 4^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 389, n^o 48. Voët, *De opt. legat.* n^o 6.

(2) «... *De optione vel electione legata.* » (Voët, *De hoc titulo.*)

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 383, n^o 44.

confié l'élection s'était prononcé. De là on concluait que la faculté de choisir ne passait pas à l'héritier du légataire, si ce dernier venait à décéder avant d'avoir choisi.

Justinien (1) ne voulut plus que ce legs fût regardé comme conditionnel; il décida qu'il serait dû à compter de la mort du testateur et que le droit de choisir passerait à l'héritier du légataire, si ce dernier était vivant lors de l'ouverture de la succession. Et pour le cas où, le choix étant remis à un tiers, ce tiers viendrait à mourir avant d'avoir choisi, il ordonna que le legs ne fût point caduc, et que le légataire eût le droit de faire connaître son choix, pourvu qu'il ne le fit porter que sur une chose de qualité ordinaire.

Cette décision était suivie dans le droit ancien. Elle doit faire la règle du droit nouveau (2). Vainement dirait-on que, dans le cas de vente, le décès ou le refus du tiers désigné pour fixer le prix fait évanouir la convention. Il faut répondre que la position du légataire n'est pas la même que celle de l'acheteur et du vendeur. Dans le cas de vente, quand le tiers désigné ne peut ou ne veut intervenir, il est toujours loisible au vendeur et à l'acheteur de fixer entre eux le prix de la chose par une nouvelle convention; tandis que s'il s'agit d'un legs dans lequel l'option ait été conférée à un tiers qui ne peut ou ne veut se prononcer, la mort du testateur ne permet plus de modifier le legs par une nouvelle disposition (3).

1962. Lorsque le testateur a déterminé le nombre de choses à choisir, la disposition ne peut présenter de difficulté; mais si ce nombre est indéterminé, quelle sera l'éten-

(1) Justinien, l. 3, § 4, C., *Communio de legatis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, no 5 *in fine*.

(2) Merlin, *Répert.*, vo *Option*.

(3) Voët, *loc. cit.*, no 5. Argument de la loi 44, § 4, D., *De legat.*, 2°.

due qu'on devra donner au legs? Par exemple: « Je lègue à Titius ceux de mes chevaux qu'il choisira. »

La loi 1, D., *De opt. legat.*, formée d'un rescrit d'Antonin, décide que, dans ce cas, le légataire pourra choisir jusqu'à trois chevaux, quoique, dans la plupart des autres cas, *pluralis elocutio duorum numero contenta sit* (1).

1963. Le légataire peut choisir la chose qui est de la meilleure qualité; *atque insuper*, dit Voët (2), « *optimum* » *hic a legatario, cui optio a testatore permissa est, optari* » *potest.* »

Cette solution nous semble devoir être adoptée sous le Code, et l'art. 1020, en fixant, dans le silence du testateur, à qui appartiendrait le droit de choisir, a réglé pour ce cas l'exercice du droit d'option. Mais, dès que le testateur s'est écarté de cette règle en donnant le choix au légataire, l'article 1020 n'est plus applicable, et le choix du légataire ne doit pas être limité entre ce qu'il y a de la meilleure qualité et ce qu'il peut y avoir de la plus mauvaise.

1964. Continuons d'examiner les différents cas que peut présenter le legs d'option.

Si les choses entre lesquelles le légataire devait faire son choix venaient à périr en partie, le legs ne serait pas nul pour cela. Le légataire pourrait prendre celles qui resteraient, ou, si elles étaient supérieures à l'importance de son legs, choisir parmi elles.

La loi 8, § 1, D., *De opt. legat.*, le décide expressément: « Si de quatre colliers de perles, je dois en choisir deux, et que de ces quatre colliers, il n'en reste que deux, *valet legatum* (3). »

(1) Ulpian, l. 42, D., *De testibus*. Voët, *loc. cit.*, no 1.

(2) Voët, *loc. cit.*, no 1.

(3) Pomponius, l. 8, § 1, D.; *De opt. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 386, no 4. Voët, *loc. cit.*, no 2.

1965. Le légataire peut choisir parmi toutes les choses du même genre qu'a laissées le testateur, et peu importe qu'auparavant l'héritier en ait aliéné quelques-unes. L'héritier ne peut, par son fait, diminuer le droit du légataire. La vente est d'ailleurs, *in suspenso* jusqu'à ce que le choix ait été fait (1).

1966. Le choix doit être fait dans le temps prescrit; sans cela le legs s'écroule : *propter præterlapsum tempus præfinitum optionis legatum hoc casu corrui* (2).

S'il n'y a pas de délai déterminé, l'héritier qui a intérêt à ce que le choix soit fait le plus tôt possible, doit le faire fixer par le juge (3).

Mais si le choix appartient à plusieurs, comme lorsque le légataire décède et qu'il laisse plusieurs héritiers, et si, dans ce cas, les héritiers ne sont pas d'accord, alors il faut avoir recours au sort, et ce sera celui qu'il favorisera qui sera chargé d'élire d'après la loi 3 au Code, *Communia de legatis*. Par cette loi, Justinien a modifié le droit des Pandectes qui voulait que, dans le cas de dissentiment, le legs fût inutile (4).

1967. Nous venons de voir les rapports et les différences du legs de la chose indéterminée et du legs d'option. Examinons le legs alternatif, qui est aussi un legs d'option. Ce genre de legs a lieu lorsque deux ou plusieurs choses sont léguées alternativement, de manière que le paiement de l'une éteigne la disposition. « Je lègue à Titius mon cheval Rabican ou mon carrosse avec mes armes. »

Les choses qui font l'objet de ce legs sont toutes dues jus-

(1) Javolenus, l. 44, D., *De opt. legat.* Voët, *loc. cit.*, n° 2.

(2) Terentius Clemens, l. 47, D., *De opt. leg.* Voët, *loc. cit.*, n° 3 *in fine*. *Pand.*, t. II, p. 385, n° 43.

(3) Pomponius, l. 6, D., *De opt. leg.* Voët, *loc. cit.* Pothier, t. II, p. 388, n° 43.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, n° 6 *in fine*. Voët, *loc. cit.*, n° 6.

qu'à ce que le choix de l'une d'elles ait été fait. Si donc, l'une d'elles vient à périr, celle qui restera devra être payée. Supposons que Rabican vienne à périr, le legs deviendra pur et simple et sera de la même nature que si le testateur avait purement et simplement légué son carrosse avec ses armes (1).

La loi 2 au D., *De legatis*, 2°, n'est pas contraire à cette règle; elle ne fait que décider que le legs alternatif ne constitue qu'un seul et même legs (2), quoique avant l'élection il y ait plusieurs choses dues dans ce legs (3).

Le legs alternatif est dû, comme tous les autres, à compter du jour du décès du testateur. Mais si l'une des choses léguées alternativement est soumise à une condition, le légataire ne pourra réclamer la libéralité avant l'échéance de cette condition : et s'il meurt avant cette échéance, le legs sera caduc et ne passera pas à ses héritiers (4).

La raison de ceci vient de ce que le legs alternatif, quoique comprenant plusieurs choses, est un : « *Cum illud aut illud legetur*, dit Papinien, *enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit* (5). »

1968. Dans le cas du legs d'une alternative, le choix appartient à l'héritier, comme lorsqu'il s'agit du legs d'une chose indéterminée. Il en était différemment à Rome. Le choix depuis Justinien, sans distinguer quelle était la forme du legs, devait appartenir au légataire (6). Seulement, le légataire d'une alternative avait, de plus que le légataire

(1) Julien, l. 84, § 2, *De legat.*, 4°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 23.

(2) Paul, l. 75, *Ad edictum*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 26.

(3) Voy. Voët, *de hoc tit.*

(4) Julien, l. 46, D., *Quand. dies legat. ced.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 26. Voët, *loc. cit.*, n° 7.

(5) Papinien, l. 25, *Quand. dies legat. ced.* Voy. sur cette loi, Cujas, *Questions Papiniennes*, loi 48, t. IV, p. 455 (édition de 1748).

(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, nos 29 et suiv.



d'une chose indéterminée, le droit de choisir la chose de meilleure qualité : *electio legatario competit*, dit Voët (1), *ut meliorem petere possit*.

1969. L'héritier à qui, en l'absence de disposition spéciale, le choix appartient aujourd'hui, ne peut choisir partie d'une chose et partie de l'autre. Il faut qu'il choisisse l'une ou l'autre entière (2). Il en serait de même du légataire auquel le choix aurait été déféré (3).

Si la chose que l'héritier se détermine à payer, vient à périr après qu'il a signifié son choix, ou qu'il en a fait l'offre réelle, la perte tombe sur le légataire (4).

ARTICLE 1023.

Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages.

SOMMAIRE.

1970. En matière de legs, la compensation ne doit pas se présumer.
 1971. Même dans le cas où le testateur était déjà débiteur du légataire.
 1972. Du reste, il n'y a de libéralité qu'autant qu'il y a dans le legs plus que dans la dette.
 1973. De la reconnaissance de dette. — Renvoi.
 1974. Du legs de libération.
 1975. La libération léguée par un testateur au débiteur de son héritier ou d'un tiers est-elle valable ?
 1976. On peut faire à une caution un legs de libération.
 1977. Le legs de libération d'une chose non due est inutile.

(1) *Loc. cit.*, n° 7.

(2) Celsus, l. 45, D., *De legat.*, 2° Pomponius, l. 8, § 2, D., *De legat.*,

1° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, n° 33.

(3) Turin, 49 mai 1813 (*Devell.*, 4, 2, 313).

(4) Julianus, l. 84, § 9, D., *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 392, n° 34.

1978. Le legs de libération ne porte pas sur les dettes postérieures au testament.
 1979. *Quid* si le légataire, ignorant la libération qui lui est faite, payait la dette à l'héritier ?
 1980. *Quid* s'il avait payé sa dette du vivant du testateur ?
 1981. La novation de dette n'empêche pas le legs de libération de produire son effet.

COMMENTAIRE.

1970. Le point de droit décidé par cet article était l'objet de beaucoup de controverses dans l'ancienne jurisprudence.

Plusieurs auteurs, comme Brodeau (1), pensaient que lorsque le légataire était créancier à titre onéreux du testateur, on ne devait pas supposer la compensation; mais que quand la créance procédait d'un titre lucratif, il fallait croire que le testateur avait voulu se libérer par son nouveau don.

D'autres jurisconsultes, au contraire, pensaient que dans tous les cas on ne devait jamais présumer la compensation : « *Legatum non præsumitur in dubio relictum animo compensationis sandi*, » dit Favre (2). C'était aussi l'avis de Ricard (3) et de Furgole (4).

On ne peut nier que ce dernier sentiment ne soit préférable. La loi 85, D., *De legat.*, 3°, le sanctionne formellement : elle veut que la compensation ne soit admise que lorsqu'elle résulte explicitement de l'acte; *nisi voluntas testatoris compensare volentis evidenter ostenderetur* (5). La distinction de Brodeau ne peut être appuyée sur aucun texte sainement entendu.

(1) Brodeau sur Louet, lettre M, somm. 2.

(2) C., tit. *De legat.*, *déf.* 8.

(3) Part. 2, nos 168 à 175.

(4) Ch. 44, n° 75.

(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n° 312 *in fine*. Paul, l. 85, D. *De legat.*, 2°.