

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	66 (1947)
<b>Artikel:</b>	Travaux de droit successoral : dédiés à Peter Tuor
<b>Autor:</b>	Guisan, François
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896465">https://doi.org/10.5169/seals-896465</a>

### 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:** 08.02.2026

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

## Travaux de droit successoral\*)

dédiés à Peter Tuor

---

Etude critique par Dr François Guisan,  
professeur à Lausanne.

---

«Publice enim expedit suprema  
hominum judicia exitum habere».

L'importance du Droit de succession est souvent méconnue de nos jours. Or il est une pièce maîtresse de l'édifice juridique. Quand cesse le respect des biens, et des volontés dernières des défunts, c'est un mauvais signe, l'Etat est ébranlé, car «l'ordre des successions est fondé sur la nécessité de continuer et transmettre l'état de la société de la génération qui passe à celle qui suit» (Domat).

Cette partie du Droit civil, difficile entre toutes, exige l'effort des jurisconsultes les plus exercés. Aussi notre savant maître et collègue, Peter Tuor, s'est-il acquis des titres très particuliers à toute notre gratitude. Son commentaire, véritable travail de pionnier, est constamment en nos mains; nous ne concevons pas l'étude d'une question quelconque relevant du III<sup>e</sup> livre du Code, sans le secours de ce guide si expérimenté. A l'occasion des 70 ans de Tuor, quelques-uns de ses collègues lui ont offert un volume qui réunit sept travaux consacrés au Droit successoral. Très intéressé par cette lecture, nous voudrions dépasser ici les limites habituelles d'un simple compte rendu, et parler de ce livre avec quelque ampleur. Ce sera notre manière de remercier les éminents auteurs, et de témoigner au juris-

---

\*) «Zum schweizerischen Erbrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor». Polygraphischer Verlag AG. Zürich, 1946.

consulte qu'ils ont voulu honorer notre haute estime et notre respectueux et reconnaissant attachement.

### I. – Histoire du Droit.

Il convenait d'offrir au romaniste qu'est Tuor des souvenirs juridiques du temps passé. — MM. les professeurs Philippe Meylan et Max Gutzwiller s'en sont chargés.

1<sup>o</sup> M. Meylan donne une explication historique de la fameuse règle romaine «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*».

Selon le maître lausannois, «dans nos idées modernes, la règle *nemo pro parte* ne se justifie évidemment à aucun égard» (p. 179). Elle se comprenait au contraire dans le vieux Droit romain, quand l'institution d'héritiers avait pour but d'assurer la représentation de la personne du défunt; une pareille représentation ne saurait avoir lieu «*pro parte*», la personne étant indivisible. Mais quand ce caractère tout personneliste de la succession de l'héritier fit place à une conception plus patrimoniale, comment rendre compte de la persistance de la règle «*nemo*»? — Notre collègue, qui a une si fine intuition des modifications progressives, lentes et insensibles, par lesquelles passent les institutions dans le cours de l'histoire, nous montre que de nouvelles créations juridiques ont rendu possibles à la fois le maintien de la règle et le fait du concours de l'héritier légal avec le successeur choisi par le défunt. C'est par le fidéicommis que ce résultat en quelque sorte contradictoire a pu se réaliser. Dès lors, écrit M. Meylan, «la dualité des institutions fondées dans les contingences de l'histoire juridique romaine n'avait plus sa raison d'être au Bas-Empire» (p. 197). Pourtant, malgré son caractère irrationnel, la règle «*nemo*» a trouvé accueil non seulement dans les Institutes et le Digeste, mais jusque dans quelques législations contemporaines, comme l'ancien Code civil vaudois, ce que M. Meylan attribue à «l'extraordinaire autorité du Corpus juris».

Je n'ai certes aucune compétence pour discuter ni cette autorité, ni l'évolution historique qui nous est si savamment décrite. Mais je risquerai une brève défense de la rationalité de la règle. Qu'un testateur institue un héritier pour une fraction, disons  $\frac{1}{3}$ , de sa succession, et garde un silence complet quant aux deux autres tiers, voilà qui ne se voit guère dans la pratique (M. Meylan le dit aussi, p. 191). Ce qui est fréquent par contre, c'est que, l'auteur du testament ayant réparti toute la succession entre plusieurs héritiers, un événement postérieur (prédécès, répudiation, indignité) rende caduque l'une des institutions. Que faire alors de cette part, si le testateur (comme souvent c'est le cas) n'a pas marqué sa volonté d'instituer conjointement tous ses héritiers, ou n'a pas eu la prévoyance d'ordonner une substitution vulgaire ? Il faut bien ici une norme permettant d'attribuer cette part à quelqu'un. En Droit civil suisse, en s'inspirant de l'art. 481 al. II, et en généralisant la solution de l'art. 572 al. II, on donnera cette part aux héritiers légaux, la loi réservant la preuve d'une «intention contraire» du testateur.

Mais il n'y aurait rien de déraisonnable à faire l'inverse, en se fondant sur la considération que voici : puisque le testateur avait disposé de toute la succession en faveur de plusieurs institués, il est probablement conforme à sa volonté que tout l'héritage revienne à ceux des institués qui sont aptes à recueillir, car il avait exclu les héritiers légaux. Si ceux-ci voulaient échapper à cette application de la règle «nemo», ils auraient alors la charge de démontrer qu'au contraire le testament a entendu limiter chaque institué à la part qui lui était assignée. (Exemple: l'arrêt Gilly-Bosio, cons. 4, R. off. 1920, II, p. 222/223.)

Dans cette mesure, et comme règle d'interprétation pour l'hypothèse, seule vraiment pratique, d'une institution caduque, la règle «nemo» a autant de raison d'être que celle de notre art. 572 al. II. Ni le Droit naturel, ni la Raison ne permettent de choisir entre elles. L'essentiel c'est qu'il y ait une norme supplétoire des testaments insuffisamment

explicites, réserve étant faite de la preuve, par interprétation du testament, d'une intention contraire.

2<sup>o</sup> M. le professeur Max Gutzwiller nous conduit au moyen âge et en Lombardie. Son article a pour titre: «Aus den Anfängen des zwischenstaatlichen Erbrechts: ein Gutachten des Petrus Baldus de Ubaldis um 1375». Il nous montre le principe romain de l'universalité de la succession (sujet d'un discours de Tuor, prononcé comme Recteur de l'Université de Fribourg en 1922) entrant en lutte avec un statut communal inspiré de l'esprit de clocher le plus étroit. Selon la loi municipale milanaise, en effet, les héritages sis dans la juridiction de Milan ne devaient point par succession tomber en des mains étrangères, entendez: parvenir à des personnes n'appartenant point à cette juridiction. Qu'une femme donc possédant un héritage à Milan ne se marie pas hors de cette ville! Et si, avant d'hériter, elle a commis cette faute, que l'héritage milanais lui échappe et aille aux plus proches agnats! Que les enfants d'une telle femme n'héritent pas non plus à Milan!

Le célèbre postglossateur Balde exerce sa sagacité sur cette loi inhumaine, dans une consultation qui est la 357<sup>e</sup> de sa collection d'avis de Droit, laquelle comporte plus de 2800 numéros. Voilà un confrère occupé! M. Gutzwiller nous en donne le texte latin, une traduction allemande, un commentaire et y joint des considérations générales du plus haut intérêt sur les débuts du droit international privé des successions. Il nous décrit aussi l'auteur de la consultation, louant sa vigueur, sa sûreté doctrinale, sa stupéfiante connaissance des sources, c'est-à-dire du Corpus juris civilis, et la virtuosité dialectique avec laquelle il en use. Sans vouloir avec Pantagruel (Rabelais, livre II, chap. X) appeler Balde un «gros veauls de dimes», et dire de son style: «style de ramoneur de cheminée ou de cuisinier et marmiteux», il nous sera permis de trouver son raisonnement bien formel, bien littéral. Mais c'est ainsi que le vieux

jurisconsulte comprenait l'exégèse: «ponderare singula verba statuti in quibus stat intellectus». M. Gutzwiller le relève du reste: Balde est de son temps, qui est celui de la scolastique tardive; son interprétation, qui relève si exclusivement de la logique des concepts abstraits, nous donne parfois l'impression d'un jeu de l'esprit.

Nous avons pris le plus grand intérêt, sous la conduite experte de notre savant collègue fribourgeois, à cette révélation d'une méthode juridique si différente de la nôtre, à cet exposé des difficultés ardues qui ont embarrassé les premiers pas du Droit international privé.

## **II. – Quelques clauses et règles controversées du Droit successoral suisse.**

3<sup>o</sup> Les études consacrées à notre Droit en vigueur débutent par un magistral exposé du professeur Théo Guhl de Berne. Le titre même marque la tendance de l'auteur: «Sicherung und Begünstigung der Ehegatten nach ehelichem Güterrecht und Erbrecht».

La protection et la favorisation du conjoint survivant paraît à Guhl s'identifier avec la protection de la famille; il lui semble qu'on ne peut jamais trop faire pour la veuve! Il cherche donc comment on la protégera contre les risques financiers pendant le mariage et quels sont les avantages successoraux que la loi permet de lui faire. Occasion bienvenue de passer en revue les principaux arrêts ayant prêté à controverse de régime matrimonial et de succession, touchant les intérêts du conjoint. Notre collègue les examine avec ce robuste bon sens, cette lucidité et cette clarté d'exposition que nous lui connaissons et qui rendent si agréable la lecture de ce qu'il écrit.

Voyons les principales questions qu'il traite, et ne craignons pas de donner notre avis à l'occasion.

Selon l'art. 205 C. civ., la femme peut en tout temps requérir des sûretés de son mari. L'arrêt Kunz (Rec. off. 1914, III, p. 7) avait dit qu'elle ne peut pas les obtenir par une poursuite, l'art. 173 prohibant les exécutions forcées

entre époux. Guhl n'est pas d'accord, et construit une exception à l'art. 173 en raisonnant sur l'art. 189, al. III. Je ne suis pas convaincu; l'art. 189 a trait à l'établissement du régime de séparation de biens pendant le mariage; il rentre donc dans l'exception prévue à l'art. 176. Il ne faut pas généraliser les exceptions, sinon le principe de l'interdiction des poursuites entre époux ne tardera pas à se vider de son contenu. Il me semble que le T. F. fait bien de renvoyer la femme qui n'obtient pas de sûretés de son mari à demander la séparation de biens.

Si des époux conviennent de la séparation de biens pendant le mariage, et qu'en remboursement des apports de sa femme, le mari lui cède un bien lui appartenant (appartenant au mari), les créanciers du mari pourront suivre ce bien entre les mains de la femme ou rendre celle-ci personnellement responsable des dettes du mari jusqu'à concurrence de la valeur du bien cédé. Ainsi le veulent les art. 179 al. III et 188. Mais la femme ainsi dépouillée du paiement d'apports qu'elle a reçu voit-elle alors renaître, et peut-elle opposer aux dits créanciers, sa créance privilégiée? Non, avait dit un arrêt Marthaler (R. off. 1919, II, p. 110): elle a perdu son privilège. Guhl fait une juste critique de cette décision, et constate que le Tribunal fédéral a expressément désavoué l'arrêt Marthaler dans une affaire Nietlispach (R. off. 1940, II, p. 4). Nous en prenons acte avec satisfaction.

L'article 211, al. II. C. civil. déclare nulle la cession faite par une femme de son privilège de faillite à certains créanciers. Le Tribunal fédéral, et la plupart des commentateurs, constate Guhl, se cramponnent à la lettre de ce texte; ils en tirent que le privilège ne peut-être cédé seul, mais que rien n'empêche la femme de céder à un créancier de son choix sa créance d'apports elle-même munie de son privilège (arrêt Naef R. off. 1931, II, p. 10). Il me paraît que Guhl a bien raison de s'élever contre cette jurisprudence: un créancier particulier du mari ne doit en tout cas pas pouvoir exercer le privilège de la femme mariée.

Mais quelle est alors exactement la solution ? Est-ce la créance d'apports elle-même qui est inaccessible ? Ou bien est-elle cessible avec cette conséquence que le privilège s'éteint par la cession. Personnellement, c'est de cette seconde manière que je comprendrais l'art. 211 al. II. L'arrêt Naef a le tort de comparer ce cas à celui de la créance des salariés colloqués en 1<sup>re</sup> classe par l'art. 219 L. P. Il est juste de dire qu'ils peuvent céder leurs créances avec le privilège (arrêt Neher AG. R. off. 1923, III, p. 201). Mais précisément la loi ne contient pas, pour les créances de salaires, un texte semblable à l'art. 211, al. II. C'est pourquoi il faut rejeter l'analogie que veut établir la fin de l'arrêt Naef; le privilège de faillite de la femme mariée est personnel à l'épouse et à ses héritiers.

Guhl critique assez sévèrement l'arrêt Dürst (R. off. 1941, II, p. 195). Une femme n'a pas été désintéressée dans la faillite de son mari, pas même de la moitié privilégiée de sa créance d'apports, et elle a reçu un acte de défaut de biens. Le mari débiteur a plus tard hérité de sa mère, puis il est mort et sa succession répudiée a été liquidée par l'Office des faillites. La femme peut-elle dans cette seconde faillite produire encore son acte de défaut de biens en 4<sup>e</sup> classe ? Non a dit l'arrêt, car dès la première faillite, elle a vécu sous le régime de séparation de biens (art. 182), qui ne connaît pas de privilège de faillite pour l'épouse. Avec Guhl je n'approuve pas ce raisonnement, car la femme n'intervenait pas pour une créance née sous le régime de séparation de biens, elle réclamait la liquidation du régime ancien, liquidation qui doit avoir lieu selon les règles de ce régime ancien.

Par contre, je partage l'avis que paraît avoir eu l'Office des faillites (avis que le T. F. déclare sans importance! voir bas p. 199): quoique privilégiée, cette créance de la femme passe après le passif nouveau, ceci à cause de l'art. 265 al. II L. P. Autrement dit le privilège de la femme ne subsiste qu'à l'égard des créanciers anciens, et sur le solde de la «meilleure fortune» qui revient à ces derniers.

Entre les avantages successoraux que les conjoints peuvent s'accorder mutuellement au détriment des autres héritiers, il n'en est pas de plus dangereux que la clause convenant de la communauté universelle et l'attribuant tout entière au conjoint survivant. L'art. 226 accorde au moins aux descendants (pas de remède pour d'autres héritiers) une réserve du quart des biens communs. Contrairement à l'avis de plusieurs commentateurs, entre autres de Egger (note 3/226), Guhl admet que ce quart pourrait encore être grevé d'usufruit en faveur du conjoint survivant, en vertu de l'art. 473. Je préfère l'opinion de Egger.

L'art. 226 al. II ne pourrait-il pas être invoqué par analogie dans le régime légal? Qu'on suppose des époux qui se marient sans aucun apport, qui amassent une fortune par leur seul travail, et qui conviennent par contrat de mariage: le bénéfice total de l'union conjugale appartiendra au conjoint survivant. Les enfants ne recevraient rien du tout au décès du premier mourant et n'auraient aucun moyen d'empêcher que la veuve ne dissipe cette fortune qui serait sa pleine propriété. Il devrait en être ainsi selon les derniers mots de l'arrêt Mannhart (R. off. 1932, II, p. 1), qui exclut toute application analogue de l'art. 226 al. II. Guhl, à grand raison selon moi, ouvre la porte à une autre interprétation, plus vraiment favorable à la «famille».

Guhl nous propose une exégèse très complète de l'art. 473, qui donne le droit exorbitant à l'époux de léguer à son conjoint l'usufruit de la totalité de la part dévolue aux descendants communs. Je ne puis résumer ici ces pages si utiles. Sur un point cependant je me permettrai de contredire mon collègue: Guhl soutient que cette libéralité ne fait pas perdre au conjoint survivant sa qualité d'héritier qu'il tient de la loi. Il se fonde sur un arrêt Coeytaux (R. off. 1930, II, p. 17), selon lequel les réservataires sont nécessairement héritiers, à moins qu'ils n'aient été valablement exhérédés ou qu'ils aient répudié expressément. J'ai toujours tenu cette jurisprudence pour erronée;

elle est aujourd’hui insoutenable depuis les arrêts Hoirs R. et Jaquillard (R. off. 1941, II, p. 100, et 1944, II, p. 142). Il est maintenant reconnu par le Tribunal fédéral que l’héritier réservataire peut toujours réclamer sa part réservée, mais à condition de refuser une libéralité testamentaire faite sous une autre forme (par exemple: un legs d’usufruit), et que, réciproquement, s’il accepte la libéralité le réservataire perd par là sa qualité d’héritier légal, donc sans avoir besoin de répudier expressément. Ce n’est que si la libéralité avait une valeur inférieure à la part réservée, qu’alors le réservataire resterait héritier, mais devrait imputer la libéralité sur la part réservée. Telle est l’interprétation juste, actuellement admise par le Tribunal fédéral, de l’article 522, en corrélation avec les art. 470 et suiv. Le conjoint survivant donc qui se voit léguer l’usufruit de toute la succession, et qui accepte ce legs, perd par cette acceptation sa vocation réservée et cesse par conséquent d’être héritier. Même si l’usufruit de toute la succession se trouvait valoir moins que le  $\frac{1}{4}$  en propriété (usufruitier très âgé), le conjoint survivant ne pourrait que choisir entre le legs ou la vocation légale pour le  $\frac{1}{4}$ . Il ne pourrait pas, comme un autre réservataire, rester héritier en imputant, selon l’art. 522, la valeur de l’usufruit sur son  $\frac{1}{4}$ . La règle de l’art. 473 al. II s’y opposerait.

Je suis heureux de voir que Tuor, il y a longtemps déjà, proposait cette solution (note 14/473). Puisque Guhl, lui aussi, approuve (p. 48) cette jurisprudence des arrêts de 1941 et 1944, il paraît qu’il ne devrait plus défendre l’arrêt Coeytaux et l’opinion de Escher (2<sup>e</sup> éd., notes 5/6, art. 473). Je suis d’ailleurs assez enclin à admettre les effets pratiques qu’il rattache à la qualité d’héritier qu’il attribue à tort à l’époux usufruitier (p. 42 à 44): même si le conjoint n’est pas héritier, il serait raisonnable (à cause des art. 462 et 561) de considérer son usufruit comme un legs per vindicationem, lui procurant dès le décès un droit réel sur les biens successoraux.

Cet exposé qui est loin d'épuiser les questions débattues par notre éminent collègue de l'Université de Berne suffira, nous l'espérons, à montrer tout l'intérêt de son beau travail, et engagera maint confrère à l'étudier de plus près.

4º C'est d'une autre clause testamentaire favorable au conjoint survivant que nous entretient M. le professeur Werner Scherrer de Bâle, sous le titre: «Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest».

Un époux sans enfants instituera souvent son conjoint comme seul héritier, mais il grèvera cette institution d'une substitution fidéicommissaire en faveur de certains parents de son choix: Voilà donc la veuve astreinte à fournir des sûretés, la voilà exposée pendant sa vie à une surveillance soupçonneuse, et à des réclamations, voilà sa propre succession rendue responsable d'une diminution possible de la fortune provenant de l'époux premier mourant. On voudrait lui éviter ces pénibles désagréments. Les revenus de la fortune laissée suffiront-ils à l'entretenir? A la page 112, Scherrer montre tous les dangers qui atteignent les rentiers et les veuves en nos temps incertains. Pour la mettre, si possible, à l'abri, le testateur dispensera sa veuve de fournir des sûretés, et, allant plus loin, disposera que la substitution vaudra seulement «pour ce qui restera» (fidéicommissum de residuo).

Qu'une telle clause testamentaire soit valable, cela ne fait pas de doute: le testateur pouvait ne rien laisser du tout aux substitués, il est donc bien libre de les obliger à se contenter du résidu. Est-ce à dire que l'héritier peut agir absolument à sa guise, et que, quoi qu'il fasse, lui-même ou sa succession échapperont à toute responsabilité? Ce serait méconnaître la volonté du de cuius qui, tout de même, l'a grevé de substitution. Alors quelle est la portée exacte de la clause?

Tel est le problème fort intéressant choisi par M. Scherrer. Après un aperçu de Droit comparé, il recherche d'abord si les garanties prévues à l'art. 490 sont dues. En tout cas

l'inventaire doit avoir lieu; d'ailleurs, même si le Droit civil en dispensait, le fisc se chargerait d'y procéder, remarque-t-il. Quant aux sûretés proprement dites, Scherrer est d'avis qu'une dispense peut sans doute être accordée par le testateur, mais qu'elle ne résulte pas ipso jure de ce que la substitution porte seulement sur le résidu. Il examine donc les divers types de sûretés à fournir.

Puis il pose la question vraiment difficile: dans quelle mesure est-il permis au grevé de disposer du capital? (Relevons en passant deux fautes d'impression à la page 129: dans le titre, je pense qu'il faut lire «Vorerben» au lieu de «Nacherben» et à la ligne 18 «Der Nacherbe» au lieu de «Der Vorerbe».) Or ici l'auteur se montre très large pour le grevé: sans doute il ne peut pas disposer à cause de mort des choses héréditaires, mais, tant qu'il vit, il peut non seulement en user et abuser pour ses propres besoins, les aliéner, les mettre en gage, en faire des cadeaux et des charités dans la mesure de l'usage et de sa position sociale, il peut encore s'en servir pour s'acheter une rente viagère, et ainsi «fröhlich und unbekümmert um seine Zukunft in den Tag hinein leben» (p. 133)!

Cette délicieuse euphorie définit-elle bien la position juridique de l'héritier grevé? Il est difficile de répondre abstrairement, croyons-nous, parce que la réponse dépend des intentions du testateur: tel mari généreux voudra donner à sa femme les moyens d'être, en effet, une «veuve joyeuse»; tel autre tiendra surtout à ce que ses biens parviennent dans toute la mesure possible à ses neveux, et n'aura entendu, par la clause en question, que mettre sa veuve à l'abri de vraies nécessités, et des risques de nos temps mauvais (voir dans ce sens l'arrêt Umbricht R. off. 1936, II, p. 134/135). De sorte que dans chaque cas particulier, il faudra par l'interprétation intrinsèque et extrinsèque des dernières volontés en déterminer la portée; en définitive: «tout dépend des circonstances de la cause» (Planiol-Ripert-Trasbot, Tome V, p. 315).

Cette remarque, naturellement, n'ôte rien aux grands

mérites des principes posés par M. Scherrer. Il ne faut pas les prendre comme une règle légale rigide; en tant que directions données à l'interprète, ils seront fort utiles pour apprécier ces circonstances de la cause.

Notre collègue aborde une question très difficile, qui rappelle celle tranchée par le Tribunal fédéral dans le récent arrêt Keusch (R. off. 1944, II, p. 255): Deux époux passent un contrat, combinant une clause de communauté universelle et un pacte successoral: toute la communauté appartiendra d'abord au conjoint survivant, puis, à sa mort, à des héritiers institués d'un commun accord par les époux. La veuve a recueilli la communauté au décès de son mari. Dans quelle mesure peut-elle en disposer? Les héritiers institués sont-ils ses substitués au sens des art. 488 et suiv., ou bien ses héritiers conventionnellement institués, au sens de l'art. 494? Quid si cette veuve fait des donations entre vifs, ou même des libéralités à cause de mort, à d'autres personnes? Si j'ai bien compris M. Scherrer, à son avis les héritiers peuvent se prévaloir, non d'une substitution (parce que l'époux survivant a acquis la fortune en vertu du Droit matrimonial et pas par succession) mais bien d'une vocation conventionnelle irrévocabile à leur profit. Ils pourront donc — en vertu de l'art. 494 al. III — attaquer les libéralités, en tant qu'elles seront inconciliables avec les espérances successoriales qu'ils tiennent des deux époux. — Qu'est-ce à dire? S'ils étaient institués pour tous les biens communs, n'y a-t-il pas incomptabilité évidente entre leur vocation irrévocable et une donation quelconque? Jusqu'à l'arrêt Keusch on n'aurait pas hésité, si je ne me trompe, en Suisse, à répondre affirmativement; un arrêt Umbricht avait dit: «Nach dem schweizerischen Gesetze genügt es zur Anfechtung, daß der Vertragserbe durch eine seit Abschluß des Erbvertrages ausgerichtete Schenkung tatsächlich in seinen Erbansprüchen berührt werde.» (R. off. 1936, II, p. 134.) Voilà qui était clair, conforme à la foi des contrats et à la sécurité qui doit régner dans le Droit successoral. L'arrêt Keusch, se per-

dant dans les «Materialien» de la loi, est venu jeter sur la question le trouble et l'incertitude, en exigeant, semble-t-il, pour admettre l'action de l'art. 494 al. III un facteur subjectif (l'intention de nuire aux héritiers), à moins que les donations aient été expressément prohibées par le pacte.

Cette nouvelle jurisprudence, regrettable à mon avis, devrait engager les praticiens à détourner leurs clients de ces arrangements compliqués, aux effets si mal définis. C'est l'excellent conseil que donne M. Scherrer à la fin de son intéressant article.

5<sup>o</sup> L'institution des pactes successoraux nous réserve encore d'autres énigmes. Comment est-il loisible, par ex., de combiner en un seul acte testament révocable et pacte irrévocabile ? M. le professeur Charles Knapp de l'Université de Neuchâtel ne met pas en doute cette possibilité dans le travail considérable qui a pour titre : «Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux».

C'est aussi la doctrine de nos commentateurs et du § 2299 du B. G. B. Peut-être cette doctrine se laisse-t-elle expliquer par le principe que pose l'arrêt Lenzin : «es schadet der ihrem Begriffe nach nicht empfangsbedürftigen Erklärung des letzten Willens nicht, wenn sie, ,einem andern gegenüber‘ abgegeben wird» (R. off. 1930, II, p. 247). Un testament peut demeurer secret jusqu'à la mort du testateur, mais ce secret n'est point un *essentiale negotii*: si cela lui plaît, le testateur peut communiquer ses volontés à un tiers, par exemple dans une lettre missive, pourvu que la forme olographe soit respectée. Dès lors il n'y a rien d'étrange à ce que le disposant énonce des déclarations de volonté unilatérales, dans un pacte successoral, l'autre partie ne les «acceptant» pas, se bornant à les entendre et recevoir. Mais alors surgit le problème très délicat discuté par M. Knapp: Quel moyen avons-nous pour distinguer, dans l'acte intitulé pacte successoral, les clauses con-

venues et par conséquent irrévocables des clauses voulues comme unilatérales et par conséquent révocables ?

Peut-être le type même de la disposition va-t-il nous renseigner. Peut-être la loi contient-elle une restriction et certaines dispositions ne peuvent-elles en tout cas pas être convenues irrévocablement. Ne faut-il pas trouver une limite, un *numerus clausus*, à l'art. 494, al. I, qui autorise expressément les institutions d'héritier et les legs conventionnels ? N'est-ce pas le cas de dire de ce texte : «qui dicit de uno negat de altero» ?

A la suite de l'exposé des motifs (texte français, p. 71), les commentateurs passent trop vite sur cette question systématique, et nient qu'il y ait un *numerus clausus* des clauses conventionnelles. Ils examinent donc l'une après l'autre les diverses clauses concevables, disant pour chacune d'elle si, par sa nature propre, elle est susceptible d'être convenue irrévocablement. Mais quand on les suit dans cet examen, on voit qu'en fait ils ne laissent guère subsister, comme dispositions conventionnelles possibles, que les legs et les institutions d'héritier, de sorte qu'en définitive l'art. 494 al. I paraît bien contenir tout ce qu'il est permis de convenir irrévocablement dans les pactes actifs (nous ne parlons pas ici des pactes abdicatifs).

M. Knapp n'a pas abandonné cette façon casuistique de discuter ; il n'analyse qu'au bout de 15 pages la portée de l'art. 494, al. I, pour aboutir à cette opinion qu'il apparaît comme superflu (p. 215). Il y a pourtant de bonnes raisons d'y voir une limitation ; les pactes successoraux, considérés non sans de sérieux motifs comme une institution suspecte par plusieurs lois, se laissent justifier quand il est dans l'intérêt d'une famille d'affermir certaines espérances successoriales. Les dispositions positives comme les legs et les institutions se comprennent de ce point de vue, tandis que les dispositions purement négatives (révocation, exhéredation) ne peuvent invoquer la même ratio legis et apparaissent comme une limitation indue de la liberté du disposant. C'est bien, au fond, le principe qui guide les

solutions particulières des auteurs, et M. Knapp est généralement d'accord avec eux. En matière d'exhéritation, M. Knapp trouve une différence entre Tuor et Escher, qu'à y regarder de plus près je ne puis pas découvrir. Le lieu de la question est chez Tuor la note 8/477, à laquelle la note 6/494 ne fait que renvoyer. Or tout au bas de la page 172, Tuor écrit : «Doch scheint mir auch hier bezüglich der Enterbung eine absolute vertragliche Bindung nicht zu bestehen.» Et en effet, si on peut toujours pardonner, on peut par là même toujours révoquer unilatéralement une exhéritation.

En définitive, il ne reste guère que deux cas vraiment difficiles à discuter : celui de la fondation, et celui de la désignation du bénéficiaire d'une assurance payable au décès.

a) M. Knapp ne voit pas «pourquoi la fondation ne peut dériver d'une clause conventionnelle» (p. 208). Et il propose, avouons-le, des exemples intéressants qui donnent à réfléchir. Mais son opinion ne contredit pas seulement la doctrine admise sur l'art. 493, elle fait encore violence à la lettre de l'art. 81 du C. civ. : Hafter exclut la constitution de la fondation par pacte successoral (note 12/8); Egger ne l'admet que «formell» (2<sup>e</sup> éd., note 3/81) ce qui veut dire, comme le prouve la référence à Tuor, que la clause restera toujours unilatérale et révocable, même si elle est énoncée dans un acte intitulé «pacte».

Cette solution me paraît rationnelle; j'en trouve la raison dans cette remarque de Egger (note 6/81) : «Die Stiftungserrichtung ist kein Verkehrsgeschäft.» Je ne pense pas, par exemple, qu'on puisse s'obliger par contrat envers un tiers à créer plus tard une fondation : choisir un but idéal et y affecter des biens est un acte qui doit rester libre jusqu'à son accomplissement. Au moins c'est ce qu'une bonne éthique juridique me semble demander.

Alors on comprendra que deux époux puissent s'entendre pour fonder ensemble, immédiatement et entre vifs, une personne morale. S'ils le font, un pacte successoral

conclu ensuite entre eux pourrait assurer un legs à cette personne morale. Mais la volonté, même exprimée dans un pacte, de ne fonder qu'au décès, doit toujours pouvoir se révoquer. J'en reste à l'opinion traditionnelle.

b) Toucher à la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie, c'est mettre le bâton dans une fourmillière. La désignation d'un bénéficiaire est un legs (arrêt Vogel R. off. 1915, II, p. 557), non une stipulation pour autrui, ni un acte entre vifs, comme le répète encore l'arrêt Spalinger (cons. 4, R. off. 1945, II, p. 152). Je me permets de renvoyer ici à l'étude que j'ai publiée en 1934 (Recueil de Travaux de la Faculté de Lausanne à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des Juristes, 1934).

M. Knapp ne reprend pas ces controverses mais affirme que le preneur d'assurance ne peut pas «se lier à une désignation de bénéficiaire faite par une clause conventionnelle à cause de mort» (p. 212). Il ne le peut jamais; même si une telle désignation ne fait pas partie du contrat d'assurance, et si elle est faite dans les formes d'un pacte successoral, elle demeurerait révocable. La raison de cette impossibilité serait l'art. 77, al. II, de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, dont nous rappelons ici le texte: «le droit de révoquer la désignation du bénéficiaire ne cesse que si le preneur a renoncé par écrit signé à la révocation dans la police même et a remis celle-ci au bénéficiaire.»

J'ai des doutes. Certes quand le bénéficiaire a été désigné, en la forme de l'art. 76 de la loi de 1908, par une déclaration de l'assuré adressée à l'assureur, son acte est à tous égards et nécessairement unilatéral, et par conséquent révocable. L'art. 77, al. II, signifie que, dans ce cas, il ne peut pas exclure la révocation par une convention avec l'assureur ou avec le bénéficiaire, à moins de l'écrire et signer dans la police elle-même et de remettre celle-ci au bénéficiaire, ce qui n'est autre chose que de céder la police entre vifs à ce dernier. Mais la jurisprudence, à juste titre, a aussi permis à l'assuré de disposer de sa police par un

acte à cause de mort, — et elle n'a pas exclu de ces actes à cause de mort le pacte successoral (arrêts Grimm et Guénot R. off. 1935, II. p. 274, et R. off. 1936, II. p. 168). L'art. 77, al. I, ne l'exclut pas non plus, puisqu'il parle en termes généraux de dispositions «pour cause de mort, von Todes wegen». Si donc, dans un pacte, un assuré agissant comme disposant convient avec l'autre partie qu'il lui lègue sa police d'assurance-vie, pourquoi les droits de ce légataire ne seraient-ils pas, comme pour tout autre legs conventionnel, ceux déterminés par l'art. 494 C. civ. ? Tant qu'il vit l'assuré pourrait continuer à disposer librement de son assurance (494 al. II). A sa mort, le légataire conventionnel pourrait attaquer une donation ou un legs de cette police fait à une autre personne (494 al. III). L'art. 47, al. II, ne devrait pas y faire obstacle, car il doit se comprendre dans le contexte de la loi de 1908, et il ne s'applique qu'à la désignation du bénéficiaire faite par déclaration à l'assureur, dans la forme de l'art. 76.

Le travail de M. Knapp contient encore beaucoup d'autres discussions intéressantes, que nous ne pouvons que mentionner. Il se demande si les clauses de Droit de famille (exemple: reconnaissance d'enfant illégitime) contenues dans un pacte participent à l'irrévocabilité de ce pacte. Non répond M. Knapp.

Puisque les déclarations de volonté, contenues dans un acte intitulé «pacte» peuvent avoir été voulues, soit comme bilatérales et irrévocables, soit comme unilatérales et révocables, comment pratiquement saurons-nous si c'est l'un ou l'autre ? M. Knapp cherche le critère de distinction dans l'intérêt de l'autre partie à la clause, et discute de ce point de vue avec finesse les arrêts Fasoli et Keusch (R. off. 1944, II, p. 7 et p. 255). Plus loin, il analyse l'arrêt Behormond (R. off. 1940, II, p. 99) en relation avec cette question: peut-on concevoir un pacte successoral qui ne contienne que des clauses unilatérales ?

Il examine enfin comment un pacte successoral peut se délier (résiliation, annulation, caducité, convention con-

traire, etc.) et dit un mot en dernière page de l'institution de la conversion des actes juridiques, que, d'accord avec deux arrêts fédéraux, il veut exclure complètement des dispositions à cause de mort (voir sur la conversion : l'art. 140 B. G. B. et la thèse de M. O. Cornaz, Lausanne, 1937).

On le voit, le champ des investigations du professeur de Neuchâtel est très vaste. Son travail de défrichement rendra grand service à ceux qui doivent se débattre dans la jungle des pactes successoraux.

### **III. – Questions relatives aux partages successoraux.**

6º M. le professeur Hans Merz, de l'Université de Berne écrit à propos des articles 611 à 613 du Code civil qu'ils n'apportent «keine durchwegs vernünftige und nicht einmal eine widerspruchslose Regelung» (note 33). Tous ceux qui ont mission d'expliquer ce qu'est le partage en Droit suisse seront de cet avis; il faut donc être reconnaissant à M. Merz de s'être penché sur ces textes ardu斯 dans son article intitulé: «Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln.»

Ceci d'autant plus que l'exégèse qu'il en donne est fortement raisonnée, et bien propre à guider notre jurisprudence. Il a condensé les résultats de son étude en sept thèses dont il nous suffira de donner ici, non une traduction littérale, mais un compte rendu explicatif:

a) Le partage est dominé par le principe de l'art. 610 al. I: chaque héritier a un droit égal à chaque objet de la succession. Le partage consiste donc d'abord, quand c'est faisable, à diviser matériellement chaque objet en parties correspondant aux parts héréditaires (parcellement d'un grand terrain à bâtir, distribution d'argent, etc.).

b) Mais beaucoup d'objets, le plus grand nombre même des objets, ne se prêtent pas à ce fractionnement matériel. Il faut alors les répartir en lots, de valeurs équivalentes quoique composés d'objets différents, le nombre de ces lots

correspondant aux parts héréditaires. Ces lots seront attribués par tirage au sort: Le juge suisse n'a pas la compétence, qu'avait le juge romain, d'adjudiquer tel lot, ou tel objet à l'héritier qu'il désigne (art. 611, 612, al. I, 613, al. I). — (v. Tuhr paraît admettre au contraire un pouvoir général d'adjudication; mais v. Tuhr était un romaniste § 97 II, p. 754/755).

c) Si des objets, ou un ensemble économiquement indivisible d'objets, ne peuvent entrer dans un lot parce que leur valeur dépasse la valeur du lot, il ne reste pas autre chose à faire, toujours à défaut d'accord entre héritiers, qu'à vendre de pareilles choses (aux enchères entre héritiers, ou en vente publique). Cette solution s'impose, puisque, nous venons de le voir, le juge n'a pas l'adjudication, et pas non plus la condamnation qui en est inséparable, c'est-à-dire la compétence de condamner un héritier, à qui serait attribué un objet valant plus que sa part, à payer une soultre à ses cohéritiers. (Ceci résulte, selon M. Merz, des articles 612, al. II, et 613, al. III.)

d) Toutefois les papiers de famille et les choses qui ont une valeur d'affection ne doivent pas être vendus (art. 613, al. II). M. Merz n'admet pas non plus leur attribution par le juge, et veut les soumettre aux règles qui précèdent et les tirer au sort. Je suis d'un autre avis et je vais y revenir.

e) Il n'y a d'adjudication, dit M. Merz, par le juge de choses successorales à tel ou tel héritier que dans le Droit paysan (art. 620 et suiv.).

f) Pour pouvoir procéder, dans ce cas exceptionnel, à une adjudication ou en général à une répartition des objets en lots il est nécessaire de procéder à une taxe. La procédure d'estimation est donnée par les art. 618 et suiv. C. civ., 5 et suiv. de la loi de désendettement entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1947, et à défaut d'une règle légale par l'autorité compétente pour former les lots (art. 611, al. II).

g) Tout ce qui précède est de Droit dispositif, c'est-à-dire ne s'applique qu'à défaut d'entente entre les héritiers, ou de règles de partage fixées par le testateur lui-même (art.

607, al. II, et 608). Il n'y a doute au sujet de cette liberté des héritiers qu'en matière de succession paysanne (voir le travail de M. Liver, dont nous avons encore à parler).

Voilà une excellente systématisation de nos règles de partage. Voilà posé avec toute la fermeté désirable ce principe central de notre Droit: Le juge suisse (sauf en matière de partage paysan) n'a pas le pouvoir d'adjudiquer. A vrai dire, le Tribunal fédéral l'avait jugé à plusieurs reprises (voir ma note sur l'arrêt Beutter, au J. Trib. 1941, p. 495/496). Mais il paraît avoir oublié sa propre jurisprudence dans l'arrêt de Loriol (R. off. 1943, II, p. 357 et suiv. voir les considérants 8, 9, 10 et le dispositif de l'arrêt) puisqu'il a adjugé à la demanderesse les papiers-valeurs qui se trouvaient en Suisse. M. Merz mentionne cet arrêt sans nous expliquer cette incohérence (note 22), qui provient probablement de ce que la loi bernoise fait du partage judiciaire un procès contentieux, ce qui est une assez fâcheuse erreur (voir la thèse de Jean Félix Paschoud «Litiges entre héritiers et action en partage», Lausanne 1946, p. 100 à 105). Il vaut la peine de s'arrêter un peu à cette question. De sa nature juridique, le partage judiciaire proprement dit (estimation, division matérielle des objets héréditaires, répartition en lots, tirage au sort, décision de vendre, fixation du mode de vendre), tout cet ensemble d'opérations appartient à la procédure gracieuse ou non contentieuse (sic. C. proc. civ. vaudois) et doit être soigneusement distingué des litiges entre héritiers sur un droit contesté (voir, par analogie, l'arrêt Schüpbach, R. off. 1944, II, p. 164, qui marque la distinction entre les deux procédures en termes excellents). Que la loi bernoise en mêlant procès et partage présente de graves inconvénients, l'arrêt de Loriol est là pour le prouver. Au lieu de qualifier d'emblée l'action, comme le veut la bonne méthode, c'est au considérant 4 seulement que l'arrêt se décide à le faire et le fait d'une façon manifestement erronée: la demanderesse, se prétenant enfant adoptif du défunt, et réclamait sa part à la veuve qui avait été envoyée en possession de toute la suc-

cession; comment l'arrêt peut-il nier qu'il s'agisse d'une pétition d'héritage? (Dig. V/4: «Si pars hereditatis petatur», Windscheid-Kipp III, § 614, note 17). Comment ne pas voir que ce procès contentieux est forcément préjudiciel à tout partage, et ne peut donc pas être combiné avec lui? «Cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi jubeat» (ibidem loi 7). Gaïus disait encore: «... si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere (de l'action familiæ erciscundæ) per hanc exceptionem: si in ea re qua de agitur præjudicium hereditati non fiat» (Loi 1 § 1, familiæ erciscundæ, Dig. X/2). La «Gerichtspraxis», dont parle M. Merz p. 95/96, qui favorise de pareilles confusions, est contraire à celle de plusieurs autres lois cantonales, à mon avis mieux inspirées, où les opérations proprement dites du partage, même judiciaire, sont séparées des procès préliminaires ou incidents à ce partage.

Je ne peux pas suivre M. Merz sur un autre point, d'ailleurs secondaire. Il s'agit, à l'article 613, des «papiers de famille» et des «choses qui ont une valeur d'affection». A mon avis, il faut avec Tuor donner ici au Juge le pouvoir d'attribuer de pareils objets à l'héritier qu'il choisit «en tenant compte des usages locaux, etc. ...» comme le dit du reste le 3<sup>e</sup> alinéa (texte allemand: Zuweisung). Qu'un défunt laisse un fils, qui suit les bonnes traditions familiales, une fille enfermée dans une maison de santé, et une veuve qui songe à se remarier, il serait vraiment choquant que l'attribution des archives de famille soient tirée au sort, le fils n'ayant qu'une chance contre deux de les obtenir. Pour mon compte, j'interprète bien comme M. Merz l'art. 613 en ce qui concerne les choses du premier alinéa: faute d'entente, elles prendront place dans un lot, et si cela ne se peut faire, il y aura vente. Mais quant aux choses du 2<sup>e</sup> alinéa, la vente en étant interdite, à défaut d'entente, le juge procèdera à leur attribution, cette modeste exception au principe que le juge n'a pas l'adjudicatio venant

s'ajouter à celle, considérable, des art. 620 et suiv. Autrement dit, il faut diviser le 3<sup>e</sup> al. de l'art. 613, en rapportant le premier membre de phrase (vente) à l'al. I et le second membre de phrase (l'attribution) au seul alinéa II. Ainsi ce texte malvenu prendra un sens raisonnable et non contradictoire.

Le bel article de M. Merz fait faire un grand progrès à la doctrine du partage. Il est très heureusement complété par la dernière étude qu'il nous reste à examiner. M. Merz avait traité du Droit commun des partages; M. Liver va nous entretenir du Droit spécial des successions paysannes.

7<sup>o</sup> M. Peter Liver, professeur à l'Université de Berne: «Die Änderungen am bäuerlichen Erbrecht des ZGB. durch das Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen».

Le Droit agricole, que nous avons vu et que nous voyons surgir dans notre pays depuis quelques décades, s'inspire de préjugés économico-sociaux non toujours exempts de démagogie, et d'un romantisme campagnard qui contient une part de justes pressentiments; il est fait de notions juridiques singulièrement confuses jointes à certaines idées utiles et saines. De cette absence de principes vraiment raisonnés proviennent ces fréquents «postulats», écoutés en haut lieu avec trop de complaisance, cette profusion et cet enchevêtrement inouïs de textes, cette déplorable instabilité législative. Le Droit successoral paysan en est d'ailleurs une des parties les moins mauvaises. Réglé d'abord par les articles 620 à 625 du Code civil, il vient d'être réformé par la loi sur le «désendettement de domaines agricoles», entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1947.

C'est cette réforme que M. le professeur Liver expose, et juge non sans quelque sévérité: il trouve que la loi n'a pas été modifiée là où il eût fallu le faire, et que les changements apportés ne sont pas tous des améliorations.

L'essentiel du Droit successoral paysan consiste à attribuer à un des héritiers (ou à quelques-uns ensemble) le droit de reprendre dans la succession le domaine agricole entier à des conditions favorables, surtout en le payant à un prix inférieur à la valeur vénale. Mais qui sera l'héritier ainsi privilégié ? D'une part la loi exige qu'il possède certaines aptitudes et qu'il réalise certaines conditions personnelles, d'autre part elle donne la préférence aux enfants du défunt sur les autres héritiers, et entre les enfants aux fils sur les filles. M. Liver regrette que la nouvelle loi n'ait pas fait disparaître ce privilège de masculinité et de proximité en degré : seules les qualités et la situation personnelles devraient servir de critère, à son avis. De plus il aurait voulu voir définir par la loi d'une façon plus étroite l'exigence du «Selbstbetrieb» (exploiter soi-même : art. 621, al. II); il critique l'interprétation extensive de ce texte donné par les arrêts Rychen et Brodmann (R. off. 1943, II, p. 385 et p. 391). Or, la loi nouvelle n'a apporté qu'une modification rédactionnelle à l'art. 621, al. II.

Elle a, par contre, précisé les conditions objectives que le domaine doit réaliser, en ajoutant à l'art. 620 les mots «et offrant des moyens d'existence suffisants». C'est poser une limite inférieure à l'application du Droit successoral paysan : les très petites propriétés rurales en sont désormais exclues. A-t-on introduit une limite supérieure ? Oui, en un certain sens, par l'art. 621ter qui permet de diviser une entreprise agricole très étendue en plusieurs exploitations viables, réparties à plusieurs héritiers à la valeur de rendement. De plus l'article suivant, art. 621 quater, donne la compétence aux cantons d'excepter des règles du partage paysan les régions montagneuses, et celles où la propriété foncière est morcelée. M. Liver déplore comme un recul cette atteinte à l'unification de la législation paysanne, et cette diminution (au moins possible) de son champ d'application (p. 67 et 84).

L'art. 625 du Code, concernant les industries accessoires de l'entreprise agricole, posait un rébus à l'interprète.

M. Liver constate que le nouvel article 625 ne corrige l'ancienne difficulté qu'en en créant une nouvelle. Voyez le texte en effet: il suppose l'industrie accessoire «inséparablement liée» à l'exploitation agricole; comment alors l'Autorité peut-elle être dans le cas de choisir entre l'attribution du tout ou la séparation? Notre collègue a raison de critiquer des rédaction aussi négligées.

Venons-en au changement le plus grave. Il s'agit d'un principe nouveau, introduit dans la loi, qu'on a appelé du nom vague de «obligatorium». Le message du Conseil fédéral du 23 juin 1936, avait dit: «La réforme la plus importante prévue par notre projet consiste dans l'application obligatoire des prescriptions du Droit successoral paysan...» (p. 90). De quelle obligation, et à la charge de qui, s'agit-il? Au décès du paysan, l'Autorité va-t-elle d'office, contre le testament, et malgré un accord contraire des héritiers, attribuer le domaine à un successeur capable, même s'il n'en veut pas? Le message pourrait le laisser croire; mais on sent bien que cela est impraticable. Une discussion fort confuse a surgi dans les Conseils (voir l'article de Aeby, dans Schw. Jur.Zeit., vol. XXXVIII, p. 39 à 42) due, M. Liver le montre, à une ignorance des notions élémentaires et des distinctions fondamentales de la science du Droit. En définitive la loi s'est bornée à remplacer dans le texte allemand de l'art. 620 le mot «soll» par le mot «ist», mettant ce texte ainsi d'accord avec la version française (et italienne), qui disait, et continue à dire: «... elle est... attribuée...». A l'article 621, les mots: «ou ordonne soit la vente, soit le partage» sont tombés, l'Autorité devant se borner à décider de l'attribution du domaine. Ces modifications de rédaction sont censées contenir le principe de «l'obligatorium». Mais suffisent-elles vraiment à exprimer cette volonté du législateur? On l'a contesté. M. Liver l'affirme au contraire. Selon lui, si on a consenti à restreindre le champ d'application du Droit paysan (compétence partiellement rendue aux cantons par l'art. 621 quater), c'est pour obtenir le consentement des Conseils à l'obligatorium.

Il faut donc tenir compte du but des changements apportés au texte et donner aux mots la signification qu'entendait le législateur. Ce sens se bornerait d'ailleurs à ceci: Le testament ne peut pas contrecarrer l'application du Droit successoral paysan par des règles de partage supprimant le privilège de l'héritier le plus capable. Par contre, l'accord unanime des héritiers est souverain, même contre le vœu de la loi. Cette interprétation est celle de Escher, et de Aeby comme de Liver (voir note 45). Comme la liberté de tester du paysan n'est d'ailleurs restreinte que dans cette mesure, et pas supprimée, «l'*obligatorium*» réserve encore de beaux jours à la procédure et aux tribunaux. C'est M. Liver lui-même qui le prédit.

Il est cependant un article de cette loi nouvelle que je défendrai contre la critique de M. Liver: l'art. 625 bis. Ce nouveau texte donne le droit à chaque héritier d'exiger la vente, «si l'attribution paraît impossible». C'est introduire une contradiction insoluble dans la loi, dit M. Liver. En effet si l'attribution selon le Droit spécial des art. 620 et suivant est impossible (le domaine est trop petit, par exemple), raisonne M. Liver, on retombe dans l'application du Droit commun des art. 610 et suivant. Or, d'après l'art. 613, al. III, si une répartition en lots et un tirage au sort ne peuvent se faire (art. 613 I), le juge devrait attribuer le petit domaine à un héritier, et conformément à l'art. 617, al. II, cette attribution aurait lieu à la valeur de rendement. Ainsi, conclut M. Liver, les art. 613 et 617 excluent le droit de chaque héritier d'exiger la vente, et d'obtenir par là une liquidation à la valeur vénale, tandis qu'au contraire l'art. 625 bis veut le permettre. Vu cette contradiction, notre auteur propose simplement d'ignorer le nouveau texte «muß der art. 625 bis als unbeachtlich behandelt werden» (p. 74).

Mais la contradiction disparaît quand on lit l'art. 613 comme le propose M. Merz. Rappelons sa thèse N° 5: En Droit commun des partages, il n'y a pas d'adjudication; elle n'existe qu'en Droit paysan, et l'art. 613 al. III ne donne

pas un tel pouvoir au juge. L'art. 617 n'y change rien; il ne fait que déterminer le mode d'estimation, si et quand il y a lieu à estimation; il ne crée aucune compétence d'adjudiquer pour le juge. Si donc on suppose (et c'est l'hypothèse de l'art. 625 bis nouveau) que le Droit spécial est inapplicable, et qu'on retombe dans le Droit commun, alors on ne voit pas en vertu de quelle règle un héritier pourrait réclamer, en dehors des cas des art. 620/621, un très petit domaine à la valeur de rendement. D'où résulte qu'à défaut d'accord, et à défaut de tirage au sort, seule la vente est possible. Loin donc d'être en contradiction avec le Droit commun des partages, l'art. 625 bis nouveau s'accorde parfaitement avec lui. Tout ce qu'on pourrait lui reprocher, c'est de répéter inutilement ce qui découlait déjà des art. 610 et suivant.

M. Liver donne à son bien intéressant article une conclusion désabusée: la loi du 12 décembre 1940 qui vient d'entrer en vigueur n'est pas un progrès au point de vue agraire. Nous reconnaissons avec lui que la technique législative en est bien imparfaite, mais on peut espérer que nos juges sauront en tirer un juste et bon parti, pourvu qu'on leur laisse le temps de bâtir une jurisprudence. Surtout qu'on ne modifie pas la loi à tout propos!

C'est sur ce vœu que nous terminons l'examen des études de Droit successoral dédiées à Peter Tuor. Le lecteur en tirera certainement un grand profit et déclarera avec nous que ce volume n'est point une «bescheidene Gabe», comme le dit trop modestement la préface signée par Guhl. Nous le saluons au contraire avec un grand plaisir comme une forte et belle œuvre doctrinale, qui trouvera rapidement sa place, à côté de nos commentaires, et deviendra un texte classique de notre Droit civil.

---