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: 125 (2006)

Artikel: Le partage successoral en droit suisse

Autor: Leuba, Audrey

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896061

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: 07.01.2026

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

Le partage successoral en droit suisse

AUDREY LEUBA*

* Professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève. – J'exprime tout ma gratitude au Professeur Carlo Augusto Cannata pour ses remarques très pertinentes sur la partie droit italien. Mes remerciements vont également à Céline Tritten et Sara Girardin, juristes, pour les recherches qu'elles ont effectuées et qui m'ont permis d'étayer certains aspects du rapport, ainsi que pour leur aide précieuse dans la mise au point du texte.

Table des matières

I. Préambule 141
II. Introduction 142
1. Notion de partage 142
2. Caractéristiques du droit du partage 144
3. La problématique dans les grandes lignes 146
III. Le droit au partage 148
IV. Les types de partage 150
1. Remarques préliminaires 150
2. Le partage en mains des héritiers 151
3. Le partage en mains du juge 152
3.1. Généralités 152
3.2. Les travaux préparatoires 153
a) L'avant-projet de 1885 153
b) De l'avant-projet de 1900 à la loi de 1907 156
c) Analyse intermédiaire 158
3.3. Les conceptions prévalant au début du siècle passé 159
a) Les premières décisions du Tribunal fédéral 159
b) Les avis exprimés en doctrine 159
3.4. La reconnaissance d'un pouvoir d'adjudication 162
a) Jurisprudence et doctrine à partir de 1943 162
aa) Les arrêts du Tribunal fédéral 162
bb) Les avis en doctrine 163
b) Conclusion intermédiaire 166
V. De la manière de partager 167
1. Généralités 167
2. Les dispositions adoptées par le de cujus 167
3. La volonté unanime des héritiers 168
4. Les dispositions légales 168
4.1. Généralités 168
4.2. Les règles matérielles 169
a) Les règles générales 169
aa) La division et l'attribution des biens 169
bb) La vente 170
cc) L'article 611 CC 171
aaa) Généralités 171
bbb) Les critères de répartition des biens entre les héritiers 171
ccc) Le processus 173
ddd) Quel rôle pour le tirage au sort? 174
b) Les règles relatives à certains objets 178
aa) Le logement et le mobilier du ménage 178
bb) Les objets formant un tout 179
cc) Les papiers de famille et biens d'affection 181
dd) Les créances du défunt envers un des héritiers 183
ee) Biens meubles d'une entreprise agricole 183

4.3. Analyse intermédiaire 183
VI. L'intervention de tiers dans le partage 184
1. Remarqués préliminaires 184
2. L'autorité compétente 185
2.1. Généralités 185
2.2. Le concours de l'autorité 185
a) Le concours à la place de l'héritier 185
b) Le concours dans les cas prévus par la législation cantonale 186
2.3. L'aide dans la composition des lots 187
2.4. Un pouvoir ponctuel de décision 187
2.5. Les compétences respectives du juge et de l'autorité 190
3. L'intervention d'un exécuteur testamentaire 191
VII. Quelques éléments de droit comparé 192
1. L'Allemagne 193
1.1. De la manière de procéder au partage 193
a) L'exécuteur testamentaire 193
b) Le tribunal successoral (Nachlassgericht) 194
c) Le partage judiciaire 195
1.2. Des règles matérielles du partage 196
2. La France 197
2.1. De la manière de procéder au partage 197
a) Droit actuel 197
b) La petite loi du 15 février 2006 200
2.2. Les règles matérielles du partage 200
a) Droit actuel 200
b) La petite loi du 15 février 2006 203
3. L'Italie 204
3.1. De la manière de procéder au partage 204
a) L'exécuteur testamentaire 204
b) Le notaire en dehors de la procédure judiciaire 205
c) Le partage judiciaire 205
3.2. Des règles matérielles du partage 206
VIII. Conclusions 208

I. Préambule

Le partage successoral est un domaine particulier du droit civil, mi-procédural, mi-matériel. Il permet de concrétiser les droits des héritiers à recevoir leur part dans la succession du de cujus; il se trouve, à cet égard, tiraillé entre un principe d'égalité des héritiers dans le partage et un principe de conservation du patrimoine accumulé par le défunt. Réglé au Livre troisième du code civil dans un Titre dix-septième, il fait souvent l'objet de critiques pour son manque de clarté.

La compréhension que l'on a de la loi semble parfois assez éloignée du texte lui-même, ce qui donne lieu à des avis divergents sur la manière dont le droit du partage doit être compris dans son ensemble. Notre but premier est de comprendre les raisons de ce manque de clarté. Nous allons reprendre les origines mêmes du texte et tenterons de mettre en évidence la mesure dans laquelle on s'en est éloigné et, si possible, les motivations qui ont prévalu à cet égard. Il s'agira alors de voir quelles sont les difficultés que cette évolution a fait surgir et s'il y est actuellement répondu de manière satisfaisante.

C'est par ailleurs le bon moment pour faire le point de la situation. En effet, si plusieurs parties du code civil ont fait l'objet de travaux de réforme depuis le milieu du siècle passé, le droit du partage successoral a fait l'objet de quelques adaptations seulement,[1] mais n'a jamais été revu dans ses fondements. Or on constate que la structure des patrimoines a changé depuis le début du siècle passé. Les biens importants de la succession sont bien moins souvent des terrains, pour lesquels la division est en principe envisageable, et plus fréquemment une maison ou une entreprise. L'idée de conserver la valeur du patrimoine par l'attribution du bien à l'un des héritiers a par conséquent gagné en importance au détriment du partage en nature, ou de la vente. C'est pour en tenir compte que le législateur suisse a introduit, dès 1988, un droit d'attribution préférentielle pour le logement et le mobilier du ménage, en faveur du conjoint survivant, et bientôt du partenaire enregistré.[2] Si notre ordre juridique contient depuis l'adoption du code civil un droit d'attribution pour les exploitations agricoles, il ne dispose d'aucune norme expresse comparable pour les autres entreprises. On sait qu'à l'étranger le droit du partage successoral fait l'objet des mêmes réflexions critiques à cet égard. On reproche ainsi au droit allemand de conduire trop souvent à une vente des biens

---

1 Ainsi, en 1988, un article 612a CC a été introduit en faveur du conjoint survivant, dans le cadre de la révision du droit des effets du mariage, tandis qu'un même droit a été inséré en faveur du partenaire enregistré dans la loi sur le Partenariat enregistré du 18 juin 2004, dont l'entrée en vigueur est prévue au 1er janvier 2007. En 1994, les dispositions du droit successoral paysan ont été transférées dans la LDFR.

2 Art. 612a CC, y compris un alinéa 4 en faveur du partenaire enregistré, dès le 1er janvier 2007.

du de cujus, tandis que le législateur français est en train d'envisager l'introduction d'un droit d'attribution préférentielle pour toutes les entreprises.

Notre droit a été conçu à une époque où les coutumes cantonales jouaient un rôle important, particulièrement dans ce domaine à cheval entre le droit matériel et la procédure, et le législateur voulait que les héritiers puissent partager leur succession dans le respect de ces coutumes. Dans l'intervalle, la confiance en l'impartialité des autorités[3] s'est considérablement accrue, ainsi que l'idée que ces dernières sont aptes à se prononcer sur tous les litiges que peuvent rencontrer les individus, y compris les plus privés. Les droits individuels se sont parallèlement renforcés et l'accès à la justice est plus facile. On assiste ainsi à une certaine judiciarisation des litiges qui n'épargne pas le partage successoral, domaine traditionnellement très conflictuel. En effet, comme chacun sait, le décès d'un parent, avec la perspective du partage de sa succession, fait ressurgir de vieux conflits entre les membres de la famille. Alors que du vivant du de cujus les rancœurs familiales étaient tues ou étouffées par l'intéressé, le décès fait disparaître les derniers obstacles au règlement de comptes. Un vieil adage l'exprime d'ailleurs avec pertinence: «au mariage et à la mort, le diable fait ses efforts.» Il y eut une époque où la proximité des lieux de vie des membres de la famille, dans des villages ou petites villes, pouvait contribuer à exercer une certaine pression sociale sur les intéressés, en faveur d'un règlement amiable des conflits, mais on sent aujourd'hui que l'environnement est beaucoup plus propice à un règlement des problèmes devant la justice. Cette évolution s'est traduite dans le domaine du partage par des compétences accrues du juge, comme nous le verrons.

II. Introduction

1. Notion de partage

Le droit suisse des successions utilise le terme partage pour désigner plusieurs notions différentes. On distingue à cet égard entre partage au sens strict et au sens large.

Au sens strict, le partage de la succession consiste à attribuer aux héritiers des droits individuels, de nature réelle ou personnelle, correspondant aux quotes-parts respectives, qui viennent se substituer aux droits que ces der-

3 Eugen Huber considérait déjà cela comme un trait caractéristique de l'Etat moderne (Schweizerisches Civilgesetzbuch, Zweiter Teilentwurf, Das Erbrecht, mit Erläuterungen für die Mitglieder der Expertenkommission, Berne 1895, p. 135).

niers détenaient jusque là de manière commune.[4] Par ce biais, une partie des biens communs devient propriété exclusive de l'un des héritiers; celui-ci perd alors son droit de propriété sur le reste des biens en même temps qu'il devient, cas échéant, débiteur d'une soulte.[5]

Au sens large, le partage désigne l'ensemble des opérations de liquidation de la communauté héréditaire qui permettent ensuite de réaliser un partage au sens étroit. Le partage est en effet l'aboutissement d'une série d'opérations préparatoires, telles que l'estimation des biens, la composition des lots, l'attribution ou le tirage au sort de ces derniers, ou le rapport des libéralités.

La loi utilise parfois le terme partage à propos non pas de la succession dans son ensemble, mais des biens pris individuellement ou d'un ensemble de biens qui par nature forme un tout. C'est le cas aux articles 612 alinéa 1 et 613 alinéa 1 CC. Il faut alors entendre par là une division ou un fractionnement du bien ou de l'ensemble de biens dont il est question. La doctrine utilise les termes «division», «partage en nature», «partage matériel», ou encore «fractionnement».[6]

Le partage peut intervenir de manière conventionnelle ou par jugement. La loi règle spécifiquement le partage conventionnel à l'article 634 CC, sous le terme de clôture du partage. Il s'agit du partage qui repose sur la volonté des parties de partager la succession d'une certaine manière et d'entreprendre tous les actes nécessaires à son exécution.[7] Il peut résulter d'un acte passé en la forme écrite[8] ou être manuel; dans ce dernier cas, le partage est réalisé quand les héritiers reçoivent les lots.[9] Le partage judiciaire n'est, quant à lui, pas spécifiquement prévu dans le titre que la loi consacre à la clôture du partage. On le déduit de l'article 604 CC qui constitue le siège de l'action en partage.

Le droit suisse n'exige pas que les dettes du de cujus et de la succession soient réglées avant le partage. Chacun des héritiers dispose toutefois du droit

---

4 Dans le même sens après analyse et critiques des opinions doctrinales à cet égard, STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Berne 2004, p. 266 ss, 271.

5 HERBERT FUGNER, L'action en partage, Lausanne 1938, p. 14.

6 PAUL PIOTET, Traité de droit privé suisse IV, Droit successoral, 2e éd., Fribourg 1988, p. 781.

7 PETER C. SCHAUFELBERGER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2e éd., Bâle/Genève/Munich 2003, Vor Art. 602–640, Art. 602–619, 634–640 ZGB, Art. 634 ZGB n. 13, 32.

8 Art. 634 al. 2 CC. La forme écrite suffit pour le transfert de biens immobiliers ou de droits réels restreints (SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 634 ZGB n. 17 et la jurisprudence citée).

9 La réception des lots est réalisée de différentes manières selon la nature du bien: pour les animaux et les choses mobilières, il faut le transfert de la possession; pour les immeubles, il faut que l'inscription au Registre foncier ait été requise par écrit et de manière irrévocable par tous les héritiers; pour les créances et les titres qui ne sont pas au porteur, il faut une cession écrite ou un endossement (Paul-Henri STEINAUER, Le droit des successions, Berne 2006, n. 1391a).

de demander que le partage soit précédé du règlement des dettes ou de la fourniture de garanties.[10]

Lorsqu'il porte sur l'ensemble des biens de la succession,[11] le partage a pour effet de mettre fin à la communauté héréditaire. Il ne rompt toutefois pas entièrement les relations juridiques entre les héritiers. Ces derniers demeurent en effet tenus les uns envers les autres d'une obligation de garantie pour les biens et droits transférés;[12] de plus, le partage peut être rescindé en cas notamment de vice de forme ou de volonté;[13] les héritiers restent en outre solidairement tenus des dettes de la succession, durant 5 ans à compter du partage ou de l'exigibilité des créances, si elle est postérieure à celui-ci.[14]

2. *Caractéristiques du droit du partage*

Le partage de la succession est régi par deux principes directeurs: l'égalité entre les héritiers et la conservation du patrimoine.

1. L'égalité entre héritiers doit être considérée comme un des fondements du partage successoral.[15] Elle est expressément mentionnée dans la loi en deux endroits.[16] On la trouve tout d'abord à l'article 607 alinéa 1 CC qui indique que les héritiers légaux partagent d'après les mêmes règles entre eux et avec les héritiers institués; le législateur suisse a inséré ici une règle que la plupart des droits cantonaux connaissaient déjà.[17] Elle est reprise à l'article 610 alinéa 1 CC aux termes duquel les héritiers ont, dans le partage, un droit égal à tous les biens de la succession, sauf disposition contraire. Cela écarte tout privilège notamment de naissance, d'âge, de sexe ou

10 Art. 610 alinéa 3 CC.

11 A noter que le partage peut être partiel; on parle d'un partage subjectivement partiel lorsqu'un héritier sort de la communauté héréditaire, et d'un partage objectivement partiel lorsque les héritiers ne partagent qu'une partie des biens de la succession et reste en communauté héréditaire pour le solde (Piotet (note 6), p. 777; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12e éd., Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 674; Schaufelberger (note 7), Art. 602 n. 32 ss; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5e éd., Berne 2002, § 16 n. 14 ss; Lionel Harald Seeberger, Die richterliche Erbteilung, Fribourg 1992, p. 16; Steinauer (note 9), n. 1233; Peter Hauser, Der Erbteilungsvertrag, Zurich 1973, p. 24 ss).

12 Art. 637 CC.

13 Art. 638 CC.

14 Art. 639 CC.

15 Le Tribunal fédéral utilise l'expression «die oberste Richtschnurr» (ATF 112 II 206, 211).

16 Elle figure dans d'autres dispositions encore du droit du partage, comme par exemple dans le chapitre consacré au rapport successoral.

17 Virgile Rossel/Frédéric-Henri Mentha, Manuel du droit civil suisse, Tome premier, 1re éd., Lausanne 1910, p. 674.

d'une ligne héréditaire sur l'autre.[18] La loi y apporte parfois une dérogation en attribuant un droit d'attribution préférentielle à certains héritiers; c'est le cas de l'article 612a CC qui confère un tel droit au conjoint survivant[19] relativement au logement et au mobilier du ménage, dans le but de lui permettre de conserver son cadre de vie.[20] On tire également de l'article 610 alinéa 1 CC, la règle générale de partage qui veut que les biens soient, dans la mesure du possible, divisés puis répartis entre les héritiers.[21] Elle trouve son origine dans une conception de l'égalité qui met l'accent sur les droits en nature dans la succession, par opposition à une égalité en valeur qui vise à conférer un avantage équivalent.

Le principe d'égalité des héritiers dans le partage est le fondement de plusieurs autres dispositions du droit du partage. C'est le cas des articles 607 alinéa 3 et 610 alinéa 2 CC qui obligent les héritiers à se communiquer tout ce qui pourrait objectivement paraître propre à influencer d'une façon ou d'une autre le partage,[22] dans le but de permettre une juste et égale répartition. Il est également à l'origine des dispositions sur le rapport, qui permettent à certaines conditions de tenir compte dans le partage des libéralités faites par le de cujus de son vivant à l'un de ses héritiers.[23] Il est, enfin, une des finalités de l'obligation de garantie que les héritiers se doivent pour les biens et droits qu'ils se sont répartis dans le cadre du partage.[24]

2. Le droit du partage est également régi par un principe de conservation du patrimoine qui se manifeste dans les règles matérielles de partage: ainsi, dans la mesure du possible, les valeurs accumulées par le de cujus de son vivant doivent être maintenues au-delà de son décès.[25] Il vient tempérer le principe d'une égalité en nature dans le partage en donnant la préférence

---

18 A propos de divers privilèges des fils dans les droits cantonaux, avant l'entrée en vigueur du code civil, Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, vol. 2, Bâle 1888, p. 40 ss.

19 Dès l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, le partenaire bénéficiera également d'un tel droit (art. 612a al. 4 CC). Voir également ci-dessus notes 1 et 2

20 C'est le cas également en matière de droit foncier rural, voir à ce propos les art. 11 ss de la Loi sur le droit foncier rural (LDFR). Pour plus de détails, voir Jean Guinand/Martin Stettler/Audrey Leuba, Droit des successions, 6e éd., Genève/Zurich/Bâle 2005, n. 582 ss; Steinauer (note 9), n. 1272 ss.

21 Voir ci-dessous Titre V.4.2.a)aa).

22 ATF 127 III 396.

23 Rolando Forni/Giorgio Piatti, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2e éd., Bâle 2003, Art. 626 ZGB n. 1.

24 Art. 637 CC. Schaufelberger (note 7), Art. 637 ZGB n. 2.

25 Arnold Escher Senior, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zurich 1912, Art. 612 ZGB n. 1; André-M. Bornand, Les modalités du partage successoral ordinaire, d'après le code civil suisse (Art. 610 à 613), Montreux 1955, p. 45 ss; Steinauer (note 9), n. 1257. On trouve cette idée aux articles 612 alinéa 1 et 613 alinéas 1 et 2 CC.

à l'attribution de l'objet à l'un des héritiers ou à une répartition aussi égale que possible des biens entre ces derniers.

Le partage successoral se caractérise également par le concours de l'autorité compétente[26] qui, selon les cantons, peut être une autorité administrative. La loi lui assigne une fonction de protection des intérêts des créanciers[27] ou d'aide aux héritiers dans le cadre des opérations préparatoires;[28] elle lui confère aussi un pouvoir ponctuel de décision dans le cadre du déroulement des opérations de partage.[29] Lorsqu'elle intervient pour protéger les intérêts d'un créancier, l'autorité limite la liberté des héritiers:[30] ces derniers ne peuvent en effet pas partager la succession contre son avis,[31] même s'ils sont unanimes, et elle dispose du droit d'intenter l'action en partage.[32]

3. *La problématique dans les grandes lignes*

Notre droit des successions repose sur le principe d'une transmission universelle de la succession (principe de l'universalité), au terme duquel les biens, droits et dettes du de cujus sont transmis comme un tout aux héritiers. Il écarte ainsi l'idée, partiellement reconnue dans d'autres ordres juridiques,[33] d'une transmission à titre singulier qui prévoit pour certains biens une transmission légale directe, par exemple pour une exploitation agricole, les habits ou armes du défunt ou les bijoux de la défunte. Lorsqu'il y a plus d'un héritier, l'acquisition de la succession se fait en mains communes. Les héritiers acquièrent donc la propriété commune de chacun des biens de la succession et forment ensemble, en vertu de la loi, une communauté dite héréditaire.

Toutes les sociétés qui reconnaissent plus d'une personne comme héritier ont dû s'interroger sur la manière dont le partage des biens du défunt devait intervenir. Les systèmes qui ont adopté le principe d'une transmission à titre universel sont confrontés à cette situation plus rapidement que ceux qui confèrent la personnalité juridique à la succession ou la transfère à un fiduciaire.[34]

---

26 Voir ci-dessous Titre VI.2.

27 Art. 609 al. 1 CC.

28 Art. 611 al. 2 et le cas échéant 609 al. 2 CC.

29 Art. 612 al. 3 et 613 al. 3 CC.

30 Voir ci-dessous Titre IV.2.

31 Steinauer (note 9), n. 1249.

32 ATF 87 II 218; 89 II 185. Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 571; Steinauer (note 9), n. 1249c.

33 La succession à titre singulier était connue notamment en droit allemand, avant l'adoption du BGB (Tuor/Schnyder, note 11, p. 545); elle subsiste dans le nord de l'Allemagne pour la transmission des «Höfe», en vertu de l'Anerbenrecht (§ 4 Höfeordnung vom 07.07.1947 (HöfeO): *http://bundesrecht.juris.de/h_feo/BJNR700 330 947.html*).

34 Christoph Ann, Die Erbengemeinschaft, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2001, p. 271.

Tous les ordres juridiques cherchent à trouver un juste équilibre entre partage privé et intervention de l'Etat. On peut classer les solutions trouvées par le passé en matière successorale en deux grands systèmes: d'un côté les ordres juridiques qui conféraient au juge le pouvoir de partager les biens entre les héritiers, en équité, par un jugement de nature formatrice, et de l'autre ceux qui recouraient à des mécanismes ou procédures permettant aux héritiers de procéder au partage sans décision d'un tiers.[35]

Le premier est illustré avant tout par le droit romain. Celui-ci conférait en effet au juge dans le cadre de l'*actio familiae erciscundae* un pouvoir d'adjudication, de nature formatrice. Le juge pouvait ainsi partager un bien en nature, l'attribuer à l'un des héritiers ou en prévoir la vente aux enchères, publiques ou entre héritiers;[36] il pouvait également condamner un des héritiers à une prestation compensatoire envers ses cohéritiers, sous la forme d'une soulte ou de la constitution d'une servitude ou d'un usufruit en leur faveur.[37] Le juge devait respecter les dispositions pour cause de mort du de cujus et les conventions passées entre les héritiers; pour le surplus, il prononçait *ex æquo et bono*.[38] Il ne ressort pas des sources que le droit romain classique donnait la préférence à une forme déterminée de partage;[39] il tenait compte des intérêts des parties et des caractéristiques de l'objet.

D'autres ordres juridiques ont au contraire préféré instaurer un mécanisme permettant aux héritiers de régler eux-mêmes leurs éventuels différends, mécanisme qui par sa fonction constituait en réalité une procédure de partage sans tierce intervention. On le trouve dans la maxime *major dividat, minor eligat*: l'aîné des enfants compose les lots, tandis que le cadet les attribue. Il repose sur l'idée que l'aîné a tout intérêt à composer les lots de manière juste et équitable, puisque c'est le cadet qui peut choisir.[40] Il s'agit d'un mode interne de règlement des conflits qui est très ancien. L'origine la plus lointaine semble être les textes législatifs de l'époque assyrienne moyenne.[41] Il figurait dans les écrits de Saint-Augustin et aurait été, par ce biais-là, introduit en Allemagne où il est devenu courant au Moyen Âge.[42] Peu à peu le choix par le cadet a été remplacé par un tirage au sort, qui semblait garant d'une plus grande impartialité.[43]

---

35 Uwe Krenz, Modelle der Nachlassteilung, eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung, Heidelberg 1994, p. 1 s.

36 Krenz (note 35), p. 122 ss.

37 Krenz (note 35), p. 124 et 127.

38 Krenz (note 35), p. 122 et 123.

39 Krenz (note 35), p. 131.

40 Krenz (note 35), p. 79.

41 Krenz (note 35), p. 11 ss.

42 En particulier dans le Sachsenspiegel, cf. Krenz (note 35), p. 72 ss.

43 Krenz (note 35), p. 371.

La règle *major dividat, minor eligat* était connue dans notre pays,[44] tout comme le tirage au sort qu'on trouvait dans la législation ou dans les usages de certains cantons. On trouvait parfois un mélange des deux règles comme dans le code civil du canton de Fribourg qui prévoyait que «les lots sont tirés au sort; le plus jeune des cohéritiers tire le premier et ainsi de suite jusqu'à l'aîné: cependant celui qui a fait les lots, si c'est un cohéritier, tire le dernier».[45]

La plupart des ordres juridiques des pays qui nous entourent ont opté pour une solution qui ne relève pas strictement de l'un ou l'autre des systèmes susmentionnés, mais qui introduit des exceptions ou des règles empruntées à l'autre système.[46] La présente contribution cherche à mettre en évidence la solution qui prévaut en droit suisse, en nous limitant aux dispositions du code civil.[47] Comme nous le verrons, les normes de notre code civil ont subi un changement important durant le processus législatif sur la question du rôle de l'autorité, respectivement du juge dans le partage; nous reprendrons les conflits de doctrine qui ont porté sur cette question jusqu'à aujourd'hui, notamment sur les règles à appliquer dans le cadre d'un partage judiciaire et sur les compétences respectives du juge et de l'autorité. Dans le but d'enrichir la discussion, nous intégrerons quelques éléments de droit comparé, à la fin de la présente étude; notre choix s'est porté sur les droits allemand, français et italien, dont la diversité nous semble apporter un éclairage intéressant.

Nous conclurons en posant un constat sur l'état actuel de notre droit et nous interrogerons sur les possibilités d'envisager, de lege lata, respectivement de lege ferenda, une évolution à cet égard.

III. Le droit au partage

Le droit au partage est l'instrument permettant à un héritier de réaliser son droit à une part dans la succession. Il lui permet de substituer aux droits qu'il

---

44 Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, vol. 4, Bâle 1893, p. 677 et note 22.

45 Huber (note 18), p. 480. Dans le canton de Glaris, le code civil avait adopté la formulation suivante: Können sich die Erben über die Zuteilung einzelner Vermögensstücke zu einem Erbteile oder über die Zuweisung der gemachten Erbteile an die einzelnen Erben nicht verständigen, so entscheidet darüber das Los. Wenn es sich indessen um die Frage handelt, ob eine Liegenschaft in mehrere Teile zuzerlegen oder einem einzelnen Erben zuzuscheiden sei, so kann hierüber das gerichtliche Ermessen im Sinne des § 14 (d. h. wie bei Teilung von Miteigentum) angerufen werden (idem, p. 478 s).

46 Voir ci-dessous Titre VII.

47 Les règles du droit successoral paysan sont donc ici laissées de côté.

détient de manière commune sur les biens de la succession un droit individuel sur certains d'entre eux.

La communauté héréditaire a été conçue par le législateur comme une phase transitoire. Bien qu'il ne soit pas exclu que les héritiers restent volontairement en communauté durant de nombreuses années, elle est avant tout destinée au partage. Chaque héritier dispose ainsi du droit d'en demander la dissolution en tout temps;[48] c'est un droit imprescriptible.[49]

Exceptionnellement, le partage peut être ajourné. Les cas en sont les suivants:[50]

1. Lorsque les héritiers ont convenu d'un ajournement du partage;[51] aucune forme n'est requise pour une telle convention, qui peut aussi résulter d'actes concluants.[52] Bien que les héritiers ne puissent renoncer définitivement à leur droit au partage, la loi ne fixe aucune durée maximale, contrairement à ce qui existe dans d'autres ordres juridiques. A titre de comparaison, le droit italien limite une telle convention à une durée de 5 ans,[53] tandis que le droit allemand considère que 30 ans est le maximum.[54] Selon les circonstances, une telle convention pourrait toutefois porter une atteinte excessive à leur droit au partage.[55]
2. Lorsqu'un partage immédiat peut diminuer la valeur des biens;[56] le juge peut alors, sur requête d'un héritier, ordonner qu'il y soit provisoirement sursis.[57] La diminution de valeur doit toutefois être notable.[58]

---

48 Art. 604 CC.

49 ATF 116 II 267, 275.

50 A noter que la loi sur le droit foncier rural prévoit le maintien en communauté des successions agricoles lorsque le défunt laisse comme héritiers des descendants mineurs; la communauté est maintenue tant et aussi longtemps qu'il n'est pas possible de déterminer si un descendant reprend l'entreprise agricole pour l'exploiter lui-même et à la condition qu'un héritier légal ne remplisse pas les conditions de l'exploitation à titre personnel au moment de l'ouverture de la succession (art. 12 al. 1 et 2 LDFR).

51 Art. 604 al. 1 CC.

52 Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 544; Steinauer (note 9), n. 1235; Tuor/Schnyder (note 11), p. 673.

53 Art. 713 al. 3 CCit.

54 § 2044 al. 2 BGB.

55 Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 544; Steinauer (note 9), n. 1235a. A noter que les héritiers peuvent toutefois adopter un autre type de communauté, comme l'indivision de famille ou une société de durée illimitée.

56 Par exemple, si le cours des actions est très bas ou si le marché immobilier n'est pas favorable à une vente immédiate de l'immeuble (exemples tirés de Steinauer (note 9), n. 1237).

57 Art. 604 al. 2 CC.

58 A noter que Schaufelberger (note 7) estime que la perte doit avoisiner le quart de la valeur de la succession (Art. 604 ZGB n. 13).

3. S'il y a lieu de prendre en considération les intérêts d'un enfant conçu; le partage est dans un tel cas ajourné jusqu'à la naissance.[59] On considère que les héritiers, s'ils sont unanimes, peuvent malgré tout procéder au partage; ils réserveront provisoirement une part à l'enfant conçu, afin d'éviter que le partage ne soit, cas échéant, caduc.[60]
4. Lorsque le de cujus a, par disposition pour cause de mort, prévu le maintien de la communauté héréditaire;[61] il ne dispose toutefois de cette faculté que pour la quotité disponible de sa succession[62] et la durée du maintien en communauté ne doit pas représenter une charge excessive pour les héritiers.[63] Il est admis que les héritiers peuvent s'écarter de la volonté du de cujus s'ils sont unanimes.[64]

IV. Les types de partage

1. Remarques préliminaires

Par types de partage, nous entendons les modes de clôture du partage, c'est-à-dire la manière régler le partage avec un effet contraignant pour les héritiers.

Sous le titre «clôture et effets du partage», la loi consacre l'article 634 CC à la clôture du partage par les héritiers. Celui-ci ne mentionne pas le partage judiciaire; on le déduit de l'article 604 alinéa 1 CC. Le droit suisse ne connaît pas de «partage officiel», c'est-à-dire de partage résultant d'une décision de l'autorité compétente, au sens de l'article 609 CC. Comme nous le verrons, l'autorité dispose du pouvoir de rendre une décision ponctuelle, qui ne clôt pas le partage.[65]

Dans le présent chapitre, nous commencerons par nous pencher sur le partage conventionnel, c'est-à-dire celui qui est en mains des héritiers; puis nous examinerons le partage judiciaire. La manière de partager, c'est-à-dire les règles matérielles du partage, conventionnel ou judiciaire, seront examinées dans le chapitre V.[66]

---

59 Art. 605 al. 1 CC.

60 Steinauer (note 9), n. 1238a et les références citées.

61 Art. 608 al. 1 CC.

62 Steinauer (note 9), n. 1236c; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 545; Piotet (note 6), p. 775; Tuor/Schnyder (note 11), p. 674; Schaufelberger (note 7), Art. 604 ZGB n. 10; Druey (note 11), § 16 n. 30 ss.

63 Steinauer (note 9), n. 1236d; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 545; Piotet (note 6), p. 775.

64 Steinauer (note 9), n. 1236b.

65 Voir ci-dessous Titre VI.2.4.

66 Voir ci-dessous p. 31 ss.

2. *Le partage en mains des héritiers*

Le droit suisse part du principe d'un partage laissé à la libre disposition des héritiers.[67] S'ils sont unanimes, ils partagent selon leur volonté; ils peuvent ainsi décider s'ils veulent partager, quand et selon quelles modalités (partage partiel, répartition des biens, vente, etc.).[68] Tous ensemble ils peuvent s'écarter tant des règles de partage posées par le de cujus[69] que de celles découlant de la loi.[70]

La liberté des héritiers peut toutefois être restreinte par une disposition légale. C'est le cas de l'article 609 alinéa 1 CC qui prévoit que l'autorité intervient au partage sur demande du créancier qui a acquis ou saisi la part héréditaire, ou qui possède contre l'héritier un acte de défaut de biens. L'autorité intervient alors au partage en lieu et place de l'héritier débiteur, dans l'intérêt du créancier. Elle n'a toutefois pas plus de pouvoir qu'un héritier et les autres héritiers ne lui sont pas subordonnés. Elle ne peut donc prendre aucune décision toute seule. Elle a pour tâche de vérifier que le partage est effectué de manière correcte, non de faire respecter les volontés du de cujus par les héritiers. Par sa voix, elle peut toutefois écarter une décision des héritiers de ne pas respecter les règles de partage qu'il a posées. Elle peut en outre intenter l'action en partage.[71]

La loi connaît encore quelques autres cas de dispositions impératives limitant la liberté des héritiers: pour le partage des entreprises agricoles et le morcellement des immeubles agricoles ou forestiers.[72]

Les héritiers ont à leur disposition deux manières de clore le partage: le partage manuel ou l'acte de partage.[73] Dans le premier cas, le partage intervient par le transfert effectif des biens dans la maîtrise exclusive de chaque héritier; le partage est alors clos dès que l'ensemble des opérations de reprise ont été effectuées.[74] Dans le second, le partage intervient par la conclusion d'un contrat en la forme écrite.[75] Le transfert de propriété est ensuite réalisé

---

67 Art. 607 al. 2 CC.

68 Steinauer (note 9), n. 1245; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 543 s.

69 Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 547; Steinauer (note 9), n. 1251; Schaufelberger (note 7), Art. 608 ZGB n. 10; Tuor/Schnyder (note 11), p. 676; Armand Maurice Pfamatter, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Zurich 1993, p. 9 s. Voir ci-dessous Titre V.3.

70 Voir ci-dessous Titre V.4.

71 Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 12 ss; Steinauer (note 9), n. 1249c; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 571

72 Pour plus de détails, voir Steinauer (note 9), n. 1248 ss.

73 Art. 634 CC.

74 Pour plus de détails, voir Steinauer (note 9), n. 1391.

75 Art. 634 al. 2 CC.

dans le cadre de l'exécution de l'acte de partage, selon les modalités d'acquisition de la propriété des biens.[76]

3. *Le partage en mains du juge*

3.1. Généralités

Doctrine et jurisprudence reconnaissent aujourd'hui l'existence d'un partage judiciaire; il résulte d'une action, de nature formatrice, introduite conformément à l'article 604 CC. Dans les limites des conclusions prises par les parties, le juge dispose d'un pouvoir d'adjudication qui lui permet de rendre une décision qui attribue les biens aux héritiers; le transfert de propriété intervient dès l'entrée en force du jugement.[77]

Il faut se rappeler que le rôle du juge n'a pas toujours été compris de cette manière-là. EUGEN HUBER souhaitait en effet confier des compétences étendues à l'autorité, en matière de partage. Cette solution permettait de concilier les conceptions différentes des cantons quant à l'entité habilitée à se prononcer dans les litiges relatifs à l'exécution du partage. Mais, devant les objections de certains experts qui souhaitaient diminuer le rôle de l'autorité, cette option législative fut abandonnée.

La diminution du rôle de l'autorité soulevait en fait la question de la compétence du juge pour le règlement des litiges. Ce point n'est toutefois pas ressorti clairement des discussions en commission, de sorte qu'une incertitude a plané sur cette question durant plusieurs années. Puis, alors qu'apparaissaient en Allemagne des critiques à propos de la nature obligatoire du jugement rendu dans le cadre du partage,[78] une partie de la doctrine suisse a tiré avantage du texte très ouvert de notre code civil pour proposer qu'on reconnaisse au juge le pouvoir de rendre un jugement formateur, ayant pour effet de trans-

---

76 Pour plus de détails, voir STEINAUER (note 9), n. 1392 ss.

77 GUINAND/STETTLER/LEUBA (note 20), n. 555 s.; SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 604 ZGB n. 2 et 7; SEEBERGER (note 11), p. 65 ss et 108 ss; TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 678; DRUEY (note 11), § 16 n. 80 et 88.

78 Les premières contributions doctrinales à ce sujet datent de 1935; en 1939, la commission du droit des successions de l'Académie pour le droit allemand a fait, de lege ferenda, la proposition de conférer au juge le pouvoir d'attribuer un objet à un héritier, même si certains des héritiers s'y opposaient (pour plus de détails, y compris sur la tendance de certains auteurs à y voir une influence du contexte politique de l'époque, cf. d'un côté MONIKA EXNER, Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im deutschen und im französichen Recht, ein Rechtsvergleich, Bonn 1994, p. 190 et note de bas de page 601, et de l'autre ECKHART SCHLEIFENBAUM, Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in Italien, eine rechtsvergleichende Untersuchung aus Sicht des deutschen Rechts, Regensburg 1999, p. 270 ss). A noter que la loi allemande n'a jusqu'à présent pas été modifiée sur ce point, voir ci-dessous Titre VII.1.1.c).

férer la propriété des biens aux héritiers; c'est ce que le Tribunal fédéral a fait en 1943 déjà.

Comme nous le verrons, le texte de 1907 laissent toutefois encore en suspens deux questions, qui font d'ailleurs l'objet de controverses en doctrine. La première a pour objet les règles que le juge est tenu de suivre pour trancher le litige; elle sera abordée dans le chapitre V consacré à la manière de partager. La seconde porte sur les compétences respectives du juge et de l'autorité dans le partage; nous en parlerons dans le chapitre VI.1., en particulier sous le point 5.

Avant d'en parler, il nous semble toutefois important de revenir sur les travaux préparatoires, ainsi que sur l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence depuis le début du siècle passé. Cela nous permettra de répondre aux questions susmentionnées en tenant compte de l'évolution intervenue depuis 1907 à propos du pouvoir du juge dans le partage.

3.2. Les travaux préparatoires

a) L'avant-projet de 1895

Eugen HUBER souhaitait renforcer l'intervention de l'autorité dans la dévolution et le partage de la succession.[79] Il voulait lui donner un pouvoir plus large que celui qui était le sien à l'époque, dans une majorité de cantons.[80] L'idée n'était toutefois pas de renforcer le contrôle de l'Etat ou de limiter les libertés individuelles, mais de faciliter la dévolution de la succession.[81]

---

79 Dans son rapport, il l'exprime de la façon suivante:
«Was im weiteren die Gestaltung des Erbschaftserwerbes anbelangt, so haben wir hier in erster Linie als ein Prinzip, dem wir überall bei den einzelnen Erwerbsmomenten Geltung zu verschaffen versucht haben, die kräftigere Heranziehung amtlicher T[h]ätigkeit hervorzuheben» (HUBER, note 3, p. 135).

80 «Die Abweichungen, zu denen wir dabei gegenüber dem gemeinen und dem überlieferten kantonalen Recht gelangen, sind allerdings nicht unbedeutend. Aber sie können unseres Erachtens so eminent praktische Dienste leisten, dass wir füglich sagen dürfen, diese würden unzweifelhaft schon in der früheren Zeit benutzt worden sein, wenn man damals einen solchen Apparat schon besessen hätte (HUBER, note 3, p. 135). Cf. également l'intervention du rapporteur devant la Commission d'experts (Protocole de la Commission d'experts, 1re et 2e sessions, 1901–1902, Tome I–II, Berne 1901/1902, p. 707–708).

81 «Wir beabsichtigen damit keineswegs eine Verstärkung behördlicher Kontrolle oder eine grössere Einschränkung der persönlichen Selbständigkeit. Vielmehr gehen wir einfach von der Überlegung aus, dass der Behördenapparat, wie er sich im modernen Staate zu anderen Zwecken entwickelt hat, und das zuverlässige, neutrale Beamtentum, dessen sich die moderne Zeit ohne Zweifel bei uns ganz allgemein erfreut, ein Mittel zur Erleichterung und Sicherung des Erbganges darbietet, das der moderne Gesetzgeber für seine Zwecke mit Unrecht unbenutzt lassen würde» (HUBER, note 3, p. 135).

Dans son avant-projet de 1895,[82] Eugen HUBER retenait ainsi que le partage pouvait être gouverné par trois types de réglementation:[83] la convention des héritiers,[84] le testament du de cujus[85] et les «prescriptions» de l'autorité.[86] L'autorité pouvait avoir pour mission de «faire le partage» dans trois cas: 1) à la demande des héritiers, 2) si le défunt l'avait ainsi ordonné, ou 3) en vertu de la loi.

L'avant projet consacrait deux articles au rôle de l'autorité:[87]

Art. 596 AP: 2. Prescriptions en vue du partage. c. Par l'autorité. 1) A la requête des intéressés.

A la demande des héritiers, ou si le défunt en a ainsi ordonné, le partage est fait par les soins de l'autorité qui en charge un ou plusieurs de ses membres et leur adjoint, le cas échéant, des experts.

Art. 597: 2. Prescriptions en vue du partage. c. Par l'autorité. 2) D'après la loi.

[1] L'autorité interviendra au partage pour le compte de l'héritier, qui a été l'objet de poursuites infructueuses au jour de l'ouverture de la succession, ou contre lequel un acte de défaut de biens a été délivré.

[2] Il appartient au droit cantonal de prescrire l'intervention de l'autorité dans d'autres cas et même dans tous les partages.

L'étendue du pouvoir de l'autorité en matière de partage peut être déduite de la place des articles 596 et 597 AP dans le texte. Sous le titre «prescriptions en vue du partage», les compétences réservées à l'autorité sont en effet mises sur pied d'égalité, d'une part, avec les règles de partage posées par le testateur,[88] d'autre part, avec la convention des héritiers. Or, le point commun entre ces trois «prescriptions» est le fait que chacune influence le déroulement des opérations du partage en posant des règles.

Le chapitre C de l'avant-projet, consacré à ce point-là, ne mentionne pas que l'intervention de l'autorité puisse avoir pour effet de clore le partage. Réglée aux articles 615 et 616 AP, la clôture du partage intervient lorsque les lots sont distribués, ou dès que l'acte de partage a été reçu en la forme écrite, ou par la cession de droits successifs entre cohéritiers, ou encore par le biais de «contrats passés entre père ou mère et leurs enfants au sujet de la part échue à ces derniers du chef de leur auteur prédécédé». Comme on le voit, les décisions de l'autorité n'ont donc pas pour effet de clore le partage.

---

82 Ci-après AP.

83 L'avant-projet parle de «prescriptions en vue du partage», en allemand de «Ordnung der Teilung durch die Behörde».

84 Art. 593 AP.

85 Art. 594–595 AP. L'avant-projet de 1895 parlait de «testament» uniquement, le «pacte successoral» sera introduit plus tard, dans l'avant-projet de 1900.

86 Art. 596–597 AP.

87 Sont devenus l'actuel article 609 CC.

88 A noter que le droit italien confère au de cujus la faculté d'adopter des règles qui ont un effet attributif au jour du décès, sans que la communauté héréditaire ne prenne naissance (voir également ci-dessous note 382).

Dans son avant-projet, HUBER ne fait pas mention de compétences du juge dans l'exécution du partage. Il ne ressort pas non plus de la systématique de l'avant-projet de 1895 que celui-ci ait été habilité à trancher les conflits relatifs à l'exécution du partage, ou même à clore le partage. L'article 580 AP,[89] siège de l'action en partage, ne figure en effet pas dans le titre septième consacré au partage proprement dit, mais dans celui traitant de l'indivision, au sein du chapitre qui porte sur le principe du partage et ses exceptions; quant au chapitre C, dédié à la clôture et aux effets du partage, il ne fait pas la moindre référence à la possibilité d'un partage judiciaire.

Cela est surprenant car, en reprenant la description que HUBER donne des législations cantonales de l'époque, il apparaît qu'un certain nombre de cantons connaissaient le partage judiciaire ou, en tout cas, accordaient aux héritiers la possibilité de faire ponctuellement appel au juge en cas de conflits.[90] Ainsi, les cantons de Zurich, Schaffhouse, Zoug et des Grisons[91] prévoyaient un partage judiciaire lorsque les héritiers étaient en litige sur l'attribution d'une part à un héritier ou celle de divers biens à une part héréditaire, ou qu'ils n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur la composition des lots. D'autres cantons accordaient au juge des pouvoirs ponctuels, relativement à des biens ou droits en particulier, comme par exemple pour les papiers de famille,[92] les titres de propriété de biens ayant été divisés,[93] un immeuble,[94] ou encore relativement à des questions spécifiques, comme l'évaluation.[95]

Cette absence de référence explicite au pouvoir du juge est d'autant plus étonnante qu'EUGEN HUBER a choisi, dans ce domaine en particulier, de s'appuyer largement sur les usages et coutumes existant dans les cantons.[96] Il est donc peu probable qu'il ait voulu écarter le partage judiciaire qu'un certain nombre d'entre eux connaissaient déjà. HUBER ne semble en fait pas clairement distinguer juge et autorité; parlant d'une intervention accrue des autorités, il cite en effet expressément comme exemple l'ajournement du partage.[97]

---

89 Art. 604 CC.

90 A noter que certains cantons, sous l'influence du droit français, prévoyaient qu'en cas de litiges les lots seraient composés par un tiers désigné par le juge, avec parfois la faculté pour les héritiers de faire opposition (HUBER, note 18, p. 478, 480, dans les cantons du Valais, de Neuchâtel et du Tessin). D'autres cantons encore s'en remettaient à des parents ou amis choisis par chacun des cohéritiers (HUBER, note 18, p. 478, dans le canton de Fribourg).

91 HUBER (note 18), p. 479.

92 HUBER (note 18), p. 475 (dans le canton de Lucerne).

93 HUBER (note 18), p. 475 s. (dans les cantons de Vaud, Fribourg, Valais, Neuchâtel et du Tessin).

94 HUBER (note 18), p. 478 (dans le cantons de Glaris).

95 HUBER (note 18), p. 479 (dans le canton de Bâle Campagne).

96 HUBER (note 3), p. 190.

97 «Endlich haben wir auch bei der Teilung insofern eine intensivere Mitwirkung der Behörden vorgesehen, als die Anrufung behördlicher Hülfe den einzelnen Erben erleichtert ist, wie in Bezug auf Verschiebung der Teilung, . . .» (HUBER, note 3, p. 136).

On peut ainsi penser qu'en conférant à l'autorité le pouvoir de définir des règles contraignantes pour les héritiers lors du partage, sans exclure que les cantons puissent désigner une autorité qui soit judiciaire, l'avant-projet proposait une solution qui permettait aux cantons qui connaissaient le partage judiciaire d'avoir un système proche du leur.[98]

En résumé, s'il n'exclut pas clairement toute intervention du juge dans l'exécution du partage, l'avant-projet ne lui réserve toutefois, à notre avis, pas d'autres compétences que celles conférées à l'autorité compétente.

b) De l'avant-projet de 1900 à la loi de 1907

Sur la base des travaux d'Eugen Huber, le Département fédéral de Justice et Police a élaboré en 1900 un avant-projet,[99] qu'il a soumis à une Commission d'experts.[100] Les articles 596 et 597 AP ont été fondus dans l'article 622 AP2.[101]

Devant la Commission d'experts, l'article 622 AP2 enflamma les esprits. Il donna lieu à de nombreuses interventions, ainsi qu'à plusieurs motions. Pour les uns, l'avant-projet avait pour effet d'imposer une autorité supplémentaire aux cantons qui ne la connaissaient pas; de plus, cette autorité appelée à décider sur simple demande d'un héritier, sans qu'un juste motif ne soit même exigé, heurtait à leur avis l'idée que l'Etat n'est pas là pour s'occuper des affaires privées des individus quand ceux-ci peuvent s'en occuper eux-mêmes.[102] Pour les autres, la formulation de l'article laissait à l'autorité le pouvoir de décider de manière unilatérale, sans avoir l'obligation de trouver un accord avec les héritiers ou une majorité d'entre eux; or cela ne correspondait pas à la pratique, à tout le moins dans le canton de Soleure.[103] Mais pour certains, le partage officiel, tel que prévu dans l'avant-projet, était connu dans leur canton et donnait satisfaction;[104] ils ne voyaient pas de raison d'y renoncer.[105]

---

98 A noter que l'avant-projet conférait déjà aux cantons la compétence de prévoir d'autres cas dans lesquels l'autorité pouvait intervenir au partage (art. 597 al. 2 AP).

99 Ci-après: AP2.

100 Ci-après: la grande Commission.

101 Art. 622 B. Décrets de partage. II. De la part de l'autorité. [1]A la requête d'un héritier, ou si le défunt l'a ainsi ordonné, le partage est fait par l'autorité compétente. [2]L'autorité interviendra au partage pour le compte de l'héritier contre lequel un acte de défaut de biens a été délivré. [3]La législation cantonale pourra prescrire, dans d'autres cas encore, l'intervention de l'autorité dans le partage.

102 Interventions de Planta, Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 705 s.

103 Intervention de Brosi, Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 707.

104 Intervention de Siegrist, Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 706.

105 Intervention de Bühlmann, Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 706; cet argument fut encore souligné par le rapporteur de la commission, M. Hoffmann, lors de l'examen du projet devant le Conseil des Etat (Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale, juin 1906, Conseil des Etats, p. 486s).

Le rapporteur de la grande Commission releva que la compétence de l'autorité dans le partage ne faisait que réaliser l'idée, déjà présente à d'autres endroits, d'une large intervention de l'autorité, plus large que cela n'était le cas jusque là dans certains cantons.[106] Il ajouta que ceci n'impliquait pas pour autant une intervention complexe. Il souligna en outre que le but de l'alinéa 3 de l'article 622 AP2 était de permettre aux cantons qui le souhaitaient de prévoir l'intervention d'office de l'autorité; ceux-ci pouvaient ainsi respecter une ancienne tradition qui voyait dans l'intervention de l'autorité le moyen de s'assurer que les actifs étaient utilisés pour liquider les passifs.[107]

Après quelques échanges, les experts de la grande Commission trouvèrent finalement un compromis. Brosi proposa de prévoir à l'alinéa 1 que, sur demande d'un héritier ou si le défunt l'avait ainsi ordonné, le partage intervenait «sous la direction de l'autorité», ce qui permettait d'éviter de conférer à l'autorité la compétence de «faire le partage»; sa motion fut acceptée par 22 voix contre 9.[108] Une motion Bühlmann qui demandait que l'alinéa 3 indique que les cantons restaient libres de prévoir dans leur législation les cas dans lesquels le partage était «fait par l'autorité compétente»[109] fut acceptée par 20 voix contre 11.[110]

Une commission spéciale, dont Eugen Huber faisait partie, fut ensuite chargée de la rédaction définitive du texte qui devait être ensuite soumis aux Chambres fédérales;[111] elle supprima purement et simplement l'alinéa 1 de l'article 622 AP2 qui prévoyait que le partage pouvait intervenir «sous la direction» de l'autorité, vraisemblablement pour tenir compte des critiques émises à l'encontre d'un pouvoir accru de cette dernière. L'alinéa 3 ne reprit pas textuellement la motion Buhlmann, mais subsista dans la formulation de

106 Cf. également Huber (note 3), p. 135 s.

107 Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 707 s.

108 Motion Brosi (Protocole de la Commission d'experts, note 80, p. 709).

109 En allemand: «eine Teilung durch die zuständige Behörde».

110 Motion Bühlmann, Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 709: «La législation cantonale conserve la compétence de prévoir que le partage sera fait par l'autorité compétente et de définir les cas dans lesquels il doit avoir lieu».

111 Lors de cette rédaction définitive, la commission spéciale a considéré qu'elle n'excédait pas son mandat en apportant à certains textes des modifications de fond, notamment destinées à rendre le texte plus conforme à la pensée véritable des experts, à supprimer des contradictions, à rédiger plus clairement quelques dispositions ou encore à introduire des améliorations indiscutables suggérées par des travaux qui n'avaient pu être consultés lors des délibérations de la Commission d'experts (Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Berne 1903, Avant-propos, p. 10s).

l'avant-projet de 1900.[112] L'article relatif à l'action en partage ne subit que de légères retouches rédactionnelles, en français.

Lors des débats devant l'Assemblée fédérale, le rôle de l'autorité dans le partage ne fut plus spécifiquement discuté. Tant devant le Conseil des Etats que devant le Conseil national, les rapporteurs reflétèrent le compromis auquel la grande Commission était arrivée: la renonciation à introduire un partage officiel, sur requête d'un héritier ou lorsque le défunt l'a ainsi ordonné, et la possibilité laissée aux cantons, notamment[113] Appenzell Rhodes Intérieures, Appenzell Rhodes Extérieures, Saint-Gall, Thurgovie et Lucerne, de maintenir leur système de «partage officiel».[114]

c) Analyse intermédiaire

Il ressort des travaux de la grande Commission que les experts ne souhaitaient pas que l'autorité puisse décider du partage. Ils voyaient l'autorité comme un moyen d'apporter une aide à la décision des héritiers, non comme un arbitre ou un juge, et voulaient un droit du partage qui repose sur une compétence primaire des héritiers dans le partage. Les pouvoirs de l'autorité ont ainsi été considérablement réduits.

Cette redéfinition du rôle de l'autorité par la grande Commission posait la question du pouvoir du juge dans le partage. Il n'était en effet pas dans l'esprit de l'avant-projet d'Eugen Huber, ni probablement dans celui des experts qui l'auraient sinon exprimé, de supprimer toute faculté de faire trancher de manière définitive les conflits opposant les héritiers. Il s'agissait plutôt d'éviter qu'un héritier, sans juste motif, requiert l'intervention de l'autorité[115] ou que le de cujus puisse imposer un partage officiel. Adopté par les Chambres fédérales sans modification à cet égard, le texte est donc resté ouvert sur cette question.

Doctrine et jurisprudence se sont attachés à y apporter une réponse, dès l'entrée en vigueur du Code civil. A partir de la fin des années '30, on perçoit un net changement à cet égard, en faveur d'un pouvoir d'attribution du

112 En allemand: «Mitwirkung». Il n'est toutefois pas sûr que les auteurs aient voulu faire une différence à cet égard; en effet Eugen Huber utilisait indistinctement les expressions «partage officiel» et «intervention de l'autorité», comme cela résulte de son rapport de 1895 (Huber, note 3, p. 190).

113 Pour un panorama de la législation en vigueur dans les cantons et une analyse de leur conformité au droit fédéral, cf. Orlando Canova, Die amtliche Mitwirkung bei der Erbteilung gemäss Art. 609 ZGB, Zurich 1947, p. 96 ss.

114 Intervention de M. Huber, Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédéral, mars 1906, Conseil national, p. 344 s. et de M. Hoffmann, Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale, juin 1906, Conseil des Etats, p. 486 s.

115 Interventions de Planta, Protocole de la Commission d'experts (note 80), p. 705 s.

juge, qui fut ensuite confirmé par le Tribunal fédéral en 1943. Nous allons reprendre ici les étapes de cette évolution.

3.3. Les conceptions prévalant au début du siècle passé

a) Les premières décisions du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a été amené à se pencher sur la question du pouvoir d'adjudication du juge en 1914 déjà. Il a exprimé une position très claire: «l'attribution des objets indivisibles à l'un ou l'autre des héritiers n'est pas permise par la loi, à moins que tous les cohéritiers n'y aient consenti (...) (traduction)».[116]

Il a confirmé ce point de vue dans un arrêt de 1940, dans le cadre duquel les demandeurs réclamaient l'attribution d'une boulangerie et crêmerie provenant de la succession de leur père. Seul un droit de préférence découlant de la loi, d'une disposition du de cujus ou encore d'une convention liant les héritiers permet de déroger à l'article 610 CC qui impose la division matérielle des biens, selon le Tribunal fédéral. Lorsqu'un fractionnement est exclu et que les héritiers n'arrivent pas à se mettre d'accord sur l'attribution de la chose à l'un d'entre eux, à un prix déterminé, il ne reste qu'à vendre.[117]

b) Les avis exprimés en doctrine

Jusqu'au début des années '30, une partie de la doctrine n'envisage pas de pouvoir du juge dans l'exécution du partage, tandis que d'autres auteurs considèrent qu'il peut trancher, mais seulement par une décision qui remplace le consentement d'un héritier à une opération de partage. Il est intéressant de se remémorer les avis exprimés durant cette période:

Rossel et Mentha, qui ont été tous les deux étroitement associés au processus législatif, sont les premiers à s'exprimer, en 1910. A propos des pouvoirs du juge, ils ne mentionnent que celui «d'ajourner le partage ou de ne pas entrer en matière sur la requête qui lui est adressée». Ils ne font aucune référence à un éventuel pouvoir du juge de rendre une décision en matière d'exécution du partage.[118]

Tuor[119] décrit le partage, en 1912, sans faire référence à un éventuel pouvoir du juge d'effectuer le partage de la succession. Il distingue entre, d'une

116 ATF 40 II 102, 108.

117 ATF 66 II 238, 241 s.; JT 1941 I 489, 492.

118 Rossel/Mentha (note 17), p. 665 ss, 667.

119 Peter Tuor, Das neue Recht, Eine Einführung in das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich 1912, p. 293 ss.

part, la procédure de partage, c'est-à-dire les règles indiquant qui, et de quelle manière, le partage est effectué et, d'autre part, les principes du partage, soit le principe de l'égalité et ses exceptions. Au titre de la procédure, reprenant la distinction faite par HUBER entre les diverses manières de procéder au partage, il en retient deux: 1) Le de cujus peut édicter des règles sur la procédure à observer et même désigner un exécuteur testamentaire. 2) A défaut les héritiers peuvent librement convenir du partage, soit en recourant à la procédure des lots, soit en passant un contrat de partage. A propos de l'autorité, TUOR relève qu'elle concourt, ou peut concourir, au partage, à côté des héritiers. Il cite à cet égard plusieurs cas dans lesquels l'autorité peut, selon lui, rendre une décision; il ne distingue toutefois pas les situations dans lesquelles l'autorité rend une décision qui ne lie pas les héritiers et celles dans lesquelles elle rend une décision obligatoire.[120]

ESCHER considère dans le commentaire zurichois, en 1912 également, que l'article 604 CC permet à chacun des héritiers d'obtenir de ses cohéritiers la conclusion d'un contrat de partage; l'héritier peut, si nécessaire, faire valoir ses droits par le biais d'une action en partage. ESCHER écarte toutefois l'idée que le juge puisse effectuer lui-même le partage, en équité. Il souligne en effet clairement qu'un droit moderne n'a pas pour objectif de prévoir le remplacement de l'acte conventionnel de partage par un jugement. Il s'agit bien plutôt de rendre une décision qui, en conformité avec la loi, oblige l'intéressé à donner son consentement à une règle particulière de partage. L'intervention du juge est avant tout ponctuelle, selon lui, et a pour but de régler les points en litige.[121] A titre d'exemple, il prend tout d'abord le cas d'une succession constituée de sommes d'argent dont les dettes ont été réglées et indique que le juge a dans un tel cas le pouvoir de condamner les défendeurs à verser aux cohéritiers la part à laquelle ils ont droit. Il envisage ensuite une série d'autres situations, comme par exemple lorsque le litige porte sur la composition des lots, la vente de biens pour le règlement des dettes ou le respect des volontés du de cujus.[122]

A propos de l'autorité, ESCHER considère qu'elle ne peut avoir d'influence sur le partage, qui est régi par les règles posées par le de cujus ou prévues par la loi. Selon lui, elle a toutefois dans certains cas un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'intervenir, non seulement comme juge, mais comme médiateur à l'égard des points sur lesquels les parties sont en litige et comme garant de l'intérêt public.[123] Il ne donne toutefois pas d'exemples.

---

120 TUOR (note 119), p. 296.

121 ESCHER SENIOR (note 25), Art. 604 ZGB n. 1.

122 ESCHER SENIOR (note 25), Art. 604 ZGB n. 2.

123 ESCHER SENIOR (note 25), Vorb. Art. 607 ss ZGB n. 3.

PROD'HOM,[124] en 1921, ne doute pas de l'existence d'une action en justice. Mais, selon lui, celle-ci n'a pas pour but de confier l'exécution du partage au juge; elle permet à un héritier de faire reconnaître l'obligation de ses cohéritiers de consentir aux opérations nécessaires au partage, soit par exemple l'aliénation de certains des biens de la succession, ainsi que de faire respecter les règles posées par le de cujus. Relativement à la procédure devant le juge, il précise qu'une fois l'action introduite, et si la question du principe du partage ne fait pas ou plus l'objet de litige, le juge commet un notaire qui fait un rapport sur les points soumis à son examen. Le président fixe ensuite aux héritiers un délai pour présenter leurs observations sur les propositions du notaire et formuler leurs conclusions, puis il prononce.

Dans la seconde édition de leur ouvrage, en 1922, ROSSEL/MENTHA indiquent désormais que l'article 604 CC garantit un droit de l'héritier à faire reconnaître par le juge l'obligation du ou des cohéritiers de procéder à l'acte requis pour le partage.[125] Selon les auteurs, il ne s'agit toutefois pas d'un partage judiciaire.[126]

Dans la deuxième édition de son commentaire, en 1932, TUOR indique désormais que les héritiers, en litige à propos de questions de droit, se tourneront bien évidemment vers les tribunaux, sans donner plus de détails sur les pouvoirs du juge à cet égard. Au reste, il relève que l'autorité peut intervenir dans le partage, ponctuellement ou de manière générale.[127] Dès la 3e édition, en 1940, TUOR précise que la loi autorise seulement le concours de l'autorité, non un véritable partage officiel.[128]

Dès la fin des années '30, plusieurs auteurs soutiennent que le juge doit pouvoir attribuer les biens de la succession:

HOMBERGER/GUHL, en 1938, semblent reconnaître au juge un pouvoir d'adjudication, à tout le moins ponctuel pour les biens qui forment un tout au sens de l'article 613 alinéa 1 CC.[129] Ils motivent leur position en soulignant que l'action en partage est la seule voie possible lorsque le concours de l'autorité n'a pas permis de réaliser un partage avec l'accord des héritiers.

---

124 LOUIS PROD'HOM, De la situation juridique d'un cohéritier dans la communauté légale héréditaire, Lausanne 1921, p. 94–97.

125 Art. 665 CC.

126 VIRGILE ROSSEL/FRÉDÉRIC-HENRI MENTHA, Manuel du droit civil suisse, 2e éd., Tome deuxième, Lausanne/Genève 1922/1931, p. 217 n. 1123.

127 PETER TUOR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 2e éd., Zurich 1932, p. 367. A noter que dans le commentaire bernois de 1929, il indiquait que l'action tendait à obtenir que les opérations de partage soient entreprises, respectivement à un concours (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Berne 1929, Art. 604 ZGB n. 4).

128 PETER TUOR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 3e éd., Zurich 1934, p. 373 et note de bas de page 2.

129 ARTHUR HOMBERGER/THEO GUHL, Das Schweizer Recht, vol. I, Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht inkl. Versicherungsvertrag, Zurich 1938, p. 116.

FUGNER, également en 1938, est plus précis. Il considère que l'action en partage permet à un héritier d'obtenir de ses cohéritiers une activité matérielle ou juridique aboutissant à le rendre propriétaire exclusif d'une partie des biens communs. Le droit de l'héritier tend, selon lui, au partage effectif de la succession, et non seulement à la conclusion d'un contrat de partage.[130] Il estime toutefois qu'il y a seulement trois cas dans lesquels le juge peut rendre un tel jugement: 1) lorsque les biens successoraux consistent uniquement en de l'argent, ou que la composition des biens à partager est si simple qu'il n'y a pas de multiplicité de partages possible, 2) lorsque le de cujus a pris une règle de partage attribuant un bien à un héritier ou établissant un plan de partage, et 3) lorsque les lots ont été composés par l'autorité (plan de partage établi).[131]

3.4. La reconnaissance d'un pouvoir d'adjudication

a) Jurisprudence et doctrine à partir de 1943

aa) Les arrêts du Tribunal fédéral

En 1943, le Tribunal fédéral se prononce en faveur d'un pouvoir d'attribution du juge, dans un cas qui avait pour objet des papiers-valeurs déposés dans un compte en banque en Suisse. Il affirme qu'une telle attribution est possible pour les biens mobiliers, même si, à la différence des biens immobiliers,[132] le code civil ne le prévoit pas expressément.[133]

Il confirme sa jurisprudence en 1975. Il souligne alors que l'article 604 CC donne un droit au partage de la succession. Il considère qu'il est dès lors juste d'en conclure, avec la doctrine récente et sa jurisprudence de 1943, que le juge doit rendre un jugement exécutoire, c'est-à-dire une décision qui effectue le partage et permet de faire exécuter par les organes compétents la répartition des éléments de la succession entre les divers héritiers.[134] Quant à la manière de partager, le Tribunal fédéral rappelle que le droit civil ne donne pas aux héritiers un droit préférable sur les biens de la succession. Sous réserve d'une règle de partage du de cujus, les héritiers ont les mêmes droits sur les biens de la succession et l'attribution à l'un d'eux intervient uniquement par la procédure des lots avec tirage au sort.

---

130 FUGNER (note 5), p. 57 s.
131 FUGNER (note 5), p. 62 s.
132 Art. 665 CC.
133 ATF 69 II 357, 371 s.
134 ATF 101 II 41, 45.

bb) Les avis en doctrine

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a quasiment pas fait l'objet de critiques. Seul GUISAN, en 1947,[135] rappelle la position qu'il avait déjà exprimée en 1941,[136] à savoir que le juge n'a en principe pas la compétence d'attribuer un objet à un héritier qu'il désigne. Il l'explique par le fait que les opérations proprement dites du partage, même judiciaire, soit l'estimation, la division matérielle des objets héréditaires, la répartition en lots, le tirage au sort, la décision de vendre et la fixation du mode de vente, relèvent de la procédure gracieuse. Il souligne toutefois que le juge peut exceptionnellement être autorisé à attribuer des biens à un héritier et envisage deux cas: 1) les exploitations agricoles, et 2) les papiers de famille et choses ayant une valeur d'affection.[137]

La très grande majorité de la doctrine abonde toutefois dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral.[138] Elle considère que le juge du partage peut, par un jugement formateur, attribuer à chacun des héritiers les biens successoraux qui lui reviennent.

Il n'y a pas d'utilité à prévoir une action ayant pour seule finalité de remplacer le consentement de l'héritier sur le principe du partage. C'est en effet la manière de partager qui suscite, en règle générale, des divergences et doit, dès lors, pouvoir être tranchée par un juge.[139] Et c'est la tâche du juge de rendre un jugement qui permet ensuite aux héritiers d'obtenir le partage directement des organes d'exécution. L'héritier doit, sur cette base-là, pouvoir faire inscrire au Registre foncier les immeubles qui lui ont été attribués, obtenir le transfert de la possession des biens par les organes d'exécution et le

---

135 FRANÇOIS GUISAN, Travaux de droit successoral dédiés à PIERRE TUOR, Etude critique, RDS 1947, p. 242 ss.

136 Commentaire de l'ATF 66 II 238, JT 1941 I 493 ss, p. 495–497.

137 Art. 613 al. 2 CC

138 HANS MERZ, Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Mélanges pour le 70e anniversaire du Prof. P. Tuor, Zurich 1946, p. 95 s; WERNER HECHT, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs, RDS 1950, p. 379 ss, 389–392; ARTHUR JOST, Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht, Ein Leitfaden für die Praxis, Berne 1960, p. 87 s.; DAVID STOKAR, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, Schaffhouse 1954, p. 55 s.; ARNOLD ESCHER JUNIOR, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. III, Das Erbrecht, 3e éd., Zurich 1959/1960, Art. 604 ZGB n. 5 ss; PETER TUOR/VITO PICENONI, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, der Erbang, Art. 537–640 ZGB, 2e éd., Berne 1964, Art. 604 ZGB n. 4 g; SEEBERGER (note 11), p. 49, 54, 55 ss, 80 s.; PETER TUOR, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 5e éd., Zurich 1948 p. 385 s. et 6e éd., Zurich 1953, p. 385 s.; TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 678 et p. 679 note de bas de page 16 i. f.; DRUEY, (note 11), § 16 n. 80, 88; SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 604 ZGB n. 4; PIOTET (note 6), p. 777 s., 823 s. et IDEM, Partage judiciaire et constitution de propriétés par étages, RDS 1994 I p. 209; contra: ARNOLD ESCHER SENIOR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2e éd., Zurich 1943, Art. 604 ZGB n. 5, dont l'ouvrage a été publié avant l'arrêt du Tribunal fédéral, maintient l'avis qu'il avait déjà exprimé en 1912.

139 MERZ (note 138), p. 95–96 note de base de page 21.

règlement des créances par les dispositions de la loi fédérale en matière de poursuite pour dettes et faillite.[140] Le jugement doit donc poser des normes individuelles et concrètes à propos des divers objets de la succession et des héritiers, non des normes générales et abstraites qui devront encore être concrétisées. Il n'est pas suffisant de limiter la tâche du juge au prononcé d'un jugement facilitant la conclusion d'un acte de partage.[141]

Peu à peu, de nouvelles divergences apparaissent toutefois sur la question de savoir si le juge est tenu ou non de respecter la procédure des lots, avec tirage au sort:

Selon PIOTET, le juge est tenu de respecter les règles de partage posées par la loi, ce qui vaut aussi pour l'article 611 CC. Il doit donc déterminer les biens à attribuer à chaque héritier en procédant à la formation et composition de lots, après au besoin division matérielle ou vente d'un ou plusieurs d'entre eux, et à leur tirage au sort.[142]

Selon TUOR/SCHNYDER, dans les limites de la requête des parties, le juge peut effectuer lui-même le partage et être appelé à approuver ou corriger un projet de partage élaboré par l'autorité. La reconnaissance du pouvoir d'adjudication du juge ne devrait pas reléguer à l'arrière plan le recours au tirage au sort.[143]

Pour DRUEY, le juge applique les règles prévues d'une manière générale par l'ordre juridique, par conséquent également l'article 611 CC, et peut être tenu de procéder à un tirage au sort.[144] Il considère que le code civil ne réserve pas un caractère exceptionnel au tirage au sort, dont l'intérêt est de pousser les héritiers à trouver un accord entre eux. Mais au préalable, le juge doit vérifier si les critères de l'article 611 alinéa 2, soit les usages locaux, la situation personnelle des héritiers et les vœux de la majorité sont suffisamment concrets pour pouvoir prendre une décision dans le cas d'espèce. Ce n'est que si ces critères ne permettent pas d'attribuer les biens à un héritier plutôt qu'à un autre qu'il aura recours au tirage au sort.[145]

Pour SEEBERGER, le fait de reconnaître au juge la compétence d'attribuer les biens de la succession signifie que c'est à lui de décider qui les recevra, non le sort. Ce serait une farce, selon lui, de prévoir dans le cadre du jugement en partage un tirage au sort, alors que l'autorité y a déjà procédé. Adopter une règle reconnaissant le caractère contraignant du tirage au sort effectué par

140 HECHT (note 138), p. 379 ss, 389–392.

141 Selon certains, ce serait un déni de justice au sens formel (TUOR/PICENONI, note 138, Art. 604 ZGB n. 4g).

142 PIOTET (note 138), p. 209–210

143 TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 678 et note de bas de page 16.

144 Dans le même sens, voir JOST (note 138), p. 103 ss.

145 DRUEY (note 11), § 16 n. 89 s.; dans le même sens: GUINAND/STETTLER/LEUBA (note 20), n. 556.

l'autorité serait dans ce cas-là économiquement plus avantageux. Elle aurait pourtant pour effet de placer le partage dans la compétence exclusive de l'autorité compétente.[146]

SCHAUFELBERGER, dans la droite ligne de l'opinion de SEEBERGER, pense que le pouvoir libre et général du juge lui permet de rendre une décision en se basant sur les circonstances du cas d'espèce, notamment la situation personnelle des héritiers, leurs intérêts, le cas échéant les usages locaux. Il est toutefois lié par les règles de partage posées par le de cujus, ainsi que par celles qui découlent de la loi;[147] il devrait dans la mesure du possible tenir compte de l'avis de la majorité des héritiers. Selon l'auteur, la décision du juge ne peut reposer sur un tirage au sort.[148]

A propos des compétences respectives du juge et de l'autorité, on trouve là aussi des avis divergents:

ESCHER considère que le juge dispose d'un pouvoir d'attribution, mais uniquement pour l'exécution des règles de partage posées par le de cujus ou en conformité avec la procédure de l'article 611 CC. Le juge ordinaire peut ainsi être appelé à rendre un jugement formateur, après que des difficultés ont surgi dans le cadre des discussions devant l'autorité compétente.[149] ESCHER est par contre plus réservé quant à la question de savoir si l'action en partage peut être introduite avant que la procédure des lots n'ait été intentée. Il estime qu'il ne faut pas supprimer toute possibilité pour les héritiers de trouver un accord, au besoin avec l'aide de l'autorité. Il se montre favorable à un va-et-vient entre l'autorité et le juge, lorsque les dispositions cantonales de procédure le permettent.[150]

TUOR/SCHNYDER soulignent que même si le juge dispose du pouvoir de se prononcer sur l'exécution du partage, le concours de l'autorité conserve tout son sens, notamment parce que le juge prendra en règle générale les travaux de celle-ci en considération.[151] Les auteurs se demandent si on ne devrait pas considérer que, selon le stade de la procédure, l'autorité peut être appelée à intervenir; bien que dépourvues de force contraignante, les dispositions de l'autorité contribueraient alors à alléger la tâche du juge.[152]

MERZ est opposé à un va-et-vient entre le juge et l'autorité compétente. Il considère que dans le cadre de l'action en partage, l'héritier demande que lui soient attribuées les valeurs qui lui reviennent, et que cela implique que l'en-

146 SEEBERGER (note 11), p. 69.
147 Art. 612 ss CC.
148 SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 604 ZGB n. 7.
149 ESCHER JUNIOR (note 138), Art. 604 ZGB n. 5a.
150 ESCHER JUNIOR (note 138), Art. 604 ZGB n. 5b.
151 TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 678.
152 TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 678 notes de bas de page 11 et 13 i. f.

semble des points litigieux soient tranchés dans une procédure qui se déroule de manière continue.[153]

PIOTET rappelle que les cantons peuvent éviter le va-et-vient entre le juge et l'autorité en désignant le juge comme autorité de partage. Il souligne en outre qu'ils ont également la possibilité de reconnaître au juge le pouvoir de se prononcer non seulement sur les principes et la clôture du partage, mais aussi sur ses modalités, lesquelles sont d'ailleurs souvent fonction de questions de droit qu'en règle générale il aura la compétence de trancher, comme par exemple en matière de rapports des libéralités.[154]

Pour SEEBERGER, il est conforme au sens et au texte de la loi d'autoriser le juge à suspendre l'action pour confier à l'autorité la tâche de procéder aux opérations préparatoires de l'article 611 CC. Ce dernier sera en outre obligé de procéder de la sorte dans les cantons ayant prévu une intervention obligatoire de l'autorité, comme l'article 609 alinéa 2 CC leur en réserve la compétence. Le juge peut de plus confier à l'autorité la tâche d'éclaircir certains points. Il ne donne toutefois pas d'exemples.[155]

b) Conclusion intermédiaire

La doctrine et le Tribunal fédéral approuvent désormais l'idée d'un pouvoir général d'attribution du juge. C'est à notre avis une juste évolution. L'héritier dispose d'un droit au partage dont il doit pouvoir demander la réalisation effective. Comme plusieurs auteurs n'ont pas manqué de le faire remarquer, un jugement déployant des effets obligatoires oblige l'héritier à faire à nouveau appel au juge, si la décision rendue n'est pas exécutée volontairement par ses cohéritiers, ce qui va à l'encontre du principe d'économie de procédure. Le droit allemand qui connaît un tel système fait d'ailleurs l'objet de sérieuses critiques.[156]

En réalité, le fondement des positions exprimées en doctrine jusque dans les années '40 n'est à notre avis pas tant le caractère obligatoire ou réel de la décision du juge. Peu d'auteurs tentent en effet de donner des arguments en faveur de l'effet obligatoire. Il s'agit bien plutôt de savoir si l'attribution des biens aux héritiers est une décision qui peut reposer sur suffisamment de critères objectifs pour qu'une personne autre que les héritiers, dans la discussion qui nous occupe le juge, puisse se prononcer sans arbitraire: à qui attribuer la table du salon? A qui la chambre à coucher? Les tenants de la doctrine favorable au pouvoir obligatoire et ponctuel du juge partent de l'idée – plus ou

153 MERZ (note 138), p. 95–96 note de bas de page 21.

154 PIOTET (note 6), p. 766.

155 SEEBERGER (note 11), p. 40 ss.

156 Voir par exemple, SCHLEIFENBAUM (note 78), p. 279 ss et les références citées; KRENZ (note 35), p. 2 ss et les références citées; contra toutefois: EXNER (note 78), p. 215 ss.

moins clairement exprimée – que la plupart des biens de la succession ne peuvent objectivement être attribués à l'un ou l'autre des héritiers, faute de critères suffisamment objectifs. A défaut d'entente, seul le sort peut par conséquent mettre fin au conflit, dans le respect de l'égalité des héritiers.

Le fait de reconnaître que le juge dispose du pouvoir de rendre un jugement contraignant ayant pour effet de transférer la propriété des biens ne donne encore pas de réponse à la question de savoir s'il existe suffisamment de critère objectifs pour attribuer les biens de la succession aux héritiers. Elle est donc toujours controversée, mais elle est aujourd'hui formulée de manière différente: il ne s'agit plus de savoir si le juge peut se prononcer sur tous les points faisant l'objet d'un litige entre les héritiers, y compris l'attribution des biens, mais plutôt de définir la manière dont le juge peut se prononcer. Est-ce qu'il peut rendre une décision en équité ou doit-il avoir recours à la procédure des lots avec tirage au sort qui, comme nous le verrons, réalise l'égalité de manière abstraite, sans référence particulière à la situation personnelle des héritiers?

Nous reprendrons cette question dans le prochain chapitre, spécifiquement sous le point V.4.3. Auparavant, nous nous attacherons à décrire les règles matérielles du partage.

V. De la manière de partager

1. Généralités

Dans ce chapitre, nous nous pencherons sur les règles matérielles du partage. Elles résultent de la volonté du de cujus, de celle unanime des héritiers ou encore de la loi.

2. Les dispositions adoptées par le de cujus

Le de cujus peut adopter des règles de partage par disposition à cause de mort. Il peut ainsi définir qui recevra quel bien et à quelle valeur. Il peut également donner des instructions sur la manière de procéder pour l'exécution du partage.[157] C'est par exemple le cas lorsque le de cujus prévoit que l'aîné de ses enfants compose les lots, tandis que les autres enfants les choisissent à tour de rôle du plus jeune au plus âgé.[158]

---

157 Steinauer (note 9), n. 1252; Tuor/Schnyder (note 11), p. 676; Pfamatter (note 69), p. 5 s.; Matthias Stein-Wigger, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, PJA 2001, p. 1135 ss. Elles n'ont pas pour effet de clore le partage.

158 Pfamatter (note 69), p. 5.

La règle de partage est en principe contraignante pour les héritiers et chacun d'eux peut en demander le respect par ses cohéritiers. Il est toutefois admis que, s'ils sont unanimes, les héritiers peuvent sans autre s'en écarter et convenir d'une autre règle de partage.[159]

3. La volonté unanime des héritiers

Les héritiers choisissent en principe[160] librement la manière dont ils souhaitent partager la succession, comme le prévoit expressément l'article 607 alinéa 2 CC. C'est un aspect du principe de la liberté du partage.[161]

Les héritiers peuvent ainsi librement définir les règles matérielles, ainsi que la procédure de partage. Il leur est, de ce fait, loisible de s'écarter des règles et fondements posés par la loi et préférer d'autres règles à celles adoptées par le de cujus. C'est la conséquence normale du fait que les héritiers succèdent au de cujus à titre universel et acquièrent ainsi le pouvoir de disposer de son patrimoine.[162]

L'exécuteur testamentaire est chargé de faire respecter la volonté du défunt; il doit procéder notamment aux opérations de préparation du partage, ainsi qu'au partage proprement dit, conformément aux ordres du disposant ou suivant la loi.[163] La doctrine majoritaire considère que l'exécuteur testamentaire doit se plier à la volonté unanime des héritiers, dans la mesure où elle n'est pas illicite ou contraire aux mœurs.[164]

4. Les dispositions légales

4.1. Généralités

Le législateur n'a pas voulu prescrire de mode de partage déterminé aux héritiers. Il a préféré s'appuyer sur les mœurs et les coutumes locales, consi-

---

159 Escher Junior (note 138), Art. 608 ZGB n. 3; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 547; Steinauer (note 9), n. 1251; Tuor/Schnyder (note 11), p. 676; Schaufleberger (note 7), Art. 608 ZGB n. 10; Pfamatter (note 69), p. 9 s.

160 La liberté du partage fait toutefois l'objet de quelques exceptions légales. Pour plus de détails, voir ci-dessus Titre IV.2.

161 Voir ci-dessus Titre IV.2.

162 Schaufelberger (note 7), Art. 607 ZGB n. 5.

163 Art. 518 al. 2 CC.

164 Schaufelberger (note 7), Art. 607 ZGB n. 9, Art. 608 ZGB n. 11; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 531, 547; Steinauer (note 9), n. 1176 et 1245;Tuor/Schnyder (note 11), p. 677; Piotet (note 6), p. 152 et 780; Seeberger (note 11), p. 27 s.; contra: Tuor/Piceno ni (note 138), Art. 608 ZGB n. 9; Escher Junior (note 138), Art. 518 ZGB n. 17 et Art. 608 ZGB n. 3.

dérant qu'elles fourniraient «les solutions les plus rationnelles et les plus justes».[165] Il s'est ainsi en règle générale limité à indiquer la direction générale, par le biais de règles ayant valeur de principe. Ponctuellement, il s'est toutefois attaché à régler le sort des questions à propos desquelles surgissent fréquemment des conflits.[166]

Parmi les règles légales, nous distinguerons entre celles dont le contenu est général et celles qui portent sur une catégorie de biens en particulier. Les règles générales découlent des articles 610 à 612 CC, qu'il faut lire ensemble. Nous commencerons pas distinguer entre, d'une part, la division et l'attribution et, d'autre part, la vente des biens de la succession.

Nous nous pencherons ensuite sur l'article 611 CC. Bien qu'intégrant des éléments de nature procédurale, l'article donne également des critères précis de composition des lots, ce qui justifie d'en parler ici. Nous en profiterons pour nous interroger sur le rôle actuel du tirage au sort.

4.2. Les règles matérielles

a) Les règles générales

aa) La division et l'attribution des biens

L'article 610 alinéa 1 CC consacre un principe de partage en nature des biens de la succession. Lorsque cela est possible, les biens doivent être fractionnés en autant de parts qu'il y a d'héritiers, proportionnellement aux droits de ces derniers dans la succession.[167]

La division des biens a longtemps été vue comme le meilleur moyen de réaliser l'égalité entre les héritiers dans le partage. Le principe trouve son origine dans le Code Napoléon qui voyait dans l'égalité des héritiers l'âme du partage; selon les rédacteurs de ce code, l'égalité ne pouvait être véritablement réalisée qu'en nature, par l'attribution d'une part égale de tous les biens.[168] Il était bien plus intéressant de recevoir une part en nature que son équivalent sous la forme pécuniaire, surtout pour les biens immobiliers qui constituaient, à l'époque, le véritable enjeu du partage successoral.

Une partie importante des biens de la succession n'est toutefois pas divisible. Cela vaut pour la plupart des biens mobiliers (une table, un lit, un

165 Département fédéral de Justice et Police, Exposé des motifs de l'avant-projet, tome deuxième, Des successions, Berne 1901, p. 121

166 Rossel/Mentha (note 17), p. 674.

167 Steinauer (note 9), n. 1268; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 558; Tuor/Schnyder (note 11), p. 678.

168 Philippe Malaurie, Les successions, Les libéralités, Paris 2004, p. 408.

miroir, une bague, etc.); ce sera, en règle générale, le cas d'un immeuble construit, car la constitution d'une copropriété par étages ne peut être considérée comme un partage.[169] D'autres biens, s'ils peuvent matériellement être divisés, perdraient, cas échéant, notablement de leur valeur. On peut penser ici à un terrain dont le fractionnement donnerait des parts qui ne seraient plus assez importantes pour qu'une construction puisse y être érigée. Ce peut être le cas d'un diamant dont la taille est un facteur qui en augmente considérablement la valeur sur le marché.

Pour en tenir compte, l'article 612 alinéa 1 CC prévoit que les biens de la succession qui ne peuvent être partagés sans subir une diminution notable de leur valeur sont attribués à l'un des héritiers. La loi introduit ici une dérogation au principe d'égalité en nature. En effet, l'attribution à l'un d'entre eux crée inévitablement une inégalité de traitement entre les héritiers. Elle est toutefois pleinement justifiée par l'idée que le partage ne doit pas contribuer à une diminution de la valeur des droits des héritiers dans la succession. Il aurait été possible de prévoir que le bien doit, dès lors, être vendu. C'est en effet un autre moyen de réaliser l'égalité entre les héritiers, non pas en nature, mais en valeur, par le partage du produit de la vente. C'est d'ailleurs le choix effectué par le législateur allemand.[170] Le législateur suisse a, quant à lui, préféré une solution qui permet la conservation du bien par les héritiers. L'attribution interviendra selon les critères de l'article 611 alinéa 2 CC.[171]

bb) La vente

L'alinéa 2 de l'article 612 CC prévoit que les biens sur le partage ou l'attribution desquels les héritiers n'arrivent pas à s'entendre sont vendus. Malgré une formulation très générale, la doctrine s'est attachée à interpréter cet article de manière restrictive. Il est ainsi généralement considéré que la vente n'entre en ligne de compte que si, pour un motif particulier, l'attribution est impossible ou irréalisable.[172] C'est le cas lorsque la valeur du bien dépasse largement celle des parts héréditaires et ne permet pas de placer celui-ci dans un lot.[173] On considère par contre que le bien dont la valeur dépasse celle des

169 ATF 94 II 231. Voir cependant SEEBERGER (note 11), p. 194 ss et PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, 3e éd., tome I, Berne 1997, n. 1137a.

170 Voir ci-dessous Titre VII.1.2.

171 Voir ci-dessous Titre V.4.2.a)cc)bbb).

172 SEEBERGER (note 11), p. 170; SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 612 ZGB n. 11.

173 ATF non publié du 8 décembre 2003, 5C.214/2003; ATF 112 II 206, 209; 97 II 11, 16; TUOR/PICENONI (note 138), Art. 612 ZGB n. 10 ss, 19 s.; SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 612 ZGB n. 6, 11; DRUEY (note 11), § 16 n. 52 s.; GUINAND/STETTLER/LEUBA (note 20), n. 558; STEINAUER (note 9), n. 1274; TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 680.

lots dans une mesure raisonnable doit être attribué à un héritier; celui-ci sera alors tenu au versement d'une soulte.[174]

Il faut à notre avis relativiser le principe selon lequel une attribution n'est pas possible lorsque la valeur du bien dépasse largement celle d'un lot. Une attribution doit être possible lorsque l'héritier le demande et qu'il est en mesure de payer ou garantir le paiement de la soulte.[175]

cc) L'article 611 CC

aaa) Généralités

L'article 611 CC prévoit comment le partage doit être réalisé. Comme nous le verrons, il incorpore tant des critères de répartition des biens entre les héritiers qu'un «processus» de partage, ayant pour but de favoriser un accord des héritiers.

Nous commencerons par nous pencher sur les règles matérielles avant d'aborder le processus en lui-même. Nous nous interrogerons ensuite sur le rôle que le tirage au sort est appelé à jouer à l'heure actuelle.

bbb) Les critères de répartition des biens entre les héritiers

La loi prévoit que le partage de la succession intervient par le biais de la composition de lots.[176] Par lot, on entend un groupe de biens ou droits.[177] Ils sont composés des divers biens de la succession, ainsi que des «parties» des biens ayant fait l'objet d'un fractionnement. Ils comprennent aussi les dettes, lorsqu'elles n'ont pas été réglées avant le partage. Les lots sont en principe composés par les héritiers eux-mêmes ou, sur leur demande ou celle de l'un d'entre eux, par l'autorité compétente. Les héritiers peuvent également en confier le soin à un tiers, par exemple un notaire.

L'article 611 alinéa 2 CC prévoit que les lots sont composés en tenant compte des usages locaux, de la situation personnelle et des vœux de la majorité. Nous allons reprendre ici ces critères:

1. Les usages locaux existant à l'époque de l'adoption du code civil doivent être interprétés de manière conforme à la Constitution fédérale, notamment au principe de l'égalité entre homme et femme; c'est ainsi que le fait

---

174 Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 558 et note de bas de page 1016; le Tribunal fédéral a considéré qu'une différence de 33% était excessive (ATF non publié du 8 décembre 2003, 5C.214/2003).

175 Schaufleberger (note 7), Art. 612 ZGB n. 5.

176 ATF non publié du 23 mai 2001, 5C.40/2001, consid. 6c). A la différence de la version française, les textes allemand et italien parlent de lots ou parts («Lose oder Teile» – «parti o lotti»).

177 Piotet (note 6), p. 788.

d'être un homme ou une femme peut encore jouer un rôle lorsqu'il s'agit d'attribuer des objets dont l'usage est en principe propre à un sexe (ainsi les habits du père au fils ou les bijoux de la mère à la fille).[178] Ce critère est toutefois a priori sans pertinence lorsqu'il s'agit de biens pouvant être utilisés par l'un ou l'autre des sexes; cela vaut également pour ce qui a trait aux activités sportives, récréatives (par exemple la chasse) ou encore professionnelles,[179] domaines dans lesquels il faut se garder de perpétuer des schémas sexuellement stéréotypés. D'une manière générale, les usages locaux tendent à perdre de leur importance, notamment en raison de la mobilité accrue de la population.

2. La situation personnelle des héritiers est un critère très large. Il vise toute circonstance qui parle en faveur de l'attribution d'un bien à un héritier, ou à une souche, par exemple le domicile. Ainsi le fait qu'un enfant habite dans le canton où est situé l'immeuble de la succession, l'autre enfant ayant définitivement établi son domicile à l'étranger, parle en faveur du premier nommé. Mais ce peut être également la situation professionnelle (un enfant exerce un métier qui lui permettrait d'utiliser certains des biens de la succession), la santé (ne peut plus faire de vélo), la situation de famille (a de nombreux enfants ou par contre vit en célibataire). A notre avis, le fait qu'une part héréditaire est plus conséquente que les autres ou que la soulte ne peut pas être payée ou garantie par l'un des héritiers est également pertinent. Les critères doivent toutefois se limiter à ceux qui sont susceptibles de faire l'objet d'une preuve matérielle aisément rapportable. Cela exclut, selon nous, de pouvoir retenir de manière générale l'affection comme critère pour départager deux héritiers souhaitant se voir attribuer un bien; par contre d'autres circonstances, comme par exemple le fait que l'objet en question est un portrait de l'un des deux héritiers, peuvent permettre d'établir un lien plus étroit avec le bien.
3. Finalement la loi prévoit comme dernier critère les vœux de la majorité des héritiers. Conformément au principe de l'égalité des héritiers dans le partage, on considère que la majorité est comptée par tête, non selon la valeur des parts dans la succession.[180] Le fait que la majorité soit large ou non est un élément d'appréciation: les vœux de la majorité des héritiers sont pertinents dans la mesure où ils reflètent une solution qui, à défaut de reposer sur l'unanimité, trouve malgré tout une large acceptation. Il est vrai qu'un tel critère donne aux héritiers disposant de petites parts une importance

178 Dans le même sens, Seeberger (note 11), p. 124 ss. L'intérêt manifesté par un héritier pour son propre usage l'emporte, à notre avis, sur celui exprimé par un autre héritier en vue d'une utilisation par son conjoint.

179 A ce propos et pour d'autres exemples, Seeberger (note 11), p. 122 ss.

180 Piotet (note 6), p. 781 s.

dans le processus décisionnel qui va au de-là de celle des héritiers ayant reçu une partie importante de la succession. Ceux-ci peuvent toutefois faire valoir l'importance de leur part comme élément à prendre en compte dans le cadre de l'examen des circonstances personnelles.

La loi ne donne pas expressément d'ordre de priorité entre les divers critères, il s'agit donc d'en apprécier le bien-fondé dans le cas d'espèce. Ainsi, il est facile d'imaginer des situations dans lesquelles l'un ou l'autre de ces critères apparaît prépondérant ou au contraire sans pertinence. Par exemple, lorsque le de cujus originaire de Glaris a déménagé, sans sa famille, au Tessin après sa retraite et y avait son dernier domicile, il ne paraît pas raisonnable de baser le partage sur les usages locaux de ce canton. L'importance de ce critère peut être, par contre, fort différente si toute la famille réside dans une vallée aux coutumes bien définies.

Prenons un autre exemple: lorsqu'un héritier, chauffeur de bus comme le défunt, demande que le bus qui est dans la masse à partager lui soit attribué pour qu'il puisse l'utiliser dans le cadre de son activité professionnelle, l'opposition de la majorité des autres héritiers, sans motif particulier, ne devrait pas suffire. Dans un tel cas, les circonstances personnelles devraient à notre avis l'emporter.

ccc) Le processus

L'article 611 alinéa 1 CC prévoit qu'il est composé autant de lots que d'héritiers.[181] Si le de cujus laisse par exemple trois enfants, on formera trois lots.[182]

La loi ajoute qu'on compose un lot par souche, lorsqu'il y a des souches copartageantes. En effet, en vertu du principe de représentation, prévalant à l'intérieur d'une souche, la tête de souche est représentée par ses descendants. Les représentants au sein de la souche participent par conséquent en commun à la composition et répartition des lots, celui qui leur est attribué faisant ensuite l'objet d'un nouveau partage entre eux, selon le même processus. Ainsi, si le de cujus laisse trois enfants et deux petits-enfants d'un fils prédécédé, on composera seulement quatre lots; le lot revenant à la souche de l'enfant prédécédé sera ensuite divisé en autant de lots que d'héritiers.[183] On doit pouvoir

181 Il n'y pas de distinction à faire entre héritier légal et institué à cet égard (Piotet, note 6, p. 789). Ainsi si le de cujus laisse trois enfants et qu'il institue un ami héritier du quart de sa succession, on composera quatre lots, un pour chacun des enfants héritiers à raison d'un quart de la succession, et un dernier pour l'héritier institué recevant la quotité disponible de la succession.

182 La loi n'envisage ici que le cas de parts égales dans la succession (pour les parts inégales, voir ci-dessous Titre V.4.2.a)cc)ddd). Or, ce n'est pas toujours le cas, la dévolution légale, notamment, donne assez souvent des droits inégaux aux héritiers, comme par exemple lorsqu'un conjoint est en concours avec plusieurs descendants.

183 Piotet (note 6), p. 788–789.

procéder de cette manière-là chaque fois qu'il y a application du principe de la représentation, soit également au sein des 2e et 3e parentèles. Ainsi, lorsque le de cujus laisse un père et deux sœurs, on composera d'abord deux lots, un pour le père et un pour les deux sœurs, la mère étant représentée dans le cadre de la dévolution légale par ses deux filles; ce second lot sera ensuite scindé en deux autres lots, un pour chacune des deux sœurs.[184]

Dans ses travaux relatifs aux droits cantonaux de l'époque, EUGEN HUBER rapporte que, parmi les nombreuses dispositions que connaissaient les cantons, on trouvait très fréquemment la règle qui veut que chacun des héritiers reçoive à peu près le même type d'actifs et de passifs.[185] Il cite l'exemple du canton des Grisons qui prévoyait spécifiquement que les parts devaient, dans la mesure du possible, contenir une même quantité de biens mobiliers, immobiliers, de créances et de dettes.[186] Cette règle a depuis lors été reprise par le Tribunal fédéral qui la formule ainsi: chaque lot doit autant que possible être composé de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente.[187] On la trouve également dans les droits français[188] et italien.[189] Elle a l'avantage de réaliser une certaine forme d'égalité entre les héritiers: à défaut d'avoir une part de chacun des biens de la succession, l'héritier reçoit les mêmes types de biens que ses cohéritiers.

ddd) Quel rôle pour le tirage au sort?

En fixant pour la composition des lots des critères qui sont fonction de la personne à laquelle le lot est ensuite attribué, le droit suisse a choisi un procédé inhabituel. L'attribution de la succession par le biais de lots a en effet généralement pour caractéristique de séparer clairement les phases de composition et d'attribution. La première doit permettre de composer des lots aussi égaux que possible, sans référence aucune à un éventuel attributaire. La seconde permet de répartir les lots entre les héritiers de manière impartiale,[190] sans référence à leur contenu. Cette manière de procéder, en deux temps, per-

184 Dans le même sens, PIOTET (note 6), p. 789.

185 HUBER (note 18), p. 473.

186 HUBER (note 18), p. 473 s.

187 ATF du 23 mai 2001, 5C.40/2001; ATF 100 II 440.

188 L'article 832 al. 2 CCfr prévoit ainsi que «dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit, autant que possible, être composé, soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente».

189 L'article 727 CCit prévoit ainsi que «(...) le porzioni devono essere formate, previa stima dei beni, comprendendo una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità, in proporzione dell'entità di ciascuna quota».

190 A une certaine époque, on a considéré que c'était la main de Dieu qui intervenait (KRENZ, note 35, p. 54, 76).

met de réaliser l'égalité entre les héritiers, sans laisser de place au pouvoir d'appréciation d'un tiers. On la trouve notamment dans les droits français[191] et italien.[192]

L'article 611 alinéa 3 CC prévoit qu'à défaut d'entente entre les héritiers, les lots, composés sur la base des critères de l'alinéa 2, sont tirés au sort; ce faisant, il assume le risque d'un résultat allant totalement à l'encontre des intérêts des héritiers. Ainsi le chalet placé dans le lot de la fille qui habite en Suisse pourrait, après tirage au sort, être attribué au fils qui habite aux Etats-Unis et ne vient que rarement en Europe ou la bibliothèque de droit revenir à l'enfant qui fait un apprentissage de menuisier plutôt qu'à celui qui vient de terminer ses études de droit.

Piotet, qui relève le caractère équivoque du texte de la loi, considère qu'il couvre en réalité deux processus distincts: d'un côté, la composition de «parts» («Teile»), que les héritiers conviennent de se répartir entre eux, de l'autre, la formation de «lots» («Lose») qui seront, eux, tirés au sort. Dans le premier cas, les lots sont composés sur la base des critères de l'article 611 alinéa 2 CC.[193] Ils ne sont attribués aux héritiers qu'avec leur accord unanime. La seconde procédure est subsidiaire à la première en ce sens qu'elle entre en ligne de compte lorsque les héritiers n'ont pu se mettre d'accord sur la répartition des parts. Les lots sont composés et ensuite tirés au sort; la composition intervient sans référence aux critères de l'article 611 alinéa 2 CC, mais par une répartition aussi égale que possible des biens de même consistance entre les lots.[194]

La proposition de Piotet nous semble difficilement compatible avec le texte de la loi. On ne peut en effet déduire deux procédures de l'article 611 CC. Même s'il est vrai que le texte de l'article 611 alinéa 1 CC, dans sa version allemande et italienne, ne parle pas seulement de lots mais aussi de parts, on ne peut en tirer une volonté du législateur de prévoir deux procédures, car le reste du texte, tout particulièrement l'alinéa 2 et la note marginale, ne parle que de lots. Or, selon la proposition de Piotet, l'alinéa 2 devrait envisager uniquement des parts, non des lots. Il est à notre avis bien plus vraisemblable que le législateur ait simplement souhaité reprendre les deux terminologies utilisées dans les droits cantonaux.[195]

---

191 Voir ci-dessous Titre VII.2.2.a).

192 Voir ci-dessous Titre VII.3.2.

193 Piotet (note 6), p. 786 ss.

194 Piotet (note 6), p. 788 ss.

195 Ainsi, le droit du canton des Grisons utilisait le terme de Erbteile (Huber, note 18, p. 473–474), tandis que le canton de Fribourg, sur le modèle du droit français, parlait de lots (idem, p. 478).

Malgré le caractère équivoque du texte, nous sommes d'avis que l'article 611 CC ne prévoit qu'une seule manière de faire. Comme nous l'avons vu, l'article 611 alinéa 2 CC indique à l'autorité comment elle doit composer les lots; l'alinéa 3 prévoit ensuite qu'il est procédé au tirage au sort en cas de désaccord des héritiers. Dans la conception de l'époque le tirage au sort permettait de clore le partage au sens de l'article 634 CC.[196] Il exerçait donc une certaine pression sur les héritiers[197] qui se trouvaient devant le choix suivant: accepter les lots composés par l'autorité, sur la base notamment de critères propres à leur personne, ou risquer un tirage au sort avec toute la part d'incertitude que cela comporte. En l'absence de la possibilité de faire revoir la décision par un juge,[198] les héritiers étaient donc incités à accepter le plan de partage qui leur était proposé. Le tirage au sort offrait donc un véritable moyen de résolution des conflits avec, en outre, pour avantage de donner un résultat impartial, parfois plus facile à accepter que la décision d'une personne qui, à tort ou à raison, peut être soupçonnée de partialité.

Aujourd'hui, on considère que le tirage au sort ne clôt pas le partage; il ne représente pas même un accord contraignant pouvant, cas échéant, être soumis à exécution forcée.[199] Ainsi, les héritiers insatisfaits du résultat du tirage au sort ont tout loisir de s'y opposer, en refusant la réception des lots prévue à l'article 634 CC. Le tirage au sort ne peut donc plus avoir pour fonction de permettre à l'autorité d'arriver à une décision qui règle l'ensemble du litige. Seule l'acceptation du résultat du tirage au sort suivie de la réception des lots permet de clore le partage.

A cela s'ajoute le fait que désormais il est admis que les héritiers peuvent avoir recours au juge pour le partage de la succession. Comme nous l'avons vu, le rôle du juge dans le partage s'est considérablement accru depuis l'entrée en vigueur du code civil. Alors qu'il n'était à l'origine même pas envisagé par certains, ou de manière très ponctuelle par d'autres, le pouvoir du juge d'effectuer le partage de la succession est aujourd'hui reconnu par tous. Cette évolution a dans la foulée supprimé la nécessité du tirage au sort pour résoudre de manière définitive et contraignante l'ensemble des opérations de partage. Le juge est désormais compétent pour le faire.

---

196 Tuor/Schnyder (note 11), p. 720 s.

197 Dans le même sens, Druey (note 11), § 16 n. 83.

198 A en croire Rossel/Menta (note 17), il s'agissait effectivement d'une «décision» de l'autorité qui n'était pas susceptible d'être revue en justice: «Les lots seront composés ex æquo et bono, et il ne semble point douteux que les cantons n'accorderont pas de recours contre les décisions de l'autorité qui aura été désignée comme compétente», p. 680.

199 Escher Junior (note 138), Art. 611 n. 15; Tuor/Piceno ni (note 138), Art. 611 ZGB n. 6 et Art. 634 ZGB n. 3 s.; Schaufelberger (note 7), Art. 611 ZGB n. 10, Art. 634 ZGB n. 3; Tuor/Schnyder (note 11), p. 720 ss; Steinauer (note 9), n. 1273.

A notre avis, le tirage au sort ne doit donc plus être utilisé pour la répartition des lots. Par son caractère impartial, il présente certes l'avantage de réaliser l'égalité entre les héritiers. Il ne faut toutefois pas oublier qu'il ne s'agit que d'une égalité abstraite, qui ne tient pas compte des intérêts et de la situation personnelle des héritiers, au sens de l'article 611 alinéa 2 CC.[200] Dans ce contexte, le tirage au sort peut aboutir à des résultats allant à l'encontre du bon sens. Le juge a par contre la faculté de réaliser une égalité concrète, matérielle; dans sa décision, il peut évaluer les circonstances du cas d'espèce, notamment la situation personnelle différente de l'un ou de l'autre des héritiers. C'est à notre avis plus satisfaisant.

Le tirage au sort présente de plus un inconvénient majeur: il exige de composer des lots de valeur égale. Lorsque les parts des héritiers dans la succession sont inégales, il faut ainsi composer des lots correspondant au plus petit commun dénominateur des parts héréditaires. Cela peut donner des lots assez petits et, selon l'interprétation qui est actuellement donnée à l'article 612 alinéa 2 CC,[201] conduire plus facilement à la vente des biens importants de la succession.[202] C'est une situation d'autant plus ennuyeuse qu'il est assez fréquent d'avoir des parts successorales inégales dans une succession, comme par exemple lorsqu'un conjoint est en concours avec deux descendants ou plus.[203]

A la différence de l'opinion de Piotet, nous pensons que, lorsque d'autres critères permettent clairement d'attribuer les biens à l'un ou l'autre des héritiers, il ne doit pas y avoir de tirage au sort. Ainsi pour rependre son exemple,[204] si le de cujus exploite avec l'aide d'un de ses deux fils, qui est mécanicien, un atelier dont il est propriétaire, alors que l'autre fils est avocat, il faudrait attribuer ledit atelier au premier fils et non prendre le risque d'un tirage au sort qui pourrait l'attribuer au second. Nous sommes d'avis que le tirage au sort doit être vu comme un critère ponctuel de décision, permettant d'attribuer certains biens à un lot plutôt qu'à un autre. Ainsi, le juge ne composera pas des lots en utilisant les critères matériels de la loi pour ensuite les

---

200 Certains considèrent même que «l'égalité du hasard est une fausse égalité» (Laurent, dans les Principes de droit civil français, tome X, cité par Henri Pascaud, La réforme des partages et la liberté de composition des lots, Revue critique de législation et de jurisprudence 1899, p. 566 ss, 577–578).

201 Voir ci-dessus Titre V.4.2.a)bb).

202 A ce propos, voir ci-dessus Titre V.4.2.a)bb).

203 A ce propos, il est d'ailleurs intéressant de se rappeler qu'à l'origine, dans l'avant projet d'Eugen Huber, le tirage au sort ne devait pas poser de difficulté dans l'hypothèse d'un conjoint survivant en concours avec des descendants. En effet, l'avant-projet de 1895 ne lui conférait qu'un droit d'usufruit. C'est le projet du Conseil fédéral, adopté ensuite par les Chambres, qui a introduit la faculté pour le conjoint d'opter entre une part d'un quart de la succession en pleine propriété ou l'usufruit de la moitié (Rossel/Menta, note 17, p. 503).

204 Piotet (note 138), p. 210.

tirer au sort, il les formera en tenant compte de l'héritier auquel ils sont destinés. Le tirage au sort n'entre alors en ligne de compte que si les critères de l'article 611 alinéa 2 CC, y compris le principe de la répartition homogène des divers types de biens entre les lots, ne permettent pas d'attribuer le bien au lot de l'un plutôt que de l'autre.[205] On peut ainsi imaginer tirer au sort les parts d'un bien qui a fait l'objet d'une division en nature; le sort pourrait aussi par exemple permettre de trancher entre les demandes d'attribution d'un bien formulées par deux héritiers qui invoquent l'un et l'autre des considérations sentimentales (l'héritier a un attachement particulier pour cet objet, cela lui rappelle un souvenir heureux, etc.) difficiles à établir.

b) Les règles relatives à certains objets

aa) Le logement et le mobilier du ménage

L'article 612a CC octroie au conjoint le droit de demander à ce que le logement et le mobilier du ménage lui soit attribué, en imputation sur sa part.[206] En vertu de la loi sur le partenariat enregistré (LPart), le partenaire bénéficiera d'un même droit dès le 1er janvier 2007.

Il s'agit d'un droit préférentiel d'attribution, autrement dit d'un droit à ce que les biens soient attribués au conjoint, respectivement au partenaire enregistré, de préférence à d'autres héritiers.[207] Il doit permettre au conjoint de maintenir le mode de vie qui était le sien jusque là.

L'article 612a CC a pour objet la maison ou l'appartement qu'occupaient les époux, respectivement les partenaires enregistrés; il ne fait pas de distinction entre maison principale ou secondaire. Il faut que, conformément à la volonté des intéressés, les lieux aient durablement servi, ou dû servir, à les loger. Ce sera, en règle générale, le dernier logement commun.[208] Il faut en outre que le survivant envisage d'y avoir, à l'avenir, son centre de vie.[209]

Le droit à l'attribution est par contre exclu pour les locaux dans lesquels le défunt exerçait une profession ou exploitait une entreprise et qui sont né-

---

205 Dans le même sens: Druey (note 11), § 16 n. 90.

206 L'article 612a CC est le pendant successoral des articles 219 et 244 CC. Il présente de l'intérêt avant tout lorsque les conjoints vivaient sous le régime de la séparation de biens ou lorsque la dissolution du régime matrimonial ne confère pas ou très peu de droits au conjoint (Steinauer, note 9, n. 1258; Tuor/Schnyder, note 11, p. 682; Schaufelberger, note 7, Art. 612a ZGB n. 3).

207 Le Tribunal fédéral considère que l'article 612a CC est de droit dispositif (ATF 119 II 323), ce qui permet au de cujus d'en écarter l'application par disposition à cause de mort; contra: Jean Nicolas Druey, Art. 612a ZGB – wirklich nur dispositiv?, PJA 1993, 126 ss.

208 Schaufelberger (note 7), Art. 612a ZGB, n. 6; Richard Schleiss, Hausrat und Wohnung in der Güterstandsauseinandersetzung und Erbteilung, Hergiswil 1989, p. 43 et 70 ss.

209 Seeberger, (note 11), p. 150; Schaufelberger (note 7), Art. 612a ZGB n. 11.

cessaires à un descendant pour continuer cette activité.[210] C'est le cas lorsque habitation et exploitation commerciale sont étroitement liées.[211] Si les circonstances le justifient, un usufruit ou un droit d'habitation peut être attribué au conjoint, respectivement au partenaire enregistré, sur sa demande ou celle des autres héritiers légaux.

Le droit d'attribution préférentielle porte également sur le mobilier du ménage. Il s'agit du mobilier utilisé en commun par les conjoints, respectivement les partenaires enregistrés, au moment du décès du de cujus. Il faut que le mobilier soit nécessaire au survivant pour continuer à vivre comme il le faisait jusque là, sans devoir à nouveau meubler son logement; c'est le but de la disposition. La notion de bien nécessaire au ménage doit être appréciée sur la base du niveau de vie et des usages du milieu dans lequel vivaient les conjoints, respectivement les partenaires enregistrés.[212] Cette notion est importante puisqu'elle va tracer la limite entre ce qui peut être attribué de manière préférentielle et ce qui sera partagé entre tous les héritiers, selon les règles générales des articles 610 ss CC. Les meubles, la vaisselle, la chambre à coucher, certains objets d'art décorant le logement, s'ils n'ont pas une valeur particulièrement élevée,[213] pourront ainsi être attribués au survivant.

Le droit d'attribution préférentielle peut être invoqué en justice dans le cadre de l'action en partage.[214]

bb) Les objets formant un tout

Aux termes de l'article 613 alinéa 1 CC, les objets formant un tout ne sont point partagés, si un héritier s'y oppose. Par «objets formant un tout», il faut entendre un ensemble de biens qui ont entre eux un lien économique. Il n'est pas nécessaire que le partage puisse entraîner une diminution de valeur.[215] On peut penser à une collection d'œuvres d'art, un service de table, une bibliothèque spécialisée, une collection de timbres, une paire de boucles d'oreille,

---

210 Art. 612a al. 3 CC.

211 Par exemple lorsque le de cujus avait crée un salon de coiffure dans son appartement et qu'un descendant reprend l'activité ou lorsque la maison familiale comprend le logement de la famille juste au-dessus de l'atelier (Seeberger, note 11, p. 148 note 87; Schleiss, note 208, p. 138 s.). Il faut toutefois apprécier de manière restrictive les cas dans lesquels le logement est nécessaire à la continuation de l'activité (Schaufelberger, note 7, Art. 612a ZGB n. 20–23).

212 Seeberger (note 11), p. 153.

213 Exemples tirés de Schaufelberger (note 7), Art. 612a ZGB n. 8.

214 Schaufelberger (note 7), Art. 612a ZGB n. 18.

215 Tuor/Piceroni (note 138), Art. 613 ZGB n. 5; Schaufelberger (note 7), Art. 613 ZGB n. 7; Tuor/Schnyder (note 11), p. 681; Alois Etter, Sachinbegriffe und unteilbare Einzelsachen bei der Erbteilung, Berne 1956, p. 67 s.; Merz (note 138), p. 99 s.; contra: Seeberger (note 11), p. 186s; Piotet (note 6), p. 794; Escher Junior (note 138), Art. 613 ZGB n. 3.

un complet, la table et les chaises d'une salle à manger.[216] L'entreprise en raison individuelle est un ensemble organisé de choses, de droits et de relations de fait appliqué à une activité économique.[217] A notre avis, elle tombe également sous le coup de l'article 613 alinéa 1 CC.[218] Ceci vaut également pour le paquet d'actions si celui-ci confère une part importante des droits de vote dans la société.[219]

L'article 613 alinéa 3 CC confère à l'autorité, à défaut d'entente entre les héritiers, le pouvoir d'attribuer ces objets à l'un des héritiers, ou de les vendre. Cette compétence vaut, d'après nous, tant pour les objets de l'alinéa 1 que pour ceux de l'alinéa 2, comme le montre la structure de l'article.[220] La loi indique que l'attribution peut avoir lieu sans imputation. Le juge ne peut toutefois écarter celle-ci que dans des cas très particuliers; il s'agit essentiellement des papiers de famille, traités à l'article 613 alinéa 2 CC, qui n'ont généralement pas de valeur marchande. Il est exclu que le juge puisse attribuer, sans imputation, d'autres biens dotés d'une valeur marchande importante, comme c'est le cas en général pour une entreprise.

Pour se prononcer, l'autorité tiendra compte des usages locaux et, à défaut, de la situation personnelle des héritiers. Il faut à notre avis admettre de manière restrictive l'existence d'usages locaux justifiant une attribution différente de celle résultant des circonstances personnelles, pour les biens de grande valeur spécifiquement. Il faut en particulier éviter de fonder un jugement sur des critères qui contreviendraient au principe de l'égalité entre homme et femme. D'une manière générale, on peut constater que les usages tendent à perdre de leur importance.[221]

La loi ne définit pas la manière d'apprécier la situation personnelle des héritiers. On peut envisager de nombreux critères (domicile, âge, situation professionnelle, santé, situation de famille, importance de la part héréditaire, aptitude à payer ou garantir une éventuelle soulte, etc).[222] Le recours à des critères aussi peu définis nous paraît nécessaire étant donné que l'article 613 alinéa 3 CC se réfère à l'attribution d'objets dont la nature peut être très différente. Il pourrait s'agir d'une collection de tableaux, d'un service de table ou d'une entreprise par exemple. Pour cette dernière, nous pensons toutefois qu'il serait fortement souhaitable de créer une norme spécifique qui permette

---

216 Seeberger (note 11), p. 185; cf. également Schaufelberger (note 7), Art. 613 ZGB n. 3; Steinauer (note 9), n. 1270; Piotet (note 6), p. 794.

217 Steinauer (note 169), n. 92.

218 Seeberger (note 11), p. 225 ss; Steinauer (note 9), n. 1270, note de bas de page 74.

219 Steinauer (note 9), n. 1270; Piotet (note 6), p. 794; Tuor/Schnyder (note 11), p. 681.

220 Steinauer (note 9), n. 1281a, qui doute toutefois que l'autorité ait une compétence de décision; contra: Druey (note 11), § 16 n. 87; Escher Junior (note 138), Art. 613 ZGB n. 8.

221 A propos des usages locaux, voir également Titre V.4.2.a)cc)bbb).

222 A propos du critère de la situation personnelle, voir également Titre V.4.2.a)cc)bbb).

de fixer des critères d'attribution précis. Le législateur devra se demander si les critères pourraient être par exemple l'aptitude à reprendre l'entreprise, la volonté de l'exploiter personnellement, le fait d'avoir été personnellement impliqué dans l'exploitation avant le décès ou les moyens financiers à disposition. On pourrait aussi se demander s'il ne serait pas approprié d'avoir une certaine flexibilité dans la détermination de la valeur d'attribution et/ou dans les délais de paiement d'une éventuelle soulte.

A ce propos il convient de se rappeler qu'EUGEN HUBER avait en son temps fait la proposition d'accorder à l'autorité le pouvoir d'attribuer aussi les entreprises non agricoles.[223] Le législateur avait préféré limiter le pouvoir d'attribution aux exploitations agricoles, sous réserve de l'existence d'une industrie accessoire.[224] Il conviendrait à notre avis de se reposer la question. Le législateur français, qui révise le partage successoral, prévoit d'étendre le régime de l'attribution préférentielle, qu'il connaît déjà pour les exploitations agricoles et les entreprises familiales, à toute les formes d'activité commerciale, sans faire de distinction selon le type d'entreprise ou le mode d'exploitation (société de personnes, de capitaux ou raison individuelle).[225]

Par ailleurs, il est surprenant que la loi confère ici une compétence d'attribution à une autorité, qui peut être administrative si les garanties de l'article 6 CEDH sont respectées. C'est d'autant plus surprenant que le juge dispose d'une compétence concurrente à cet égard. De lege ferenda, il serait à notre avis souhaitable de la confier exclusivement à une autorité judiciaire, comme pour l'attribution des exploitations agricoles.

cc) Les papiers de famille et biens d'affection

Les papiers de famille et objets ayant une valeur d'affection, tels que les portraits, récompenses, décorations, diplômes, lettres, actes de naissance ou de mariage, arbre généalogique, album de photos, ne sont point vendus si un héritier s'y oppose. Ils seront attribués à l'un d'entre eux, avec ou sans imputation. La loi confère à l'autorité, à l'article 613 alinéa 3 CC, le pouvoir d'attribuer l'objet à un héritier.

Contrairement à certaines des règles posées dans ce chapitre de la loi – c'est-à-dire celui relatif à certains objets en particulier, Eugen HUBER a, pour les papiers de famille et biens d'affection, introduit une disposition qui ne figurait pas déjà dans les droits cantonaux de l'époque.[226] Il s'agissait ainsi en 1907 d'une nouveauté, qui répondait d'ailleurs à un besoin évident de conser-

223 HUBER (note 3), p. 192 et art. 607 AP.

224 Article 625 aCC, art. 15 al. 2 LDFR.

225 Pour plus de détails, voir ci-dessous Titre VII.2.2.b).

226 HUBER (note 3), p. 191, avec renvoi à son ouvrage intitulé System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, vol. 2, Bâle 1888, p. 473 ss.

ver ces biens parmi les héritiers. Ils ont en effet souvent une valeur affective et représentent un souvenir pour l'un ou l'autre. Ils auront en règle générale pas ou peu de valeur économique.[227]

L'article 613 CC faisait l'objet de deux dispositions dans l'avant-projet d'Eugen HUBER, les articles 601 et 602 AP. C'est ce dernier qui traitait des papiers de famille et objets ayant une valeur d'affection.[228] Le Département fédéral de Justice et Police les a réunis en un seul article, dans l'avant-projet de 1900 (art. 626 AP2). Il en a ensuite modifié le texte, dans l'avant-projet de 1903,[229] de façon à mettre en évidence le fait que les papiers de famille et objets ayant une valeur d'affection ne sont point vendus si l'un des héritiers s'y oppose. L'article 626 AP3 précisait qu'ils seraient «remis tous ensemble à l'un des héritiers», si l'un d'eux en faisait la demande, précision qui a été ensuite supprimée devant les Chambres fédérales.

Chacun des héritiers peut s'opposer à la vente des papiers de famille et objets d'affection. Sur demande, l'autorité peut les attribuer, avec ou sans imputation; elle peut également ordonner des enchères entre héritiers.[230]

---

227 SCHAUFELBERGER (note 7), Art. 613 ZGB n. 5; STEINAUER (note 9), n. 1275a.

228 Il était à l'origine formulé de la façon suivante:

4. Prescriptions relatives à certains objets. b. Objets ayant une valeur d'affection; papiers de famille.

[1]Ne seront point partagés, si l'un des héritiers s'y oppose, mais attribués à l'un d'eux, les objets qui ont une valeur particulière d'affection pour tous les cohéritiers ou quelqu'un d'entre eux, ainsi que les papiers de famille. [2]Faute par les héritiers de s'entendre, l'autorité décide également d'après les directions fournies à l'article précédent.

L'article 601 prévoyait à son alinéa 2 que «Faute par les héritiers de s'entendre, l'autorité décide de l'attribution de ces objets, en tenant compte des usages locaux, de la situation personnelle des héritiers et des vœux de la majorité d'entre eux.».

En allemand: «4. Vorschriften über besondere Gegenstände. a. Zusammengehörende Sachen. [1] Gegenstände, die ihrer Natur nach zusammengehören, als Werkzeugeinrichtungen, Mobiliar, Schmucksachen, Sammlungen und Bibliotheken, sollen, wenn einer der Erben der Teilung widersprucht, nicht auseinander genommen, sondern einem unter ihnen als Ganzes zugewiesen werden. [2] Können sie sich darüber nicht einigen, so entscheidet die Behörde über die Zuweisung unter Berücksichtigung des Ortsgebrauches, der persönlichen Verhältnisse und der Wünsche der Mehrheit der Miterben. – b. Gegenstände von Erinnerungswert, Familienschriften. [1] Gegenstände, die für die Familie oder für einen der Erben einen besondern Erinnerungswert haben, sowie Familienschriften, sollen, wenn einer der Erben widerspricht, nicht geteilt, sondern einem unter ihnen zugewiesen werden. [2] Können sie sich über diese Zuweisung nicht einigen, so trifft die Behörde auch hierüber nach den in den vorhergehenden Artikeln angeführten Erwägungen die Entscheidung».

229 Ci-après: AP3.

230 SCHAUFELBERGER, (note 7), Art. 613 ZGB n. 11; TUOR/PICENONI (note 138), Art. 613 ZGB n. 22; TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 681; STEINAUER (note 9), n. 1275a, qui doute toutefois que l'autorité ait un pouvoir de décision à cet égard; contra: SEEBERGER (note 11), p. 182 s.

dd) Les créances du défunt envers un des héritiers

Les créances que le défunt avait contre l'un des héritiers sont imputées sur la part de celui-ci dans la succession. Cela permet d'éviter que les cohéritiers du débiteur portent le risque de son insolvabilité.

Dans le cadre de l'action en partage, le juge a la compétence d'attribuer la créance à l'héritier débiteur; elle s'éteindra alors par confusion.[231]

ee) Biens meubles d'une entreprise agricole

L'article 613a CC a été introduit par la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR). Il permet à l'héritier du fermier d'une entreprise agricole qui poursuit seul le bail de demander que l'ensemble des biens meubles, à savoir, entre autres, le bétail, le matériel et les provisions, lui soient attribués en imputation sur sa part. L'attribution intervient à la valeur d'exploitation.

Il s'agit d'un droit d'attribution que l'intéressé peut, cas échéant, faire valoir devant le juge du partage.

4.3. Analyse intermédiaire

La loi donne des règles matérielles d'ordre général et des règles dont le contenu est propre à un type de biens en particulier. L'article 611 CC a quant à lui une nature mixte, mi-formelle, mi-matérielle. Il prévoit en effet un «processus» qui doit conduire à une décision avec, d'une part, des critères matériels sur la répartition des biens entre les héritiers et, de l'autre, des éléments procéduraux quant à la manière de composer les lots et surtout de trancher un éventuel conflit.

Conformément à l'article 611 CC, l'autorité compétente forme des lots qui seront ensuite tirés au sort. Se pose la question de savoir si, dans le cadre du partage judiciaire, le juge doit procéder de la même manière, ou s'il peut au contraire décider de l'attribution des biens, sur la base notamment des critères de la loi, sans recourir au tirage au sort. Comme nous l'avons vu, les avis sont à cet égard assez divergents. Tandis que certains estiment que le juge doit décider de l'attribution des biens, selon ce qui lui paraît raisonnable dans les circonstances du cas d'espèce et ne peut s'en remettre au sort, sauf cas très exceptionnel,[232] d'autres considèrent que le juge doit recourir à la procédure des lots avec tirage au sort, toutes les fois où il n'y a pas de règles d'attribution

231 Schaufelberger (note 7), Art. 614 ZGB n. 4; Steinauer (note 9), n. 1276.

232 Seeberger (note 11), en particulier p. 65 ss et 80 s.; Tuor/Piceno ni (note 138), Art. 604 ZGB n. 4g; Schaufelberger (note 7), Art. 612 ZGB n. 10.

spécifiques découlant de la loi (par exemple l'article 612a CC) ou prévues par le de cujus;[233] d'autres encore pensent que le juge doit s'en remettre au tirage au sort chaque fois que les critères de l'article 611 alinéa 2 CC ne sont pas suffisamment précis pour pouvoir attribuer un bien à un héritier plutôt qu'à un autre.[234]

Le juge est tenu de procéder au partage dans le respect des règles posées par la loi. Il procédera donc à la composition de lots,[235] comme le prévoit l'article 611 CC. Pour ce faire, il tiendra compte des règles de partage posées par le de cujus, des règles matérielles spéciales des articles 612a et suivants du code civil et des critères généraux découlant des articles 610 à 612 CC. Le fait de recourir à la composition de lots pour effectuer le partage a, entre autres, pour avantage de lui permettre, subsidiairement aux autres critères, de s'appuyer sur la règle d'origine coutumière qui veut que les lots contiennent dans la mesure du possible des éléments de chaque catégorie de biens (meubles, immeubles, créances, etc.). C'est une manière de faire qui est conforme au principe de l'égalité entre les héritiers et le réalise de la façon la plus proche qui soit du partage en nature: à défaut de donner aux héritiers une partie de chacun des objets de la succession, on leur donne des objets de même type, de même catégorie. Il s'agit d'un avantage auquel il n'y a, à notre avis, pas de raison de renoncer dans le cadre du partage judiciaire et cela justifie de composer des lots avec l'ensemble des biens de la succession, qu'ils fassent l'objet de règles spécifiques ou non.

Quant au tirage au sort, nous avons vu qu'il a perdu l'intérêt qui était le sien. Ceci vaut également, selon nous, dans le cadre du partage judiciaire. Le fait que le sort permette de trancher de manière impartiale ne suffit pas, à notre avis, lorsqu'il existe des critères suffisamment pertinents pour justifier l'attribution d'un bien à l'un ou à l'autre des héritiers.

VI. L'intervention de tiers dans le partage

1. Remarqués préliminaires

Plusieurs tiers (expert, notaire, etc.) ou entités peuvent être appelés à intervenir dans le cadre des opérations de partage. Nous nous pencherons ici sur deux interventions en particulier: celle de l'autorité compétente et celle de l'exécuteur testamentaire.

---

233 Piotet (note 138), p. 209 s.

234 Druey (note 11), § 16 n. 85 et 89.

235 ATF non publié du 23 mai 2001, 5C.40/2001, consid. 6c).

2. *L'autorité compétente*

2.1 Généralités

L'avant-projet d'Eugen HUBER souhaitait donner un rôle important à l'autorité dans le partage. Ainsi l'article 596 AP prévoyait-il que l'autorité fait le partage à la demande des héritiers ou si le défunt en a ainsi ordonné. Mais la Commission d'experts (grande Commission) chargée de l'examen de l'avant-projet n'en a pas voulu.[236] Dans la version finalement adoptée par le Parlement, l'autorité a un rôle nettement moins étendu. On est passé d'un pouvoir qui, selon les circonstances, pouvait être large à une intervention plus ponctuelle.

A l'article 609 CC, la loi règle le concours de l'autorité dans le cadre du partage. Elle retient deux cas: le concours à la place de l'héritier[237] et le concours dans les cas prévus par la législation cantonale.[238] Mais l'autorité est également appelée à former les lots sur requête d'un héritier, en vertu de l'article 611 CC. Finalement, les articles 612 alinéa 3 et 613 alinéa 3 CC lui donnent des compétences ponctuelles de décision.

Nous allons reprendre ici ces différentes hypothèses. Nous conclurons le chapitre en nous interrogeant sur les compétences respectives du juge et de l'autorité qui, nous avons eu l'occasion de le voir, suscitent des discussions en doctrine.

2.2. Le concours de l'autorité

a) Le concours à la place de l'héritier

Comme nous l'avons vu, le partage relève en principe de la compétence des héritiers.[239] L'intervention de l'autorité dans le partage à la requête d'un héritier en constitue une exception.[240] L'article 609 alinéa 1 CC donne en effet au créancier qui a acquis ou saisi la part d'un héritier, ou possède contre lui un acte de défaut de biens, le droit de requérir l'intervention de l'autorité dans le partage.

La requête est formulée par le créancier. Si la procédure de partage a déjà été entamée et qu'un créancier a requis la réalisation de la part saisie, c'est l'office des poursuite qui en fait la requête.[241] L'autorité compétente est dési-

236 Voir ci-dessus Titre IV.3.2.
237 Art. 609 al. 1 CC.
238 Art. 609 al. 2 CC.
239 Voir ci-dessus Titre IV.2.
240 ATF 114 II 418, 419.
241 ATF 110 III 46.

gnée par le droit cantonal.[242] Ce peut être une autorité judiciaire ou administrative, mais pas l'office des poursuites.[243]

L'autorité prend alors la place de l'héritier dans le partage.[244] Son intervention permet d'éviter que le créancier ne soit désavantagé, ce qui pourrait arriver en cas de collusion entre le débiteur et ses cohéritiers.[245] En exerçant les droits de l'héritier débiteur, elle doit en premier lieu chercher à protéger les intérêts du créancier.[246] Elle n'a toutefois pas plus de pouvoir qu'un héritier et les autres héritiers ne lui sont pas subordonnés.[247] Elle n'a ainsi pas la compétence de diriger les opérations de partage ou de prendre seule des décisions; sa voix permet par contre de faire obstacle aux décisions unanimes des héritiers.[248]

Son activité vise à amener les héritiers à partager la succession.[249] Comme tout héritier, elle peut requérir le partage.[250] En règle générale, elle cherchera d'abord à réaliser un partage partiel pour obtenir la part de l'héritier débiteur; c'est dans l'intérêt du créancier que sa créance soit exécutée aussi vite que possible. Si cela ne s'avère pas possible, en raison de l'opposition des héritiers ou de l'un d'entre eux, elle cherchera à obtenir la réalisation du partage de la succession dans son ensemble.[251]

b) Le concours dans les cas prévus par la législation cantonale

La loi réserve à l'article 609 alinéa 2 CC la possibilité pour les cantons de prévoir une intervention de l'autorité dans d'autres cas encore que celui prévu à l'alinéa 1.

Le concours de l'autorité a essentiellement pour objet la conduite de la procédure et l'élaboration d'un projet de partage. La législation cantonale peut prévoir que l'autorité interviendra d'office, par exemple lorsqu'un héritier n'a pas l'exercice des droits civils[252] ou si son lieu de résidence est inconnu. Elle ne doit toutefois pas porter atteinte à la liberté des héritiers de

242 Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 2.
243 ATF 71 III 99; 61 III 160.
244 ATF 129 III 316; 110 III 46.
245 Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 1.
246 Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 12.
247 Canova (note 113), p. 47, voir également ATF 129 III 316.
248 ATF 129 III 316; 114 II 418 s.; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 571; Steinauer (note 9), n. 1249; Canova (note 113), p. 50.
249 Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 12.
250 ATF 129 III 316. Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 12 et 14; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 571; Steinauer (note 9), n. 1249c; Piotet (note 6), p. 777; Tuor/Picenoni (note 138), Art. 609 n. 13; contra: Escher junior (note 138), Art. 609 ZGB n. 14.
251 ATF 129 III 316. Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 14.
252 Dans un tel cas, des mesures tutélaires devront également être prises (ATF 114 II 418, 420).

partager la succession, par un acte de partage ou la remise des lots. Ainsi, elle ne peut soumettre le caractère contraignant du contrat de partage passé entre les héritiers à l'approbation de l'autorité.[253]

2.3. L'aide dans la composition des lots

Outre une intervention obligatoire, en vertu de l'article 609 alinéa 1 CC, la loi prévoit, comme nous l'avons déjà vu, que l'autorité doit prêter main forte aux héritiers lorsqu'ils n'arrivent pas à se mettre d'accord et que l'un d'entre eux en fait la requête (art. 611 CC).[254]

L'autorité ne dispose pas du pouvoir d'attribuer les lots aux héritiers. L'alinéa 3 de l'article 611 souligne que les héritiers ont la possibilité de se mettre d'accord sur la répartition de ces lots; à défaut, ils sont tirés au sort. Le résultat du tirage au sort ne vaut cependant pas accord de partage selon la doctrine et la jurisprudence.[255] Le résultat obtenu devra donc encore faire l'objet d'un accord; il interviendra au moment de la remise des lots, ou par une convention écrite de partage qui le constate.

Lorsque l'autorité concourt au partage, elle ne fait que prêter son aide dans un partage qui reste un partage conventionnel. Ce n'était pas l'idée d'Eugen Huber qui, dans son avant-projet considérait que l'autorité pouvait «faire» le partage; mais c'est le sens que la grande Commission d'experts a voulu lui donner et qui a été voté par le Parlement. Le succès de l'intervention de l'autorité reste aujourd'hui très dépendant de la volonté des héritiers. S'il est vrai que la requête de l'un d'entre eux seulement met la procédure en branle, le résultat doit être accepté par tous pour qu'un partage puisse être conclu. L'autorité essaiera donc généralement de favoriser un accord qui permette de clore le partage.

2.4. Un pouvoir ponctuel de décision

Dans deux cas, le code civil confère expressément un pouvoir de décision à l'autorité compétente: 1) lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le mode de vente aux enchères d'un bien, et 2) pour l'attribution ou la vente des biens prévus à l'article 613 alinéas 1 et 2 CC.

---

253 ATF 114 II 418, 420; 62 II 129. Tuor/Schnyder (note 11), p. 675 s.; Schaufelberger (note 7), Art. 609 ZGB n. 11; Steinauer (note 9), n. 1282.

254 Parmi d'autres: Tuor/Schnyder (note 11), p. 677.

255 Voir ci-dessus Titre V.4.2.a)cc)ddd).

1. Lorsque la vente d'un bien doit être envisagée, car sa valeur dépasse de manière significative celle des lots et il ne peut être divisé sans perte notable de valeur, la loi prévoit qu'elle se fera aux enchères si l'un des héritiers le demande. Si les héritiers n'arrivent pas à s'entendre sur le mode des enchères, la loi confère à l'autorité le pouvoir de décider si elles seront publiques ou n'auront lieu qu'entre héritiers.[256]
2. En vertu de l'article 613 alinéa 3 CC, l'autorité compétente a le pouvoir de décider de la vente ou de l'attribution des objets formant un tout, des papiers de famille et des choses qui ont une valeur d'affection.[257] Elle tient compte des usages locaux et, à défaut, de la situation personnelle des héritiers.

Le pouvoir d'attribution de l'autorité, au sens de l'article 613 alinéa 3 CC, est controversé, notamment pour les objets formant un tout. Certains l'excluent, considérant que l'alinéa 3 ne peut se rapporter qu'à l'alinéa 2, c'est-à-dire aux papiers de famille et aux choses ayant une valeur d'affection.[258] D'autres pensent que le pouvoir de l'autorité lui permet en fait d'attribuer les biens visés à l'article 613 CC à un lot.[259] Finalement SEEBERGER considère qu'en reconnaissant un pouvoir de décision à l'autorité, l'article 613 alinéa 3 CC contrevient au partage des compétences entre le juge et l'autorité, de sorte qu'il faut y voir un pouvoir d'attribution du juge seulement.[260]

Il est difficile sur la base du texte de la loi de considérer que l'alinéa 3 de l'article 613 n'a pour objet que l'un ou l'autre des deux alinéas précédents.[261] Les travaux préparatoires montrent d'ailleurs que, si elles faisaient l'objet de deux articles distincts, les catégories de biens visées à l'article 613 CC pouvaient faire l'objet d'une attribution de l'autorité.[262] De plus, l'alinéa 3, outre l'attribution par l'autorité, envisage la vente. Ceci n'a de sens que pour les objets prévus à l'alinéa 1, soit ceux qui par leur nature forment un tout, puisque les papiers de famille et les choses ayant une valeur d'affection ne peuvent être vendus quand un héritier s'y oppose (alinéa 2).

Il est toutefois étonnant que le législateur ait prévu un pouvoir d'attribution à l'article 613 CC, notamment pour les objets formant un tout, mais y ait renoncé pour les objets qui ne peuvent être divisés sans perte notable de va-

256 Art. 612 al. 3 CC.

257 Voir ci-dessus Titre V.4.2.b)bb) et cc).

258 DRUEY (note 11), § 16 n. 87.

259 PIOTET (note 6), p. 794 s. et 801 ss; conformément à l'article 611 CC, les lots sont ensuite répartis entre les héritiers selon leur accord ou tirés au sort. Avec l'accord des héritiers, elle peut toutefois prévoir une attribution à l'un d'entre eux PIOTET (note 6), p. 806–807.

260 SEEBERGER (note 11), p. 188 s.

261 Dans le même sens: STEINAUER (note 9), n. 1281a.

262 Voir ci-dessus Titre V.4.2.b)cc)

leur.[263] Les travaux préparatoires ne sont pas très éclairants à cet égard. Tout au plus peut-on remarquer que le législateur ne souhaitait pas conférer trop de pouvoirs à l'autorité, contrairement à l'intention initiale d'Eugen HUBER, et préférait laisser le partage en mains des héritiers; l'idée d'Eugen HUBER de conférer un pouvoir d'attribution à l'autorité non seulement pour les exploitations agricoles, mais également pour les autres entreprises,[264] avait d'ailleurs été abandonnée au stade des travaux préparatoires déjà. Conférer à une autorité le pouvoir d'attribuer des biens dans le partage était en effet novateur. Un observateur français de notre droit soulignait d'ailleurs, à l'époque de son adoption, l'audace du législateur suisse qui n'avait pas hésité à confier à une autorité le pouvoir de rendre une décision d'attribution, notamment pour les exploitations agricoles.[265] Ce n'est qu'en 1938 que le législateur français a introduit dans le code civil la possibilité pour le juge d'attribuer de manière préférentielle un bien à un héritier. On peut donc penser que le législateur suisse souhaitait limiter le nombre des cas dans lesquels l'autorité disposait d'un pouvoir d'attribution et laisser aux héritiers les compétences les plus larges possibles.

La question de savoir si l'autorité compétente, qui peut être une autorité administrative dans certains cantons, peut avoir le pouvoir de prendre une décision d'attribution, avec effet contraignant pour les héritiers, est délicate. Le texte de la loi indique clairement que l'autorité dispose d'un pouvoir de décision.[266] Le fait que les contestations civiles soient, en règle générale, tranchées par un juge dans le code civil[267] n'est, à notre avis, pas suffisant pour justifier une interprétation contra legem de l'article 613 CC. Le code civil connaît en effet d'autres cas de contestations civiles tranchées en 1e instance par une autorité compétente qui, désignée par le canton, n'est pas forcément judiciaire; c'est le cas en matière tutélaire ou pour l'adoption d'un enfant. Si elle est rendue par une autorité administrative, la décision doit alors pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité judiciaire, conformément à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). A cet égard, la question de savoir si les biens de l'article 613 CC doivent être attribués – et à qui – ou s'il faut au contraire les vendre est bien une contestation relative à un droit de caractère civil, au sens de ladite disposition de la Convention. La cause doit donc pouvoir être entendue par un tribunal indépendant, notamment vis à vis de l'exécutif et des parties, impartial et établi

263 Article 612 CC.

264 HUBER (note 3), p. 192 et art. 607 AP.

265 R. SALEILLES, Le partage et la transmission intégrale dans le code civil suisse, in Revue trimestrielle de droit civil 1909, p. 561 ss.

266 contra: SEEBERGER (note 11), p. 182 ss et 188 ss; PIOTET (note 6), p. 802 ss et 806 ss.

267 Cf. SEEBERGER (note 11), pages 104 s., 172 s. et 188 s.

par la loi; il doit en outre jouir d'un plein pouvoir d'examen, c'est-à-dire être en mesure d'apprécier l'ensemble des éléments – de fait ou de droit – conduisant à la solution du litige.[268] C'est aux cantons d'ouvrir un accès effectif à un juge. La Convention n'exclut pas que les contestations portant sur des droit de caractère civil soient tranchées par une autorité administrative, mais l'intéressé doit, dans pareil cas, avoir la possibilité de faire recours auprès d'un tribunal qui respecte les conditions de la Convention européenne des droits de l'Homme.[269] L'art. 6 § 1 CEDH n'exige pas que les contestations soient tranchées, dans tous les cas, par un tribunal; il suffit que les parties puissent, si elles le souhaitent, avoir accès à un juge. En pratique, de nombreux cas de contestations de caractère civil sont réglés non par un tribunal, mais par des autorités administratives.[270]

Il en découle, selon nous, que l'autorité a un véritable pouvoir de décision. La décision rendue par l'autorité n'a toutefois pas pour effet de transférer la propriété des biens.[271] Il est certes étonnant que, dans le résultat, elle dispose du pouvoir d'attribuer certains biens, concurremment aux pouvoirs du juge à cet égard. Au vu du texte clair de la loi cette singularité ne permet toutefois pas d'arriver à un résultat différent. Elle découle vraisemblablement des origines mêmes de la loi. Comme nous l'avons vu,[272] le pouvoir du juge en matière d'exécution du partage n'était initialement pas envisagé; seule l'autorité pouvait donc intervenir, par le biais de décisions d'attribution ou par la formation de lots. Comme la plupart de ces règles particulières d'attribution existaient déjà dans les législations des cantons, les reprendre dans le code civil n'a dès lors pas suscité de discussions. La reconnaissance ultérieure de la compétence du juge pour l'attribution des biens de la succession a eu pour effet de créer une compétence concurrente à cet égard.

2.5. Les compétences respectives du juge et de l'autorité

Le pouvoir de l'autorité, notamment de composer les lots, mais également de prendre ponctuellement des décisions[273] ou, cas échéant, d'intervenir au par-

---

268 Louis-Edmond Pettiti/Emanuel Decaux/Pierre-Henri Imbert, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, 2e éd., Paris 1999, p. 261; à propos des garanties essentiellement identiques découlant de la Constitution fédérale et du Pacte II des Nations Unies, voir Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Berne 2006, n. 1223 ss.

269 Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2e éd., Berne 1999, p. 159; ATF 115 Ia 183, 186.

270 Haefliger/Schürmann (note 269), p. 159.

271 Voir Steinauer (note 9), n. 1388.

272 Voir ci-dessus Titre IV.3.4.

273 Art. 613 CC.

tage en vertu de la législation cantonale[274] peut entrer en conflit avec celui du juge dans le cadre du partage.

Il faut distinguer deux situations: 1) les héritiers ont commencé par solliciter l'intervention de l'autorité, avant d'introduire l'action en partage, ou 2) ils ne l'ont pas fait.

Dans la première, le juge est, à notre avis, lié par une décision rendue par l'autorité en vertu de ses pouvoirs ponctuels. Cela découle du caractère contraignant de cette décision.[275] Dans la seconde situation, les opérations que l'autorité aura effectuées (par exemple le projet de partage ou l'estimation des biens) pourront être prises en considération par le juge, sans qu'il n'y soit toutefois obligé.[276]

Il convient de souligner que les héritiers peuvent ouvrir action devant le juge sans avoir au préalable fait appel à l'autorité; le droit fédéral n'impose pas de telle procédure préalable. L'intervention de l'autorité est une option qui est offerte aux héritiers, même lorsque celle-ci a des compétences ponctuelles de décision. Dans les limites de l'article 609 alinéa 2 CC, les cantons peuvent toutefois imposer le concours de l'autorité compétente.[277]

La législation cantonale peut à notre avis aussi prévoir que le juge, dans le cadre de la procédure applicable à l'action en partage, fait appel à l'aide de l'autorité compétente ou d'un expert, pour l'une ou l'autre des opérations préparatoires du partage, par exemple l'inventaire des biens à partager ou leur estimation. Dans un tel cas, le juge devra suspendre la procédure pour permettre à l'autorité de procéder aux actes prévus par la législation cantonale.[278]

Les cantons peuvent également prévoir que le juge suspend la procédure lorsque les parties manifestent la volonté d'essayer de trouver une solution amiable devant l'autorité compétente.

3. L'intervention d'un exécuteur testamentaire

L'exécuteur testamentaire désigné par le de cujus a notamment pour tâche de partager la succession entre les héritiers, en vertu de l'article 518 alinéa 2 CC.

Il doit donc entreprendre les opérations préparatoires, comme par exemple composer les lots et élaborer un projet de partage; à cet égard, il tiendra compte des règles de partage posées par le de cujus, ainsi que des dispositions légales relatives au partage (notamment les règles des articles 610 ss CC), y

---

274 Art. 609 al. 2 CC.

275 Voir ci-dessus Titre VI.2.4.

276 Schaufelberger (note 7), Art. 611 ZGB n. 17; TUOR/SCHNYDER (note 11), p. 678.

277 Voir ci-dessus Titre VI.2.4.

278 Cf. SEEBERGER (note 11), p. 40 ss.

compris celles relatives à la composition des lots. On attend de l'exécuteur testamentaire qu'il s'informe de la volonté des héritiers et, si ces derniers sont unanimes, qu'il la respecte et en tienne compte dans son projet de partage, sauf illicéité ou immoralité. Contrairement à une opinion plus ancienne, doctrine et jurisprudence considèrent aujourd'hui que la liberté des héritiers de partager la succession ne peut être limitée par la désignation d'un exécuteur testamentaire.[279]

L'acte de partage, c'est-à-dire l'acte qui lie les héritiers entre eux, reste de la compétence des héritiers.[280] L'exécuteur testamentaire ne peut ni le signer pour le compte des héritiers, ni procéder à la remise des lots de son propre chef.

Le de cujus ne peut conférer à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de prendre des décisions matérielles relativement au partage. Il ne lui est ainsi pas possible de le libérer de son devoir de respecter les règles matérielles de partage.[281] Il ne peut pas non plus lui confier le pouvoir d'arbitrer les conflits qui naîtraient entre les héritiers, ou rendre une décision contraignante à ce propos;[282] mais les héritiers peuvent, par contre, lui conférer une telle mission.[283]

Lorsqu'un exécuteur testamentaire a été désigné par le de cujus pour le partage de la succession, son pouvoir écarte toute autre compétence des autorités désignées par le canton, en vertu de l'article 609 alinéa 2 CC; sa position découle en effet du droit fédéral, bien que de manière indirecte, et l'emporte sur les dispositions contraires du droit cantonal.[284]

VII. Quelques éléments de droit comparé

Nous avons choisi d'insérer dans la présente étude des éléments de droit comparé, en nous basant sur les systèmes juridiques de trois pays qui nous entourent, soit l'Allemagne, la France et l'Italie. Tenant compte du fait que la lé-

---

279 Piotet (note 6), p. 152; Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 531, 547; Schaufelberger (note 7), Art. 607 ZGB n. 9, Art. 608 ZGB n. 11; Steinauer (note 9), n. 1176 et 1245; Tuor/Schnyder (note 11), p. 677; Seeberger (note 11), p. 27 s.; contra: Tuor/Picenoni (note 138), Art. 608 ZGB n. 9; Escher Junior (note 138), Art. 518 ZGB n. 17 et Art. 608 ZGB n. 3. Voir également ci-dessus Titre V.3.

280 ATF 102 II 197, 202. Guinand/Stettler/Leuba (note 20), n. 532; Steinauer (note 9), n. 1178; Martin Karrer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2e éd., Genève/Bâle/Munich 2003, Art. 518 ZGB n. 52.

281 Piotet (note 6), p. 154; Karrer (note 280), Art. 518 ZGB n. 11.

282 Karrer (note 280), Art. 518 ZGB n. 11; Piotet (note 6), p. 154; contra: Jean Nicolas Druey, Die Aufgaben des Willensvollstrecker, Berne 2001, p. 3 s.; Vito Picenoni, Probleme aus der Willensvollstreckung, RNRF 1969, cahier 3, p. 167.

283 Piotet (note 6), p. 153; Karrer (note 280), Art. 518 ZGB n. 58.

284 ATF 114 II 418; 108 II 535; 102 II 197. Piotet (note 6), p. 766; Druey (note 11), Précis, § 16 n. 78 s.; Karrer (note 280), Art. 518 ZGB n. 59.

gislation de ces pays ne repose pas nécessairement sur les mêmes bases que le droit suisse, nous avons choisi d'aborder la question au travers d'une systématique un peu différente de celle adoptée pour le droit suisse. Nous aurons ainsi deux chapitres: le premier a pour objet la manière de procéder au partage et le second décrit les règles matérielles du partage.

1. L'Allemagne

1.1. De la manière de procéder au partage

a) L'exécuteur testamentaire

L'exécuteur testamentaire institué par le de cujus a, de par la loi, pour tâche de procéder à la liquidation de la succession, sauf disposition contraire de ce dernier.[285] Il commence par élaborer un plan de partage, qu'il soumettra ensuite aux héritiers.[286] Dans l'élaboration de celui-ci, l'exécuteur testamentaire est tenu de respecter les dispositions prises par le de cujus en matière de partage et, à défaut, les règles posées par la loi.[287] Le de cujus peut toutefois lui avoir conféré de larges pouvoirs d'appréciation, qui lui permettent de se prononcer en équité.[288] L'exécuteur testamentaire a une position indépendante par rapport aux héritiers; il n'est tenu de respecter leur volonté unanime que dans la mesure où elle porte sur le maintien de la communauté héréditaire.[289]

Le projet élaboré par l'exécuteur testamentaire devient définitif par une déclaration adressée aux héritiers;[290] l'exécuteur testamentaire dispose ici d'un pouvoir contraignant envers les héritiers.[291] En vertu de son droit de disposer des biens de la succession,[292] il pourra ensuite exécuter lui-même le

---

285 § 2204 BGB. Il respectera toutefois un accord des héritiers relativement au maintien de la communauté héréditaire (Hans Brox, Erbrecht, 20e éd., Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2003, n. 517; Walter Zimmermann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 9, Erbrecht, Munich 2004, § 2204 BGB n. 3, 22; Wolfgang Edenhofer, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 65e éd., Munich 2006, § 2204 BGB n. 1 s.; Exner, note 78, p. 47 s.; contra: Christina Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, Tübingen 2000, p. 97 s.).

286 § 2204 al. 2 BGB.

287 Brox (note 285), n. 517; Exner (note 78), p. 47; Edenhofer (note 285), § 2204 BGB n. 3; Andreas Heldrich, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 9, Erbrecht, Munich 2004, § 2042 BGB n. 29; Zimmermann (note 285), § 2204 BGB n. 7.

288 § 2048 phr. 2 BGB; Zimmermann (note 285), § 2204 BGB n. 2; Eberl-Borges (note 285), p. 99 ss.

289 Edenhofer (note 285), § 2204 BGB n. 2; Brox (note 285), n. 517.

290 Eberl-Borges (note 285), p. 105 s.

291 Eberl-Borges (note 285), p. 106; Zimmermann (note 285), § 2204 BGB n. 4.

292 Art. 2205 phr. 2 BGB.

partage.[293] Chaque héritier a le droit de former une opposition à l'encontre du plan de partage proposé, en invoquant le fait que son droit d'être entendu n'a pas été respecté ou que les dispositions du de cujus ou de la loi ont été violées, ou encore un exercice clairement arbitraire de son pouvoir d'appréciation par l'exécuteur testamentaire.[294] Cette opposition doit être adressée à ce dernier.[295] S'il l'écarte, l'héritier dispose alors du droit d'agir en justice.[296] Il peut requérir l'interruption des opérations d'exécution du plan de partage ou demander que l'exécuteur testamentaire élabore un autre plan de partage. Lorsque le plan était clairement inéquitable, les héritiers recouvrent leur liberté de conclure un partage. S'ils n'arrivent pas à se mettre d'accord, chacun peut requérir du juge qu'il effectue le partage. Le juge décide alors selon sa libre appréciation, sans être lié par les règles de la loi.[297]

b) Le tribunal successoral (Nachlassgericht)

Le droit allemand[298] donne la possibilité à chacun des héritiers de requérir une procédure de médiation auprès du tribunal successoral[299] (das Nachlassgericht). Ce n'est possible que si une procédure judiciaire n'est pas pendante[300] et qu'il n'y a pas d'exécuteur testamentaire, d'administration officielle de la succession ou de procédure ensuite d'insolvabilité.[301] Le but est d'arriver à un accord des héritiers sur la manière de procéder au partage. L'unanimité est à cet égard nécessaire, le juge n'ayant aucun pouvoir de décision.[302]

La procédure débute par une requête.[303] Elle prévoit une première étape, avec un délai, pour effectuer les mesures préparatoires du partage (inventaire des actifs et passifs, estimation des biens, mode de partage).[304] Un accord des

---

293 Exner (note 78), p. 46–47; Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 29. A noter que l'exécuteur ne peut pas transférer la propriété d'un bien à un héritier sans son concours; mais l'exécuteur testamentaire peut l'y contraindre par une action en exécution (Heldrich, note 287, § 2042 BGB n. 29; Eberl-Borges, note 285, p. 107–108).

294 § 2048 phr. 3 BGB.

295 Eberl-Borges (note 285), p. 109; Exner (note 78), p. 48; Julius von Staudinger-Reimann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2003, § 2204 BGB n. 33.

296 Eberl-Borges (note 285), p. 109; Exner (note 78), p. 48.

297 Eberl-Borges (note 285), p. 109; Heldrich (note 287), § 2048 BGB n. 19; Edenhofer (note 285), § 2048 BGB n. 3; Exner (note 78), p. 65.

298 §§ 86–98 FGG (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit).

299 En vertu du paragraphe 193 FGG les notaires peuvent également en avoir la compétence sur la base du droit des Länder; c'est le cas pour Bayern, la Hesse et Niedersachsen par exemple (Eberl-Borges, note 285, p. 176–177).

300 Ann (note 34), p. 294 s.; Brox (note 285), n. 521; Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 47.

301 Brox (note 285), n. 521; Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 47.

302 § 93 al. 1 phr. 2 FGG; Brox (note 285), n. 521.

303 Ann (note 34), p. 294.

304 Exner (note 78), p. 55–56; Eberl-Borges (note 285), p. 178 s.

héritiers sur les mesures préparatoires est enregistré par l'autorité et confirmé par une décision qui peut faire l'objet d'un recours en cas de violation de règles procédurales.[305] Puis vient une seconde phase consacrée aux discussions, sur la base d'un plan de partage proposé par le juge. Le juge l'établit en respectant l'accord intervenu sur les mesures préparatoires.[306] Si les héritiers acceptent à l'unanimité le plan proposé, le tribunal l'enregistre et le confirme par une décision. A partir de ce moment-là, le plan de partage déploie des effets obligatoires entre les héritiers.[307] La décision confirmant le partage de la succession est un titre exécutoire, permettant aux héritiers d'avoir recours aux autorités d'exécution forcée.[308]

Lorsque des litiges surgissent à propos des mesures préparatoires ou du plan de partage, par exemple relativement à la quote-part des héritiers, à l'appartenance d'un bien à la succession ou à la nature rapportable d'une libéralité, le juge suspend la procédure si les héritiers sont toujours d'accord avec le principe d'une médiation. Il la reprendra lorsque le litige aura été tranché par les juridictions ordinaires ou si les héritiers ont trouvé un accord.[309]

Cette procédure est une simple médiation, elle dépend de l'accord des héritiers. L'opposition de l'un d'entre eux à la médiation ou l'introduction d'une action en partage y met fin.[310] Elle fait dès lors l'objet de critiques en doctrine où on lui reproche son manque d'efficacité.[311]

c) Le partage judiciaire

L'ordre juridique allemand ne reconnaît en principe[312] pas aux héritiers de droit à un partage judiciaire qui aurait pour effet d'attribuer les biens de la

---

305 Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 47 s.

306 Exner (note 78), p. 56; Eberl-Borges (note 285), p. 179.

307 Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 50; Brox (note 285), n. 521; Eberl-Borges (note 285), p. 180–181.

308 Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 50; Brox (note 285), n. 521; Exner (note 78), p. 56; Eberl-Borges (note 285), p. 181.

309 Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 51; Eberl-Borges (note 285), p. 180; Exner (note 78), p. 57.

310 Heldrich (note 287), § 2042 BGB n. 47; Exner (note 78), p. 60; Ann (note 34), p. 296.

311 Exner (note 78) p. 100–101.

312 En matière de successions agricoles, le tribunal agricole (Landwirtschartsgericht) peut toutefois attribuer une entreprise agricole avec une ferme propre à l'exploitation à un héritier légal qui le demande, lorsque celle-ci permet de nourrir une famille à la campagne (§§ 13 et 14 GrdstVG [Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe]; cf. également Exner (note 78), p. 66) et sous réserve de l'existence d'un droit de succession à titre particulier pour cet objet (certains Länder connaissent un Anerbenrecht qui porte sur les fermes). L'héritier doit être disposé à reprendre l'entreprise et à l'exploiter. Le jugement fixera également les soultes dues aux cohéritiers. Il a un effet attributif (Exner, note 78, p. 66–69; Schleifenbaum, note 78, p. 88).

succession aux divers héritiers.[313] A la différence d'autres systèmes, il veut en effet que dans la mesure du possible les héritiers s'attachent à régler eux-mêmes le partage.[314] La jurisprudence et la doctrine considèrent toutefois qu'il faut admettre une action en justice permettant à chaque héritier d'obtenir la conclusion d'une convention de partage, au travers d'une procédure judiciaire. Chaque héritier dispose par conséquent d'un droit de nature obligatoire lui permettant d'obtenir de ses cohéritiers la conclusion du partage.[315]

L'action doit reposer sur un plan de partage concret. C'est une action en exécution qui permet de remplacer le consentement de l'héritier au plan proposé.[316] Le juge ne peut qu'approuver le plan ou le rejeter, il n'a pas la compétence de le modifier ou de lui en substituer un autre. Il l'approuvera lorsque le plan de partage proposé respecte les règles de partage applicables au cas d'espèce, soit les règles posées par le de cujus, les conventions passées entre les héritiers ou à défaut la loi.[317]

Comme on le voit, le droit allemand donne très peu de pouvoirs au juge dans l'exécution du partage.

1.2. Des règles matérielles du partage

Le droit allemand pose un principe de partage en nature (§§ 2042 al. 2, 752 BGB). Le but est d'assurer à chacun des héritiers une part juste et égale de la succession. Il est toutefois nécessaire que le bien soit partageable, d'un point de vue juridique comme économique.[318] Le droit allemand définit cette notion (§ 752 BGB). Il s'agit d'un bien qui peut être divisé sans diminution de valeur en parts du même genre, proportionnelles aux quotes-parts des héritiers dans la succession.[319] Cela peut être de l'argent, mais aussi des papiers-valeurs, lorsque le dossier est constitué de titres encore du même genre, ou des créances portant sur une prestation divisible.[320]

---

313 Ann (note 34), p. 273.

314 Ann (note 34), p. 272; Schleifenbaum (note 78), p. 71.

315 Ann (note 34), p. 273.

316 Exner (note 78), p. 60; Ann (note 34), p. 296; Krenz (note 35), p. 3; Schleifenbaum (note 78), p. 81; contra: Eberl-Borges (note 285), p. 188 ss qui considère qu'il s'agit d'une action en constatation.

317 Schleifenbaum (note 78), p. 82.

318 Eberl-Borges (note 285), p. 236; Exner (note 78), p. 134 s.

319 Julius von Staudinger-Werner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2003, § 2042 BGB n. 53; Karsten Schmidt, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III, Munich 2004, § 752 BGB n. 7 ss; Schleifenbaum (note 78), p. 226.

320 Staudinger-Werner (note 319), § 2042 BGB n. 53; Eberl-Borges (note 285), p. 236 s.; Hartwig Sprau, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 65e éd., Munich 2006, § 752 BGB n. 3; Exner (note 78), p. 135.

Les immeubles[321] non construits (terrains) sont divisibles lorsqu'il est possible de les fractionner sans diminution de valeur en plusieurs parts qui, chacune, sont utilisables dans la même mesure. Ce n'est pas le cas si les parts sont de valeur très différente ou si la valeur de toutes les parts est plus faible que le terrain non divisé. La division est également exclue chaque fois que le partage engendre des parts qui ne sont pas ou difficilement constructibles. Les immeubles construits ne sont en règle générale pas divisibles.[322]

Les parts composées par le biais du partage en nature et d'égale valeur sont ensuite tirées au sort (§§ 2042 al. 2, 752 phr. 2 BGB). Lorsqu'un partage en nature n'est pas possible, les biens doivent être vendus (§ 753 BGB), sauf les créances qui seront encaissées (§ 754 BGB) et les papiers de famille ou documents ayant trait aux relations personnelles du de cujus qui restent en propriété commune des héritiers (§ 2047 al. 2 BGB). Le produit est ensuite partagé entre les héritiers.[323] Alors que le partage en nature est conçu comme étant la règle, la vente est en pratique très fréquente car la notion de bien partageable est très restrictive.[324] Plusieurs auteurs critiquent cette situation.[325]

2. *La France*

La France est en train de réformer son droit des successions.[326] Nous examinerons par conséquent tant le droit actuellement en vigueur que la loi adoptée en 1e lecture par l'Assemblée nationale le 15 février 2006 (Petite loi) et qui a été déposée au Sénat.[327]

2.1. De la manière de procéder au partage

a) Droit actuel

Le droit français connaît un partage judiciaire. Il s'agit toutefois d'un mode de partage qui est très formaliste et reste exceptionnel, par rapport au partage

321 Nous laissons ici de côté la question des immeubles et exploitations agricoles.
322 Schmidt (note 319), § 752 BGB n. 21; Staudinger-Werner (note 319), § 2042 BGB n. 53.
323 Schleifenbaum (note 78), p. 228; Ann (note 34), p. 301.
324 Schleifenbaum (note 78), p. 229.
325 Ann (note 34), p. 304–306.
326 Pour plus de détails sur le processus législatif, voir *http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/successions_liberalites.asp*.
327 Elle est actuellement devant le Sénat.

amiable.[328] Il intervient en particulier[329] lorsque les héritiers n'arrivent pas à se mettre d'accord sur l'opportunité du partage, la composition ou la répartition des lots.[330] C'est le Tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession qui est compétent.[331]

Le tribunal siège en la forme collégiale de sorte qu'il peut difficilement suivre lui-même les opérations de partage. C'est pour cette raison que, dans le jugement qui ordonne le partage, il commet un juge, dit juge commissaire et un notaire, dit notaire liquidateur.[332] Le premier a pour mission de présider aux opérations de partage et, en cas de difficultés, d'en faire rapport au tribunal pour qu'il puisse se prononcer; le second conduit les opérations de partage.[333]

C'est en principe un héritier, choisi à l'unanimité, qui compose les lots; mais si les indivisaires n'arrivent pas à se mettre d'accord, la mission est confiée à un expert qui est désigné par le juge; ce peut être le notaire.[334] Chaque héritier peut faire des réclamations contre la formation des lots.[335] La loi prévoit que les biens de la succession sont répartis en lots. Le nombre des lots dépend de plusieurs facteurs. Ainsi, s'il y a lieu à prélèvement, lorsqu'un héritier fait rapport à la masse en moins prenant par exemple,[336] on compose une série de lots d'égale valeur permettant d'accorder leur part aux autres indivisaires.[337] En l'absence de prélèvement ou une fois ceux-ci effectués, le nombre de lots dépend des droits dans la succession: 1) lorsque les indivisaires ont des droits égaux ou, en cas de représentation, lorsque l'égalité pré-

---

328 Art. 822 ss CCfr. MALAURIE (note 168), n. 939; FRANÇOIS TERRÉ/YVES LEQUETTE, Droit civil, Les successions, Les libéralités, 3e édition, Paris 1997, n. 927.

329 A noter que le partage doit aussi en principe être judiciaire lorsque l'un des héritiers est absent (c'est-à-dire présumé absent, car s'il a été déclaré absent il est tenu pour mort, cf. Michel GRIMALDI, Droit civil, Successions, 6e éd., Paris 2001, n. 832), mineur ou interdit (art. 838 al. 2 CCfr). Toutefois depuis 1964, un partage amiable est également possible si le conseil de famille ou le juge des tutelles y consent, si un notaire intervient et que l'état liquidatif est homologué par le tribunal; il s'agit d'un partage amiable sous contrôle judiciaire (GRIMALDI (note 329), n. 856 ss; MALAURIE, note 168, n. 940).

330 Nous renonçons ici à décrire le partage judiciaire non contentieux qui est soumis à une procédure simplifiée.

331 Art. 822 CCfr.

332 GRIMALDI (note 329), n. 854; MALAURIE (note 168), n. 943. Juris-Classeur, Le patrimoine et sa transmission, Paris 2005, n. 048–12.

333 GRIMALDI (note 329), n. 854; MALAURIE (note 168), n. 943; TERRÉ/LEQUETTE (note 328), n. 932.

334 Art. 834 al. 1 CCfr; MALAURIE (note 168), n. 946; TERRÉ/LEQUETTE (note 328), n. 934.

335 Art. 835 CCfr.

336 Auquel cas les cohéritiers auxquels il est dû prélèvent une portion égale sur la masse de la succession; les prélèvement se font autant que possible en objets de même nature, qualité et bonté, que les objets non rapportés en nature (art. 830 CCfr).

337 GRIMALDI (note 329), n. 854.

vaut entre les souches, il est composé autant de lots que d'héritiers, respectivement de souches copartageantes;[338] 2) à défaut, on compose un nombre de lots égal au plus petit commun dénominateur, afin de permettre à chacun des indivisaires de recevoir son dû par tirage au sort.[339]

Une fois les opérations terminées, le notaire établit un rapport, l'état liquidatif, qui fixe les droits des parties et décrit les différents lots.[340] Il le transmet ensuite au tribunal de grande instance pour homologation.[341] Si les parties approuvent l'état liquidatif, et à la condition qu'elles le requièrent collectivement, le tribunal de grande instance rend un jugement d'homologation qui n'est pas susceptible d'appel.[342] Si les parties sont en désaccord, le tribunal doit apprécier la conformité de l'état liquidatif aux règles du partage et peut, le cas échéant, procéder à une rectification. En cas d'homologation de l'état liquidatif, le jugement ordonne en même temps le tirage au sort des lots.[343] La décision a un caractère définitif, elle est investie de l'autorité d'une décision de justice.[344]

Le tirage au sort a lieu soit devant le juge-commissaire soit devant le notaire.[345] Il est obligatoire pour le juge qui ne peut, pour des raisons d'équité ou d'opportunité, procéder à l'attribution des biens.[346] Les parties peuvent toutefois convenir à l'unanimité de l'attribution des lots, ce qui évite le recours au tirage au sort.[347] Dans les cas prévus par la loi, le juge peut, sur requête, attribuer de manière préférentielle un bien à un héritier.[348] Les biens qui en font l'objet sont alors soustraits au tirage au sort; le cas échéant,[349] des biens d'une valeur égale viendront composer en nature les lots des autres indivisaires.[350]

Le partage produit un effet déclaratif qui rétroagit au jour du décès.[351]

---

338 Art. 831 CCfr.

339 Grimaldi (note 329), n. 854.

340 Art. 979 C. proc. civ. Grimaldi (note 329), n. 854.

341 Art. 981 al. 1 C. proc. civ.

342 Art. 981 al. 2 C. proc. civ.

343 Art. 982 C. proc. civ. Grimaldi (note 329), n. 854.

344 Art. 981 et 984 C. proc. civ. Juris-Classeur (note 332), n. 048–45 à 048–48.

345 Art. 834 al. 2 CCfr et 982 C. proc. civ. Terré/Lequette (note 328), n. 935.

346 Grimaldi (note 329), n. 854.

347 A ce propos, cf. la jurisprudence citée par Grimaldi (note 329), n. 854 note de bas de page 160.

348 Pour plus de détails, voir ci-dessous Titre VII.2.2.a).

349 En réalité, le bien attribué dépasse fréquemment la valeur de la part héréditaire et impose à l'attributaire le versement d'une soulte.

350 Grimaldi (note 329), n. 854 et la jurisprudence citée en note de bas de page 159.

351 Art. 883 CCfr. Grimaldi (note 329), n. 912 ss; Malaurie (note 168), n. 996 ss; Juris-Classeur (note 332), n. 046–41.

b) La petite loi du 15 février 2006

La petite loi adoptée par l'Assemblée nationale n'apporte pas de modifications sensibles à la manière de procéder au partage. Le litige reste de la compétence du tribunal de grande instance qui commet, pour ce faire, un juge commissaire et un notaire. La loi prévoit toutefois qu'il est composé autant de lots que nécessaire «s'il y a lieu à tirage au sort».[352] Les cas d'attribution préférentielle actuellement prévus par la loi subsistent, leur champ d'application matériel en étant toutefois étendu.[353]

La petite loi a par ailleurs pour objectif de simplifier le partage de la succession en favorisant, encore plus qu'à l'heure actuelle, le partage amiable. C'est avant tout au partage amiable intervenant sous contrôle judiciaire[354] que des modifications sont apportées.[355]

2.2. Les règles matérielles du partage

a) Droit actuel

Le droit français pose un principe de partage en nature des biens de la succession[356] et prévoit à l'article 826 alinéa 1 CCfr que chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession. Il est toutefois atténué par la règle de 1938 qui veut que, dans la formation des lots, on évite de morceler les héritages et diviser les exploitations.[357] La loi précise encore que dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit, autant que possible, être composé, soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente.[358] L'inégalité des lots en nature peut être compensée par un retour soit en rente soit en argent.[359]

---

352 Art. 826 al. 3 de la petite loi.

353 Voir ci-dessous Titre VII.2.2.b).

354 Voir ci-dessus note 329.

355 La petite loi prévoit ainsi que l'intervention du juge n'est plus systématique lorsqu'un héritier fait l'objet d'un régime de protection; l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles doit en principe suffire. Une procédure simplifiée est en outre mise en place pour le cas des héritiers «taisants», c'est-à-dire ceux qui ne se manifestent pas (art. 836 et 837 de la petite loi).

356 A noter qu'en droit français les souvenirs de famille (papiers de famille, décorations, bijoux, portraits de famille) échappent aux règles de dévolution et de partage du Code civil, leur propriété reste en effet indivise (Juris-Classeur (note 332), n. 046–35).

357 Art. 832 al. 1 CCfr. A l'origine l'article 832 prévoyait qu'il fallait «autant que possible» éviter de morceler les héritages et de diviser les exploitations (Grimaldi, note 329, n. 871).

358 Art. 832 al. 2 CCfr.

359 Art. 833 CCfr.

La vente des biens de la succession est une ultima ratio. Sauf accord des héritiers, elle n'entre en ligne de compte que pour les immeubles qui peuvent difficilement faire l'objet d'un partage. Ainsi, aux termes de l'article 827 CCfr, ils doivent être vendus aux enchères[360] quand ils ne peuvent être commodément partagés ou attribués dans les conditions prévues par la loi. La notion d'un bien «commodément partageable» doit être appréciée par le juge qui à cet égard dispose d'un large pouvoir.[361] Elle vise non seulement les biens qui sont physiquement difficiles à partager, mais aussi ceux qui subiraient une perte de valeur importante en cas de fractionnement.[362] D'autres circonstances ont parfois été retenues. Ainsi le fait que le partage en nature crée une différence de valeur trop importante entre les lots ou qu'un groupe de biens forme une unité économique.[363]

Dans le but de préserver certaines activités économiques ou possibilités de logement au sein de la famille, le législateur français a, au travers d'une série de réformes législatives, introduit la possibilité d'attribuer un bien de manière préférentielle (attribution préférentielle) dans le partage. La première, intervenue en 1938, avait pour objet les petites et moyennes exploitations agricoles;[364] puis, la loi de 1961 en a considérablement élargi le domaine d'application en l'étendant aux exploitations agricoles de plus grande importance, aux entreprises commerciales, artisanales et industrielles à caractère familial, et aux locaux d'habitation ou professionnels.[365] La loi de 1980 a ensuite créé une nouvelle forme d'attribution préférentielle visant à soulager l'attributaire chargé de l'exploitation du poids de la soulte; elle permet en effet d'attribuer la propriété de l'immeuble agricole à un héritier plus fortuné, moyennant son engagement à y maintenir l'héritier qui l'exploite.[366]

Les personnes pouvant requérir l'attribution préférentielle sont, en principe,[367] le conjoint survivant et tout héritier copropriétaire. Lorsqu'il s'agit de l'attribution d'une exploitation ou entreprise agricole, on attendra de l'intéressé qu'il participe ou ait participé à la mise en valeur du bien par son activité.[368] Lorsque l'attribution préférentielle porte sur un local d'habitation et le

---

360 La vente intervient devant le juge ou devant un notaire si toutes les parties majeures y consentent (art. 827 al. 2 CCfr). Les parties peuvent décider que la vente se fera entre elles (Malaurie, note 168, n. 945).

361 Grimaldi (note 329), n. 873.

362 Terré/Lequette (note 328), n. 933; Malaurie (note 168), n. 945.

363 Juris-Classeur (note 332), n. 046–34.

364 Terré/Lequette (note 328), n. 937.

365 Claude Brenner, Le partage, modes d'attribution spécifiques, Encyclopédie juridique Dalloz, Paris 2003; Grimaldi (note 329), n. 885.

366 Grimaldi (note 329), n. 885.

367 A titre subsidiaire et à des conditions strictes, un copartageant peut être envisagé.

368 Art. 832 al. 3 CCfr.

mobilier le garnissant, le bénéficiaire doit y avoir eu sa résidence à l'époque du décès et y habiter effectivement à l'heure actuelle;[369] pour le local à usage professionnel et les objets mobiliers à usage professionnel le garnissant, il doit effectivement s'en servir pour l'exercice de sa profession.[370]

Il faut distinguer entre l'attribution facultative, qui est la règle générale, et l'attribution de droit qui, elle, intervient de manière exceptionnelle. La première confère un large pouvoir d'attribution au juge, qui se prononcera sur la base des intérêts en présence: intérêts du postulant à l'attribution, intérêts de ses copartageants à un partage en nature ou à une licitation, capacité de l'intéressé à payer la soulte.[371] Lorsque l'attribution est de droit, le juge n'a guère de pouvoir d'appréciation et doit l'ordonner si les conditions prévues par la loi sont remplies. En tous les cas, s'il y a pluralité de demandes concernant une exploitation ou entreprise, il dispose du pouvoir de choisir et tient compte notamment de l'aptitude des différents postulants à gérer l'entreprise ou l'exploitation et à s'y maintenir.[372]

L'attribution préférentielle constitue une modalité du partage. Elle se réalise dans le partage, et non dans le jugement qui l'ordonne, lequel ne fait qu'accorder ou reconnaître au bénéficiaire le droit de recevoir ce bien dans le partage à intervenir.[373] Le bien attribué de manière préférentielle doit être placé dans le lot du bénéficiaire; les autres biens de la succession sont alors placés en priorité dans les lots des copartageants. Lorsque la valeur du bien attribué excède le montant des droits héréditaires de l'attributaire, elle l'oblige au versement d'une soulte.[374] Lorsqu'il s'agit d'une attribution préférentielle facultative, elle est payable comptant, sauf accord amiable entre les copartageants.[375] Lorsque l'attribution est de droit, le bénéficiaire peut exiger de ses copartageants un délai de paiement n'excédant pas 10 ans pour le versement d'une moitié de la soulte au maximum.[376] En règle générale, et c'est bien là son défaut, l'attribution préférentielle n'est demandée que par l'héritier qui dispose de ressources financières lui permettant de régler ou garantir la soulte.[377]

---

369 Art. 832 al. 7 CCfr.
370 Art. 832 al. 8 CCfr.
371 Grimaldi (note 329), n. 894.
372 Art. 832 al. 11 CCfr.
373 Brenner (note 365), n. 266; Grimaldi (note 329), n. 896.
374 Brenner (note 365), n. 269.
375 Art. 832 al. 16 CCfr.
376 Art. 832–1 al. 2 CCfr.
377 Grimaldi (note 329), n. 897; Terré/Lequette (note 328), n. 943.

b) La petite loi du 15 février 2006

La petite loi prévoit expressément le principe d'une égalité en valeur, s'écartant ainsi clairement de l'égalité en nature. Aux termes de l'article 826 de la petite loi, chaque copartageant reçoit des biens pour une valeur égale à celle de ses droits dans l'indivision. Selon le rapporteur de la commission,[378] il s'agit par là de rechercher l'intelligibilité et l'efficacité du partage.[379] La petite loi précise encore que dans la formation et la composition de lots, il faut éviter de diviser, non seulement les unités économiques comme cela résulte déjà de l'énoncé de la loi, mais aussi les autres ensembles de biens lorsque leur fractionnement entraînerait une dépréciation.[380]

Par ailleurs, le législateur français pense étendre le régime de l'attribution préférentielle à toutes les formes d'activité commerciale, sans faire de distinction entre le type d'entreprise ou le mode d'exploitation (société de personnes, société de capitaux, raison individuelle).[381] L'article 831 de la petite loi prévoit ainsi que «le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise, agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, constituant une unité économique . . .». Par rapport au droit actuel, cela représente un élargissement considérable du champ d'application matériel. Ce changement législatif tient compte des critiques émises à propos de la situation actuelle, notamment en raison de l'absence de véritable motif permettant de réserver l'attribution préférentielle aux entreprises agricoles et aux entreprises non agricoles à caractère familial.

378 Il s'agit de M. M. Huyghe de la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République.

379 Rapport présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2427), portant réforme des successions et des libéralités, par M. Sébastien Huyghe, député, du 8 février 2006.

380 Art. 830 de la petite loi.

381 Rapport de la commission (note 379), p. 30.

3. *L'Italie*

3.1. De la manière de procéder au partage[382]

a) L'exécuteur testamentaire

Le droit italien confère au de cujus la faculté de désigner, de manière expresse,[383] un exécuteur testamentaire chargé de procéder au partage de la succession.[384] Il ne peut toutefois lui confier cette tâche si l'exécuteur désigné est un héritier ou un légataire.[385]

L'exécuteur testamentaire prépare alors un plan de partage et prend les mesures pour le partage de la succession (évaluation des biens, formation et attribution des lots).[386] Au préalable, il entend les héritiers.[387] Dans le cadre de sa tâche, il est tenu de respecter les dispositions pour cause de mort prises par le de cujus et chaque héritier peut faire revoir ce point par le tribunal.[388]

La décision de l'exécuteur testamentaire a un effet réel et met fin à la communauté héréditaire.[389] Le plan de partage élaboré par l'exécuteur testamentaire ne lie toutefois pas les héritiers lorsque l'autorité judiciaire a constaté qu'il ne respectait pas la volonté du de cujus ou qu'il était manifestement inéquitable.[390]

---

382 Le droit italien confère au de cujus la possibilité de prendre des dispositions de partage qui prennent effet au décès du de cujus et réalisent au décès du de cujus un partage immédiat, avec effet réel, avant même que la communauté héréditaire ait pu prendre naissance (art. 734 al. 1 CCit). La présente contribution porte sur le partage des biens en propriété commune des héritiers, de sorte que ce point-là n'est pas approfondi.

383 Il doit le faire expressément car le pouvoir de partager n'est pas une fonction essentielle de l'exécuteur (Pietro Perlingieri, Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Naples/Rome 1991, Art. 706 CCit p. 546).

384 Art. 706 CCit. A défaut d'un pouvoir de partager la succession, l'exécuteur a pour fonction d'administrer celle-ci. A noter que le de cujus peut confier un tel pouvoir également à un tiers qui n'est pas exécuteur testamentaire (article 733 al. 2 CCit).

385 Art. 706 al. 1 CCit.

386 Schleifenbaum (note 78), p. 66.

387 Art. 706 al. 2 CCit.

388 Art. 733 al. 1 par un renvoi de l'art. 706 al. 1 phr. 2 CCit. Schleifenbaum (note 78), p. 66–67.

389 Pietro Perlingieri/Gabriele Marinaro, Manuale di Diritto civile, 4e éd., Naples/Rome 2005, p. 920; Pietro Rescigno, Codice civile, tome I, Libri I–V, 5e éd., Milan 2003, Art. 706 CCit n. 3; Paolo Cendon, Le Successioni IV, Divisione, Turin 1999, n. 44; Mario Talamanca, Commentario del Codice civile, Libro secondo, delle Successioni, Bologne/Rome 1965, Art. 706 CCit n. 1.

390 Art. 733 al. 2 CCit. Rescigno (note 389), Art. 706 CCit n. 4; Cendon (note 389), n. 44.

b) Le notaire en dehors de la procédure judiciaire

Le droit italien règle spécifiquement la faculté laissée aux héritiers de confier les opérations de partage à un notaire.[391] La désignation du notaire doit reposer sur la volonté unanime des héritiers[392] durant toutes les opérations de partage et jusqu'au moment où le contrat de partage devient parfait; à défaut, le mandat du notaire s'éteint.[393]

Le notaire est chargé de proposer un plan de partage, mais aussi de mener à bien les opérations préparatoires. Le notaire n'a aucun pouvoir décisionnel et, par conséquent, ne peut imposer sa volonté aux héritiers.[394] Il n'est toutefois pas exclu que les héritiers lui confient, de manière unanime, un pouvoir de décision; dans un tel cas, il aura alors un rôle d'arbitre.[395] A défaut, seule l'autorité judiciaire a la compétence de trancher les litiges.[396]

c) Le partage judiciaire

Chaque héritier peut le requérir auprès de l'autorité judiciaire.[397] L'action en partage peut avoir deux objets: 1) le principe du partage, respectivement l'existence d'éventuels motifs d'ajournement; 2) l'exécution du partage par la transformation des quotes-parts héréditaires en un droit de propriété portant sur des biens individualisés.[398]

Les opérations de partage se déroulent sous la direction du juge instructeur.[399] Celui-ci dirige lui-même les opérations (détermination des actifs et passifs et vente de certains biens pour le règlement des dettes par exemple) et établit un projet; le plan est ensuite soumis aux héritiers et une séance est

391 Art. 730 CCit. L'intervention envisagée ici se situe uniquement dans le cadre d'un partage extra-judiciaire (divisione notarile stragiudiziale) et doit être distinguée de la désignation du notaire par le juge dans le cadre du partage judiciaire (divisione notarile guidiziale).

392 Avec le consentement de tous les héritiers, les opérations de partage peuvent être déférées à un notaire désigné par le tribunal. Comme il s'agit d'une désignation intervenant dans le cadre d'un partage amiable, reposant sur la volonté des intéressés, la doctrine considère que les héritiers conservent la faculté de s'opposer aux actes du notaire et, ainsi, de mettre fin à son intervention (Paolo Forchielli/ Franco Angeloni, Commentario del Codice civile, libro secondo – delle Successioni, della Divisione, Art. 713–768 CCit, 2e éd., Bologne/Rome 2000, Art. 730).

393 Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 730 CCit; Schleifenbaum (note 78), p. 77.

394 Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 730 CCit; Schleifenbaum (note 78), p. 76–78.

395 Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 730 CCit.

396 Art. 730 al. 2 CCit.

397 Art. 713 al. 1 CCit, ainsi que les art. 22 et 784 ss CPC.

398 Gabriele Pescatore/Cesare Ruperto, Codice civile annotato, 13e éd., tome 1 (art. 1–1551), Milan 2005, Art. 713 CCit n. 5.

399 Il peut aussi déléguer à un notaire l'exercice de son pouvoir de diriger les opérations de partage (art. 786 CPC), toute décision en cas de désaccord et les mesures finales restant du ressort du juge instructeur (art. 790– 791 CPC).

agendée pour en discuter.[400] S'il n'y a pas d'opposition, le plan est rendu exécutoire par une «ordinanza» du juge instructeur, non susceptible de recours.[401] A défaut, l'affaire est confiée au tribunal qui tranchera au fond.[402]

En vertu de l'article 720 du code civil italien, le juge dispose du pouvoir d'attribuer un bien immobilier qui ne peut être aisément partagé à l'un des héritiers ou, si aucun héritier n'est disposé à le recevoir, d'en ordonner la vente aux enchères.[403] Au surplus, c'est par la composition de lots et leur tirage au sort qu'il est procédé. Il est composé autant de parts que d'héritiers ou de souches copartageantes.[404] Lorsque les héritiers ont des parts égales dans la succession, les lots sont ensuite tirés au sort; à défaut, ils sont attribués.[405] Il est possible de recourir au tirage au sort également pour les biens représentant des fractions égales au sein de quotes-parts inégales.[406]

Le partage produit un effet déclaratif qui rétroagit au jour du décès.

3.2. Des règles matérielles du partage

L'article 718 CCit pose un principe de partage en nature de la succession: chaque héritier peut ainsi, en principe, demander à recevoir sa part en nature. La loi prévoit par ailleurs que chaque part héréditaire doit être composée de manière à contenir une quantité de biens mobiliers, d'immeubles et de créances qui est proportionnelle à la part de chacun dans la succession (homogénéité qualitative).[407] Dans la mesure du possible il convient d'éviter de fractionner les bibliothèques, galeries d'art et collections ayant une importance historique, scientifique ou artistique.[408] L'inégalité en nature entre les quotes-parts des héritiers est alors compensée par une soulte.[409]

Le rapport entre les articles 718 et 727 CCit n'est pas clair et fait d'ailleurs l'objet de divergences en doctrine. En effet, l'article 718 CCit part du principe d'un partage en nature, tandis que l'article 727 CCit pose un principe d'homogénéité qualitative. Une partie de la doctrine et d'anciennes décisions jurisprudentielles limitent la portée du second aux cas dans lesquels les biens

---

400 Art. 789 al. 1 CPC. Cendon (note 389), n. 63.
401 Art. 789 al. 3 CPC.
402 Art. 187 CPC. Francesco Galgano, Diritto civile et commerciale 4, La Famiglia, le Successioni, la Tutela dei dirriti, il Fallimento, 4e éd., Milan 2004, p. 262.
403 Pour plus de détails, voir ci-dessous Titre VII.3.2.
404 Art. 726 al. 2 CCit.
405 Salvatore Patti, Diritto privato, Milan 1999, p. 157.
406 Art. 729 CCit.
407 Art. 727 al. 1 CCit; Patti (note 405), p. 157.
408 Art. 727 al. 2 CCit.
409 Art. 728 CCit; Patti (note 405), p. 157.

ne sont pas aisément partageables[410] en nature,[411] donnant ainsi valeur de principe au partage en nature. Un autre courant de doctrine et une jurisprudence plus récente restreignent au contraire la portée de cet article et considérent que le partage en nature doit s'entendre dans le sens d'une répartition homogène des biens entre les parts héréditaires.[412]

L'article 720 CCit[413] règle spécifiquement le cas de biens par essence divisibles, mais pour lesquels un fractionnement se révèle inapproprié. Ainsi lorsque la succession comprend des biens immobiliers qui ne sont pas aisément partageables, ou dont le fractionnement serait préjudiciable pour des motifs d'économie publique ou d'hygiène, et si le partage de la substance entière ne peut être effectué sans fractionnement, ceux-ci sont placés en entier dans le lot de l'un des héritiers ayant droit à la part héréditaire la plus importante, moyennent versement d'une soulte pour la différence, ou encore dans les lots de plusieurs héritiers s'ils en font la requête commune. Lorsque le juge a le choix entre une attribution à l'héritier ayant la part la plus importante ou à plusieurs héritiers qui en ont fait la requête commune, il donnera la préférence au premier.[414] Si le bien ne peut être attribué à un lot aux conditions susmentionnées, il doit être vendu aux enchères et le produit revient à la succession; il s'agit toutefois d'une ultima ratio.[415]

La règle de l'article 720 CCit doit, selon certains,[416] être comprise dans un sens large et trouver également application pour les biens mobiliers, les uni-

---

410 Un bien aisément partageable doit être entendu au sens de l'article 720 CCit, qui ne se réfère toutefois qu'aux immeubles; c'est le cas notamment d'un bien qui peut faire l'objet d'un fractionnement matériel, sans perte notable de valeur, permettant la formation de quotes-parts autonomes, non grevées de charges ou servitudes et dont la jouissance est libre (Galgano (note 402), p. 262 note de bas de page 22 et la jurisprudence citée). A propos de l'article 720 CCit, voir également ci-dessous, dans le même chapitre.

411 Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 727 CCit n. 1 s.; Galgano (note 402), p. 262–263.

412 A ce propos voir les auteurs et la jurisprudence citée par Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 718 CCit n. 2.

413 Art. 720 Immobili non divisibili.
Se nell'eredità vi sono immobili non comodamente divisibili, o il cui frazionamento recherebbe pregiudizio alle ragioni della pubblica economia o dell'igiene, e la divisione dell'intera sostanza non può effettuarsi senza il loro frazionamento, essi devono preferibilmente essere compresi per intero, con addebito dell'eccedenza, nelle porzione di uno dei coeredi aventi diritto alla quota maggiore, o anche nelle porzioni di più coeredi, se questi ne richiedono congiuntamente l'attribuzione. Se nessuno dei coeredi è a ciò disposto, si fa luogo alla vendita all'incanto.

414 Galgano (note 402), p. 263 et la jurisprudence citée; Pescatore/Ruperto (note 398), Art. 720 CCit n. 6 et la jurisprudence citée; cf. également à propos de la 1e remarque Giuseppe Trabucchi, Istituzioni di Diritto civile, 41e éd., Milan 2004, p. 483–484 note de bas de page 3; contra: Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 720 CCit n. 12 et 15.

415 Patti (note 405), p. 157–158; Schleifenbaum (note 78), p. 235–236.

416 Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 720 CCit n. 8 et la jurisprudence citée et n. 9; Pescatore/Ruperto (note 398), Art. 720 CCit n. 2 et la jurisprudence citée.

versalités de biens et les biens que l'entrepreneur a réuni pour l'exercice des activités de son entreprise. Une partie de la doctrine et une jurisprudence récente[417] considèrent en outre que le juge peut s'écarter du critère de la part la plus importante lorsque l'attribution du bien est requise par plusieurs héritiers. Son choix doit toutefois reposer sur des motifs suffisants.

VIII. Conclusions

La succession s'ouvre au décès du de cujus. A ce moment-là, l'ensemble des droits et obligations transmissibles du défunt passe à son ou ses héritiers, comme un tout, par l'effet du décès. L'héritier succède alors directement au défunt, en vertu de la loi, sans qu'une acceptation ne soit requise de sa part. Lorsque le défunt laisse plusieurs héritiers, aucun n'acquiert de droit individuel sur les biens de la succession: ils sont propriétaires en mains communes et forment ensemble une communauté dite héréditaire; indépendamment des quotes-parts dans la succession, le sort des biens dépend de la volonté de chacun des héritiers, en vertu d'un principe d'égalité par tête.

Le partage permet de passer de cette propriété commune à une propriété individuelle. Régi par le principe de l'égalité par tête, il a en principe lieu sur la base du consentement de l'ensemble des héritiers. Etant donné que l'unanimité n'est pas facile à obtenir; il est nécessaire d'offrir aux héritiers un moyen d'effectuer le partage en son absence. Une analyse historique permet de constater que les solutions trouvées par le passé à ce type de questions peuvent être classées en deux grands systèmes: d'un côté les ordres juridiques qui conféraient au juge le pouvoir de trancher les litiges par un jugement qui transférait la propriété des biens, et de l'autre ceux qui recouraient à une procédure qui, par la composition de lots aussi égaux que possible en nature, limitait l'importance du choix et une répartition subséquente intervenant de manière impartiale, souvent par tirage au sort.

Le code civil de 1907 fait des emprunts aux deux systèmes, mais laisse malgré tout le texte très ouvert, de manière à respecter les procédures et coutumes des cantons plus proches de l'un ou l'autre système. Il met l'accent sur le principe d'un partage qui relève en premier lieu de la compétence des héritiers et prévoit l'intervention d'une autorité, désignée par les cantons, dans un certain nombre de cas. Mis à part quelques pouvoirs ponctuels de décision,

417 Galgano (note 402), p. 263 et la jurisprudence citée; Pescatore/Ruperto (note 398), Art. 720 CCit n. 6 et la jurisprudence citée; cf. également à propos de la 1re remarque Trabucchi (note 414), p. 483–484 note de bas de page 3; contra: Forchielli/Angeloni (note 392), Art. 720 CCit n. 12 et 15.

l'autorité a pour tâche d'aider les héritiers dans le partage ou de protéger les intérêts des créanciers d'un héritier.

Doctrine et jurisprudence ont peu à peu contribué à faire évoluer le partage de manière à réaliser le mieux possible le droit des héritiers à un partage effectif. Le pouvoir du juge d'effectuer les diverses opérations du partage et de rendre un jugement avec effet adjudicatoire est désormais généralement reconnu. Deux voies coexistent ainsi pour l'exécution du partage: d'un côté l'autorité, qui peut avoir pour tâches de composer les lots ou de décider ponctuellement de l'attribution, respectivement de la vente d'un bien et, de l'autre, le juge qui, selon les conclusions des parties, peut disposer de la compétence générale d'effectuer le partage.

La question des liens entre l'une et l'autre voie n'est pas expressément réglée. Selon le droit fédéral, l'action en partage ne doit pas nécessairement être précédée de l'intervention de l'autorité compétente. Le droit fédéral n'impose pas non plus un va-et-vient entre l'autorité et le juge, dans l'hypothèse où celui-ci serait saisi sans que celle-là n'ait été préalablement amenée à intervenir; il n'est toutefois pas exclu que le droit cantonal le prévoie, pour alléger la tâche du juge ou pour conduire les opérations de partage.

Par ailleurs, le juge appelé à se prononcer dans le partage d'une succession, après l'intervention infructueuse de l'autorité, peut – mais ne doit pas – s'appuyer sur les travaux préparatoires effectués par cette dernière, par exemple le plan de partage. Il est, par contre, à notre avis lié par une décision qu'elle aurait rendue en vertu des pouvoirs ponctuels que la loi lui confère, comme par exemple pour le sort des papiers de famille ou celui des objets formant un tout.

Le fait que le code civil donne à l'autorité et au juge des compétences qui sont parfois concurrentes ne doit pas conduire à l'application de règles matérielles différentes. A défaut, le partage risquerait d'aboutir à un résultat différent selon l'entité à laquelle l'héritier s'adresse. Le juge est donc tenu de suivre les règles prévues aux articles 610 et suivants du code civil, y compris l'article 611. Il procédera à la composition de lots, comme le prévoit la loi, en tenant compte des règles matérielles spéciales pour les biens spécifiquement réglés par la loi (logement de la famille par exemple) et des critères de l'article 611 alinéa 2 CC (usages locaux, situation personnelle des héritiers et vœux de la majorité) pour les autres biens. La composition des lots intègre un processus ayant pour but de répartir les diverses catégories de biens de la succession (meubles, immeubles, droits, créances) de manière aussi homogène que possible entre les lots des héritiers; nous sommes d'avis qu'il s'agit d'un critère dont le juge doit tenir compte, à titre subsidiaire.

En ce qui concerne le tirage au sort, nous pensons que son champ d'application est très réduit. Il avait à l'origine pour but de régler de manière définitive les conflits des héritiers devant l'autorité; il présente l'avantage de l'im-

partialité, mais comporte aussi plusieurs désavantages, notamment celui de conduire à une répartition des biens pouvant aller à l'encontre du bon sens: la bibliothèque de droit au menuisier qui habite en Espagne et l'appartement en Espagne au juriste qui travaille en Suisse. La compétence du juge dans le partage ayant été reconnue, il nous semble qu'il faut également lui accorder le pouvoir de se prononcer sur la manière d'attribuer les biens, que ce soit en application des règles posées par le de cujus ou la loi. Le recours au tirage au sort doit être limité aux cas où ces règles ne permettent pas de se prononcer

Finalement pour répondre à la question de savoir si le droit suisse du partage donne satisfaction, il faut tout d'abord constater que, grâce à sa formulation ouverte, il a pu offrir une bonne réponse sur de nombreux points. Il offre par ailleurs des solutions flexibles concernant la manière d'effectuer le partage (division, attribution ou vente). Cette flexibilité est à notre avis préférable à une conception rigide qui impose de diviser ou vendre, au nom de la réalisation du principe de l'égalité entre héritiers. Il serait souhaitable toutefois de clarifier les conditions auxquelles les entreprises non agricoles peuvent être attribuées à un héritier. On pourrait également revoir le texte de la loi de manière à en faire ressortir plus clairement le sens.