

480. Heureusement ces excès sont rares : il y a plus d'enfants ingrats que de pères coupables. Les tribunaux sont placés entre deux écueils dans les tristes débats qui divisent les familles ; ils sont disposés à repousser l'enfant qui s'élève contre la volonté paternelle, lorsque tout prouve que le père a agi de bonne foi ; mais alors ils se mettent en opposition avec la loi, et ils doivent avoir pour devise : la loi avant tout. Or, la loi donne une réserve à l'enfant, il ne peut en être privé, pas plus en partie que pour le tout, pas plus par une erreur du père que par un dessein frauduleux. Le juge doit donc toujours écouter l'enfant qui se plaint que sa réserve est entamée par les dispositions du père, malgré la clause pénale qui le lui défend ; sauf à lui appliquer la peine s'il ne prouve pas ses allégations (1). La cour de Dijon avait méconnu ces principes dans une espèce très-favorable au testateur. Une aïeule fait entre ses enfants le partage de sa succession future, ainsi que des biens provenant de l'hérédité de son mari décédé et restés indivis entre ses mains ; prévoyant que son petit-fils ne respectera pas ses dispositions, elle le prive de la portion des biens dont la loi lui donne la libre disposition dans le cas où il troublerait l'harmonie de la famille en attaquant le partage. Le petit-fils méconnut la volonté de son aïeule, en prétendant que sa réserve était entamée. La cour, sans l'admettre à la preuve, et par le seul fait qu'il contestait les dispositions que la testatrice lui avait ordonné de respecter, lui appliqua la peine. C'était dépasser la loi. En fait, la cour avait raison ; il n'était pas contesté que la testatrice eût pour ses enfants une égale affection. « Personne, dit l'arrêt, n'ose l'accuser d'exclusion ou de préférence, encore moins de dol ou de fraude ; elle avait fait le partage avec intelligence et avec la plus religieuse impartialité ; si elle a placé l'exécution de sa volonté sous la menace d'une clause pénale, ce n'a été que pour mieux assurer le principe d'égalité qu'elle proclame dans ses testaments, et pour maintenir la paix et la concorde dans

(1) Bruxelles, 20 mai 1846 (*Pasicriste*, 1848, 2. 293).

sa famille. » On ne peut qu'applaudir aux bons sentiments qui animaient la testatrice et qui ont entraîné la cour. Mais comment l'arrêt écarte-t-il une action qui est fondée sur des motifs d'ordre public, et comment applique-t-il une peine avant de s'être assurée que la réserve était intacte ? La cour décide que la testatrice avait laissé à son petit-fils l'option entre deux partis : il pouvait renoncer à la portion disponible, en attaquant le partage fait par son aïeule, ou conserver ses droits en se soumettant aux conditions que le testament lui imposait. Il a fait son choix en refusant ces conditions ; donc il encourt la peine. La cour de cassation n'a pas admis ce système qui paralyserait toujours l'action de l'enfant, car il ferait une perte certaine, celle de sa part dans le disponible, pour un avantage incertain, l'issue de la contestation étant toujours chanceuse. Que prétendait le petit-fils de la testatrice ? Que sa réserve était entamée par les conditions que le partage lui imposait. Si cette prétention était fondée, le partage était illégal, et par suite la clause pénale devait être réputée non écrite comme couvrant une illégalité. Que voulait la testatrice ? Elle privait son petit-fils du disponible pour le cas où il n'accepterait pas ces conditions. Elle établissait donc une peine pure et simple, et elle n'entendait pas laisser au réservataire une alternative entre deux partis à prendre. En cas de clause pénale, il y a toujours un choix à faire entre la soumission et la désobéissance ; mais ce choix est contraire à la loi, en ce sens que l'un des partis que le réservataire peut prendre, celui de la soumission, le priverait de sa réserve ou l'entamerait ; l'une des alternatives est donc illégale, et par suite le testateur n'a pas le droit de l'imposer ni de la sanctionner par une peine (1).

Après l'arrêt de cassation, un procès s'engagea sur les conditions que le réservataire attaquait comme cachant des donations déguisées et portant atteinte à sa réserve. Il fut forcé de reconnaître que trois au moins de ces conditions n'entamaient nullement sa légitime ; quant à la

(1) Dijon, 8 mars 1861, et cassation, 9 décembre 1862 (Daloz, 1863, 1.36).

dernière condition litigieuse, l'oncle, dans l'intérêt duquel elle avait été établie, y renonça. Restait à décider si le réservataire avait contrevenu aux volontés de la testatrice d'une manière assez grave pour encourir la peine. L'affirmative n'était guère douteuse; la cour de Nancy le réduisit à la réserve, juste peine, dit-elle, de sa désobéissance prolongée et de l'injure faite à la mémoire de son aïeule (1). Nouveau pourvoi. Il y avait un motif de douter; c'est la quatrième condition qui était réellement illicite; mais cette condition était venue à tomber par la renonciation de celui qui en devait profiter, et néanmoins le petit-fils avait continué à contester les autres dispositions, ce qui le soumettait à la peine, puisque ces dispositions ne portaient aucune atteinte à la réserve (2).

481. Toute dérogation aux dispositions du code concernant le partage des successions n'est pas illicite, alors même qu'un réservataire serait partie à l'acte. Il faut voir si la clause du testament qui déroge à la loi porte atteinte à la réserve; dans ce cas, il n'y a plus de question, on applique les principes que nous venons d'exposer. Si la réserve reste entière, la dérogation, n'étant pas contraire à une loi d'ordre public, est valable, et par suite la clause pénale qui en assure l'exécution doit être appliquée à l'héritier contrevenant. Le testateur prescrit la vente de certains de ses immeubles, puis il déclare que celui de ses héritiers qui ne respectera pas ses dernières volontés sera privé de sa part dans la quotité disponible. On demande si la clause pénale est valable. La disposition qu'elle a pour but de sanctionner est contraire à l'article 826, qui donne à chaque héritier le droit de demander sa part en nature, lorsque les immeubles sont commodément partageables. Mais ce droit a été conféré aux héritiers dans leur intérêt privé; ils peuvent y renoncer, et par conséquent le testateur y peut déroger, sans contrevenir à aucun principe d'ordre public (3); donc il n'y a

(1) Nancy, 13 février 1867, chambres réunies (Daloz, 1867, 2, 36).

(2) Rejet de la chambre civile, 2 août 1869 (Daloz, 1869, 1, 403).

(3) Nous supposons, avec la jurisprudence, que la clause qui ordonne de vendre les immeubles est valable. Voyez plus haut, n° 457, p. 596.

pas lieu de se prévaloir de l'article 900 et d'annuler la clause pénale, comme tendant au maintien d'une disposition illicite. Il en serait autrement, dit la cour de cassation, si la vente des immeubles que la testatrice avait ordonnée devait avoir pour résultat de porter atteinte à la réserve légale de ses enfants. Mais, dans l'espèce, l'arrêt attaqué constatait que la vente des biens ne pouvait, dans aucune hypothèse, entamer la réserve que l'arrêt ordonnait de délivrer en nature au demandeur en nullité. Dès lors l'héritier qui avait contrevenu aux volontés de la testatrice devait encourir la peine dont elle avait menacé ceux qui ne les respecteraient point (1).

482. La nullité fondée sur des vices de forme est-elle d'ordre public, en ce sens que les héritiers peuvent demander la nullité du testament, de ce chef, sans encourir la peine que le testateur a comminée contre ceux qui attaqueraient ses dispositions? La cour de cassation a jugé l'affirmative par un arrêt très-bien motivé. Elle pose en principe que la forme des testaments est de droit public. Pourquoi cette rigueur quand il s'agit de simples formalités? L'article 1001 répond à la question; il prononce la nullité des testaments pour l'inobservation des formalités auxquelles les testaments sont assujettis, parce que ces formalités ont pour objet de garantir la libre expression de la volonté du testateur. Quand donc un testament est nul en la forme, on en doit conclure qu'il n'est point l'expression de la volonté du testateur, c'est-à-dire qu'il n'y a point de testament. La volonté du testateur qui défend d'attaquer un acte sans valeur peut-elle lui donner une force quelconque? la clause pénale peut-elle valider un testament qui n'existe pas aux yeux de la loi? Cette clause est contraire à la loi, contraire à l'ordre public, qui ne permettent pas de maintenir un testament, alors que la volonté du testateur n'est pas légalement exprimée. La succession légitime doit dans ce cas l'emporter: cela n'est pas douteux. Mais, ajoute la cour de cassation, si les héritiers, malgré la clause pénale, ont le

(1) Rejet de la chambre civile du 15 février 1870 (Daloz, 1870, 1, 182).

droit d'agir en nullité, ils le font à leurs risques et périls. Lors donc que le tribunal déclare leur action mal fondée, ils subiront la peine. En effet, ils auront attaqué injustement un acte qui était l'expression libre et légitime de la volonté du testateur; or, le testateur a le droit de sanctionner ses volontés par une peine, quand il dispose des biens dont il avait le droit de disposer, et sous des conditions licites (1).

II. Des cas dans lesquels la défense d'attaquer le testament est valable.

483. En principe, on ne saurait contester à celui qui dispose des biens dont la loi lui permet de disposer, et sous des conditions licites, le pouvoir de sanctionner ses volontés par une peine. On a souvent comparé le testateur à un législateur : sa volonté fait loi. Or, celui qui fait une loi peut y attacher une sanction. Les contrats sont assimilés aux lois; aussi les parties contractantes peuvent-elles y ajouter une peine. Par la même raison, ce droit doit appartenir au testateur. Cela n'est point contesté (2). On trouve, à la vérité, dans les considérants d'un arrêt une objection tellement vague qu'on en pourrait conclure que la cour de Paris a entendu contester le principe de la clause pénale : « Attendu, dit-elle, que tout citoyen a le droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice; que ce droit est d'ordre public et ne peut lui être ravi sans son consentement. » Sans doute, on ne peut défendre l'action en justice à celui qui a un droit à faire valoir. Mais, dans l'espèce, l'héritier n'a pas ce droit, puisqu'il est légataire sous une condition qui ne lui permet point d'agir. En réalité, le considérant dépasse la pensée de la cour; il s'agissait d'une demande en nullité, fondée sur la captation; la clause pénale ne s'opposait pas à l'action des héritiers, puisque cette cause de nullité est d'ordre public (n° 477); en ce sens, la cour de Paris avait raison

(1) Rejet de la chambre civile du 18 janvier 1858 (Daloz, 1858, 1, 24). Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Peine testamentaire*, n° 1X.
(2) Gand, 10 mars 1860 (*P. sicriste*, 1860, 2, 229).

de dire qu'il serait dangereux et contraire à la loi d'interdire l'action; la clause pénale était donc illicite, et elle devait être réputée non écrite; seulement il fallait faire une restriction pour le cas où la captation ne serait point démontrée; c'est pour n'avoir pas fait cette réserve que l'arrêt de la cour de Paris a été cassé (1).

484. Nous pouvons donc poser en principe que la clause pénale est valable quand elle a pour objet de garantir des intérêts privés. La jurisprudence a fait des applications fréquentes du principe. Il y a des cas où la nature de l'intérêt que le testateur a voulu sauvegarder n'est point douteuse. Un testateur lègue une maison avec ses dépendances à son neveu; et pour le cas où le légataire serait troublé dans la jouissance de ce legs par un des parents du disposant, il l'institue légataire universel. Une contestation s'éleva entre le frère, héritier légitime du défunt, et le légataire, sur le point de savoir si une grange était comprise dans le legs; le tribunal jugea que la revendication du frère était mal fondée, que par suite la clause pénale était encourue. Il y avait un motif de douter : ne pouvait-on pas dire que l'héritier légitime respectait le legs, qu'il contestait seulement l'interprétation que lui donnait le légataire? La cour décida que la volonté du testateur avait été méconnue dans un de ses effets, et que, par suite, la peine était encourue; sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (2). Dans une autre espèce, le legs était fait au profit de la femme du testateur; dans le cas où le testament serait attaqué par ses héritiers, le disposant instituait sa femme légataire universelle; il en avait le droit, puisqu'il ne laissait que des parents collatéraux; son seul but était d'empêcher des discussions de famille, toujours pénibles et souvent malheureuses pour la mémoire du défunt tout ensemble et pour ceux qui lui survivent. Nous citons les termes de l'arrêt; ils sont décisifs, puisqu'il en résulte qu'il n'y avait que des intérêts privés engagés dans le débat (3).

(1) Paris, 25 janvier 1841, et cassation, 22 décembre 1845 (Daloz, 1846, 1, 6).
(2) Amiens, 13 août 1846, et Rejet, 5 juillet 1847 (Daloz, 1847, 1, 256).
(3) Limoges, 13 août 1856 (Daloz, 1856, 5, 100). Comparez Orléans,

485. Aux termes de l'article 1021, le legs de la chose d'autrui est nul. Cette disposition est-elle d'ordre public? La négative est certaine. En effet, léguer la chose d'autrui, ce n'est point disposer de la chose d'autrui, c'est léguer la valeur de la chose; les jurisconsultes romains validaient le legs, quand le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas. La décision des auteurs du code civil porte donc uniquement sur une question d'interprétation de la volonté du défunt, question d'intérêt privé. D'où suit que si une clause pénale est ajoutée au testament, la peine sera encourue. Vainement dirait-on que la disposition est illégale, puisqu'elle est contraire à l'article 1021; une condition n'est pas illicite dans le sens de l'article 900, par cela seul qu'elle est en opposition avec un texte; il faut de plus que la loi soit d'ordre public. Cela est décisif (1).

L'héritier qui contreviendrait à une clause pareille encourrait donc la peine. Serait-ce y contrevenir que de se refuser à délivrer la chose léguée? Ce n'est pas attaquer, dit la cour de cassation, c'est se défendre (2). La distinction est subtile, et s'il fallait appliquer la clause à la rigueur, nous la repousserions; en effet, la défense aboutit au même résultat que l'attaque, c'est-à-dire à invalider la disposition, ce que le testateur a voulu empêcher par la clause pénale. Mais la décision se justifie par un autre motif, c'est que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux un pouvoir d'appréciation qui leur permet de décider que l'héritier n'a pas contrevenu à la volonté du testateur, en tenant compte des circonstances de la cause. Nous examinerons cette doctrine plus loin.

486. Les partages d'ascendant contiennent souvent la défense d'attaquer l'acte sous peine de perdre tout droit dans le disponible. Rien de plus légitime, si la défense n'a pour objet que de maintenir un partage régulier. Le partage a pour but de prévenir les contestations et les dis-

9 août 1836, et Rejet, 16 janvier 1838 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 187); Gand, 10 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 229).

(1) Besançon, 14 mai 1845 (Daloz, 1849, 1, 254).

(2) Rejet de la chambre civile du 25 avril 1860 (Daloz, 1860, 1, 230).

sensions qui s'élèvent trop souvent entre copartageants. Pour que ce but soit atteint, il faut que le partage soit à l'abri de toute attaque : tel est l'objet de la clause pénale. Elle doit assurer le repos de la famille, intérêt privé tout ensemble et public. A tous égards donc la clause est valable, et elle mérite faveur. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine (1). Il a été jugé que la clause obligeait tous les copartageants, même les mineurs (2). La minorité des héritiers ne peut pas entraver le droit de l'ascendant; ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice des lois qui règlent la forme du partage dans lequel des mineurs sont intéressés, car les partages d'ascendant ne sont pas soumis à ces formes. D'un autre côté, les motifs qui légitiment la clause pénale reçoivent leur application aux mineurs comme aux majeurs; les uns et les autres sont intéressés à ce que la paix de la famille ne soit pas troublée.

Toutefois les partages d'ascendant ne sont pas toujours aussi favorables; ils ont parfois un autre mobile que celui de maintenir la paix dans la famille. Il est si facile d'avantager un des enfants par la manière de composer les lots, même en dépassant le disponible et en portant par conséquent atteinte à la réserve. L'ascendant pourra-t-il avantager l'un de ses enfants au préjudice des autres, en imposant, sous une peine quelconque, le silence à ceux qui sont lésés? Non, certes; car dès que la réserve est entamée, le partage viole une loi qui est d'ordre public; dès lors il ne s'agit plus d'intérêts privés; on rentre dans la première hypothèse : la clause pénale a pour objet de couvrir une illégalité, illégalité qui devient une cause de discordes et de haines. Il faut que l'action en nullité soit ouverte aux enfants lésés, afin de maintenir l'égalité entre frères et sœurs (3). Bien entendu que les enfants agiront à leurs risques et périls, comme le dit la cour de cassa-

(1) Rejet, 1^{er} mars 1830 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 187, 2°); Liège, 17 mars 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 66). Caen, 31 janvier 1848 (Daloz, 1848, 2, 154). Troplong, t. I, p. 106, n° 267.

(2) Besançon, 16 janvier 1846 (Daloz, 1847, 2, 127).

(3) Rejet, 21 mars 1869 (Daloz, 1869, 1, 521).

tion; de sorte que s'il est prouvé que leur réserve n'est pas entamée, il est prouvé par cela même qu'ils ont attaqué injustement le partage de l'ascendant; ils subiront la peine qui leur est imposée. De là suit que la clause pénale ne doit pas être appliquée par cela seul que le testament est attaqué; le demandeur ne peut pas encourir de peine, alors qu'il use d'un droit. Ce droit suppose que la clause pénale avait pour but de couvrir une atteinte à la réserve. Si l'estimation des biens et les documents du procès prouvent que la réserve n'est pas entamée, l'attaque aura été injuste et par suite la peine sera prononcée (1).

Les héritiers qui attaquent le testament ont essayé de se mettre à l'abri du risque qu'ils courent en demandant, non la nullité du testament, mais une expertise préalable dans le but de constater si la réserve est entamée ou si elle reste entière. Ont-ils ce droit? La cour de cassation de Belgique le leur reconnaît (2); la cour de cassation de France le leur refuse (3). Nous croyons que cette dernière décision est plus conforme à la rigueur des principes. L'expertise est une mesure d'instruction qui a pour objet d'éclairer le juge sur le fondement de la demande qu'il est appelé à juger. Cela suppose que le juge est saisi d'une demande, et que l'expertise lui paraît nécessaire pour statuer sur le litige. Or, quand les héritiers viennent lui demander une expertise, ils ne saisissent le tribunal d'aucune action; ils n'agissent pas en nullité ni en réduction, ils ne prennent aucune conclusion; les demandeurs ne veulent pas éclairer les juges sur un litige qui n'existe pas encore, ils veulent s'éclairer eux-mêmes sur le parti qu'ils doivent prendre. Le juge ne peut pas faire droit à une demande pareille; car il ne lui est pas permis de sta-

(1) Bordeaux, 9 juin 1863 (Daloz, 1863, 2, 207), et Rejet de la chambre civile du 14 mars 1866 (Daloz, 1866, 1, 173). Rejet, 28 février 1856, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1856, 1, 319). Comparez Demolombe, t. XXIII, p. 57, nos 61-65; Réquier, *Des partages d'ascendants*, p. 106, n° 78.

(2) Rejet, 22 juin 1837 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 5°, et *Pasicrisie*, 1837, 1, 106); Liège, 11 juin 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 66).

(3) Rejet, 30 mai 1866 (Daloz, 1867, 1, 265).

tuer alors qu'on ne conclut à rien. Cette doctrine est aussi fondée en raison. Le testateur, en défendant d'attaquer le partage, déclare par là même que ce partage est légal, qu'il ne porte pas atteinte à la réserve; il veut que ses héritiers s'en tiennent à sa déclaration; dès qu'ils la mettent en doute, en demandant une expertise, ils contreviennent à la volonté du défunt, si le résultat de l'expertise prouve que la réserve n'est pas entamée. Ils doivent donc encourir la peine; ils ne peuvent pas l'éviter en s'abstenant de conclure. Ce qui prouve que ce serait éluder la volonté du testateur, c'est que la demande d'expertise, si elle était admise, mettrait toujours les héritiers à l'abri de la peine: si l'expertise prouvait que la réserve n'est pas entamée, ils n'agiraient pas: si elle prouvait que la réserve est entamée, ils agiraient; mais dans cette hypothèse, la peine ne serait pas applicable. L'opinion que nous combattons modère la rigueur de la clause pénale; le juge n'a pas ce pouvoir, pas plus pour la peine testamentaire que pour la peine conventionnelle; dans l'un et l'autre cas, il y a une loi qu'il doit respecter.

487. Il est arrivé que dans l'acte attaqué par les héritiers il y avait des clauses licites et des clauses illicites. Si les héritiers attaquent les unes et les autres, encourront-ils la peine? L'affirmative a été jugée et, bien que rigoureuse, cette opinion doit être suivie (1). En effet, la défense d'agir est absolue; dès que les héritiers demandent la nullité du testament, ils sont en faute; et ils ne peuvent être excusés que si leurs prétentions sont reconnues fondées; s'ils ont attaqué injustement certaines clauses, ils ont manqué à la mémoire du défunt, et par conséquent la peine est encourue (1).

III. Effet de la clause pénale.

488. L'héritier encourt-il la peine par cela seul qu'il attaque le testament au mépris de la clause pénale? Nous avons d'avance répondu à la question. Quand la disposi-

(1) Orléans, 5 février 1870 (Daloz, 1870, 2, 49). Comparez Rejet, 2 août 1869 (Daloz, 1869, 1, 403).

tion sanctionnée par la peine est d'ordre public, l'héritier a le droit d'agir en nullité, malgré la clause pénale; on ne peut donc pas lui appliquer la peine, par cela seul qu'il agit en justice; mais il agit à ses risques et périls. Si le testament est maintenu, il encourt la peine (nos 479 et 480). Lorsque la disposition, quoique contraire à la loi, est d'intérêt privé, l'héritier encourt la peine, par cela seul qu'il conteste, car il n'a pas le droit d'agir au nom de l'intérêt public; si donc il agit, c'est dans son intérêt; s'il trouve qu'il a plus d'intérêt à attaquer le testament, tout en encourageant la peine, qu'à le maintenir, il fait son choix, et il en doit accepter les conséquences. Peu importe l'issue du procès. S'il le gagne, il subira néanmoins la peine, puisqu'il s'y est volontairement soumis en agissant; s'il le perd, il doit subir les conséquences de son choix; il aura fait un mauvais calcul, en choisissant une alternative qui le met en perte. La cour de Cologne a consacré cette opinion dans une espèce où le partage d'ascendant était attaqué du chef de la composition des lots, mais sans que l'on prétendit qu'il y eût une atteinte portée à la réserve. L'intérêt des copartageants était seul engagé dans le débat; c'était à eux de choisir en acceptant le partage, bien qu'irrégulier, avec les avantages qui y étaient attachés, ou en l'attaquant à cause de ces irrégularités, sauf à encourir la peine. En prenant ce dernier parti, ils se soumettaient d'avance à la clause pénale (1).

489. Le principe, que l'héritier encourt la peine par cela seul qu'il attaque le testament, soulève des difficultés dans l'application. Toute peine implique une contravention. Peut-on dire que toujours, et dans tous les cas, l'héritier contrevient à la volonté du défunt par cela seul qu'il demande la nullité du testament? Dans l'ancien droit, on considérait les clauses pénales, qu'on appelait clauses *privatives*, comme simplement comminatoires, en ce sens que les tribunaux ne les appliquaient que si l'héritier était de mauvaise foi (2). Il a été jugé qu'il en est de même sous

(1) Cologne, 23 avril 1852 (Dalloz, 1853, 2, 222).

(2) Liège, 11 décembre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 1°).

l'empire du code civil. La cour de Gand invoque l'autorité de nos anciens jurisconsultes et de la pratique judiciaire. Il est inutile de discuter ces témoignages; il faudrait commencer par prouver que les auteurs du code ont entendu maintenir l'ancien droit; or, le code ne prévoit pas la difficulté, et les travaux préparatoires n'en disent rien. La question doit donc être décidée d'après les principes; et à ce point de vue, elle n'est pas douteuse. Les peines écrites dans une convention ou dans un testament ne sont pas plus une menace que les peines prononcées par la loi. Il résulte de l'article 1231 que le juge ne peut pas modifier la peine conventionnelle; à plus forte raison ne peut-il pas l'écarter comme une simple menace, et ce qui est vrai des conventions est vrai aussi des testaments. Cela est décisif. A vrai dire, l'arrêt de la cour de Gand n'est pas un arrêt de principes, c'est une décision de fait que les circonstances révoltantes de la cause ont arrachée à la conscience des magistrats. Déféré à la cour de cassation, l'arrêt a dû être cassé (1).

490. Alors même que la peine n'est pas considérée comme une simple menace, on peut se demander si les tribunaux ont, en cette matière, un pouvoir d'appréciation qui leur permet de ne pas appliquer la peine, en tenant compte des circonstances de la cause. On lit dans les considérants d'un arrêt que la peine n'est pas encourue quand la contestation a une cause légitime (2). Cela est trop absolu. Lorsqu'il s'agit d'une nullité d'ordre public que le testateur a voulu couvrir par une clause pénale, il y a une cause légitime de contestation, et par suite la peine n'est encourue que si la demande en nullité est rejetée; il est jugé alors qu'il n'y avait pas de cause légitime. Quand la contestation est d'intérêt privé, il ne peut plus être question de cause légitime; les héritiers font leur choix entre deux alternatives, et s'ils se décident à attaquer le testament, ils acceptent par cela même la peine. Les tribunaux ont-ils encore le droit, dans cette

(1) Gand, 18 avril 1863, et cassation, 10 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 88, 1864, 1, 249. Dalloz, 1864, 2, 81).

(2) Amiens, 13 août 1846 (Dalloz, 1847, 1, 256).

hypothèse, de prendre en considération les circonstances particulières du fait (1)? Ils n'ont qu'un seul droit, celui d'interpréter la clause, en se conformant aux principes généraux qui régissent l'interprétation des actes.

S'il y avait doute sur le sens de la clause pénale, il va sans dire que la peine ne serait pas encourue; on ne peut pas faire un crime à l'héritier d'avoir méconnu la volonté du défunt, alors que cette volonté est douteuse; le doute doit s'interpréter en faveur de celui qui est accusé d'avoir manqué de respect au testateur; là où il n'y a pas de faute, on ne peut pas appliquer de peine, car il n'y a pas de contravention (2).

Puisqu'il s'agit de contravention à la volonté du testateur, il faut avant tout examiner quelle est cette volonté. D'ordinaire la volonté du défunt est impérieuse, il faut s'y tenir. Mais s'il résulte des termes de l'acte que le père n'a entendu priver un de ses descendants d'un legs qu'au cas où son partage serait attaqué par esprit de tracasserie et envie de nuire, et contre son intérêt bien entendu, dans ce cas, le fait seul du tuteur qui attaque le partage, en se faisant autoriser par le conseil de famille, et dans l'intérêt de son pupille, ne doit pas entraîner la déchéance du legs; ce serait appliquer la peine contre la volonté de celui qui l'a établie (3). Ce pouvoir d'interprétation n'est pas sans danger, les tribunaux y peuvent mettre trop d'indulgence; ils doivent toujours se rappeler qu'ils sont, non des ministres d'équité, mais des interprètes de la loi.

Quand le testateur précise les dispositions qu'il défend d'attaquer, la peine doit être restreinte aux cas qu'il a prévus; car il est de l'essence de toute peine d'être de stricte interprétation (4).

(1) Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 319, n° 238.

(2) Liège, 5 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 7).

(3) Aix, 13 février 1829, et Rejet, 18 mai 1831, de la chambre civile (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 3°).

(4) Montpellier, 3 décembre 1834 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 188, 2°).

§ IV. Des conditions contraires aux bonnes mœurs.

N° 1. DÉFINITION.

491. Aux termes de l'article 900, les conditions *contraires aux mœurs* sont réputées non écrites. Quand une condition est-elle contraire aux mœurs? Il ne faut pas que le fait immoral soit prévu par une loi; l'article 6 parle de conventions dérogeant aux lois qui intéressent les bonnes mœurs; l'article 900 est plus général: alors même qu'il n'y aurait pas de loi, il suffit que la condition soit contraire aux mœurs pour qu'elle soit réputée non écrite. Mais plus la disposition est générale, plus elle est vague et difficile à définir. Nous avons essayé ailleurs d'en préciser le sens (1); mais la doctrine ne peut pas imposer ses définitions; en l'absence d'un texte qui définit les *mœurs* et ce qui leur est *contraire*, il faut dire, avec la cour de La Haye, qu'il appartient au juge de décider, dans chaque espèce, si la condition est contraire aux mœurs (2).

492. Dans l'application, les difficultés se concentrent sur les conditions qui concernent le mariage. Quelle est, en cette matière, l'autorité de l'ancien droit? quelle est l'autorité des lois portées pendant la révolution? Les auteurs se partagent. Ceux qui sont attachés à la tradition aiment à recourir au droit romain; ce droit est toujours pour eux la raison écrite (3). C'est oublier que les mœurs changent et que le droit n'est que l'expression des mœurs. Nos idées et nos sentiments sur le mariage sont-ils encore les sentiments et les idées des Romains? Il y avait chez eux un concubinage légal; le christianisme a mis fin à cette honteuse institution qui donnait à la prostitution la sanction de loi. La facilité des divorces était telle, qu'un Père de l'Eglise reproche aux Romains de l'empire de changer de femme aussi souvent que de chemise; il y a un abîme entre cette démoralisation légale et la moralité moderne.

(1) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 90, n° 56.

(2) La Haye, 28 février 1816 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 146).

(3) Tcullier, Merlin (Toullier, t. III, 1, p. 161, n° 265).