

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 49 (1930)

Artikel: La réserve des héritiers collatéraux de la deuxième parentèle

Autor: Guisan, François

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896406>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La réserve
des héritiers collatéraux de la deuxième parentèle
 par
FRANÇOIS GUISAN,
 professeur à l'Université de Lausanne.

TABLE DES MATIÈRES.	Pages
I. Remarques préliminaires	308
II. Genèse de l'article 472	312
III. Genèse de l'article 59 titre final	316
IV. Exposé de la contradiction entre les articles 472 et 59 titre final	319
V. Les diverses interprétations de nos textes: . . .	325
a) L'opinion commune	327
b) Deuxième interprétation. — Une particularité du droit neuchâtelois	330
c) Troisième interprétation. — L'arrêt Beltrami .	334
VI. Choix de l'auteur entre ces diverses opinions: . .	337
a) b) Il faut renoncer à chercher une „intention du législateur“ dans les matériaux de la loi	337
c) La contradiction des textes doit être résolue selon les principes de l'art. 1 al. II et III du code	340
d) L'art. 59 est le texte le plus récent	341
e) L'art. 59 est le texte le meilleur	342
f) La prédominance de l'art. 59 sur l'art. 472 con- duit aux meilleurs résultats pratiques	343
VII. Conclusion	346
VIII. Documents annexes	347
a) Mémoire de la conférence des notaires genevois	347
b) Réponse du Département fédéral du 18 juillet 1911	357
c) Lettres du Département fédéral à l'auteur, du 26 mars 1929	359

I. Remarques préliminaires.¹⁾

La réserve des collatéraux de la deuxième parentèle a soulevé des débats passionnés lors de l'élaboration de notre code civil. Fallait-il admettre une telle réserve quand les grands codes voisins, et beaucoup de lois cantonales, donnaient pleine liberté de tester à qui n'a pas de parents en ligne directe? Mais pouvait-on faire violence à cette conception, tenacement enracinée dans maint canton de la vieille Suisse, qui fait du patrimoine un bien familial dont le caprice ou les antipathies d'un testateur (fût-il frère ou oncle) ne doit pas priver les proches parents? La lutte prit fin par une transaction. Je devrais dire deux transactions, car l'art. 471 n° 3 est une demi mesure entre deux principes opposés, et l'art. 472, renonçant à une unification complète du droit civil, abandonne quelque chose de cette matière si brûlante aux législateurs cantonaux. Puis est survenu l'art. 59 du titre final qui traite aussi de cette réserve en son deuxième alinéa, sans s'expliquer clairement sur ses relations avec les textes précédents. Rappelons enfin que la majorité des cantons, usant de la liberté accordée par l'art. 472, a abandonné la règle fédérale. Sept cantons ont supprimé la réserve des frères et soeurs. Ce sont: Berne (art. 56), Fribourg (art. 145), Bâle-ville (art. 125), Tessin (art. 76), Vaud (art. 121), Neuchâtel (art. 48) et Genève (art. 43). Douze cantons l'ont étendue à tous les collatéraux de la deuxième parentèle, savoir: Lucerne (art. 67), Uri (art. 64), Schwytz (art. 119), Obwald (art. 74), Nidwald (art. 62), Glaris (art. 104), Zoug (art. 67), Soleure (art. 179), les deux Appenzell (art. 69 et 77), Grisons (art. 64), Valais (art. 145). Six cantons seulement: Zurich, Bâle-campagne, Schaffhouse, Saint-Gall, Argovie, Thurgovie se sont abstenus de légiférer.

¹⁾ Conférence présentée à l'assemblée générale de la Fédération des notaires suisses, le 22 juin 1930 à Lausanne, et publiée à la demande de la Fédération.

L'art. 471 n° 3 est donc la loi d'une minorité de Suisses.

Les mauvaises transactions, a-t-on coutume de dire, valent mieux que les bons procès. On peut affirmer en tous cas de ces pénibles marchandages qu'ils n'ont pas donné une bonne loi. A peine le code fût-il tombé des mains des législateurs dans celles des praticiens, que ceux-ci virent toutes les difficultés d'application de nos textes: ils s'accordaient mal entre eux, et les solutions qui paraissaient s'en dégager choquaient le bon sens.

Dès 1911, la conférence des Notaires genevois envoya au Département fédéral de Justice et Police un mémoire remarquable, sur lequel j'aurai à revenir, proposant une nouvelle rédaction de l'art. 472. Les propositions de la conférence ne purent être écoutées. Dès lors on a dû s'accommoder de ces dispositions imparfaites. Les commentateurs ont cherché à en dégager un système de réponses; Tuor particulièrement est entré dans le détail et a traité, je crois, toutes les hypothèses qui peuvent se présenter. Son exégèse, qui mérite toute notre reconnaissance, s'attache plutôt à ce qu'il pense être „l'intention du législateur“, qu'à la recherche d'une doctrine intrinsèquement satisfaisante. Aussi a-t-elle trouvé quelques contradicteurs; même le Tribunal fédéral paraît se ranger du côté de ces derniers, si on en juge par l'arrêt Beltrami.

Cette jurisprudence de notre Haute Cour nous engage à reprendre le sujet épineux:

Infandum, regina, jubes renovare dolorem.

Il en vaut la peine. Les cas d'application de ces articles sont beaucoup moins rares que le très petit nombre de décisions judiciaires publiées ne le ferait croire. Il en est ainsi du droit de succession: la plupart des litiges surgissent entre parents; on répugne à porter devant les tribunaux ces différends familiaux. Souvent on écoute les sages conseils des notaires, parfois même des avocats. Que de procès leur pacifique intervention a tués dans

l'oeuf! Pour le plus grand bien de leurs clients, sans doute, mais au préjudice de la doctrine et de la jurisprudence, qui ont de la peine à s'établir, faute de précédents.

Voici quelques cas réels, parvenus à la connaissance de l'auteur :

Si un Neuchâtelois sans enfants a eu son dernier domicile dans le canton de Vaud, — demande-t-on, — et qu'il teste en faveur de sa femme, son frère a-t-il droit à une réserve, bien que Neuchâtel et Vaud aient supprimé la réserve des collatéraux? En fait la veuve n'a pas voulu plaider, et le frère a obtenu une part de la succession.

Et si ce Neuchâtelois avait expressément déclaré soumettre sa succession à sa loi d'origine, y aurait-il eu une réserve? Ce qui fait la difficulté de cette seconde question, c'est que la loi neuchâteloise elle-même a restreint son application aux seuls Neuchâtelois domiciliés dans le canton, — de sorte qu'une référence faite par un Neuchâtelois hors du canton à la dite loi paraît devoir être sans effet.

Quid d'une brave cuisinière bernoise qui a amassé un joli magot en travaillant jusqu'à 75 ans à Paris, puis dans le canton de Vaud? Elle se retire enfin chez une vieille amie dans une petite ville vaudoise, y vit heureusement de ses rentes, et teste en faveur de cette amie. Un frère oublié, et jusque-là oublieux de sa soeur, pourra-t-il disputer à cette amie une portion de l'héritage, alors que ni Berne, ni Vaud, ne connaissent la réserve des collatéraux?

Une dame américaine domiciliée dans le canton de Vaud, ayant sa fortune dans nos banques, crée par testament une fondation. D'après le traité du 25 novembre 1850 avec les Etats-Unis²⁾ c'est le droit du domicile

²⁾ Ratifié le 30 juillet 1855 par les Etats Unis et le 6 novembre 1855 par la Suisse. Rec. off. 1855 p. CLX.

qui est applicable, sauf pour les immeubles, à cette succession. Mais sera-ce la loi vaudoise? ou bien faut-il donner raison à cette soeur venue de Chicago pour réclamer le quart de l'héritage, sur la base de l'art. 471 n° 3 c. civ. suisse, quoique l'Etat d'Illinois comme le droit vaudois ignore tout d'une réserve des collatéraux? Ces exemples suffiront à marquer le genre des problèmes qui vont nous occuper.

Le travail qui va suivre s'inspire de cette idée que nous ne devons pas enchaîner à perpétuité notre interprétation à telle ou telle parole prononcée ou écrite, lors de l'élaboration du code, par un expert, un conseiller ou un rapporteur, fût-ce l'auteur même de la loi. On ne louera jamais assez la science, l'intelligence si libéralement ouverte à toute suggestion utile, le labeur presque incroyable d'Eugène Huber. Mais, s'il est précieux de connaître son avis et celui de ses collaborateurs, rappelons-nous cependant que la loi est faite pour l'avenir et pour la vie pratique, qu'elle doit organiser la communauté juridique de telle sorte que les vrais principes du droit, c'est-à-dire ceux du bon sens et de l'esprit de justice, y trouvent leur compte. Nos prédécesseurs ont travaillé dans des conditions souvent difficiles; il serait injuste de leur reprocher l'imperfection de quelques textes dans l'oeuvre si belle qu'ils nous ont laissée. On honore mieux leur mémoire en se penchant attentivement sur ces passages moins réussis, afin de leur trouver un sens conforme à la bonne doctrine, plutôt qu'en acceptant aveuglément le commentaire forcément hâtif et inachevé que parfois ils en ont eux-mêmes donné d'avance.

Nous nous sommes donc tout d'abord attachés ci-après au sens logique des art. 472 et 59 titre final, ainsi qu'à la relation systématique existant entre eux, en laissant à l'un comme à l'autre de ces textes leur pleine et entière signification. Cette confrontation nous a conduit à la conviction qu'ils se contredisent, et qu'il est parfaitement vain de vouloir dissimuler cette antinomie.

Mais les bons auteurs enseignent comment doivent se résoudre les antinomies dans la loi. Nous espérons avoir su faire une juste application de leur doctrine, obéissant ainsi à la volonté première de notre législateur qui, dès l'art. 1 du code, a eu la sagesse de prévoir les difficultés de l'interprétation, et a donné des directions pour les surmonter.

Il sera utile de rappeler tout d'abord comment sont entrées dans le code les dispositions que nous incriminons de contradiction.

II. Genèse de l'article 472.

L'histoire des art. 471 n° 3 et 472 a été maintes fois racontée.³⁾ Huber s'est constamment montré partisan d'une grande liberté de tester. Si, dans l'avant projet de 1905, il prévoyait une réserve de la moitié de la succession pour les membres de la deuxième parentèle (art. 422, page 13), il paraît l'avoir fait en considération des idées traditionnelles, hostiles au testament, régnant dans des contrées étendues de la Suisse orientale, plus que par conviction personnelle, et déjà alors il rompt une lance en faveur de la liberté du testament (Voir p. 108 à 112, avant-projet de 1895).

Le projet de 1900 (art. 495) ne connaît plus de réserve que pour les père et mère, et le plaidoyer pour la faculté de disposer s'accroît (Exposé des motifs: p. 21, 22, 23).

Premier combat à la Commission d'experts. Cela sur deux points:

a) Laissera-t-on les cantons régler eux-mêmes cette question, ou aurons-nous une règle suisse unique? La Commission se prononce pour l'unité justement à cause du problème de droit intercantonal privé que le renvoi aux législations cantonales faisait immanquablement surgir.

³⁾ Voir entre autres ci-après le mémoire des Notaires genevois.

b) Puisqu'on se décide pour l'unification, qui l'emportera, le point de vue familial et conservateur de la Suisse orientale, ou le libéralisme occidental?

Ni l'un ni l'autre, car la Commission vote le compromis qui est devenu l'art. 471 n° 3 actuel: Réserve, mais réserve limitée aux parents et frères et soeurs. Solution mauvaise; du moment que les frères et soeurs doivent avoir une réserve, il y a une vraie injustice à en priver ceux qui peut-être en ont plus besoin encore: les enfants d'un autre frère ou soeur enlevé prématurément par la mort.⁴⁾

Aussi, personne n'étant satisfait, la lutte recommença au sein du parlement. Le Conseil National maintint d'abord le compromis; mais au Conseil des Etats, la réserve fut étendue aux descendants de frères et soeurs. Explosion de mécontentement à Lausanne et à Genève. On commence à craindre un rejet du code entier.

Alors les commissions des deux conseils se réunissent et se mettent d'accord sur un art. 477bis qui est devenu sans modification notable l'art. 472 actuel. Il fut adopté dans la session de juin 1907, consacrée à la liquidation des divergences entre les deux conseils. Pour ceux qui attachent une grande importance aux „opinions du législateur“ et aux „matériaux“ de la loi, disons qu'ils vont ici au devant d'une déception. Il y a fort peu à tirer des explications données au Parlement.

Huber, rapporteur au Conseil national, après avoir rappelé les obstacles d'ordre éthique qui s'opposaient à une unification du droit sur ce point, expliqua le texte lui-même comme suit (nous traduisons):

„Il a paru à la grosse majorité de votre commission (et la commission du Conseil des Etats s'est ensuite ralliée à cet avis) qu'il fallait ici trouver une transaction sur les bases suivantes: les cas principaux de

⁴⁾ Même observation dans Jacques Lefort, Quotité disponible et réserve. Genève et Bâle 1917 p. 80/81.

réserve seraient réglés d'une façon uniforme, par contre on donnerait une certaine liberté aux cantons relativement à la réserve des collatéraux de la deuxième parentèle, soit que les cantons puissent ne pas prévoir de réserve pour les frères et soeurs et leurs descendants, soit qu'ils soient autorisés à adopter une réserve non seulement pour les frères et soeurs mais aussi pour leurs descendants. On s'en tiendra donc tout d'abord en principe dans le projet à la réglementation que nous avons adoptée dans la décision précédente du Conseil national, savoir une réserve du $\frac{1}{4}$ pour les frères et soeurs et aucune réserve pour les descendants. Par contre les cantons recevront la liberté du plus et du moins (nach oben und nach unten), et pourront tout au moins sur ce point créer et maintenir un droit propre correspondant à leurs conceptions . . .“

— — — — —
 „Cette réglementation . . . est une réminiscence historique; je voudrais dire qu'elle est aussi peu une tache sur la robe d'Helvetia que le nom du canton sur les drapeaux de bataillon n'est une tache sur l'étendard de gueule à croix d'argent.“⁵⁾

Mr. Rossel, rapporteur français, s'est exprimé tout à fait dans le même sens.

Au Conseil des Etats, Mr. Hoffmann a dit:

„Les Commissions réunies ont conclu un compromis prévoyant qu'en principe on s'en tient à la réglementation du projet fédéral. De par le droit fédéral sont réservataires les descendants, les père et mère et les frères et soeurs. Toutefois on accorde aux cantons licence ou de supprimer toute réserve de collatéraux, ou de l'étendre aux descendants des frères et soeurs. A coup sûr, il y a là une brèche faite dans l'unité de la législation fédérale, et on peut la qualifier de regrettable. Ne lui donnons cependant pas trop d'import-

⁵⁾ Bulletin sténographique C. N. 1907 p. 297.

tance On peut prévoir qu'un nombre relativement petit de cantons feront usage du droit que leur accorde l'art. 477bis" (472 actuel).⁶⁾

Comme on le voit, aucun des rapporteurs ne s'est expliqué sur les mots qui figuraient déjà dans l'article proposé: „pour les successions de ceux de leurs ressortissants qui ont eu leur dernier domicile dans le territoire cantonal.“ Personne n'a demandé la parole, et ce texte a été voté par les deux conseils sans aucune discussion, les 7 et 18 juin 1907.

Ainsi nous ne saurons jamais la pensée du législateur sur cette question: comment peut-on en une même matière vouloir à la fois poser en principe la compétence fédérale et en même temps accorder aux cantons le droit d'édicter des lois différentes? Que signifie ce singulier „donner et retenir“? Quand Huber déclare qu'on s'entient „en principe“ à la réglementation fédérale, veut-il dire simplement qu'on ne renonce pas à établir une règle fédérale sur la réserve des collatéraux à l'art. 471 n° 3, mais que cette règle ne vaudra que subsidiairement à défaut d'une loi cantonale divergente? Alors les mots „pour les successions de ceux de leurs ressortissants . . .“ ne se comprendraient pas bien; ils ne donneraient pas toute l'étendue de la sphère d'application des lois cantonales. Elles pourraient s'appliquer encore comme lois du domicile à des non ressortissants. Ou bien ces mots mesurent-ils strictement la brèche que les cantons pourraient faire à l'édifice fédéral? Servent-ils à limiter le pouvoir concédé aux cantons de déroger au droit fédéral unifié en principe même sur ce point de la réserve des collatéraux?

C'est bien plutôt se second sens qui paraît ressortir des paroles de Mr. Hoffmann: „de par le droit fédéral sont réservataires les frères et soeurs“. C'est ainsi qu'on a très généralement expliqué l'art. 472. Les derniers

⁶⁾ Bulletin sténographique Conseil des Etats 1907 p. 304.

mots de ce texte rapprochés de l'art. 471 n° 3 signifiaient: Il y a une réserve du quart sur tout le territoire et pour toute succession de Suisse. Toutefois les cantons peuvent supprimer ou étendre cette réserve, mais seulement pour les successions de ressortissants du canton domiciliés dans le canton. En dehors de ce cas précis, c'est la règle fédérale qui s'applique.

III. Genèse de l'article 59 Titre final.

Au moment même où les Chambres adoptaient de guerre lasse ce texte malencontreux de l'art. 472, pendant la session de juin 1907, elles discutaient aussi le titre final du c. civ. Ce titre a figuré d'abord à la fin d'un projet révisé du CO, qui devait venir s'ajouter au nouveau droit civil, de façon à former avec lui un code unique, numéroté en une suite ininterrompue. Il comptait 32 articles intitulés „de l'application du droit national et du droit étranger“, et contenait une réglementation complète des conflits de lois en matière internationale. Le dernier article du projet de code, portant le n° 1827, disait simplement à son al. V:

„La loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour reste en vigueur dans les matières qui appellent l'application de droits cantonaux différents.“

Le Conseil des Etats trouva préférable de ne pas entreprendre en 1907 cette codification nouvelle du droit international privé de la Suisse. Il supprima donc ces 32 articles et proposa une disposition unique, n° 1826bis, dans laquelle on reconnaît sans peine l'origine du premier alinéa de l'art. 59 actuel du titre final:

„La loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour continue à régir les rapports de droit civil des Suisses à l'étranger et des étrangers en Suisse, ainsi que les conflits de lois cantonales en matière de droit civil.“

Remarquez qu'il n'y est aucunement question de réserve des frères et soeurs; on ne trouve dans cette proposition rien qui rappelle ou fasse même pressentir l'al. II actuel de l'art. 59.

Le Conseil national adhéra à ce maintien provisoire de la loi de 1891 comme règle de droit international et intercantonal privé. Il n'y eut pas de débat au parlement à ce sujet; et dans cette session de juin 1907 s'acheva la discussion article par article du code civil et de son titre final.

Le code fut soumis, pendant l'été et l'automne 1907, à la révision de la Commission de rédaction, et enfin fut présenté en un bloc définitif et parachevé au vote des chambres en novembre 1907. Il fut adopté tel quel, sans discussion, et à l'unanimité dans les deux Conseils, le 10 décembre 1907. Or à ce moment-là il contenait le deuxième alinéa actuel de l'art. 59 Titre final.

D'où venait ce texte nouveau? — Comment, quand et par qui cette adjonction a-t-elle été faite? Il y a là un mystère dont il m'a été impossible, jusqu'ici, d'avoir la clef. Mr. le Juge fédéral Virgile Rossel est le seul survivant de la sous-commission de rédaction. Il s'est prêté à une interview de la meilleure grâce du monde, mais n'a pu trouver trace de ce deuxième alinéa ni dans ses notes ni dans ses souvenirs. Le Département fédéral de Justice et Police a bien voulu faire, à ma demande, des recherches dans ses archives. Il m'écrit⁷⁾ que l'adjonction ne figurait pas dans le projet imprimé issu de la dernière délibération des Chambres, soumis à la commission de rédaction en juillet 1907, que par contre elle se trouve dans la nouvelle impression de septembre 1907, ainsi que dans les décisions de la commission de rédaction du mois d'octobre 1907. Elle a donc vu le jour entre juillet et septembre 1907. Or du 20 août au 6 septembre 1907, une sous-commission de 5 membres, MM. Bühl-

⁷⁾ Voir ci-après, aux annexes, le troisième document.

mann, Hoffmann, Eugène Huber, Rossel et Rutty, a revu les versions allemande et française de tout le code, article par article. On est fondé à supposer que le texte mystérieux a pour père un de ces cinq messieurs, mais on n'en a aucune preuve.

Le Département m'écrit encore:

„Les membres de la commission de rédaction ont exprimé leur avis, parfois de façon très développée, sur les projets qui étaient soumis à leur examen. Autant que les documents des archives fédérales peuvent renseigner, aucun d'eux n'a proposé l'adoption de ce deuxième alinéa de l'art. 59 titre final (ci-devant art. 1826bis et 61 du titre final). On ne trouve pas trace non plus de proposition pareille émanant d'un tiers. Comment et par qui ce deuxième alinéa est entré dans le projet soumis à la Commission de rédaction de septembre 1907, et dans les „Décisions de la Commission de rédaction d'octobre 1907“, — voilà ce qu'il est impossible d'établir par les procès-verbaux.“

„Le rapport adressé le 20 novembre 1907 par la Commission de rédaction à l'Assemblée fédérale ne donne pas non plus de renseignement positif à ce sujet.“

Dans ce mutisme absolu des matériaux préparatoires, on en est réduit aux conjectures tirées du texte même. Chaque lecteur attentif sera frappé par la liaison voulue entre la fin du premier et le début du deuxième alinéa de l'art. 59:

„... Ainsi que les conflits de lois cantonales.“

„En particulier“

„Soweit kantonal verschiedenes Recht zur Anwendung kommt“

„Insbesondere“

Il semble que le rédacteur de l'art. 59 se soit demandé si des conflits de lois cantonales étaient encore concevables après l'unification du droit civil. Il est tombé alors sur l'exemple de la réserve des collatéraux: là justement l'unification n'avait pas abouti; donc, se

sera-t-il dit, la pluralité des lois pourra conduire à des collisions en cette matière, et elles se résoudreont selon les normes de la loi de 1891, que les chambres venaient de décider de maintenir en force dans les rapports inter-cantonaux aussi bien qu'internationaux. En écrivant ce deuxième alinéa, ce législateur inconnu croyait sans doute illustrer par un exemple, et justifier, le vote des Chambres conservant la loi de 1891. Il ne s'est pas rendu compte que par ce deuxième alinéa il se mettait en contradiction avec l'art. 472.

L'art. 472 réglait la question de la réserve des collatéraux d'une façon critiquable de *lege ferenda*⁸⁾, mais ne donnant aucune difficulté d'interprétation. L'art. 59 II ajoutait à ces défauts du droit matériel une discordance des solutions qui a rendu la volonté de la loi obscure et a fait naître toutes les difficultés de la pratique.

Nous allons tenter de mettre cette contradiction en évidence. On verra qu'elle résulte de ceci: aux art. 471 et 472 le législateur fédéral retient pour lui la compétence de principe en matière de réserve des collatéraux. Mais l'art. 59 ne peut se comprendre (à moins de le dénaturer complètement) que si cette compétence a été abandonnée aux cantons.

IV. Exposé de la contradiction entre les art. 472 et 59 al. II du titre final.

I.

a) De par le droit fédéral, disait Mr. Hoffmann, il y a une réserve des frères et soeurs, et point de réserve de leurs descendants. Comme tous les Suisses sont soumis au droit fédéral sur tout le territoire, et à l'étranger dès que le droit étranger ne s'applique pas à leur succession, toute succession d'un Suisse comportera cette réserve-là, sauf dans les limites tracées par les derniers mots de l'art. 472, — c'est-à-dire pour les ressortissants d'un

⁸⁾ Voir note 4 ci-dessus.

certain canton ayant leur dernier domicile dans ce canton. Ces derniers mots sont donc relatifs à la dérogation que les cantons peuvent apporter au droit fédéral.

Or l'art. 59 II paraît dire que cette loi cantonale pourra s'appliquer dans un autre cas au moins, savoir à des ressortissants hors du canton pour peu qu'ils le demandent par leur testament ou leur pacte successoral. Du moins c'est ainsi qu'on a le plus souvent expliqué l'art. 59 II. Il est clair que ce texte ainsi compris contredit l'art. 472 qui posait la double exigence du domicile et de l'indigénat cantonal pour qu'il y ait dérogation possible au droit suisse unifié.

On pense s'en tirer en disant que l'art. 59 II a modifié l'art. 472⁹⁾. En effet le législateur peut toujours défaire ou changer ce qu'il a fait auparavant, même sans une abrogation formelle; il est de principe que la loi postérieure déroge à la loi antérieure.¹⁰⁾ Mais on oublie qu'ici les deux articles sont de même date; le code tout entier a été voté comme loi unique, y compris le titre final, le 10 décembre 1907. Quand deux passages d'une même loi ont sur le même objet des solutions différentes, il n'y a pas moyen d'appliquer la règle: „lex posterior . . .¹¹⁾“ et il n'y a aucune raison a priori de préférer l'une à l'autre. Pourquoi déclarez-vous que c'est l'art. 59 qui a modifié l'art. 472? On peut tout aussi bien soutenir que l'art. 472 „modifie“ l'art. 59 titre final, en ce sens qu'une référence du testateur à sa loi cantonale d'origine sera sans effet, puisque en vertu de

⁹⁾ Reichel, note 4 p. 152/153 sur l'art. 59 titre final. La plupart des auteurs, sans relever cette modification de l'art. 472 par l'art. 59 al. II, arrivent au même résultat.

Au contraire Curti-Forrer a très justement montré la contradiction: note 4/472.

¹⁰⁾ Dig. Livre I. Titre IV paragr. 4.

¹¹⁾ Sic T. F. dans l'arrêt G. Hölliger and Co A.-G. in liq. c. Fürsorgefonds für die Angestellten und Arbeiter der Firma G. Hölliger A.-G. Rec. off. 1925. II. p. 465 voir consid. 3.

l'art. 472 cette loi cantonale ne peut s'appliquer qu'aux ressortissants du canton ayant leur dernier domicile dans le canton.¹²⁾

b) Il y a une seconde difficulté, pas assez mise en lumière non plus, dans cette thèse que l'art. 59 II titre final a modifié l'art. 472. Si vous dites qu'il l'a modifié, c'est que cet art. 59 II contient une règle de droit civil fédéral, concernant la champ d'application du droit civil fédéral, et délimitant la dérogation permise au droit cantonal. L'art. 59 serait donc relatif à l'étendue de la brèche faite dans l'unification du droit.

Mais l'art. 59 titre final traite de toute autre chose: il n'est point un texte de droit matériel, ou de compétence législative, mais bien de droit international et intercantonal privé. L'art. 59 ne prétend pas lui-même et directement trancher des questions de fond; il veut poser les règles permettant de choisir laquelle, de plusieurs lois cantonales ou étrangères, le juge devra appliquer pour trouver la solution de fond. Une loi de conflits ne modifie pas le droit du fond. Pour ce motif encore l'art. 59 n'a pas pu modifier l'art. 472. On répondra peut-être que le législateur fédéral a, par exception, inséré dans sa loi de conflits le deuxième alinéa de l'art. 59 en lui donnant le caractère et la portée d'un texte de droit matériel; autrement dit l'art. 59 II, tout en étant contenu dans le droit intercantonal privé suisse, n'en serait pas moins de droit civil; il serait relatif à la délimitation de compétences entre le droit fédéral et le droit

¹²⁾ Par exemple Tuor note 10/472 écrit que l'art. 472 a remplacé l'al. I de l'art. 22 de la loi du 25 juin 1891. Pourtant l'art. 59 du titre final a maintenu en vigueur cet art. 22 tel quel. A cette note 10 Tuor donne donc le pas à l'art. 472 sur l'art. 59 I.

En vertu de quelle règle d'interprétation préfère-t-il à la note 15/472 — au contraire l'art. 59 II à l'art. 472? Et pourquoi à la note 13b 472 du supplément de 1929, dit-il de nouveau que c'est l'art. 472 (non 473), qui l'emporte et que l'art. 59 ne peut s'interpréter que d'accord avec le 472?

cantonal, et élargirait sur ce point la formule finale de l'art. 472.

Ce serait décidément d'une bien mauvaise technique législative. On ne devrait l'admettre que si la rédaction de la disposition ne laisse aucun doute sur cette intention du législateur. Or, rappelons que l'art. 59, en maintenant en vigueur la loi de 1891, est venu remplacer les articles de droit international et intercantonal, supprimés par le Conseil des Etats. Puis la simple lecture de l'al. I suivi de l'al. II interdit cette interprétation :

„La loi fédérale du 25 juin 1891 . . . continue à régir . . . les conflits de lois cantonales.“

„En particulier, les règles des lois cantonales sur la réserve . . .“

Comment nier que ces expressions, surtout le mot „en particulier“, visent seulement la solution d'un conflit entre lois cantonales, en matière de réserve des collatéraux ? Comment y voir, sans en méconnaître l'origine, et sans en déformer complètement le sens, un règlement de compétences législatives, entre Confédération et Cantons ? Et si cet article 59 ne concerne pas cette délimitation de compétences, comment a-t-il pu modifier l'art. 472 qui, lui, a bien ce caractère de règle de compétence ?

II.

Restituons donc à l'art. 59 sa vraie nature juridique, qui est d'être un texte de collisions de lois, et essayons de l'accorder avec l'art. 472. Nous verrons que nous ne sommes pas au bout de nos difficultés.

c) En effet l'art. 59 déclare maintenir en vigueur la loi du 25 juin 1891 pour les conflits de lois cantonales. Cette loi suppose que chaque canton, agissant dans la plénitude de sa souveraineté législative, a légiféré sur une certaine matière du droit civil. Il s'agit de savoir alors selon quelle loi cantonale sera traité le citoyen domicilié hors de son canton d'origine : lui appliquera-t-on

la loi de son domicile ou celle de son origine? Car c'est entre ces deux lois seules que le législateur de 1891 conçoit une collision comme possible. Notamment l'art. 22 (que l'art. 59 II rappelle entre parenthèses), donne au citoyen le droit de faire échapper sa succession à la loi cantonale de son domicile, par une référence expresse à la loi du canton d'origine. Le deuxième alinéa de l'art. 59 est venu ajouter, pour ôter toute hésitation, que si un testateur fait appel, — dans les conditions de cet art. 22, — à sa loi d'origine, ce sera la loi cantonale, qui sera considérée comme telle.

Seulement un testateur établi hors de son canton, sera-t-il jamais dans les conditions de l'art. 22 de la loi de 1891? Comment pourrait-il vouloir soustraire sa succession à la loi cantonale de son domicile, puisque le droit civil suisse est unifié pour tout le territoire fédéral et que la dérogation permise au droit cantonal ne peut s'appliquer qu'aux seuls ressortissants du canton?

Ce testateur n'est donc pas menacé par cette loi cantonale de son domicile. La formule de l'art. 472 ne laisse pas de doute à cet égard: la succession de tout citoyen établi hors de son canton est soumise au droit suisse, car en principe le droit suisse est unifié, même en matière de réserve, disait Mr. Hoffmann, suivi par de nombreux commentateurs. Mais alors l'art. 59 II a légiféré dans le vide. L'hypothèse pour laquelle il statue: un conflit de lois cantonales, cette hypothèse (sans laquelle il n'y a pas d'application concevable de la loi de 1891 et de son art. 22), est totalement irréalisable. Autant dire que l'art. 59 II restera toujours lettre morte.

d) Mais dira-t-on, c'est pour échapper au droit fédéral non au droit cantonal du domicile, que l'art. 59 II permet au citoyen établi hors de son canton de se référer à sa loi cantonale d'origine? Cette explication ne vaut pas: l'art. 59 II ne permet rien de semblable. Il table sur un exemple d'application de la loi de droit

intercantonal privé de 1891. En lui faisant dire — ce qu'il ne dit pas du tout — qu'il permet au testateur d'échapper au droit fédéral, par une référence dans son testament, vous cessez d'en faire un texte de collision de lois cantonales, et vous revenez aux interprétations dont on a déjà montré les écueils sous a) et b).

Si vous voulez donner une chance à l'art. 22 de la loi de 1891 de s'appliquer en matière de réserve des collatéraux, force vous est d'admettre que la compétence législative en matière de réserve des collatéraux a été abandonnée aux cantons. Alors la règle fédérale de l'art. 471 n° 3 n'aurait de valeur que comme droit des cantons qui n'ont pas légiféré sur cette question. Nous aurions un cas semblable à celui de l'art. 61 du code des obligations.¹³⁾ Le droit fédéral peut très bien, sans déroger, se contenter de ce rôle subsidiaire, comme autrefois le droit commun en Allemagne s'effaçait devant les droits des Etats particuliers.¹⁴⁾

Il faut que le droit fédéral s'en soit contenté pour que l'on puisse trouver à l'art. 59 II une utilité quelconque. D'autre part il ressort des derniers mots de l'art. 472 qu'il ne s'en est pas contenté. Ainsi l'incompatibilité entre ces deux textes éclate aux yeux. C'est ce qu'il fallait démontrer.

En résumé:

I. Si on dit que l'art. 59 II a modifié, soit abrogé partiellement l'art. 472 en étendant la formule d'application du droit cantonal par rapport au droit fédéral:

a) Alors on méconnaît ce principe qu'un article d'une loi ne peut pas abroger un autre article de même date contenu dans la même loi,

¹³⁾ Voir Fleiner, Bundesstaatsrecht p. 423, texte et note 11.

¹⁴⁾ Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonaes Recht dans la „Festgabe für Fleiner“, 1927, voir p. 59. — Windscheid, 8^e éd., I. paragr. 23.

b) On fait violence à l'origine historique et au sens clair de l'art. 59 II, en en faisant une règle de droit matériel délimitant les compétences législatives fédérale et cantonale, alors qu'il est une règle de droit intercantonal et international privé.

II. Mais si l'on conserve à l'art. 59 II son caractère de règle de conflit, on ne sort pas des difficultés, car:

c) Ou bien il est sans aucune application possible, un conflit entre lois cantonales étant inconcevable en matière de réserve des collatéraux, puisque chaque loi cantonale ne s'applique en vertu de l'art. 472 qu'aux ressortissants domiciliés;

d) Ou bien on admet qu'un conflit de lois cantonales est possible; force est alors d'admettre aussi que la succession du Suisse établi hors de son canton est soumise à la loi cantonale de son domicile; c'est abroger par l'art. 59 les derniers mots de l'art. 472, et placer en principe la réglementation de la réserve des collatéraux dans la compétence des cantons, l'art. 471 n° 3 valant comme droit commun subsidiaire pour les cantons qui n'ont pas légiféré.

Ainsi il y a bien une antinomie logiquement irréductible entre ces deux textes. Je veux dire qu'il est inutile de chercher à les appliquer ensemble sans faire violence à l'un ou à l'autre; nécessairement l'un devra plier devant l'autre. C'est un cas typique de contradiction dans la loi.

V. Les diverses interprétations de nos textes.

Les juristes suisses ont eu tant à faire, depuis 18 ans, qu'il ne s'en est point trouvé, autant que je le sais, pour soumettre les art. 472 et 59 titre final à l'analyse dialectique que je viens d'essayer. Toutefois, dès le début on en a pressenti les graves difficultés. Rendons ici hommage à la particulière perspicacité de la „Conférence des Notaires genevois“. Dans le mémoire du 19 juin 1911, remis par cette honorable compagnie au Département

fédéral de Justice et Police, elle déplorait: „que la rédaction de ce dernier article (l'art. 472) surgi au dernier moment, n'ait été discutée ni dans les conseils ni dans le public, car il est certain, continuait le mémoire, qu'un examen plus approfondi en eût fait ressortir les conséquences, probablement imprévues alors, sur lesquelles nous voudrions attirer l'attention.“ Les notaires genevois suggéraient à choix deux nouvelles rédactions de cet article 472. Ces propositions furent soumises par le Département fédéral de Justice et Police au professeur Huber, lequel fournit à ce sujet un rapport dont la réponse du Département aux notaires genevois n'est certainement que la traduction. Nous avons donc, dans cette lettre du 18 juillet 1911, une interprétation de nos textes énigmatiques, émanant de l'auteur du code lui-même. La plupart des écrivains de la première période ont accepté cette version, souvent faute de pouvoir en trouver une plus satisfaisante, et sans aucun enthousiasme. Il s'est formé ainsi une opinion commune, dont il ne semblait guère possible de sortir, quelque choquante qu'en fût l'application pratique. Mais plus récemment, comme nous l'avons déjà dit, des voix dissidentes se sont fait entendre.

On peut en somme ramener à trois les opinions qui se sont fait jour jusqu'ici: forcément chacune d'elle sacrifie un des textes à l'autre; elles se distinguent par le choix de l'article à leurs yeux prédominant.

Il y a d'abord:

a) l'opinion commune qui se caractérise par une tentative de voiler la contradiction intime entre l'art. 472 et l'art. 59, et de les appliquer malgré tout simultanément;

b) la deuxième opinion va plus loin encore dans le sens de la centralisation; pour elle l'art. 472 paraît seul exister;

c) enfin la troisième opinion au contraire met l'accent sur la réglementation intercantonale de la loi de 1891,

maintenue en vigueur par l'art. 59 en matière de réserve des collatéraux, et fait céder en conséquence les derniers mots de l'art. 472 devant l'art. 59. C'est la dernière venue; elle trouve un point d'appui dans un arrêt fédéral.

Je vais rapidement exposer ces trois interprétations:

a) L'opinion commune.

Dans la réponse qu'il a préparée pour la Conférence des Notaires genevois,¹⁵⁾ Eugène Huber déclare d'abord non sans véhémence qu'il n'est pas question de toucher maintenant à ces articles si disputés. Puis il s'efforce de rassurer les auteurs du mémoire; il écrit (d'après la lettre du Département du 18 juillet 1911):

„La disposition de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, qui permet de soumettre à la législation du canton d'origine la succession d'une personne domiciliée dans un autre canton, offre, sur la base de l'art. 61, titre final (59 actuel), du code civil suisse, les moyens d'obvier d'une façon suffisante aux inconvénients signalés dans le ‚Mémoire de la Conférence des Notaires‘. Et d'ailleurs pour que la question acquière une importance pratique, le défunt doit toujours avoir pris une disposition dans laquelle il lui était facile de fixer que la succession serait soumise à la loi du lieu d'origine. Ajoutons que, suivant la jurisprudence relative à l'art. 22 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, il n'est pas nécessaire, — et cela est logique, — que la soumission à la loi du lieu d'origine soit expresse; il suffit que le disposant ait manifesté sa volonté dans le sens d'une telle soumission.“

La seconde partie de ce passage contient une erreur manifeste; la référence du testateur à sa loi d'origine doit être expresse. Contrairement à ce qu'écrit Huber, il a

¹⁵⁾ Voir aux annexes ci-après le second document.

été constamment jugé qu'une intention pareille, non exprimée dans le testament ou le pacte successoral, ne peut pas être déduite par l'interprète des dispositions prises par le testateur comme y étant implicitement contenue.¹⁶⁾

Quant au début de ce passage, il fait dire à l'art. 22 de la loi de 1891 ce qu'il ne dit pas du tout, — savoir qu'on peut échapper au droit suisse unifié par une référence à sa loi cantonale d'origine. Nous avons démontré par la genèse et par le texte de l'art. 59 qu'il était une règle de droit international et intercantonal privé. Ce n'est donc qu'en détournant l'art. 22 de sa vraie signification qu'il „peut obvier aux inconvénients signalés . . .“ L'imprécision du langage de Huber empêche seule d'apercevoir ce grave défaut de son exégèse. Néanmoins cette explication a fait fortune. Souvent parce qu'on a lu l'art. 59 titre final et l'art. 22 de la loi de 1891 tout à fait superficiellement, parfois parce qu'on a reconnu qu'autrement cet article 59 perdrait toute portée quelconque, de nombreux auteurs en ont tiré que le citoyen établi hors de son canton pouvait faire brèche dans le droit civil suisse unifié, en y dérogeant par une référence à sa loi cantonale d'origine.¹⁷⁾

Cette „opinion commune“ a trouvé son expression la plus parfaite dans le commentaire de Tuor, sur l'art. 472, complété par le supplément paru en 1929.

Résumons-là :

1^o Le droit suisse même en matière de réserve des collatéraux est en principe unifié; autrement dit l'art. 471

¹⁶⁾ Arrêts du T. F. Rec. off. 1895 p. 995, 1904 I p. 317 à 319. 1914 II p. 18/19. — Bader, Zivilrechtliche Verhältnisse, 4^e éd. note 2f) ad. art. 22 p. 68. — Stauffer, Das internationale Privatrecht der Schweiz, notes 11/12. — Tuor, note 17/472.

¹⁷⁾ Martin, Introduction à l'étude de c. civ. suisse p. 109. Rossel et Mentha, très clairs, 1^{ère} éd. p. 528/529. Escher ad. 472. Reichel p. 152/153. Tuor 15/472, — et même Curti qui a pourtant très bien vu les difficultés que soulève cette interprétation: notes 4, 8, 9 ad. art. 472.

n° 3 vaut comme loi fédérale (non comme simple droit commun subsidiaire) pour tous les Suisses et pour toute la Suisse.

2° Il n'y a de dérogations en faveur du droit cantonal que celles permises par le droit fédéral lui-même.

3° Ces dérogations sont au nombre de trois, savoir:

a) celle qui résulte des derniers mots de l'art. 472;

b) celle de l'art. 59 II titre final, qui autorise le citoyen hors de son canton à soumettre sa succession à la loi de son canton d'origine.

c) celle de l'art. 28 loi de 1891, combiné avec le même art. 59 II dans les relations internationales. Selon Tuor, en effet, si un Suisse a eu son dernier domicile à l'étranger, et si sa succession est régie non par le droit étranger, mais par le droit national du défunt, ce droit national sera, non pas l'art. 471 n° 3, mais bien la loi du canton d'origine relative à la réserve des collatéraux.

Sauf ces trois dérogations, c'est toujours le droit civil suisse, soit l'art. 471 n° 3 qu'il faut appliquer.

J'ai déjà fait voir les difficultés de cette manière de combiner les textes. Elle défie les règles d'une bonne exégèse. Donne-t-elle au moins des résultats pratiques raisonnables et satisfaisants? Quelques exemples le feront voir:

Si un Vaudois décède dans le canton de Genève, un Bernois dans le canton de Fribourg, il y aura une réserve des frères et soeurs, bien que les lois de tous ces cantons la suppriment, car nous ne sommes pas dans un cas où le droit cantonal a la permission de déroger au droit fédéral; sauf cependant si ce défunt a pensé à dire expressément dans son testament qu'il invoquait, qui le Vaudois à Genève la loi vaudoise, qui le Bernois à Fribourg la loi bernoise. Mais pensera-t-il à le dire alors que les lois des deux cantons sont identiques?

Ainsi jugé par le Tribunal de Morat, le 5 octobre 1928, relativement à la succession d'une dame Zaugg,

bernoise, laquelle avait institué sa soeur unique héritière. Le frère a bel et bien obtenu sa réserve, quoique la réserve des frères et soeurs ait été supprimée aussi bien à Berne qu'à Fribourg.¹⁸⁾

Si un Valaisan a eu son dernier domicile à Lucerne, il échappera à la réserve des descendants de frères et soeurs; et pourtant Lucerne, aussi bien que le Valais, a étendu la réserve aux descendants des frères et soeurs. Si ce Valaisan s'établit à Evian, il y aura une réserve pour tous les collatéraux de la deuxième parentèle, et cela sans remède possible, quoique le droit français ignore tout d'une réserve des collatéraux. En effet nous avons affaire à la troisième dérogation au droit fédéral admise par nos auteurs: d'une part le traité franco-suisse de 1869 soumet la succession du Suisse en France à sa loi d'origine, et cette loi est la loi cantonale, d'après Tuor.

Si un Américain décède dans le canton de Vaud: réserve des frères et soeurs, quoique ni Vaud, ni les Etats-Unis ne connaissent cette réserve.

On en arrive ainsi, même quand les deux lois cantonales ou étrangères du lieu d'origine et du domicile sont d'accord, à appliquer une troisième loi, celle en vigueur dans six cantons seulement, sous prétexte que c'est la règle fédérale.

Il faut avouer que ces conséquences de l'opinion commune ont de quoi surprendre.¹⁹⁾

b) Deuxième interprétation. — Une particularité du droit neuchâtelois.

L'opinion commune part du principe que le droit suisse est unifié même sur la réserve des collatéraux; elle prétend n'interpréter l'art. 59 que „d'accord avec

¹⁸⁾ Voir Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, vol. 65 (année 1929) p. 159.

¹⁹⁾ Une „auffallende Erscheinung“ dit Tuor lui-même, fin note 13.

l'art. 472²⁰⁾, texte considéré comme fondamental; mais comme cet accord est irréalisable, elle modifie en fait bel et bien l'art. 472 par l'art. 59, puisqu'elle introduit sur la base de ce dernier texte deux dérogations au droit fédéral que l'art. 472 n'autorise pas.

D'autres ont été plus loin et ont simplement laissé de côté l'art. 59 pour s'en tenir uniquement à la formule dérogatoire de l'art. 472. Ce sont les législateurs et les juges du canton de Neuchâtel qui a supprimé la réserve des frères et soeurs. L'art. 48 de la loi neuchâteloise d'application du code civil dit:

„Art. 48. Les frères et soeurs d'un Neuchâtelois domicilié dans le canton au moment de son décès n'ont droit à aucune réserve.“²¹⁾

Un point c'est tout. Il n'est rien dit du Neuchâtelois hors du canton qui se serait référé à la loi neuchâteloise dans son testament.

Appliquant à la fois ce texte et l'art. 472, la Cour de Cassation civile du canton de Neuchâtel a jugé, le 18 novembre 1928, que dans la succession d'un Neuchâtelois décédé en France, les frères et soeurs du défunt ont droit à la réserve fixée par l'art. 471 n° 3 c. c. s. Mr. le Professeur et Juge Cantonal C. Du Pasquier, en commentant cet arrêt, écrit:

„Ces dispositions (art. 472 c. c. et 48 loi neuch.), consacrent en effet une exception au principe général de la réserve posé par l'art. 471 n° 3 c. c. s. et ne sauraient donc être interprétées extensivement.“²²⁾

Si l'on part du principe que le droit suisse est unifié en cette matière, c'est parfaitement bien raisonné: les

²⁰⁾ Voir Tuor, supplément de 1929, note 13b.

²¹⁾ Tous les autres cantons qui ont aboli la réserve des collatéraux le font dans deux hypothèses: celle du ressortissant domicilié (472) et celle du ressortissant émigré mais ayant soumis expressément sa succession à sa loi d'origine (22 loi de 1891).

²²⁾ Affaire Jeanrichard. — Schweizerische Juristenzeitung XXV. p. 139.

formules dérogatoires au droit fédéral doivent être interprétées restrictivement. On doit arriver à la même solution si on suppose le Neuchâtelois domicilié dans le canton de Vaud.

Seulement que devient alors l'art. 59 II, qui dit que le droit d'origine est le droit du canton d'origine, et non le droit fédéral? L'arrêt n'en souffle mot. Que feront les juges neuchâtelois, si le testateur s'est expressément référé à sa loi d'origine neuchâteloise dans son testament? Mes deux savants collègues, MM. les professeurs Mentha et Du Pasquier, ont eu la bonté de répondre à cette question, et ils m'affirment qu'en pareil cas, malgré la formule restrictive de la loi neuchâteloise, cette loi supprimant la réserve serait applicable à la succession de ce testateur neuchâtelois émigré et fidèle dans son testament à la loi de son canton. Mr. Du Pasquier pense que cette réponse ne serait pas contraire à l'arrêt Jeanrichard.

Cela me paraît très douteux. De deux choses l'une en effet: ou bien c'est d'accord avec le droit fédéral que l'art. 48 neuchâtelois (calqué sur l'art. 472) ne s'applique qu'aux seuls Neuchâtelois dans le canton; l'arrêt Jeanrichard est alors incritiquable, mais c'est mettre délibérément de côté l'art. 59 et il n'y a aucune raison de ne pas le faire aussi dans le cas d'un testament. Ou bien on veut donner effet à la clause testamentaire du Neuchâtelois émigré, ceci à cause de l'art. 59 II; mais c'est reconnaître que la formule de l'art. 48 — et par suite celle de l'art. 472 qui lui est semblable — sont trop restrictives; alors l'arrêt Jeanrichard et ses motifs ne se comprennent plus, car l'art. 59 II dit d'une façon toute générale et pas seulement dans l'hypothèse d'un testament, qu'en matière de réserve, c'est la loi cantonale qui est considérée comme celle d'origine. Il y a donc bien une contradiction entre l'arrêt Jeanrichard et l'opinion de Mr. Du Pasquier, mais ce dernier n'en est certes pas responsable, car encore une fois cette contradiction

est l'oeuvre du législateur fédéral lui-même. Il est impossible à la fois, de tenir compte des deux textes sans les mutiler, et de bâtir un raisonnement impeccable.

Les cantons qui ont fait usage dans le sens opposé de la liberté législative que leur accorde l'art. 472, et ont étendu la réserve à tous les collatéraux de la deuxième parentèle, tous ces cantons — sauf Soleure et Glaris — ont fidèlement copié l'art. 472 et ont restreint l'application de leurs lois, comme Neuchâtel, aux seuls ressortissants domiciliés dans le canton.²³⁾ Le pendant de l'affaire Jeanrichard peut donc se voir chez eux. Et il s'est vu en effet. Un citoyen des Grisons est décédé à Turin. Son testament disait: „J'entends qu'il soit interprété et exécuté conformément aux lois en vigueur dans le canton des Grisons (Suisse).“ Comme le testament datait de 1902, par cette expression „loi en vigueur dans le canton des Grisons“, le testateur ne voulait pas opposer le droit cantonal au droit fédéral, puisqu'il n'y avait à cette époque aucun droit fédéral des successions. Il voulait simplement échapper au droit italien, et se référer à son droit d'origine. Mais il est mort en 1914. Quel sera donc ce droit d'origine? D'après l'arrêt Jeanrichard on devrait dire: l'art. 471 n° 3 du code civil suisse; — car soit l'art. 472 soit l'art. 84 de la loi grisonne restreignent l'empire du droit cantonal aux seuls ressortissants domiciliés, et les dispositions dérogatoires ne doivent pas être interprétées extensivement. — Tout au contraire c'est le droit cantonal grison qui a été déclaré applicable par le Tribunal suprême de ce canton. L'affaire est venue en recours devant le Tribunal Fédéral. Malheu-

²³⁾ Cette rédaction restrictive dans ces lois cantonales-là a d'ailleurs bien moins d'importance pratique que dans celles qui ont aboli la réserve. Il est clair que le ressortissant émigré d'un canton extensionniste, qui voudra déshériter les collatéraux, n'aura généralement pas l'idée de se référer à la loi restrictive de la liberté de tester de son canton d'origine. L'arrêt Gilly c. Bosio montre que néanmoins cette question pourrait se poser.

reusement l'arrêt fédéral ne s'est pas prononcé expressément sur ce point. Toutefois on peut trouver une approbation implicite de la décision des premiers juges au cons. 6, où on lit :

„La défenderesse en ne recourant pas contre l'arrêt cantonal a tacitement reconnu que les demandeurs ont droit, d'après l'art. 84 de la loi grisonne d'introduction, à une réserve d'un quart de leur part ab intestat.“²⁴⁾

Ceci est conforme à l'opinion commune et cet arrêt est expressément approuvé par Tuor. La jurisprudence unificatrice à outrance qui ignore l'art. 59, représentée par l'arrêt neuchâtelois, est isolée en Suisse. Chacun paraît admettre que cet art. 59 a un rôle à jouer. Mais lequel ? C'est ce que nous allons voir de plus près.

c) Troisième interprétation de nos textes.
L'arrêt Beltrami.

Les deux précédents systèmes ont ceci de commun que, pour se conformer à ce qu'ils croient être „l'intention du législateur“, ils ne reculent pas devant les conséquences bizarres que nous avons signalées : si je sors de mon canton pour aller à l'étranger, je reste parfois soumis à la loi de mon canton ; mais si je m'établis dans un canton voisin qui a la même loi que le mien, alors je tombe sous le coup du code civil suisse, art. 471 n° 3. Les notaires genevois avaient déjà remarqué que „si tous les cantons arrivaient successivement à supprimer la dite réserve, elle n'en subsisterait pas moins fédéralement pour tous ceux qui ne décèderaient pas dans leur canton d'origine“ (Mémoire p. 10). Tuor accepte cette conséquence extravagante de son interprétation, note 5/472.

²⁴⁾ Arrêt Gilly c. Bosio-l'Orsa. Rec. off. 1920. II p. 213, voir p. 223 et aussi fin consid. 2) p. 219, J. trib. 1920 p. 587, 590, 591, 595. Voir aussi Tuor, supplément, p. 1051, note 20 ad art. 472.

„C'est excessivement choquant,“ écrit le Dr. Elias Wolff; „quel sens cela a-t-il de respecter les idées locales dans l'intérieur d'un canton seulement, et de les méconnaître si elles sont répandues sur toute une région de la Suisse“ ?²⁵⁾ (Comme la suppression de la réserve dans tous les cantons occidentaux sauf Valais). Le Dr. Wolff soutient donc que si le ressortissant d'un canton décède dans un autre canton ayant la même loi que le premier en matière de réserve, sa succession sera soumise à cette règle cantonale pareille, et non au code civil fédéral. Il tente de justifier théoriquement cette solution, — à coup sûr pratiquement très désirable, — en disant qu'une interprétation littérale de l'art. 472 ne résiste pas à l'examen, — que les derniers mots de ce texte ne valent que s'il y a divergence entre les lois cantonales, — qu'à défaut d'un conflit intercantonal, la règle fédérale de l'art. 471 n° 3 n'a pas à intervenir.

Chose curieuse, Wolff ne paraît pas se douter de l'aide efficace que l'art. 59 titre final vient donner à sa thèse. Rickenbacher a franchi ce pas.²⁶⁾ Il critique le jugement de Morat dans l'affaire Zaugg, cité plus haut, et par là même le commentaire de Tuor, en s'appuyant fortement sur l'art. 59 titre final. Le principe fondamental de notre droit suisse des successions, écrit-il, est celui de l'application de la loi du domicile. Le code civil a d'autant moins pu vouloir y toucher, que l'art. 59 maintient la loi de 1891 en vigueur, et mentionne expressément l'art. 22 de cette loi. Donc dame Zaugg, bernoise domiciliée à Morat, était soumise au droit fribourgeois, non au code civil, en matière de réserve des collatéraux. Ce raisonnement est parfait, si on commence par admettre que le droit suisse n'est pas centralisé sur ce point, et que la matière de la réserve des colla-

²⁵⁾ Article dans la Schweizerische Juristenzeitung, vol. XIX p. 82.

²⁶⁾ Article dans la Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1929, vol. 65 p. 159.

téraux est laissée à la compétence cantonale, l'art. 471 n° 3 ne valant que subsidiairement. Mais comment l'admettre sans faire tort à l'art. 472?

Pourtant le Tribunal fédéral s'est prononcé dans le même sens.

Voici le cas:²⁷⁾ Un Tessinois, Giulio Beltrami décède à Roveredo (Grisons) après avoir exhéredé son frère Natale sans se référer à la loi tessinoise. D'après la loi tessinoise, il en a le droit; mais la loi grisonne a au contraire étendu la réserve aux neveux, admettant a fortiori une réserve pour les frères et soeurs.

Selon l'opinion commune, c'était l'art. 471 n° 3 c. civ. qui devait être appliqué. Or le Tribunal fédéral écrit: „Du moment que le de cujus avait son dernier domicile à Roveredo et que, dans ses dernières volontés, il n'a pas fait de déclaration en faveur de l'application de la loi de son canton d'origine, à savoir du Tessin, sa succession est soumise à la loi du canton des Grisons, en tant que le droit successoral de ces deux cantons diffère, comme c'est le cas en ce qui concerne la réserve des frères et soeurs (art. 22 de la loi de 1891).“

Remarquez qu'il n'est pas question dans ce passage de l'art. 472, et de sa formule finale restrictive. J'aime à croire que si le Tribunal fédéral nous renvoie à la loi cantonale du domicile quand elle diffère de celle du canton d'origine, à plus forte raison appliquera-t-il aussi cette loi cantonale du domicile, quand elle sera semblable à celle du canton d'origine. Mais alors, en définitive, ce sera toujours la loi du domicile, non l'art. 471 n° 3 qui ferait règle.

Ainsi l'art. 59 aurait vaincu l'art. 472 comme Rickenbacher le propose.

Cette victoire est-elle définitive? Ce qui enlève quelque poids à cet arrêt Beltrami, c'est que la décision aurait été la même si le Tribunal fédéral s'était conformé à l'opinion commune. Il n'y avait pas de neveu en cause,

²⁷⁾ Hoirs Beltrami c. Beltrami. Rec. off. 1922 II p. 434. J. trib. 1923 I p. 194.

mais un frère; — ce frère avait droit à sa réserve aussi bien en vertu de l'art. 471 n° 3 c. civ. que de l'art. 84 de la loi grisonne. Le choix entre ces deux lois n'avait donc pas en l'espèce une importance vitale, et le Tribunal fédéral peut n'avoir pas prêté à cette question toute l'attention qu'il y aurait apportée si le sort du procès en avait dépendu. Il n'en reste pas moins que le passage cité est nettement en faveur de la troisième opinion défendue par Rickenbacher, et contraire à l'opinion commune.²⁸⁾

VI. Choix de l'auteur entre ces diverses opinions.

Nous avons fait le tour, je crois, de toutes les interprétations qui ont été jusqu'ici proposées sur notre sujet. Nous en avons montré les difficultés. Mais nous ne saurions considérer que notre tâche est achevée. Il serait inélégant et peu utile de signaler le point faible des opinions d'autrui, sans s'exposer soi-même à la critique en prenant personnellement parti dans la controverse. Je ferai donc adhésion à la troisième opinion: celle suivie par Rickenbacher et par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Beltrami. Je souhaite que notre Cour suprême trouve promptement l'occasion de confirmer, sans laisser place au doute, qu'en matière de réserve des collatéraux, il faut appliquer la loi cantonale du domicile, chaque fois que le testament ne renvoie pas expressis verbis à la loi du canton d'origine, — qu'ainsi l'art. 471 n° 3, norme fédérale subsidiaire, est valable seulement dans les cantons qui n'y ont pas dérogé.

Voici mes motifs:

a) Il faut renoncer à chercher une „intention du législateur“ dans les matériaux de la loi.

La méthode qui consiste à remplacer le raisonnement doctrinal sur la loi dans son ensemble, par une re-

²⁸⁾ Aussi l'arrêt est-il critiqué par Tuor, supplément de 1929.

cherche de „l'intention du législateur“ dans les documents préparatoires donne rarement de bons résultats.²⁹⁾ Elle est particulièrement dangereuse dans un cas où les législateurs ont été si profondément diversés, — où ils ont passé d'un texte à l'autre, selon les mouvements d'opinion plus ou moins passionnés qui se sont produits dans diverses régions du pays, — pour se rencontrer en désespoir de cause à mi chemin, non certes que cet art. 471 n° 3 ait été considéré par le plus grand nombre comme la solution la meilleure, mais parce qu'à tout prix il fallait éviter que l'oeuvre toute entière ne sombrât sur cet écueil de la réserve des collatéraux.

Il s'en faut tant que ce compromis ait satisfait, que

²⁹⁾ On trouvera un autre exemple des dangers du „Materialien-Kultus“ dans la jurisprudence du Trib. féd., Cour de droit public, en matière de domicile de la femme mariée, art. 25 c. civ. Un premier arrêt, Ferraris, Rec. off. 1915 I p. 100, voir p. 106 à 109, — a trouvé dans les documents préparatoires qu'on avait voulu permettre à la femme de se séparer de son mari (art. 170) et de se créer un domicile distinct (art. 25), sans autorisation judiciaire. Dans tous les arrêts subséquents, le T. F. s'est cru lié par cette „intention du législateur“, malgré le mot „autorisée“ du texte français de l'art. 25 et l'avis contraire très judicieusement développé par Mr. Cl. Du Pasquier (J. Trib. 1913 I p. 290, 1914 I p. 130). Il n'y a qu'à lire les considérants si laborieux et embarrassés des deux derniers arrêts (Moré, Rec. off. 1927 I p. 55, Bordonzotti-Gerosa, Rec. off. 1928 I p. 108), pour se convaincre que cette jurisprudence se fourvoie dans un cul de sac. — Les „Materialien“ ont empêché de voir la distinction doctrinale nécessaire entre:

a) la demeure séparée (art. 170), qui concerne seulement les rapports internes des époux et peut sans inconvénient être permise directement par la loi, sans intervention du juge, —

b) le domicile, créateur de for (art. 25), conséquence du statut conjugal à l'égard des Autorités et des tiers, impossible par suite à modifier par la seule volonté des époux ou de l'un d'eux, mais exigeant une décision constitutive du magistrat. Comment sans cela les tiers, qui doivent faire un procès ou une poursuite contre la femme, peuvent-ils savoir si elle a eu des motifs légitimes de quitter son mari? Voir sur cette distinction nécessaire: Planiol-Ripert-Rouast n° 675.

les cantons en forte majorité, se sont empressés d'y déroger. Nous avons vu d'ailleurs que sur les passages de la loi vraiment difficiles, — qui sont les derniers mots de l'art. 472 et le deuxième alinéa de l'art. 59, — les matériaux préparatoires sont absolument muets.

Comment donc Tuor peut-il écrire que „la ratio legis a été de favoriser le plus possible l'application du compromis du droit fédéral?“³⁰⁾

A supposer que telle ait été l'idée de Huber et de quelques autres (ce que je ne crois pas), comment la prêter à ce législateur aux deux cents têtes, dont le plus grand nombre, ou bien ne voulait rien savoir d'une réserve des frères et soeurs, ou tenait mordicus à l'étendre à toute leur postérité? Et comment connaître le sens que ce législateur a donné en décembre 1907 à l'art. 59 titre final . . . si seulement il a remarqué cette adjonction?

b) On a encore défendu l'opinion commune en arguant des „duretés“ de la thèse de Rickenbacher.³¹⁾

Mais si les cantons qui ont étendu la réserve sont durs pour les disposants, ceux qui l'ont supprimée sont bien durs pour leur famille, et le code civil suisse est particulièrement dur pour les malheureux enfants du frère prédécédé.³²⁾ Ce ne sont point là des raisons de préférer un texte à l'autre. Du moment que le législateur fédéral a renoncé à imposer une loi unique, il n'est pas juridique ni licite de lui attribuer une sorte de partialité pour l'une et d'aversion pour l'autre des solutions permises aux cantons. L'interprète doit partir de l'idée que les règles extensionnistes des cantons de la Suisse primitive et conservatrice sont tout aussi légitimes que celles qui abolissent la réserve des collatéraux totalement ou partiellement.

³⁰⁾ Supplément note 13 a) art. 472.

³¹⁾ Tuor, supplément note 13 c) art. 472.

³²⁾ Exemple typique dans l'arrêt Peter Gautschi c. Häusermann, Rec. off. 1924 II p. 332.

Non, c'est faire fausse route que de comparer l'art. 471 n° 3 aux lois cantonales divergentes, et de favoriser l'application du premier au détriment des secondes, à cause d'une valeur intrinsèque supérieure que subjectivement on lui attribue. Nous tomberions dans le plus pur arbitraire en prêtant au législateur fédéral des préférences, des velléités, des tendances, des intentions qui n'auraient pas trouvé leur expression dans la loi elle-même. Ici plus que jamais laissons de côté les matériaux préparatoires.

c) La contradiction des textes doit être résolue selon les principes de l'art. 1 al. II et III du code.

Mais si nous prenons le parti de nous en tenir à la loi, nous voilà replacés en face de l'antinomie que nous avons relevée entre les derniers mots de l'art. 472 et le deuxième alinéa de l'art. 59. Que ferons-nous donc? Nous ne jetterons pas le manteau de Noë sur cette défaillance du législateur; nous ne chercherons pas à dissimuler la contradiction par des „distinguo“, ou par une exégèse faisant violence au vrai sens, et à la vraie portée de chacun des textes, pour les mettre à toute force d'accord.³³⁾ Nous avouerons la contradiction; cela peut arriver dans les lois les plus soigneusement élaborées. Le législateur suisse n'a pas reproduit les orgueilleuses déclarations de l'empereur Justinien,³⁴⁾ et n'a nulle part défendu d'en découvrir dans le corps du droit civil suisse. Bien qu'il n'ait parlé que de „lacunes“

³³⁾ Une telle méthode est condamnée par Dernburg; Pandectes 8^e éd. revue par Sokolowski paragr. 30 p. 60. Windscheid I paragr. 26 note 4. Eichmann, Lehrbuch des Kirchenrechts, paragr. 15 n° 8 dit au contraire que les antinomies doivent être résolues de telle sorte que les deux textes puissent continuer de coexister. Cela rappelle un peu trop le „subtilis animus“ de l'empereur byzantin.

³⁴⁾ Dans les deux préfaces du Digeste: Constitutions „Tanta“, exorde et paragr. 15; — „Deo auctore“ paragr. 8.

possibles dans la loi, sans doute sa volonté serait qu'ici aussi on se souvint de l'art. 1 al. II et III de notre code, et qu'on fît appel à la doctrine pour remédier à ce défaut de l'oeuvre législative.

Or les bons auteurs invitent le juge qui a vainement essayé de concilier loyalement les textes à pratiquer une „interpretatio abrogans“. Cela veut dire qu'au nom même de la volonté de la loi, exprimée dans le texte qu'il considérera comme le meilleur, il traitera l'autre texte comme non écrit. Et si les deux textes sont décidément de même importance et valeur, alors ils s'annulent réciproquement.³⁵⁾ La doctrine donne encore des directions au juge sur la manière de choisir le texte le meilleur. Il aura égard entr'autres à la date des textes, et préférera celui qui a été conçu le plus récemment, pour autant cependant que le passage le plus jeune réalise un progrès sur son aîné.

d) L'art. 59 est le texte le plus récent.

Si nous avons recours ici à cette méthode de conciliation dite „historique“, nous serons engagés à faire prédominer l'art. 59 titre final sur l'art. 472. Nous nous rappellerons que l'art. 472 est né de cette ultime délibération des deux commissions parlementaires, réunies pendant la session de juin 1907 pour liquider la redoutable divergence. Il fallait s'entendre promptement et sans nouveau débat. La proposition votée sans discussion les 7 et 18 juin 1907 porte tous les signes d'un hâtif expédient. Au contraire l'art. 59 est issu plus tard, des travaux d'un comité restreint de juristes distingués, revisant tranquillement, sans la passion qui accompagne

³⁵⁾ Coviello, Manuale di Diritto civile italiano 3^e éd. p. 78/79; — Dernburg-Sokolowski, Pandectes, 8^e éd. paragr. 30; — Windscheid-Kipp 8^e éd. vol. I paragr. 23 et 26; — Ennecerus, Lehrbuch, 7^e éd. paragr. 51, II et III: — paragr. 53 note 14. Gény, Méthode d'interprétation 2^e éd. vol. I p. 31, 46, 115.

volontiers une discussion publique, l'oeuvre dans son ensemble. L'adoption de l'art. 59 a probablement correspondu à un examen plus approfondi du problème créé par la compétence laissée aux cantons. Il eût fallu sans doute revoir la formule de l'art. 472 pour la mettre en harmonie avec l'art. 59. La réponse faite en 1911 à la Conférence des Notaires genevois montre qu'il y avait une impossibilité morale à cette époque à rouvrir un débat. On a préféré introduire, nous pourrions dire subrepticement, l'art. 59 dans la dernière rédaction du code, sans rallumer l'incendie.

Quoique nos deux articles aient été votés ensemble et à la même date du 10 décembre 1907, par les Chambres, et qu'ainsi l'on ne puisse pas appliquer le principe „lex posterior . . .“, il est juste cependant de prendre en considération que l'art. 59 a été conçu plus tard et sous de meilleurs auspices que l'art. 472, ce qui est une première cause de préférence.

e) L'art. 59 est le texte le meilleur.

De plus l'art. 59 réalise aussi un progrès juridique certain par rapport à l'art. 472. L'art. 472, en sa formule finale, contient en effet une anomalie qui n'a pas été assez remarquée: tout en donnant une compétence législative aux cantons en matière de réserve des collatéraux, la loi civile fédérale prétend faire concurrence à la loi cantonale, en s'appliquant directement comme loi fédérale, à certaines catégories d'habitants dans le canton. Comme dans les temps très anciens, à l'intérieur du même territoire, les uns obéiront à la loi Gombette, les autres à la loi romaine. Voulons-nous revenir à ce régime à notre époque?

Il est de principe aujourd'hui que les lois civiles sont faites pour tous ceux qui sont sur le territoire, sauf les règles du droit international privé. Que certaines lois soient établies par la Confédération, d'autres par le canton, c'est là une conséquence de notre Etat fédératif

qui n'a pas d'inconvénient, à condition de délimiter clairement les matières appartenant à l'un et à l'autre des législateurs. Mais qu'en la même matière la loi cantonale et la loi fédérale coexistent sur le même territoire cantonal, et ne se délimitent que *ratione personae*, voilà qui est de déplorable méthode législative.

En faisant prédominer l'interprétation qui seule rend justice à l'art. 59, c'est-à-dire en déclarant que la matière de la réserve des collatéraux est de droit cantonal, on fait disparaître cette singularité unique je crois dans notre système juridique, et on rend au législateur fédéral son vrai rôle: celui d'arbitrer des conflits intercantonaux dans les matières qui sont encore réservées au droit cantonal. Parce qu'il représente un meilleur droit, l'art. 59 doit avoir le pas sur les derniers mots de l'art. 472, et ces derniers mots seront tenus comme non écrits, en tant qu'ils contredisent les compétences cantonales, dont l'art. 59 impose l'admission.

En même temps la relation entre le droit fédéral et les lois cantonales d'application du code civil en devient parfaitement claire: les cantons sont compétents pour étendre ou supprimer la réserve. Mais ils n'ont aucune compétence en matière de conflits intercantonaux ou internationaux. C'est le droit fédéral seul qui tranche les conflits de lois. Le Juge ne doit donc pas tenir compte des formules restrictives de certaines lois cantonales (celle de Neuchâtel par exemple) et s'inspirer uniquement de la loi fédérale de 1891 pour déterminer les sphères respectives d'application des droits cantonaux.

f) La prédominance de l'art. 59 sur l'art. 472 conduit aux meilleurs résultats pratiques. —

Du point de vue pratique enfin, le système ici défendu évite les résultats que l'opinion commune elle-même qualifie de surprenants. On ne verra plus le Juge du canton A. obligé d'appliquer à la succession d'un ressortissant du canton B. la loi du canton C. sous pré-

texte que cette loi est la règle fédérale de l'art. 471 n° 3. On pourra constater au contraire, par le petit tableau ci-après, qu'en considérant comme non écrits les mots „pour les successions de ceux de leurs ressortissants qui ont eu leur dernier domicile dans le territoire cantonal“, — et les formules restrictives semblables des lois cantonales qui ont imité l'art. 472 — de façon à donner tout son sens à l'art. 59 titre final et à l'art. 22 de la loi de 1891, on arrive à une réglementation non seulement harmonieuse, et facile à comprendre, mais pleinement satisfaisante aussi pour le bon sens et l'équité :

Lois applicables (d'après l'opinion de l'auteur) à la succession d'un de cujus ayant eu son dernier domicile hors de son canton d'origine.

1° Neuchâtelois à Lausanne = Droit vaudois = pas de réserve.

2° Neuchâtelois à Zurich = Droit zurichois soit art. 471 n° 3 = réserve des frères et soeurs.

3° Neuchâtelois à Sion = Droit valaisan = réserve de tous les collatéraux de la deuxième parentèle.

(Dans ces 2 derniers cas, le Neuchâtelois évitera toute réserve en se référant expressément à la loi cantonale neuchâteloise.)

4° Neuchâtelois aux Etats Unis = Traité de 1855, droit américain = pas de réserve.

5° Neuchâtelois à Paris = Traité franco-suisse = Droit neuchâtelois = pas de réserve.

6° Valaisan à Paris = Traité = Droit valaisan = réserve de tous les collatéraux de la deuxième parentèle.

7° Valaisan à Lausanne = Droit vaudois = pas de réserve.

8° Valaisan à Zurich = Droit zurichois soit 471 n° 3 = réserve des frères et soeurs.

9° Valaisan à Lucerne = Droit lucernois = réserve de tous les collatéraux de la deuxième parentèle.

(Le Valaisan aurait eu sans doute le droit de se référer à sa loi cantonale, mais, cette loi étendant la réserve aux neveux, cela n'aurait pas d'utilité.)

10^o Zurichois à Lucerne = Droit lucernois = réserve de tous les collatéraux.

(Le Zurichois pourrait supprimer la réserve des neveux par une référence à la loi zurichoise.)

11^o Zurichois à St-Gall = Droit Saint-Gallois pareil au droit zurichois, soit l'art. 471 n^o 3 = réserve des frères et soeurs seulement (référence à la loi cantonale d'origine inutile).

12^o Américain à Lausanne = Traité = Droit vaudois = pas de réserve.

13^o Américain à Zurich = Traité = Droit zurichois soit art. 471 n^o 3 = réserve des frères et soeurs.

14^o Américain à Lucerne = Traité = Droit lucernois = réserve de tous les collatéraux.

15^o Français dans n'importe quel canton = Traité = Droit français = pas de réserve.

Peut-être un lecteur s'écriera-t-il que l'une ou l'autre des réponses de ce tableau l'offusque.

Que pensera l'opinion vaudoise de ce qu'un Vaudois à Sion doive respecter, — s'il oublie d'invoquer la loi vaudoise, — non seulement la réserve de ses frères et soeurs, mais même celle de tous ses neveux et nièces jusqu'à la dernière génération?

Que penserait — d'autre part l'opinion Valaisanne du cas d'un citoyen de Saint-Maurice, passant le pont du Rhône pour s'établir à Lavey, et obtenant par là le droit de déshériter non seulement ses neveux et nièces, mais encore ses frères et soeurs? Ces exemples peuvent frapper. Ils sont la conséquence inévitable de la pluralité des lois, et font toucher du doigt un des gros avantages de la centralisation du droit. Seulement, même dans ces cas-là, la demi mesure de l'art. 471 n^o 3 n'est aucun remède à ce mal, dans d'autres cas, nous avons vu qu'elle a des effets inacceptables. Cette concurrence compliquée

des règles fédérales et cantonales, proposée sans vrai principe directeur, par les adeptes de l'opinion commune; cette combinaison en somme arbitraire, qu'ils font de l'art. 472 et de l'art. 59 titre final, pour arriver à appliquer le plus souvent possible l'art. 471 n° 3, ne saurait contenter ni les abolitionnistes ni les extensionnistes là où les lois cantonales s'affrontent; il est profondément choquant que le compromis boiteux de cet art. 471 n° 3 prétende s'imposer quand les lois des deux cantons sont parfaitement d'accord.

Au contraire, il est raisonnable, conforme à notre tradition juridique, politiquement désirable, que le Confédéré qui transporte le centre de ses intérêts dans un canton subisse la loi de ce canton. Lui-même le trouve naturel, et promptement il ne conçoit plus qu'il en soit autrement; et puis l'art. 22 de la loi de 1891 est toujours là à sa disposition.

Avouons-le: la formule finale de l'art. 472 a été une grave bétise législative. Les auteurs inconnus de l'art. 59 II n'ont peut être pas vu eux-mêmes l'étendue du service qu'ils nous rendaient, en nous permettant de réparer cette erreur. Leur intention secrète importe peu; nous ne savons que ce qu'ils ont écrit dans la loi. Cette loi en rendant la main aux cantons et en se bornant à régler les collisions des statuts différents, est la meilleure qu'ils pouvaient faire, puisque malheureusement l'unification du droit civil n'avait pu se réaliser dans les consciences juridiques, ni dans le code, en matière de réserve des collatéraux.

VII. Conclusion.

Considérant qu'il est impossible d'accorder les derniers mots de l'art. 472 avec le deuxième alinéa de l'art. 59 du titre final, — qu'ainsi forcément un des textes doit s'effacer devant l'autre, — c'est à l'art. 59 qu'il faut donner la préférence et la fin de l'art. 472 doit être

tenue pour non écrite. Alors les deux articles 472 et 59, enfin réconciliés par ce sacrifice, s'uniront harmonieusement dans la formule que voici:

„Les cantons sont autorisés à supprimer la réserve des frères et soeurs, ou à étendre cette réserve aux descendants des frères et soeurs.

L'art. 471 n° 3 s'appliquera dans les cantons qui n'auront pas légiféré à ce sujet.

La loi fédérale de 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour continue à régir les Suisses à l'étranger et les étrangers en Suisse, ainsi que les conflits de lois cantonales.

En particulier, les règles du droit cantonal sur la réserve des frères et soeurs ou descendants d'eux sont considérés comme loi d'origine pour les ressortissants du canton (art. 22 de la dite loi).“

VIII. Documents annexes.

a) Mémoire de la Conférence des Notaires de Genève

à l'appui d'une modification de l'art. 472 du Code Civil Suisse (Genève 1911).

L'entrée en vigueur du Code civil suisse est imminente et les juristes de tous les cantons rivalisent de zèle pour mettre leur législation en harmonie avec la loi nouvelle; les praticiens, de leur côté, ne restent pas inactifs et se préparent à la lourde tâche qui va leur incomber pour ménager la transition entre des lois ou des traditions parfois séculaires et des dispositions toutes nouvelles dont le texte n'a pas encore été éclairé par la jurisprudence. La rupture avec l'ancien droit ne se fera pas sans quelques déchirements, mais le sentiment d'avoir, pour toute la Suisse, un excellent code bien à nous, fait passer à l'arrière plan tous les désagréments momentanés auxquels son introduction pourra donner lieu.

Il y a malheureusement un article, un seul, sur lequel l'unification n'a pu aboutir: c'est l'article 471, en ce qui concerne la réserve des frères et soeurs. Aux termes de cet article, la réserve est pour chacun d'eux du quart de son droit de succession, mais l'article 472 autorise les cantons à supprimer cette réserve

ou à l'étendre aux descendants de frères et soeurs, pour les successions de ceux de leurs ressortissants qui ont eu leur dernier domicile dans le territoire cantonal. C'est sur les conséquences de ces derniers mots que nous voudrions attirer spécialement l'attention en recherchant s'il n'y aurait pas quelque correction à y apporter.

Nous tenons à déclarer d'entrée de cause qu'en examinant cette question, nous n'avons aucune arrière-pensée de revenir sur une transaction acceptée par tous les confédérés. C'est grâce à des sacrifices réciproques que nous avons enfin un Code civil suisse et il ne serait pas loyal de retirer des concessions librement consenties, sans lesquelles il n'aurait pas été adopté. Nous voulons simplement prouver que, moyennant un changement de rédaction, il serait possible, tout en maintenant la réserve des frères et soeurs pour les cantons qui y tiennent essentiellement, de donner satisfaction à ceux pour qui elle constitue une gêne considérable. Le législateur ayant été amené par la force des choses à donner une certaine latitude aux cantons en cette matière, il ne s'agit pas de revenir sur ce principe, mais d'en rendre l'application facile et acceptable pour tous.

Il ne sera pas inutile pour cela de faire l'historique des articles 471 et 472 du Code civil.

L'avant projet de 1900 ne prévoyait (art. 495) une réserve qu'en faveur des descendants, des père et mère, et du conjoint survivant; l'Exposé des motifs (t. II, p. 22) s'exprime ainsi à cet égard: „En déterminant la faculté de disposer, le projet est demeuré fidèle au principe... que la législation moderne ne doit pas quitter le terrain de la liberté, tant que des raisons impérieuses ne la forcent pas à l'abandonner. Aujourd'hui les conditions économiques sont si diverses qu'une loi applicable sur un territoire d'une certaine étendue lèserait nécessairement les intérêts les plus respectables, si elle était fondée sur d'autres idées. En matière de succession comme ailleurs, l'organisation la plus souple devra être préférée à toute forme de contrainte; au reste, nous avons vu des cantons tels que Thurgovie et Schaffhouse préconiser l'extension de la faculté de disposer, alors que leurs législations actuelles lui sont peu favorables. Ce serait trop exiger de la Suisse romande que de lui demander le sacrifice de la grande liberté de disposition qui est de tradition chez elle; le régime de la liberté a porté de si bons fruits dans cette région et la population lui est si attachée, que cet exemple est de nature à dissiper les appréhensions qu'une semblable innovation pourrait provoquer.“

Lorsque cet article est discuté au sein de la Commission

d'experts (Procès-verbaux miméogr., t. II, p. 107 et suiv.), M. Oser (Fribourg) propose que la réserve des père et mère soit étendue à toute leur parentèle. M. de Planta (Grisons) ne va pas si loin, mais estime que la Suisse romande, en faveur de qui on a considérablement réduit la réserve des descendants et des père et mère, peut bien concéder à la Suisse allemande la réserve pour les frères et soeurs; il la propose du tiers de la succession. M. Bühlmann (Berne) dit que son canton a été beaucoup plus loin que le projet, puisqu'il ne connaît de réserve ni pour les père et mère, ni pour les frères et soeurs. M. Lorétan (Valais) se range à la proposition de Planta, en se plaçant au point de vue de la petite propriété rurale et fixe la légitime des frères et soeurs au quart. M. Scherrer-Füllemann (Saint-Gall) veut aussi une légitime pour ceux-ci et M. Gmür (Berne) se range à la proposition Planta-Lorétan, en demandant que les frères et soeurs représentent, en cette matière, leurs parents prédécédés. M. Rossel (Berne), devant cette unanimité des cantons allemands, accepte le principe de la proposition Planta, en faisant une distinction entre les frères germains et ceux d'un autre lit. M. de Félice (Vaud) et M. Weber (Berne) considèrent cette entrave imposée aux frères et soeurs dans le droit de disposer comme bien gênante et peu justifiée. M. Schmid (Uri) estime faire une grande concession en se rangeant à la proposition Planta, puisque son canton a, jusqu'à présent, une réserve des $\frac{5}{6}$. M. Gampert (Genève) combat l'argument de Planta qui pense qu'en diminuant la faculté de tester on assure l'unité de l'héritage; c'est au contraire la liberté de tester qui empêchera le morcellement toutes les fois qu'il y aura plusieurs frères et soeurs. M. Sigrist (Lucerne) dit que, dans la population rurale, on admettrait difficilement l'exclusion de la réserve pour les biens provenant aux frères et soeurs de l'héritage de leurs parents. M. Isler (Argovie) constate que, dès 1856, son canton, comme Berne, n'a pas la réserve des frères et soeurs et que la population rurale s'en est très bien trouvée, spécialement le Freiamt, qui est dans les mêmes conditions économiques que Lucerne. M. Winkler, président du Tribunal fédéral, dit qu'on a une tendance à abandonner cette réserve là où elle existe plutôt qu'à l'introduire ailleurs. M. Rott, juge fédéral, estime que c'est surtout une question de sentiment et qu'on a été trop loin dans la limitation de la liberté de tester: là où existe l'union entre les frères et soeurs, une disposition légale est inutile pour établir la réserve; si cette union n'existe pas, la loi n'a pas à y suppléer.

En votation définitive la réserve du quart en faveur des frères et soeurs est adoptée par 16 voix contre 15.

En conséquence, le projet soumis aux Chambres porte (art. 478) que la réserve est pour les frères et soeurs du quart de leurs droits de succession, et le Message du Conseil fédéral du 28 mai 1904 (p. 51) s'exprime ainsi à ce sujet:

„... Deux raisons nous ont engagés à donner la préférence à une solution libérale. Tout d'abord si l'un des deux systèmes doit céder devant l'autre, il est plus naturel que ce soit celui d'une rigoureuse succession légale, car, en élargissant même la faculté de disposer, on n'oblige nullement à en faire usage les populations qui n'y étaient point habituées, tandis qu'une plus grande contrainte pèserait lourdement sur les contrées où existe la liberté de tester. Ensuite, cette liberté répond beaucoup mieux à la multiplicité et à l'extrême mobilité des conditions actuelles de la vie que le principe contraire, qui s'est développé plutôt dans les milieux étroits et fermés. Les pays qui nous entourent la possèdent depuis longtemps, et le nôtre en l'admettant dans sa loi civile, ne fera que suivre le grand courant de l'évolution juridique européenne...“

Au Conseil national, M. Scherrer-Füllemann propose que les dispositions en faveur des frères et soeurs du défunt qui vivent en ménage commun lors de l'ouverture de la succession ne soient pas sujettes à réduction au profit des autres frères et soeurs, tandis que M. Ming (Unterwald-le-Haut) voudrait permettre à la législation cantonale d'étendre ou restreindre le nombre des héritiers à réserve ainsi que de tenir compte de la situation de fortune des parents. Le professeur Huber, rapporteur, insiste sur le fait qu'une plus grande liberté de tester ne constitue pas une contrainte pour ceux qui n'en veulent pas profiter et il explique pourquoi la commission a préféré l'unité de législation en cette matière, plutôt que de laisser une certaine liberté aux cantons; le professeur Rossel, rapporteur français, explique que c'est à titre de concession, et sans enthousiasme, que les représentants de la Suisse romande ont accepté la réserve des frères et soeurs; M. Thélin propose qu'on la supprime purement et simplement. Finalement l'article 478, proposé par la commission, est maintenu par 49 voix contre 31 qui voulaient y faire des adjonctions proposées par M. Scherrer-Füllemann.

Après une brillante lutte oratoire entre M. Ming (Unterwald-le-Haut), qui combat la liberté de tester, et M. Bühlmann (Emmental), qui la préconise, le Conseil rejette à une forte majorité la proposition du premier de revenir sur cette votation. A la séance suivante, M. Thélin (Vaud) insiste pour la suppression de la réserve des frères et soeurs et c'est M. Rossel, rapporteur, qui lui répond: „Je ne suis pas plus partisan que M. Thélin de la

réserve instituée en faveur des frères et soeurs, mais j'ai fini par me rallier au système du projet sur ce point, parce qu'on l'a représenté comme une concession nécessaire; nous avons à opter entre deux conceptions diamétralement opposées de la faculté de disposer, et nous sommes obligés, pour faire oeuvre viable, de nous ranger à des solutions intermédiaires. Ainsi nous ne contentons pas tout le monde, mais nous ne créons pas de mécontentements irréductibles. Si nous voulons arriver à chef, nous devons apporter dans nos délibérations deux onces d'enthousiasme au moins et, par surcroît, une once de résignation. C'est bien cette once de résignation qui me permet d'accepter la réserve des frères et soeurs qui, je le répète, va directement à l'encontre de mes idées personnelles." M. de Planta (Grisons) déclare que la Suisse orientale ne peut aller au-delà des concessions faites en cette matière, sans se heurter à une opposition populaire qui entraînerait le refus du Code. La proposition de M. Thélin est, en conséquence, rejetée par 84 voix contre 12.

Quand la question arrive au Conseil des Etats, Messieurs Wirz, von Schuhmacher et Hildebrand proposent d'étendre la réserve des frères et soeurs aux descendants de frères et soeurs prédécédés. M. Hoffmann, rapporteur de la commission, fait un exposé remarquable des difficultés que présente ce sujet épineux entre tous, puisqu'il faut concilier des législations présentant tous les degrés possibles en matière de réserve légale, depuis Obwald et le droit régional de Schwytz, Gersau et Küssnacht, qui n'admettent pas la moindre quotité disponible, jusqu'à Berne, Fribourg, Vaud, Neuchâtel etc., qui ne connaissent pas la réserve en faveur des collatéraux. Il propose le rejet de l'amendement de MM. Wirz et consorts, qui amènerait immédiatement une contre-proposition des welches de biffer la réserve des frères et soeurs; il faut en rester au compromis proposé par la commission. M. von Schuhmacher, en exposant le point de vue des cantons du centre qui considèrent les biens de famille comme devant rester à la famille, trouve qu'on leur demande sans cesse des concessions sans jamais leur en faire; à quoi M. Isler (Argovie) réplique que le fait d'avoir admis la réserve des frères et soeurs constitue déjà, de la part des cantons qui ne l'ont pas, une grande concession. M. von Schuhmacher reconnaît que pour beaucoup de cantons ç'en est une, mais que celle qu'on demande en compensation est beaucoup trop grande. M. Lachenal (Genève) constate que la réserve en faveur des collatéraux est une chose extraordinaire qui ne se rencontre nulle part ailleurs que dans certains cantons suisses; il demande au conseil de ne pas consacrer un pareil anachronisme et propose le rejet de la réserve

des frères et soeurs; toutefois si elle était admise, il ne verrait pas d'inconvénient à l'étendre à leurs descendants. M. Berthoud (Neuchâtel), sans être partisan de ce principe étranger à la législation de son canton, s'y rallie à titre de concession. M. Hoffmann, rapporteur, trouve que la proposition de Genève va trop loin: la réserve des frères et soeurs peut se justifier comme corrélatif de l'obligation alimentaire. M. Wirz soutient l'amendement qu'il a présenté avec MM. von Schuhmacher et Hildebrand. M. von Schuhmacher ne serait personnellement pas opposé à une extension de la liberté de tester, mais on n'envisage pas les choses de la même manière à Genève et dans la Suisse centrale, et M. Lachenal serait mal accueilli dans la population des petits cantons, s'il venait y combattre les traditions qu'il qualifie de marchandise défraîchie. Enfin, en votation éventuelle, la proposition de MM. Wirz et consorts est préférée à celle de la commission par 17 voix contre 14 et, en votation définitive, maintenue en opposition de celle de M. Lachenal par 18 voix contre 11.

L'article 478 du projet (471 du Code) revint donc le 7 juin 1907 devant le Conseil national avec cette divergence que le Conseil des Etats avait accordé aux descendants de frères et soeurs comme à ces derniers une réserve d'un quart de leur part héréditaire. Les professeurs Huber et Rossel, rapporteurs, montrent que les différences de vue entre les cantons qui veulent la réserve des collatéraux et les autres, reposent sur des traditions séculaires; il ne serait ni sage ni juste de blesser la conscience populaire dans une partie quelconque de notre pays. En conséquence, les rapporteurs proposent un expédient transactionnel qui laisserait les cantons libres de renoncer à la réserve des frères et soeurs ou de l'étendre à leurs descendants, tout en émettant l'espoir que dans quelques années l'unité pourra être obtenue en cette matière comme dans les autres. Le 18 juin, conformément aux conclusions de M. Hoffmann, rapporteur de sa commission, le Conseil des Etats accepta ce compromis, grâce auquel les deux conseils purent l'un et l'autre couronner solennellement, le 10 décembre 1907, par un vote unanime à l'appel nominal, l'oeuvre magnifique du Code civil suisse.

Ce trop bref résumé des longues mais très intéressantes discussions auxquelles donna lieu l'article 471, suffit pour montrer dans quelles conditions il a pu être accepté par tous, moyennant la correction qu'y apporte l'article 472.

Il est regrettable que la rédaction de ce dernier article, surgi au dernier moment, n'ait été discutée ni dans les conseils ni dans le public, car il est certain qu'un examen plus approfondi en eût

fait ressortir les conséquences, probablement mprévues alors, sur lesquelles nous voudrions attirer l'attention.

En limitant la liberté des cantons aux seules successions de ceux de leurs ressortissants qui ont eu leur dernier domicile dans le territoire cantonal, au lieu de l'étendre à toutes les successions ouvertes dans ce territoire, nos législateurs nous conduisent à des résultats devant lesquels ils auraient eux-mêmes reculé s'ils avaient pu en entrevoir toute la gravité.

Comme l'ont déjà fait remarquer MM. les professeurs Rossel et Mentha (Manuel de droit civil suisse, t. I, p. 529), on arrive ainsi à cette conséquence que le canton de Vaud, par exemple, qui a supprimé la réserve des frères et soeurs, ne peut le faire que pour les Vaudois domiciliés à leur décès dans le canton de Vaud, et cette réserve subsistera pour les successions des autres Confédérés domiciliés dans ce canton quand même leur canton d'origine, Genève, par exemple, aurait supprimé aussi la réserve des frères et soeurs.

Ajoutons à cette remarque que, si tous les cantons arrivaient successivement à supprimer ladite réserve, elle n'en subsisterait pas moins fédéralement pour tous ceux qui ne décédèrent pas dans leur canton d'origine, conséquence assurément étrange et qui seule motiverait déjà un changement de rédaction.

Nous reconnaissons que, dans les cantons dont les ressortissants forment la très grande majorité des habitants, l'application de l'article 472 n'aura pas de conséquences bien fâcheuses, mais nous savons que la population, surtout dans les cantons frontières, devient de plus en plus mélangée et que la proportion soit des confédérés soit des étrangers y croît chaque jour.

Prenons à titre d'exemple ce qu'il en est à Genève.

Si nous regardons le tableau de la population du canton de Genève en 1909, nous voyons qu'elle se compose comme suit (en chiffres ronds):

Genevois	52,000
Confédérés d'autres cantons	41,000
Etrangers	63,000
Total	<u>156,000</u>

D'après un calcul approximatif basé sur le rôle des électeurs, les confédérés des cantons qui ont supprimé la réserve des frères et soeurs dans leur loi d'application du Code civil représentent le 81 % de la population confédérée soit environ 33,000 habitants, tandis que les ressortissants des cantons qui ont maintenu cette légitime forment le 19 % des confédérés habitant le canton, soit environ 8000 habitants.

Nous pouvons donc classer la population genevoise en trois catégories:

a) Les habitants qui, aux termes des articles 471 et 472 du Code civil combinés avec l'article 43 de la loi genevoise d'application, ne seront pas tenus à la réserve des frères et soeurs. Ce sont:

- | | |
|--|--------|
| 1. Les citoyens genevois, au nombre de | 52,000 |
| 2. Les Français au nombre de | 37,000 |

qui restent soumis à la loi française en ce qui concerne les successions, en vertu de l'art. 5 de la Convention du 15 juin 1869.

Total de la première catégorie	89,000 habitants
--------------------------------	------------------

faisant le 57% de la population du canton.

b) La seconde catégorie se compose des personnes qui auront à tenir compte de la réserve des frères et soeurs, bien que la législation de leur canton ou pays d'origine ne la connaisse pas.

Ce sont:

- | | |
|---|--------|
| 1. Des confédérés, principalement Vaudois, Bernois, Fribourgeois, Neuchâtelois, Argoviens et Tessinois, environ | 33,000 |
|---|--------|

2. Les étrangers avec lesquels la Suisse n'a pas de traité concernant les successions, savoir:

- | | |
|---------------------------------------|--------|
| 1. Les Italiens, au nombre de plus de | 15,000 |
| 2. Les Allemands, environ | 5,000 |
| 3. Etrangers de divers pays, environ | 6,000 |

Total de la deuxième catégorie	59,000 habitants
--------------------------------	------------------

faisant le 38% de la population du canton.

c) La troisième catégorie ne comprend que les confédérés, au nombre de 8,000 habitants dont le canton d'origine maintiendra la réserve des frères et des soeurs. Elle représente le 5% de la population totale.

En résumé, la réserve des frères et soeurs, inapplicable à 89,000 habitants (57%), le serait à 59,000 (37%) dont la loi d'origine ne la connaît pas, et à 8000 seulement (5%) qui ne la voient pas supprimée par leurs lois cantonales.

Le même inconvénient sera particulièrement sensible dans les cantons où les habitants comprennent une forte proportion de non ressortissants, comme Bâle, Neuchâtel, Tessin et Vaud

et dans toutes les colonies suisses à l'étranger, notamment celle de Paris, que son importance a fait qualifier de 23^{me} canton.

Une conséquence de cette disposition est qu'en Suisse les confédérés sont plus mal placés que les Français en ce qui concerne leurs dispositions de dernière volonté: tandis que ces derniers pourront se conformer sans entrave à la loi de leur pays, la même facilité sera refusée aux Suisses qui n'habitent pas leur canton d'origine.

On objectera qu'il y a un moyen bien simple d'éviter cet inconvénient, c'est d'insérer dans chaque testament une clause soumettant la succession à la législation du canton ou du pays d'origine, conformément à l'article 22 de la loi fédérale du 25 juin 1891 et à l'article 61 du Titre final du C. C. S. Théoriquement c'est parfait, mais en pratique seuls ceux qui auront l'idée de soumettre leur testament à un homme de loi pourront bénéficier de cette disposition; très nombreux sont ceux qui, sachant que leur canton de domicile et leur canton d'origine ont renoncé l'un et l'autre à la réserve des collatéraux, se figureront en toute tranquillité d'esprit que leur testament est inattaquable bien qu'ayant prétérité leurs frères et soeurs; nombreux aussi ceux qui, ayant testé avant la promulgation du Code, sont dès lors devenus incapables de le faire et dont les dispositions seront modifiées contrairement soit à leur volonté formellement exprimée soit à la loi de leur canton.

Nous devons donc trouver le moyen de remédier immédiatement à cette situation tout en respectant la transaction intervenue en 1907. Il y aurait deux solutions:

Ou bien transformer la règle en exception, c'est-à-dire supprimer la réserve des frères et soeurs de l'article 471 et dire dans l'article 472 que les cantons pourront la maintenir pour toutes les successions ouvertes sur leur territoire; ce serait conforme à l'état de faits, car, si nous consultons celle des cartes annexées à l'ouvrage du Dr. Lardy sur les Législations civiles des cantons suisses qui est consacrée à la légitime, nous voyons que les adeptes de la légitime pour les collatéraux sont en minorité (1,210,000 contre 1,459,000 en 1876). Nous reconnaissons toutefois que ce mode de faire pourrait prêter le flanc à des critiques et rallumerait sûrement la discussion, ce qu'il faut éviter autant que possible.

Ou bien modifier simplement l'article 472, pour lequel nous proposerions la rédaction suivante:

„Les cantons sont autorisés à supprimer la réserve des frères et soeurs, ou à étendre cette réserve aux descendants de frères et soeurs, pour les successions ouvertes dans le territoire

cantonal, pourvu que la loi d'origine du disposant autorise cette suppression ou cette extension."

Cette modification donnerait satisfaction à tous ceux qui voient dans le texte actuel une source de grandes difficultés et, d'autre part, assurerait aux cantons partisans de la réserve des frères et soeurs le maintien, pour leurs ressortissants, dans leur canton et au dehors, d'une institution qui leur tient à coeur, sauf à eux à y renoncer quand ils le jugeront bon.

Il est à prévoir que notre proposition sera regardée par quelques-uns comme inopportune ou tout au moins prématurée, puisque le Code n'est pas encore en vigueur; nous estimons, au contraire, qu'il y aurait urgence à faire la correction que nous demandons avant que la pratique ait mis à nu les difficultés que nous redoutons et qui amèneront nécessairement le changement de l'article 472. Si cette revision, inévitable un jour ou l'autre, n'a lieu que plus tard, nous nous trouverons vis-à-vis de nouvelles complications par le fait du chevauchement de trois systèmes consécutifs au lieu de deux; en outre, les partisans de la réserve des collatéraux risqueraient fort de voir celle-ci sombrer alors définitivement, puisqu'ils sont déjà en minorité dans le peuple.

On dira encore que chaque citoyen ayant reçu un exemplaire du Code, il est bien tôt pour apporter déjà des changements au texte que tous ont entre les mains; à quoi nous répondrons que ce texte a déjà perdu sa virginité par le fait de l'arrêté du Conseil fédéral du 7 avril 1911, qui en a rectifié, il est vrai un peu furtivement, d'assez nombreux articles. Ce que nous demandons n'est, en somme, qu'une addition à ces errata, la correction d'un texte qui, rédigé dans la hâte fiévreuse du point final, n'a pas subi l'épuration salubre de la critique.

Nous espérons que notre proposition, si elle est examinée avec l'esprit de conciliation qui l'inspire, sera accueillie avec faveur même par ceux qui pourraient à première vue la considérer comme une atteinte au pacte conclu; son adoption aura, au contraire, pour conséquence: 1^o de consolider pour toujours l'intégrité de l'article 471; 2^o de laisser à l'article 472 toute son efficacité pour les ressortissants, quelle que soit leur résidence, des cantons admettant la réserve des collatéraux; 3^o de ne plus imposer cette dernière à ceux, suisses ou étrangers, dont la loi d'origine ne la connaît pas.

Elle lève ainsi toutes les objections qui ont été formulées de part et d'autre dans les discussions ci-dessus analysées.

Persuadés qu'il y a urgence à opérer cette rectification avant la fin de l'année courante, nous prenons la liberté de la

recommander à la bienveillante attention des autorités compétentes.

Genève, 19 juin 1911.

Pour la Conférence des Notaires de Genève:
Emile Rivoire, président.

b) Réponse du Département fédéral du 18 juillet 1911.

Berne, le 18 juillet 1911.

Monsieur Emile Rivoire, notaire,

Genève.

Honoré Monsieur,

En date de 5 courant, Monsieur Lachenal, Conseiller aux Etats, nous a remis le „Mémoire de la Conférence des Notaires de Genève à l'appui d'une modification de l'art. 472 du Code civil suisse.“ Cette question a fait, de notre part, l'objet d'une étude attentive qui nous suggère les observations ci-après:

1. Il résulte d'abord de notre examen qu'il ne s'agirait point, dans le cas particulier, de modifier de simples erreurs de traduction (v. arrêté du Conseil fédéral du 7 avril 1911). La modification proposée serait, au point de vue de ses conséquences matérielles, d'une portée considérable; elle ne répondrait nullement à la pensée du législateur et ne correspondrait pas davantage à la teneur des dispositions que celui-ci a édictées. Elle constituerait une dérogation à ce qui, après de longs débats, a paru au législateur devoir être la solution équitable d'un conflit d'opinions divergentes.

2. Tout en regrettant de ne pouvoir donner suite au postulat de la Conférence des Notaires, nous devons nettement refuser de modifier la loi dans le sens indiqué. Notre refus est motivé notamment par les considérations suivantes:

a) La proposition de la Conférence des Notaires tendant à une modification essentielle — et non seulement de caractère rédactionnel — de l'art. 472, c'est à l'autorité législative qu'il appartiendrait de prendre des mesures. Or, il ne saurait être question d'édicter, cette année encore, une loi modifiant le Code civil suisse et appelée à entrer en vigueur en même temps que celui-ci.

b) La Conférence des Notaires oublie que, dans la teneur qu'elle propose, il y aurait lieu de faire application de l'extension de la réserve également en ce qui concerne les disposants auxquels la loi voulait assurer l'avantage d'une plus grande

liberté de disposer. Il s'agit ici des disposants dont le droit d'origine prévoit l'extension et qui ont leur dernier domicile dans un autre canton, soit que celui-ci prévoie l'extension de la réserve, soit qu'il ne l'admette pas. Ces disposants recourraient vainement à une clause par laquelle ils soumettraient leur succession au Code civil suisse. Ici, la pensée du législateur ne serait pas réalisable, tandis que la soumission au droit d'origine rendrait possible la mise en pratique de cette pensée dans les cas mentionnés par la Conférence des Notaires.

c) La disposition de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, qui permet de soumettre à la législation du canton d'origine la succession d'une personne domiciliée dans un autre canton, offre, sur la base de l'art. 61, Titre final, du Code civil suisse, les moyens d'obvier d'une façon suffisante aux inconvénients signalés dans le „Mémoire de la Conférence des Notaires.“ Et d'ailleurs, pour que la question acquière une importance pratique, le défunt doit toujours avoir pris une disposition dans laquelle il lui était facile de fixer que la succession serait soumise à la loi du lieu d'origine. Ajoutons que, suivant la jurisprudence relative à l'art. 22 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, il n'est pas nécessaire — et cela est logique — que la soumission à la loi du lieu d'origine soit expresse; il suffit que le disposant ait manifesté sa volonté dans le sens d'une telle soumission.

Plutôt que de modifier le Code civil suisse, il serait simple de donner à l'art. 22 de la loi de 1891 une teneur plus large, puisque la revision de cette loi est déjà envisagée pour d'autres raisons.

La Conférence des Notaires fait observer, dans son mémoire, que les personnes qui ne soumettront pas leurs dispositions de dernière volonté à un homme de loi seront facilement induites en erreur et se figureront en toute tranquillité d'esprit que leur testament est inattaquable, bien qu'ayant prétérité leurs frères et soeurs. A cela, nous répondons qu'il est loisible au Conseil d'Etat de signaler cette situation et de fournir les explications nécessaires dans des publications spéciales. Divers cantons ont fait de bonnes expériences en vulgarisant les renseignements sur certaines innovations importantes se rapportent à l'introduction du Code civil suisse.

Quant aux personnes, enfin, qui ont pris leurs dispositions de dernière volonté avant l'entrée en vigueur du Code civil et qui présentent les particularités signalées dans le Mémoire de la Conférence des Notaires, elles doivent faire un testament complémentaire, dans lequel elles déclarent se soumettre à la loi du lieu d'origine. En considération du fait que le Code civil suisse libère

de toutes formalités l'établissement et le dépôt du testament olographe, cette indication complémentaire n'apparaît nullement comme une tâche trop lourde.

Agrérez, Monsieur le Notaire, les assurances de notre considération distinguée.

Département fédéral de Justice et Police.
(signé) Hoffmann.

**c) Lettre du Département fédéral à l'auteur,
du 26 mars 1929.**

Bern, den 26. März 1929.

Herrn F. Guisan, professeur à la faculté de droit,
Lausanne.

Sehr geehrter Herr!

Mit Schreiben vom 21. November 1928 baten Sie uns, wenn möglich feststellen zu lassen, wann und mit welcher Begründung der zweite Absatz des Art. 59 SchlT zum ZGB ins Gesetz aufgenommen worden sei.

Wir haben im Bundesarchiv sämtliche Akten zum Zivilgesetzbuch durchgesehen und dabei folgendes feststellen können. Der in Frage stehende II. Absatz des Art. 59 SchlT zum ZGB war in der von den eidgenössischen Räten durchberatenen Gesetzesvorlage nicht enthalten. Ebenso die gedruckte „Vorlage an die Redaktionskommission, vom Juli 1907“ enthält ihn noch nicht. Erstmals finden wir ihn in der gedruckten „Vorlage an die Redaktionskommission, vom September 1907“. Zu den „Vorlagen an die Redaktionskommission“ haben die Mitglieder der Redaktionskommission teilweise in sehr ausgiebiger Weise Stellung genommen. Soweit die Akten des Bundesarchivs Auskunft zu geben vermögen, ist von keinem Mitglied der Redaktionskommission die Aufnahme dieses zweiten Absatzes des Art. 59 SchlT (damals Art. 1826bis und 61 SchlT) beantragt worden. Auch von Dritten liegen keine solchen Abänderungsvorschläge vor. Wie und durch wen der Passus als II. Abs. des Art. 61 SchlT in die „Vorlage an die Redaktionskommission vom September 1907“ und die „Beschlüsse der Redaktionskommission vom Oktober 1907“ gekommen ist, kann nach den Akten nicht festgestellt werden.

Auch der Bericht der Redaktionskommission an die Bundesversammlung, vom 20. November 1907 (BBl 1907 VI 367) gibt darüber keinen positiven Aufschluss. Die Redaktionskommission hat am Entwurf, wie er aus den Beratungen der Bundesversammlung hervorgegangen ist, umfangreiche Änderungen

vorgenommen, jedoch keine materiellen Änderungen, die im Widerspruch mit den Beschlüssen der Bundesversammlung stehen würden. Diese Änderungen lassen sich nach dem Bericht der Redaktionskommission in drei Gruppen teilen. Die erste Gruppe umfasst sprachliche Verbesserungen. Die zweite Gruppe der Änderungen suchte die Übereinstimmung in den drei Landessprachen herzustellen. Zu der dritten Gruppe gehören die von der Redaktionskommission vorgenommenen Änderungen solcher Bestimmungen, denen es an der wünschenswerten materiellen Klarheit zu fehlen schien. Die Kommission fand es geboten, Vorschriften, die dasjenige nicht deutlich auszudrücken schienen, was nach den Beschlüssen der Bundesversammlung gesagt werden wollte, zutreffender zu fassen, kleinere Lücken in der Redaktion der Artikel im Sinne der Beschlussfassungen auszufüllen, offenbare Widersprüche, die an einigen Stellen zwischen den einen und den andern Beschlüssen zu Tage traten, zu beseitigen und, wo es dringend geboten schien, durch genauere Formulierung dessen, was bestimmt werden wollte, künftigen Kontroversen möglichst vorzubeugen.

Die Einschaltung des zweiten Absatzes des Art. 59 SchlT stellt eine Änderung dar, die zu dieser dritten Gruppe gehört. Man darf nicht übersehen, dass die heutige Regelung des Geschwisterpflichtteilsrechts ein Kompromiss ist, zu dem man greifen musste, um nicht die Annahme der ganzen Vorlage zu gefährden. Wenn nun auch die Rechtseinheit darunter etwas gelitten hat, so wurden dadurch doch die tiefgehenden Divergenzen in den Grundauffassungen der Westschweiz und der Ostschweiz ausgesöhnt. Unter dem Einfluss dieser mühsam zustande gekommenen Lösung stand unseres Erachtens die Redaktionskommission noch, als sie in den heutigen Art. 59 noch die Bestimmung aufnahm, dass insbesondere das kantonale Pflichtteilsrecht betreffend die Geschwister und ihre Nachkommen als heimatliches Recht der Kantonsangehörigen anerkannt werde (Art. 22 des genannten Gesetzes). Sie wollte für alle Zukunft Klarheit schaffen und hat durch die Aufnahme dieses Abschnittes nur das präzisiert, was offenbar nach ihrer Auffassung nicht deutlich genug aus dem Schluss des ersten Absatzes von Art. 59 SchlT hervorgeht. Dass es sich übrigens bei Abs. 2 nur um eine Verdeutlichung der unmittelbar vorangehenden Bestimmung handelt, ergibt sich schon aus der Einleitung des Satzes mit dem Wort „insbesondere“.

Ausserdem geht aus den Verhandlungen der eidg. Räte mit aller Deutlichkeit hervor, dass besonders diejenigen Kantone, die das Geschwisterpflichtteilsrecht nicht kannten, die Rege-

lung, die sich seit vielen Jahren bei ihnen fest eingelebt hatte, nicht mehr preisgeben wollten; sie lehnten nicht nur die im Ständerat beantragte Ausdehnung des Pflichtteilsrechts auf die Nachkommen der Geschwister entschieden ab, sondern wollten überhaupt den Geschwistern keinen Pflichtteil zugestehen. Sie glaubten nur einer Lösung zustimmen zu können, die wenigstens ihren Kantonsangehörigen diese Einschränkung in der Verfügungsfreiheit nicht auferlegte, und zwar wollten sie ihre ausserhalb des Kantons wohnenden Bürger nicht schlechter stellen als die im Kanton niedergelassenen. Der in den Räten schliesslich zustande gekommene Kompromiss gewährt nun den Kantonen die Freiheit, in diesem Punkte ihren Auffassungen entsprechend ein eigenes Recht zu schaffen und beizubehalten. Art. 472 stellt grundsätzlich die Möglichkeit einer solchen Sonderstellung auf, jedoch nur für Kantonsangehörige, die ihren letzten Wohnsitz im Kanton selbst hatten. Diese Fassung wurde dem Kompromiss nicht gerecht. Es musste, wenn von einer weitergehenden Regelung im Gesetz Umgang genommen werden wollte, in den Übergangsbestimmungen eine Erweiterung vorgesehen werden. Dies geschah durch den heutigen Art. 59 SchlT, der, soweit kantonales verschiedenes Recht zur Anwendung kommt, das Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter in Kraft bestehen liess. Dadurch wurde nun auch dem ausserhalb seines Heimatkantons wohnenden Bürger, der nach seinem Heimatrecht an eine grössere Verfügungsfreiheit gewöhnt ist, ein Mittel gegeben, diese für sich in Anspruch zu nehmen. Gemäss Art. 22 Abs. 2 des zitierten Gesetzes kann er durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag die Erbfolge in seinen Nachlass dem Rechte seines Heimatkantons unterstellen.

Die Redaktionskommission glaubte nun sicherlich, die beiden Artikel könnten später zu Kontroversen Anlass geben, insbesondere dadurch, dass nach dem Wortlaut des Art. 472 vermutet werden könnte, die Sonderstellung treffe nur diejenigen, die ihren letzten Wohnsitz im Heimatkanton gehabt haben. Um daher alle Zweifel auszuschliessen und die mühsam erkämpfte Lösung sicherzustellen, wies sie in Art. 59 SchlT noch besonders auf Art. 22 dieses Gesetzes hin.

Zur Erhärtung unserer Auffassung können wir noch auf folgendes hinweisen. Im Juli 1911 ist dem Justiz- und Polizeidepartement durch Vermittlung des Herrn Ständerat Lachenal das *Mémoire de la Conférence des Notaires de Genève* zugestellt worden, worin die folgenden Vorschläge zu einer Abänderung des Art. 472 ZGB gemacht werden.

„Ou bien transformer la règle en exception, c'est-à-dire supprimer la réserve des frères et soeurs de l'article 471 et dire dans l'article 472 que les cantons pourront la maintenir pour toutes les successions ouvertes sur leur territoire.

Ou bien modifier simplement l'article 472, pour lequel nous proposerions la rédaction suivante:

„Les cantons sont autorisés à supprimer la réserve des frères et soeurs, ou à étendre cette réserve aux descendants de frères et soeurs, pour les successions ouvertes dans le territoire cantonal, pourvu que la loi d'origine du disposant autorise cette suppression ou cette extension.“

Cette modification donnerait satisfaction à tous ceux qui voient dans le texte actuel une source de grandes difficultés et, d'autre part, assurerait aux cantons partisans de la réserve des frères et soeurs le maintien, pour leurs ressortissants, dans leur canton et au dehors, d'une institution qui leur tient à coeur, sauf à eux à y renoncer quand ils le jugeront bon.“

Das Departement hat die Abänderungsvorschläge vorerst Herrn Prof. Eug. Huber zum Bericht übermittelt und dann am 12. Juli 1911 dem Präsidenten der Conférence des Notaires de Genève folgendes geantwortet:

„Diese Abänderung des Gesetzes müssen wir durchaus ablehnen und bedauern daher, der Anregung der Konferenz der Notare keine Folge geben zu können. Dabei stützen wir uns insbesondere auf folgende Erwägungen:

Die Konferenz der Notare übersieht, dass bei der von ihr vorgeschlagenen Fassung auch die Ausdehnung des Pflichtteilsrechtes auf Erblasser zur Anwendung kommen müsste, denen das Gesetz den Vorteil der grösseren Dispositionsfreiheit sichern wollte. Das betrifft diejenigen Erblasser, deren heimatliches Recht die Ausdehnung aufstellt und die ihr letztes Domizil in einem andern Kantone haben, sei es, dass dieser derselben Ausdehnung des Pflichtteilsrechtes huldigt, sei es, dass er sie nicht aufstellt. Und zwar können diese sich nicht mit einer Klausel helfen, womit sie ihren Erbgang dem ZGB unterstellen würden. Hier wäre also der gesetzgeberische Gedanke nicht ausführbar, während er in den von der Eingabe der Notare berührten Fällen durch Unterstellung unter das heimatliche Recht ausgeführt werden kann.

Die Bestimmung des Gesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, die es dem Erblasser ermöglicht, seine Beerbung, wenn er in einem andern Kantone domiziliert ist, dem heimatlichen Rechte zu unterstellen, bietet nämlich auf Grund des Art. 61 Abs. 2 SchlT eine

Möglichkeit, den Unzukömmlichkeiten, auf die Ihre Eingabe hingewiesen hat, in hinreichendem Masse zu begegnen. Dies namentlich auch deshalb, weil ja der Erblasser, damit die Frage überhaupt praktisch wird, stets eine Verfügung errichtet haben muss, worin er die Unterstellung unter das heimatliche Recht unschwer aussprechen kann, und sodann auch deshalb, weil nach der Gerichtspraxis zu Art. 22 des Gesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter mit Recht nicht eine ausdrückliche Unterstellung verlangt, sondern nur die Erkennbarkeit des Willens des Erblassers im angegebenen Sinne gefordert wird.

Näher läge es, anstatt das ZGB abzuändern, diesem Art. 22 des Gesetzes von 1891 eine erweiterte Fassung zu geben, woran bei der ja ohnedies in Aussicht genommenen Revision dieses Gesetzes gedacht werden kann.

Wenn in der Eingabe der Notare darauf hingewiesen wird, dass diejenigen, welche ihren letzten Willen keinem Sachverständigen unterbreiten, leicht irregeführt werden können und in besten Treuen ihre letztwilligen Verfügungen als unanfechtbar betrachten, trotzdem sie den Pflichtteil der Geschwister verletzen, so ist demgegenüber zu erwidern, dass es der Regierungsrat in der Hand hat, in besondern Publikationen auf diese Verhältnisse hinzuweisen und die nötige Aufklärung zu verschaffen, wie auch andernorts der Weg der öffentlichen Orientierung über gewisse mit der Einführung des Zivilgesetzbuches verbundene besondere Neuerungen mit Erfolg beschritten wird.“

Wir möchten nicht unterlassen, Sie darauf aufmerksam zu machen, dass der ehemaligen Redaktionskommission auch Herr Bundesgerichtspräsident Rossel angehörte. Möglicherweise ist er in der Lage, Ihnen über die Gründe, die zur Aufnahme des zweiten Absatzes des Art. 59 SchlT führten, Aufschluss zu geben.

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr, die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Der Chef der Justizabteilung:

Kuhn.