

L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé des Successions dans la Perspective d'une Future Réglementation Européenne

Prof. Angelo Davì, Rome*

SOMMAIRE : 1. Arguments à l'appui de l'introduction de la *professio juris* dans un projet d'harmonisation européenne des règles de conflit de lois relatives aux successions à cause de mort.- 2. Le problème de la protection des intérêts des héritiers réservataires.- 3. La détermination des lois dont la désignation pourrait être permise.- 4. Questions concernant la réglementation de la *professio juris* en tant qu'acte juridique.- 5. Le choix de la loi applicable aux pactes successoraux et aux testaments mutuels.- 6. La soumission de la transmission successorale à la *lex fori* par l'accord des successibles.

1. Arguments à l'appui de l'introduction de la *professio juris* dans un projet d'harmonisation européenne des règles de conflit de lois relatives aux successions à cause de mort

La *professio juris* n'a pas connu jusqu'à présent un très grand succès dans les lois des pays membres de l'Union européenne relatives au droit international privé des successions. Toutefois elle mérite également, sans aucun doute, d'être retenue dans un projet d'harmonisation communautaire portant sur la matière. A l'appui d'une telle proposition au moins deux arguments peuvent être avancés.

1.1. Tout d'abord, il est nécessaire de ne pas oublier la grande **difficulté** qui existe dans le domaine des successions, comme d'ailleurs dans bien d'autres secteurs, **de déterminer dans l'abstrait**, à l'aide d'un critère de rattachement unique et de caractère rigide, **la localisation la plus appropriée de chaque situation à régler**. En effet, une fois qu'à juste raison l'on a pris parti pour le principe de l'unité du statut successoral afin d'échapper aux inconvénients bien connus du morcellement de la succession qu'engendrerait l'adoption d'un système scissionniste, il ne reste essentiellement qu'à choisir entre les deux rattachements concurrents de la dernière résidence habituelle (ou du dernier domicile) du *de cuius* et de la (dernière) nationalité de celui-ci. Les propositions qui font l'objet de notre rencontre montrent une préférence pour le premier élément et sans nul doute l'on est parfaitement en droit de penser que dans la majorité des cas le pays de la dernière résidence habituelle d'une personne est celui où se situe le centre réel de sa vie et de ses intérêts d'ordre personnel, éco-

* Professeur de l'Université „La Sapienza“, Rome, Italie.

nomique et familial, le pays donc dont la loi a la plus grande vocation à en régir la succession. Il y a toutefois de nombreuses situations dans lesquelles l'intégration d'un sujet dans le milieu social du dernier pays de déroulement de son existence est plus faible. Notamment le *de cuius* peut avoir maintenu des liens importants avec son pays d'origine, auquel il désire peut-être revenir et dans lequel se localise une partie de son patrimoine ainsi que la vie de sa famille ou de certains membres de celle-ci, qui ont potentiellement droit à l'héritage de l'intéressé. Ou bien encore le *de cuius* peut être relié par des facteurs du même genre au pays d'une résidence antérieure et parfois ayant eu une plus longue durée. Il n'est donc nullement certain que dans une succession internationale la loi du pays de la dernière résidence habituelle du défunt soit toujours la plus proche au cas particulier et par conséquent celle dont l'application peut correspondre le mieux aux attentes et aux intérêts légitimes des parties concernées. Dans ces conditions la faculté accordée au *de cuius* de choisir lui-même la loi qui finalement régira sa succession parmi les différentes lois susceptibles d'entrer en ligne de compte aurait l'avantage d'introduire dans la réglementation de conflit un élément de souplesse très appréciable. Certes, il est vrai que le choix de l'auteur de la *professio juris* tomberait normalement sur la loi qui en raison de son contenu matériel répondrait le mieux à ses exigences même lorsqu'il ne s'agirait pas de la loi qui présenterait les liens les plus étroits avec la situation de droit à régler. Mais c'est justement la difficulté de justifier rationnellement l'établissement et l'application mécanique et rigide d'une solution prédéterminée qui suggère d'insérer dans le projet d'harmonisation européenne cet important coefficient de flexibilité apte à permettre au *de cuius* de planifier et organiser sa succession future sans rencontrer des entraves excessives et non nécessaires.

1.2. En deuxième lieu, il faudrait tenir compte du fait qu'actuellement la **majorité des systèmes de conflit des pays membres de l'Union européenne** adopte en matière successorale le facteur de **rattachement objectif de la nationalité** du défunt. La proposition de substituer à ce critère, dans une future réglementation européenne, celui de la dernière résidence habituelle est bien sûr tout à fait partageable. En effet, étant donné que le second critère coïncide avec celui que l'on envisage d'utiliser, tout au moins en voie principale, pour délimiter la compétence juridictionnelle dans la matière, l'adoption d'une telle solution présente indéniablement le grand avantage de déterminer une correspondance heureuse entre *forum* et *ius*. En outre le rattachement à la résidence a aussi le mérite d'éviter toute discrimination fondée sur la nationalité à l'intérieur de l'Union et favoriser de telle sorte l'intégration sociale des immigrés et la mobilité intra-communautaire des personnes. Toutefois l'attachement de plusieurs Etats membres au principe de la nationalité suggère que l'octroi au *de cuius* de la faculté d'opter, le cas échéant, pour son droit national pourrait rendre plus acceptable

pour ces Etats une innovation qui pour eux représente un véritable bouleversement de leur tradition juridique.

2. Le problème de la protection des intérêts des héritiers réservataires

2.1. La seule objection d'un certain poids que l'on peut adresser à l'admission de la *professio juris* consiste à mettre en exergue le risque que l'auteur de la *professio* puisse s'en prévaloir pour désigner une loi qui lui accorde une liberté de disposition de son patrimoine plus grande de celle que lui donnerait la loi normalement applicable à titre objectif et qu' il puisse donc, à travers une telle voie, dépouiller ses **héritiers réservataires** – et notamment son conjoint et ses enfants – des droits qui leur reviendraient d'après cette dernière loi. Il est justement pour répondre à ladite préoccupation que la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort contient deux dispositions protectrices des droits des réservataires: l'art. 12, par. 2, et l'art. 24, par. 1, lettre *d*). La première règle, concernant de manière spécifique les pactes successoraux, vise à sauvegarder les droits à réserve des sujets non parties aux pactes par rapport au préjudice que ces droits pourraient subir par l'application aux pactes en question d'une loi (choisie ou non par les parties elles-mêmes) différente de celle appelée à régir la succession dans son ensemble. La seconde permet aux Etats contractants de faire à la Convention une réserve les autorisant, sous certaines conditions, à ne pas reconnaître les effets d'une *professio juris* qui aurait la conséquence de priver «totalement ou dans une proportion très importante le conjoint ou l'enfant du défunt d'attributions de nature successorale ou familiale auxquelles ils auraient eu droit selon les règles impératives de la loi de l'Etat ayant fait cette réserve». Une clause protectrice semblable se trouve également dans la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (art. 15, lettre *c*). Des préoccupations du même genre ne devraient par contre pas exister à l'égard des droits des créancier de la succession, étant donné que toutes les législations du monde reconnaissent naturellement priorité à ces droits par rapport aux prétentions des héritiers et des légataires et que presque toutes s'accordent aussi sur le principe de la responsabilité solidaire des héritiers pour les dettes successorales.

En réalité, même en ce qui concerne les **droits des parents**, ces préoccupations paraissent quelque peu exagérées. Tout d'abord, l'expérience des pays, tels que la **Suisse**, dont les systèmes de conflits de lois admettent la *professio juris* nous témoigne que les cas dans lesquels le *de cuius* profite de cet instrument – ou essaie de le faire – dans un but d'exhérédation de ses parents sont relativement rares. Par ailleurs dans le seul cas suisse assez connu où cela semblerait s'être passé, l'affaire *Hirsch c. Cohen*, le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 17 août

1976¹, a décidé qu'il n'y avait pas lieu à faire jouer la clause d'ordre public à dépit des liens très étroits qui existaient entre le cas d'espèce et la Suisse puisque la fille du défunt, exhéredée par celui-ci, possédait la nationalité de ce pays et y était domiciliée et en outre le testateur, ressortissant anglais, y avait vécu pendant les derniers vingt ans de sa vie.

Deuxièmement, du point de vue du droit matériel, l'augmentation constante de la durée moyenne de la vie humaine et l'expansion de la participation des femmes à la vie professionnelle ont progressivement **affaibli la fonction de moyen d'entretien du conjoint survivant et des descendants** qui était remplie autrefois par la réserve successorale. En tout cas, dans ces seules limites, le droit à une attribution patrimoniale à la charge de la succession, sous la forme tout au moins d'une prétention de caractère alimentaire, est reconnu aux parents négligés par le testateur presque partout et même dans les Etats, tels que la Grande-Bretagne et les autres pays de *common law*, qui ne connaissent pas l'institution de la réserve. L'institution en question exerce donc actuellement plutôt la fonction de garantir la transmission aux parents survivants du défunt de son patrimoine, ou d'une partie substantielle de celui-ci, au nom d'une idée de solidarité et de continuité entre les membres de la famille considérée comme nécessaire et partant imposée par la loi. Toutefois, même à l'intérieur de l'Union européenne, aujourd'hui une telle idée n'est pas ressentie par tout le monde de la même façon. Il est alors permis de penser que, pour marquante qu'elle soit dans le droit interne des successions de certains ou de nombreux Etats membres, dans un contexte objectivement international cette idée pourrait quelque peu s'infléchir. De toute façon il serait assurément excessif de s'attendre qu'on la prenne pour base centrale d'une réglementation européenne des conflits de lois en la matière, en renonçant notamment à l'introduction d'un outil que l'on estime désirable pour d'autres raisons.

En troisième lieu, sur le plan strictement conflictuel, le souci de protéger les parents du défunt se justifierait mieux dans un système axé, à la différence de celui que l'on envisage d'adopter à l'échelon européen, sur le **principe du rattachement de la succession à la loi nationale**. En effet, étant donné qu'il est évidemment beaucoup plus facile de changer de résidence que de nationalité, dans un système de ce type un *de cuius* qui était intentionné à se soustraire à l'application des règles impératives de son droit national protectrices des héritiers réservataires aurait beau jeu à transférer sa résidence dans un pays dont le droit matériel ne prévoit pas la même protection et à effectuer une *professio* en faveur d'un tel droit. En revanche, dans un système qui soumet en principe la succession au droit de la dernière résidence habituelle du défunt la prétention des parents à être mis à l'abri des effets potentiellement défavorables de la *professio juris* par la loi se trouve considérablement affaiblie par le fait qu'ils se-

¹ ATF, 102, II, pp. 136 ss.

raient toujours dépourvus de toute défense contre le simple changement, au gré du *de cuius*, du facteur de rattachement objectif. Ni d'ailleurs il ne paraît plus convaincant de suivre l'idée selon laquelle dans un système pareil il faudrait au contraire songer à préserver les droits à une part réservataire attribués aux parents par la loi du pays de la dernière résidence habituelle du *de cuius* contre les atteintes que ces droits pourraient recevoir par le choix de la part de celui-ci de sa loi nationale. En effet, puisque dans la grande majorité des cas le défunt et ses parents proches seraient ressortissants du même Etat, il est tout au moins douteux que ces derniers puissent raisonnablement s'attendre à une protection spécifique des droits à part réservataire que leur accorderait une loi étrangère tirant son titre d'application exclusivement du fait que le *de cuius* avait décidé de déplacer sa résidence dans un pays différent de celui de son origine.

2.2. Il paraît donc légitime de conclure pour l'inexistence d'arguments suffisants à l'appui de la thèse d'après laquelle, sur le terrain du droit international privé, une réglementation qui se veuille équilibrée devrait en principe, dans le conflit potentiel entre l'intérêt du *de cuius* d'être libre de choisir la loi qui lui permet de réaliser au mieux ses intentions parmi les lois présentant un lien significatif avec sa succession et l'intérêt de ses parents à l'application de la loi qui leur accorde la protection la plus étendue, donner priorité à ce dernier. Ce qui peut être raisonnablement exigé de la réglementation conflictuelle est plutôt que la prédétermination des lois sur l'une ou l'autre desquelles peut **tomber le choix du *de cuius* ne soit pas arbitraire**, c'est-à-dire qu'il s'agisse toujours de lois étroitement rattachées à la situation. Il est seulement dans ce sens limité que le droit international privé se doit de prendre soin des intérêts des parents du défunt².

Sous cet angle, ni l'attribution au *de cuius* de la faculté d'élire sa loi nationale ou la loi du pays de sa résidence ni, dans un système disposé à accepter un certain degré de morcellement de la succession, l'octroi à ce sujet du pouvoir de choisir la loi de la situation d'un bien ou du siège d'une entreprise semblent pouvoir donner lieu à de sérieuses objections de principe. Cela vaut aussi, pour les raisons qu'on verra par la suite, à l'égard du choix de la loi régissant le régime matrimonial de son auteur. La seule question qui mérite d'être analysée en détail consiste à se demander s'il serait justifié de donner effet à la désignation par le *de cuius* de la loi du pays de sa **résidence habituelle au moment de la désignation** même dans le cas où à la date de sa mort il ne résiderait plus dans ledit pays. Une telle solution pourrait être accusée de faciliter excessivement le contournement, moyennant la *professio*, des règles impératives concernant le droit à la réserve et présenterait par ailleurs aussi l'inconvénient de rendre applicable à la succession une loi qui, au moment de son ouverture, pourrait

² Pour cette façon de poser le problème v. également BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, pp. 277 ss.

n'avoir plus aucun lien avec elle. Il est précisément sur la base de ces considérations que l'art. 46, al. 2, de la loi italienne de droit international privé de 1995 refuse d'accorder un effet juridique, dans les conditions susvisées, à une telle option et que la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort autorise les Etats contractants à apposer à la Convention une réserve ayant un contenu semblable (art. 24, par.1, lettre *d*)³.

La première remarque qu'il convient de faire à cet égard est qu'il n'est pas possible d'être certains *a priori* qu'un changement du pays de résidence effectué par le *de cuius* après la *professio juris*, aurait comme conséquence inéluctable un déplacement correspondant du centre de gravité de la situation à régler. Il se peut bien, à l'opposé, que, malgré le changement intervenu, la majorité des points de contact de la situation, tels que la présence d'héritiers et de légataires, de créanciers du défunt et de biens à distribuer, soit restée localisée dans le pays où celui-ci résidait au moment de la *professio*. Du point de vue du respect que l'on doit (ou, de toute façon, que l'on veut porter) au principe d'effectivité dans l'échafaudage d'un système de règles de conflit de lois il n'y a donc pas de raisons décisives pour soumettre la succession au droit du pays de la dernière résidence du *de cuius* à dépit de la volonté contraire qui avait été exprimée par l'intéressé.

Il existe d'autre part une série d'arguments, pour la plupart d'ordre technique, qui militent en faveur de l'idée qu'un changement de la résidence de l'auteur de la *professio* ne devrait pas entraîner la remise en cause de la validité de cette dernière. Tout d'abord la *professio* pourrait être liée à un **pacte successoral** ou à un testament mutuel, ayant été faite par son auteur précisément dans le but de rendre applicable à l'ensemble de sa succession la même loi compétente à régir l'un ou l'autre des actes susnommés. Etant donné que les pactes successoraux et les testaments mutuels doivent, tout ou moins en principe, être – et rester – soumis à la loi successorale « anticipée » du sujet ou des sujets dont la succession est concernée en raison de l'impossibilité de faire dépendre le contenu des effets qu'ils produisent (ou peuvent produire) du vivant des parties d'une loi future et indéterminable, la caducité de la *professio* causée par le changement de la résidence aurait la fâcheuse conséquence de provoquer une divergence entre la loi régissant le pacte ou le testament mutuel et la loi applicable au reste de la succession impliquée. Il en résulterait des problèmes de qualification et d'adaptation qui pourraient s'avérer difficiles à résoudre.

L'inefficacité de la *professio* engendrée par le déplacement de la résidence de son auteur pourrait aussi donner lieu à des difficultés semblables de coordination entre le (nouveau) statut successoral et le **régime matrimonial** du *de*

³ V. aussi, relativement à la différente hypothèse du changement de nationalité par un *de cuius* ayant fait une *professio* en faveur de sa loi nationale, l'art. 90, al. 2, de la loi suisse de droit international privé de 1987.

cujus ; et cela d'autant plus que de nombreux systèmes de conflit considèrent ce régime immuable. L'intérêt particulier que l'on porte à la soumission de la succession et du régime à une même loi est bien évident. Il est à peine nécessaire de rappeler à ce propos que dans presque tous les ordres juridiques l'étendue de la participation du conjoint à la succession est influencée par la réglementation du régime: dans les systèmes où le régime légal est la communauté des biens cette participation est en général plus modeste alors que dans ceux qui établissent le régime légal de la séparation des biens la participation tend à être plus large. Il s'ensuit que la combinaison entre les dispositions relatives au régime d'une loi et les règles successorales d'une loi différente pourrait créer dans les rapports entre le conjoint survivant et d'autres héritiers réservataires, tels que notamment les enfants du défunt, des inégalités dans la répartition de la succession, alors qu'une *professio* ayant eu pour effet de déterminer une correspondance entre ces deux lois aurait bien permis de les éviter. La caducité de la *professio* provoquée par le changement de la résidence du *de cuius* pourrait donc dans un cas pareil, au lieu de protéger les intérêts des héritiers réservataires, se rétorquer contre eux.

Il faut encore ajouter que la remise en cause des effets de la *professio* par suite d'un déplacement de son auteur contrevient foncièrement à l'exigence de la **sûreté de la planification successorale**. Bien sûr, les problèmes qui peuvent surgir à ce propos ne doivent pas être surestimés. Celui qui fait une *professio juris* normalement s'adresse à un notaire ou, de toute façon, consulte un juriste compétent. L'on peut donc s'attendre à ce qu'il soit parfaitement mis au courant des conséquences qu'un changement de sa résidence pourrait avoir sur le sort de sa désignation. Dans la majorité des cas il pourra adapter l'organisation de sa succession à la nouvelle situation sans trop de difficultés, bien que peut-être parfois au prix du sacrifice d'une partie des dispositions qu'il avait pris initialement. De même, le déplacement de la résidence et le caractère « habituel » de celle-ci peuvent le plus souvent être aisément établis. Toutefois les choses ne sont pas toujours aussi simples. Que l'on pense, par exemple, à l'hypothèse d'une perte de capacité provoquée par une maladie ou par les suites d'un accident. Dans un cas pareil le changement de la résidence, rendu peut-être nécessaire par l'exigence de suivre des traitements médicaux, pourrait même ne pas être conscient⁴. De toute façon la caducité de la *professio* pourrait facilement entraîner, sans que l'on y puisse porter aucun remède, la soumission de la suc-

⁴ Pour un cas jurisprudentiel italien quelque peu semblable (*Barzini*), dans lequel un testament a été jugé entaché de nullité dans la forme d'après la loi italienne, rendue applicable par le fait que la testatrice, ayant perdu depuis longtemps, à l'époque de la rédaction de l'acte, sa nationalité italienne d'origine, avait été toutefois par la suite réintégrée automatiquement dans cette nationalité, sans même le savoir, en raison du déplacement de sa résidence en Italie, où elle devait suivre un traitement médical, v. Trib. Milano 20 juin 1985, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, pp. 662 ss., et, toujours dans la même affaire, App. Milano 11 novembre 1988, *ibid.*, 1989, pp. 407 ss., et Cass. 7 mars 1991, n. 2425, *ibid.*, 1991, pp. 466 ss.

cession à une loi inconnue et susceptible de donner lieu à des effets imprévisibles.

Il existe donc de nombreuses raisons qui invitent à estimer souhaitable de permettre à l'auteur d'une *professio juris*, dans une future réglementation européenne de la matière, de choisir la loi du pays de la résidence habituelle qu'il a à la date de la désignation sans que l'on soumette la validité de cette dernière à la condition qu'au moment du décès le *de cuius* réside encore dans le même pays. Dans un tel système la protection des héritiers ayant droit à réserve d'après la loi qui serait applicable à titre objectif devrait foncièrement être laissée à l'intervention de la clause d'ordre public et de l'interdiction de la fraude à la loi. Certes, il est vrai qu'une solution semblable aurait l'effet de déplacer dans une certaine mesure le point d'équilibre entre les différents intérêts sous-jacents à la réglementation de la *professio* en faveur de la liberté du *de cuius* de disposer de son patrimoine de la façon qu'il juge pour lui la plus satisfaisante. Mais c'est là peut-être une conséquence de l'internationalisation croissante de la vie juridique des particuliers qui pourrait être considérée acceptable, spécialement dans une perspective communautaire.

3. La détermination des lois dont la désignation pourrait être permise

3.1. Il convient maintenant de procéder à une détermination plus précise des lois dont il serait recommandable de permettre le choix dans la *professio juris*. Au nombre de ces lois l'on peut tout d'abord inclure, pour les raisons que l'on vient d'exposer, la loi de la nationalité et la loi de la résidence habituelle du *de cuius* au moment de la désignation. Il s'agit normalement de lois étroitement liées à la succession et qui en plus ont de bonnes chances d'être également compétentes à régir d'autres questions rattachées à la dévolution ou à la transmission successorale et qu'il serait donc profitable de soumettre à une réglementation cohérente avec les dispositions applicables à ces dernières.

3.2. Il semble en revanche plus douteux qu'il soit opportun d'admettre la possibilité de choisir la loi du pays de la **résidence habituelle** que le *de cuius* aura **au moment du décès**. Etant donné que cette loi serait en tout cas applicable à titre objectif, l'attribution au *de cuius* d'une telle faculté ne présente évidemment pas beaucoup d'intérêt. Son utilité majeure pourrait être donnée par le fait de lui consentir de tester tout de suite conformément à la loi de sa résidence habituelle future mais il ne faudrait pas oublier qu'un exercice semblable ne serait pas toujours sans périls. Il serait donc plus sage de conseiller au *de cuius* d'attendre, avant de rédiger le testament, d'avoir effectivement réalisé le changement de sa résidence. Egalement discutable est l'avantage que l'on pourrait avoir, dans le cas où l'on projette un déplacement vers un pays non membre de l'Union européenne, d'assurer par le biais de la *professio* la soumission de la succession à l'intérieur de l'Union au droit matériel de cet Etat à dépit du renvoi

qui pourrait être opéré par le système de conflit du pays en question (s'il n'admettait pas la *professio*). En effet, dans une hypothèse pareille, les tribunaux des Etats membres de l'Union ne seraient normalement pas compétents à se prononcer directement sur la succession. Il serait partant peut-être préférable de ne pas renoncer à l'harmonie internationale dans les rapports avec le pays non membre concerné.

3.3. L'attribution au *de cujus* d'une faculté d'option en faveur de la **loi nationale** qu'il aura **au moment de son décès** semble par contre se justifier mieux, malgré la marge d'incertitude qu'entraîne toujours le choix d'une loi dont l'applicabilité dépend d'une condition qui ne s'est pas encore réalisée. Une telle faculté pourrait convenir notamment aux sujets qui, ayant perdu leur nationalité d'origine à cause du déplacement à l'étranger de leur résidence, prévoient toutefois de pouvoir acquérir à nouveau cette nationalité à la suite du retour dans leur pays, lorsqu'ils ne désirent pas attendre jusqu'à ce jour pour planifier leur succession.

Une autre question concernant la *professio* en faveur de la loi nationale qu'il ne faudrait pas manquer de régler expressément touche à la **double nationalité** (ou à l'hypothèse de plusieurs nationalités) du même individu. La solution qui paraît la plus recommandable à ce sujet consiste à permettre le choix de la loi correspondante à n'importe quelle des deux (ou plusieurs) nationalités possédées. L'alternative plus restrictive constituée par l'admission du seul pouvoir de choisir la loi du pays dont la nationalité est la plus « effective », c'est-à-dire celle du pays auquel l'intéressé est le plus étroitement lié, paraît trop dangereuse pour la sûreté et la prévisibilité du droit applicable. D'ailleurs l'institution de la *professio juris* en elle-même se fonde beaucoup plus sur l'idée de « rattachement suffisant » que sur celle de la recherche du « rattachement le plus significatif ».

3.4. La question de savoir s'il conviendrait également de permettre le choix de la **lex rei sitae** par rapport à la succession immobilière est un peu plus délicate. A l'égard des immeubles situés dans un Etat membre de l'Union européenne une réponse négative semble bien s'imposer. L'admission de cette faculté aurait en effet l'inconvénient de réintroduire la possibilité du morcellement de la succession que le rattachement unitaire à la dernière résidence habituelle du défunt que l'on envisage d'adopter dans la future réglementation communautaire tend précisément à éviter. Par ailleurs, une telle solution n'aurait guère d'utilité, étant donné que l'harmonisation européenne du droit international privé des successions, une fois réalisée, supprimerait à l'intérieur de l'Europe communautaire tout problème de coordination entre les systèmes de conflit nationaux en la matière.

Il n'en va cependant pas de même dans les rapports avec les **Etats non membres de l'Union** qui, étant partisans du principe scissionniste, soumettent la succession immobilière à la loi du lieu de situation de l'immeuble. Dans un contexte pareil une réglementation de la succession établie par un tribunal d'un pays membre de façon non conforme aux dispositions de la loi du *situs* aurait

très peu de chances d'être « effective » puisqu'elle ne serait normalement pas reconnue par les tribunaux de l'Etat de la situation de l'immeuble, qui est le seul à pouvoir disposer de ceci. Il faut toutefois tenir compte du fait que dans le cas susvisé ni même l'application de ladite loi (en tant que choisie par le *de cuius* ou bien ordonnée par une règle de conflit objective) ne serait d'ailleurs capable de résoudre toutes les difficultés. La plupart des pays scissionnistes revendiquent en effet la compétence exclusive de leur tribunaux pour connaître la succession des immeubles situés dans leurs territoires. Par conséquent une décision rendue à ce propos par un juge étranger ne serait généralement pas reconnue quelque droit qu'elle ait appliqué. L'exigence qui existe néanmoins d'éviter pour autant que possible d'édicter des décisions vraisemblablement destinées à rester lettre morte conduit d'autre part à se demander s'il ne serait pas sage d'essayer plutôt de rechercher la coordination avec ce groupe de pays sur le terrain de la compétence juridictionnelle. Un tel résultat pourrait notamment être atteint en insérant dans la future réglementation européenne une disposition réservant la compétence exclusive revendiquée par l'Etat non membre du lieu de la situation de l'immeuble. Comme on le sait, ladite solution est expressément sanctionnée, entre autres, par l'art. 86, al. 2, de la loi suisse de droit international privé et est également admise par une jurisprudence bien établie de certains Etats membres (France, Angleterre). L'admission de cette forme d'autolimitation de la compétence juridictionnelle n'empêcherait pas, par ailleurs, d'attribuer dans le cadre de la liquidation du reste de la succession dans le for, à l'instar de l'art. 2 de la loi néerlandaise du 1er octobre 1996 sur les conflits de lois en matière de successions (*Wet Conflictenrecht Erfopvolging, WCE*), un droit à compensation ou une correspondante diminution d'une charge aux héritiers ou aux légataires lésés par l'application dans le pays de la situation de l'immeuble de la loi désignée par son système de conflit.

3.5. Un problème qui mérite une considération particulière dans l'optique d'une réglementation communautaire de la *professio juris* est celui qui consiste à se demander s'il ne serait pas opportun d'ajouter aux possibilités de choix que l'on vient d'examiner celle de désigner quant aux successions dans une **entreprise la loi du pays du siège** de cette dernière afin d'en faciliter la transmission successorale. La difficulté principale qui existe à cet égard découle du fait que le droit matériel de certains Etats membres interpose de sérieux obstacles à la liberté de l'entrepreneur de prendre, lors de la planification de sa succession, des dispositions visant à garantir le maintien de l'unité et de la continuité de la gestion de son entreprise. Notamment, plusieurs ordres juridiques accueillent le principe des droits égaux des enfants ou d'autres catégories d'héritiers réservataires sur les biens du défunt constituant l'objet de la réserve et ils prévoient le droit des héritiers d'exiger, dans la liquidation de la succession, leur part en nature. Tout cela peut empêcher l'entrepreneur d'attribuer la propriété exclusive de l'entreprise, parmi ses héritiers, à celui qu'il considère le plus apte à le rempla-

cer dans sa conduite (sauf naturellement l'obligation du dernier de désintéresser, le cas échéant, les autres héritiers pour la valeur de leur part). Par ailleurs, l'interdiction générale des pactes successoraux largement répandue dans les pays de droit romain ne contribue évidemment pas à simplifier le problème.

Il existe à ce propos une **recommandation de la Commission de la Communauté du 7 décembre 1994**, relative à la succession dans les petites et moyennes entreprises⁵, qui invite les Etats membres à prendre, à l'intérieur de leurs ordres juridiques respectifs, les mesures appropriées pour éviter, entre autres, que les dispositions de leurs droits successoraux puissent mettre en danger la continuité des entreprises en question en cas de décès de l'entrepreneur (art. 5). Répondant à cette invitation, mais parfois même avant celle-ci, certains Etats membres ont apporté à leurs droits internes des modifications visant un tel but. Par exemple la France, la Belgique, et le Luxembourg ont depuis longtemps adopté des règles spéciales concernant la transmission successorale des exploitations agricoles et admettant la possibilité d'une attribution préférentielle de ces entreprises à un héritier donné⁶; le premier et le troisième pays étendent aussi l'applicabilité des dispositions qu'ils ont édicté en la matière aux secteurs du commerce et de l'artisanat. En Italie, une commission d'étude constituée à l'intérieur du Conseil national des recherches a récemment proposé d'introduire une dérogation à la prohibition des pactes successoraux imposée par le code civil afin de permettre au chef d'entreprise de contracter avec ses héritiers ayant droit à réserve un « pacte de famille » destiné à réaliser le même but⁷. Encore en France l'art. 1390 du code civil (tel que modifié par la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 sur la réforme des régimes matrimoniaux), qui admet la validité des conventions entre conjoints prévoyant qu'à la dissolution du mariage à cause du décès de l'un d'eux, « le survivant aura la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prémourant, à charge d'en tenir compte à la succession », est appliqué fréquemment aux fonds de commerce par la jurisprudence⁸. Il serait tout à fait concevable d'insérer dans la future réglementation européenne des conflits de lois en matière successorale une disposition spéciale réservant les prescriptions de ce type contenues dans la loi du pays de la situation de l'entreprise. Certaines d'entre elles pourraient d'ailleurs sans aucun doute être qualifiées de lois de police et être appliquées ainsi en tant que telles à la succession des entreprises localisées dans le territoire de l'Etat ayant arrêté les prescriptions en question. L'on peut toutefois

⁵ J.O.C.E., n° L 385 du 31 décembre 1994.

⁶ V. pour la France les lois n° 61-1378 du 19 décembre 1961, n° 80-502 du 4 juillet 1980 et n° 82-596 du 10 juillet 1982 et aussi la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 ; pour la Belgique la loi du 19 août 1988, relative au régime successoral des exploitations agricoles en vue d'en promouvoir la continuité ; pour le Luxembourg la loi du 9 juillet 1969, modifiée par la loi du 8 avril 1993.

⁷ V. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Naples, 2003, p. 208.

⁸ Les règles concernant les effets que le décès d'un associé peut avoir sur la continuation d'une entreprise constituée sous la forme d'une société relèvent, par accord unanime, du statut de la société.

aussi se demander s'il ne conviendrait pas d'admettre plutôt à cet égard la *professio juris* afin de rendre plus souple l'ensemble de la réglementation des conflits de lois en la matière. Une telle solution présenterait notamment l'avantage d'éviter un morcellement non nécessaire de la succession dans les cas où la simple application de la loi compétente à la régir en voie générale permettrait déjà d'atteindre le résultat recherché à elle seule. Cette proposition du reste est loin de constituer une nouveauté, ayant été avancée par le *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hambourg pendant les travaux préliminaires à la réforme du droit international privé allemand de 1986⁹.

3.6. Il est en revanche douteux qu'il serait souhaitable, en l'état actuel des choses, de conférer aux sujets mariés la faculté de soumettre, par l'intermédiaire de la *professio*, leur succession à la loi compétente à régir leur **régime matrimonial**. La soumission de ces deux catégories de rapports à une même loi présente assurément, pour les raisons que l'on a déjà brièvement rappelé ici, un intérêt remarquable. Il faut néanmoins considérer que les règles de conflit respectivement applicables aux rapports patrimoniaux entre époux dans chaque Etat membre de l'Union ne sont malheureusement pas à présent unifiées. Une référence directe par la *professio* à une telle loi n'aurait donc pas la même valeur dans tous ces Etats. Par ailleurs elle pourrait aussi présenter l'inconvénient de réintroduire par une voie détournée le principe de la scission à l'égard de la succession immobilière. Si d'autre part l'on tient compte du fait que les autres possibilités de choix à disposition de l'auteur de la *professio* – et notamment celles respectivement relatives à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle du *de cuius* au moment du choix - devraient dans la plupart des cas suffire à permettre de faire coïncider les deux lois susvisées, l'on peut en définitive estimer préférable de renvoyer l'admission de cette faculté d'option ultérieure au moment où les règles de conflit des Etats membres concernant les régimes matrimoniaux auront elles aussi fait l'objet de l'harmonisation communautaire.

4. Questions concernant la réglementation de la *professio juris* en tant qu'acte juridique

4.1. La *professio juris* devrait en outre être réglementée avec clarté et précision en tant qu'acte juridique. La première question importante à résoudre à ce propos est celle de la détermination des modalités dans lesquelles la volonté de choisir le droit applicable à la succession doit être extériorisée. L'exigence d'établir avec certitude qu'il y a eu réellement une élection de droit suggère d'imposer le respect de conditions de forme suffisantes à permettre d'atteindre ce but sans difficultés d'aucune sorte. Etant donné que l'étendue et l'importance d'une telle exigence ne sont pas inférieures aux exigences relatives à tout autre

⁹ V. *RabelsZ*, 1983, p. 657.

acte de disposition de ses dernières volontés, il serait raisonnable d'établir que la *professio juris*, pour être valable, revête la **forme d'une disposition à cause de mort** : et cela même dans le cas où elle ne se trouve pas insérée dans un testament ou dans un pacte successoral mais elle constitue un acte tout à fait indépendant et ayant trait uniquement à la désignation de la loi applicable à la succession (ce qui n'empêche évidemment pas, d'autre part, l'auteur de la *professio* de faire plus tard son testament d'après la loi qu'il avait choisie auparavant). La solution proposée est d'ailleurs celle qui a été adoptée par la majorité des réglementations de la *professio* élaborées jusqu'à présent, qu'il s'agisse aussi bien de règles conventionnelles que de lois nationales¹⁰. D'après cette solution, en définitive, la forme de la désignation, pour être valable, serait soumise aux mêmes conditions généralement applicables à la forme des dispositions à cause de mort, soit que lesdites conditions soient réglementées au niveau européen, soit que l'on préfère en revanche de laisser leur détermination aux systèmes de droit international privé respectifs des Etats membres, en tenant compte du fait que la plupart de ces Etats ont ratifié la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits des lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

4.2. Par contre l'on peut douter qu'il serait bon d'admettre la possibilité d'une **élection du droit applicable implicite ou bien tacite**. L'adoption d'une telle règle se justifie beaucoup mieux dans le domaine des contrats, où les exigences de rapidité et de simplicité des négociations l'emportent, que dans le domaine des actes testamentaires, où au contraire l'exigence d'être sûrs des intentions réelles du *de cuius* et du caractère réfléchi de ses décisions prévaut. Du reste il est tout à fait raisonnable de s'attendre que le sujet qui désire choisir lui-même le droit applicable à sa succession consulte un juriste. Ce dernier pourra donc le renseigner exactement sur la nécessité que son intention soit exprimée clairement et dans la forme exigée. Certes, la solution opposée offrirait l'avantage de permettre de considérer comme valables, le cas échéant, des dispositions de dernières volontés qui ne seraient pas valables suivant la loi applicable à titre objectif, mais qui pourraient l'être, par contre, d'après une loi différente dans la perspective de laquelle le testateur montrerait de s'être placé de manière univoque bien qu'implicite. Toutefois, le fait pour le testateur de s'être psychologiquement situé dans le cadre d'une loi différente par rapport à celle qui est objectivement compétente à régir sa succession ne coïncide pas nécessairement avec une intention consciente et délibérée de choisir la première loi.

¹⁰ V. notamment l'art. 5, par. 2, de la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'art. 46, al. 2, de la loi italienne de droit international privé. La loi suisse parvient indirectement au même résultat, puisqu'elle exige (art. 87, al. 2, art. 90, al. 2) que la *professio* soit faite par testament ou par pacte successoral et elle la soumet donc implicitement à conditions de forme correspondantes aux conditions applicables à ces derniers. Toutefois, à la différence des deux autres textes susvisés, cette loi ne demande pas que l'élection de droit soit « expresse ».

4.3. En ce qui concerne la **validité de la désignation quant au fond**, il faut distinguer entre son admissibilité et les conditions de validité du consentement de l'auteur de cet acte. La première dépend évidemment de la règle de conflit qui accorde à l'intéressé le pouvoir d'élection. Les secondes (existence et validité du consentement, absence de vices de celui-ci, tels que l'erreur, la contrainte, la fraude, etc.) pourraient en revanche être soumises à la même loi qui a été désignée. L'objet de cette référence devrait, plus précisément, être constitué avant tout par les prescriptions spécifiques consacrées par ladite loi – pourvu naturellement qu'elle en contienne – à la validité quant au fond des dispositions à cause de mort. C'est seulement à défaut de pareilles prescriptions qu'il conviendra de se référer alors aux règles générales concernant la validité de toute sorte d'actes juridiques enfermées dans la loi en question. La solution suggérée, consistant en définitive en la soumission de la question du consentement à la *lex causae* plutôt qu'à la *lex fori*, est normalement adoptée, comme on le sait, par les dispositions consacrées par les conventions internationales relatives aux conflits de lois en matière de contrats à l'autonomie de la volonté des parties dans cette matière¹¹. L'objectif d'une telle règle est d'assurer que la validité au fond du consentement des parties portant sur le choix de la loi applicable au contrat soit appréciée par les juges de tous les Etats contractants d'après une seule loi. Dans le même but une disposition semblable devrait être insérée dans une réglementation de la *professio juris* en matière successorale élaborée au niveau européen.

La solution que l'on vient d'indiquer pourrait également être suivie lorsqu'il s'agit de déterminer la **capacité d'élire** le droit applicable à la succession. Dans ce cas il conviendrait de s'en remettre aussi aux règles relatives à la capacité de tester contenues dans la loi qui fait l'objet de la désignation (qu'il s'agisse ou non, dans cette loi, de règles spécifiques ou bien des règles générales concernant l'incapacité d'exercice). Les exigences de la réglementation de la capacité de tester ne diffèrent en effet essentiellement pas des exigences sous-jacentes à la détermination de la capacité d'un sujet de choisir la loi qui doit être appliquée à sa succession.

4.4. Encore, faudrait-il ne pas négliger de régler expressément la **modification** et la **révocation** de la *professio juris*. Les deux possibilités devraient être pareillement admises, étant donné qu'elles sont toutes les deux logiquement comprises dans la liberté de choisir ou de ne pas choisir la loi successorale. La modification du choix ne présente pas de problèmes particuliers. Elle pourrait donc être soumise aux mêmes règles que l'on vient d'indiquer à l'égard de la dési-

¹¹ V. notamment l'art. 3, par. 4, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'art. 2, al. 3, de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et l'art. 10, par. 1, de la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (non en vigueur).

gnation originelle : exigence du respect de la forme d'une disposition de dernières volontés, applicabilité à la validité de l'acte quant au fond et à la capacité de son auteur de la nouvelle loi désignée. La détermination de la loi applicable à la révocation est par contre plus difficile puisqu'en ce cas la désignation d'une nouvelle loi manque. Les solutions qui peuvent être prises en considération consistent soit en l'application de la même loi qui avait été choisie à l'origine, soit en l'application de la loi successorale (déterminée naturellement à travers le rattachement objectif) anticipée à la date de la révocation ou de la loi successorale effective. Cette dernière solution présente évidemment l'inconvénient de soumettre la révocation à une loi future et qui au moment de l'acte ne peut donc pas être identifiée avec certitude. Il vaudrait donc mieux de l'écarter. La deuxième solution, d'autre part, rendrait applicable une loi hypothétique, qui pourrait ne pas être la loi successorale effective et à laquelle l'on risquerait par conséquent de s'adresser uniquement pour en tirer la réglementation de la révocation. Bien que l'on ne puisse aucunement voir en cela un obstacle décisif au choix de cette possibilité, il serait peut-être plus simple et plus pratique de soumettre la révocation (en ce qui concerne notamment sa validité quant au fond, la capacité de son auteur et la validité quant à la forme dans la mesure où celle-ci doit être soumise à la *lex substantiae*) à la loi qui avait fait l'objet de la désignation au début.

Un autre point qui mérite d'être mis en évidence consiste en le fait que, contrairement à ce qui advient à l'égard de la désignation originelle, il n'est pas possible d'exclure que **la révocation puisse être implicite**. La désignation pourrait en effet se trouver étroitement reliée à un testament susceptible d'être à son tour révoqué par plusieurs moyens différents : par exemple à travers un nouvel acte testamentaire incompatible avec le premier mais qui ne le révoque pas explicitement, ou encore à travers sa simple destruction matérielle. Par ailleurs, dans certains systèmes de droit un testament peut parfois être automatiquement révoqué par la loi (notamment en cas de mariage ou, autrement, en cas de divorce). Pour résoudre les problèmes susceptibles de se présenter à cet égard l'on pourrait songer à ajouter à la règle suivant laquelle la révocation, si elle est explicite, doit être faite dans la forme d'une disposition à cause de mort, une règle ultérieure prévoyant qu'une *professio juris* perde son effet lorsqu'elle est étroitement liée à un acte de dernières volontés et celui-ci a été implicitement révoqué ou matériellement détruit par son auteur ou bien encore il a été révoqué par la loi.

5. Le choix de la loi applicable aux pactes successoraux et aux testaments mutuels

5.1. L'admission d'une possibilité limitée de choisir la loi applicable dans le domaine du droit international privé des successions se justifie peut-être encore mieux par rapport aux **pactes successoraux *lato sensu***. Il s'agit là d'une caté-

gorie dont les contours se présentent difficiles à déterminer avec précision, en raison de la grande diversité des institutions pouvant y appartenir, mais qui comprend essentiellement les contrats successoraux proprement dits (tels que notamment les *Erbverträge* du droit allemand, les donations-partages et les institutions contractuelles du droit français et, peut-être, les *contracts to make a will* des pays de *common law*) et les testaments mutuels. Ces derniers devraient d'ailleurs être définis plutôt largement de sorte que l'on puisse y ramener, à côté des testaments dans lesquels les testateurs se confèrent réciproquement des avantages d'ordre successoral, aussi les testaments dans lesquels les bénéficiaires des dispositions prises par chacun des testateurs sont d'autres sujets (par exemple les enfants communs), mais où les dispositions en question se présentent néanmoins juridiquement interdépendantes parce qu'aucune des parties n'aurait donné son consentement si l'autre ou les autres n'avaient pas fait de même¹². Il est par contre parfaitement évident que les testaments simplement « conjoints », c'est-à-dire les testaments distincts et indépendants qui ont seulement été inclus par les signataires respectifs dans un document unique, sont totalement étrangers à la catégorie des successions contractuelles. Egalement il faudra exclure des considérations qui vont suivre les pactes portant sur la succession d'autrui, y inclus les pactes de renonciation anticipée à la succession d'un futur *de cuius* n'étant pas partie à l'accord, ne fût ce que parce qu'il est assez difficile de concevoir que quelqu'un puisse prétendre de désigner la loi applicable à une question relevant de la succession d'un tiers. Par ailleurs plusieurs de ces accords, du moins en ce qui concerne leur réglementation en tant qu'actes juridiques, devraient plutôt être soumis au droit international privé général des contrats.

Notamment le recours aux pactes successoraux et aux testaments mutuels dans les pays où il sont admis par la loi est très fréquent, surtout par les **conjoints**. Ces derniers y trouvent en effet un **moyen efficace de planifier à l'avance leur succession respective** dans les rapports réciproques et avec leurs descendants, souvent en relation avec un contrat de mariage ou d'autres conventions conclus entre eux en même temps ou à une date différente. D'autre part dans la majorité des pays de droit romain (tels que notamment la France, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Italie, l'Espagne et le Portugal) les pactes et les testaments du type susvisé sont interdits par la loi, sauf quelques exceptions. Les raisons historiques qui se trouvent à la base de telles interdictions sont toutefois aujourd'hui généralement considérées essentiellement dépassées¹³. Par consé-

¹² Parfois les deux modèles peuvent se combiner. C'est le cas du *Berliner Testament*, dont l'usage est très diffusé en Allemagne et dans lequel deux époux s'instituent héritiers réciproquement en stipulant en même temps qu'à la mort du dernier survivant l'ensemble du patrimoine successoral sera dévolu aux enfants du couple (ou bien à d'autres sujets).

¹³ Il s'agit foncièrement de la préoccupation, remontant à la tradition du droit romain classique et jugée présentement plutôt excessive, de protéger la liberté testamentaire contre toute entrave et toute possibilité d'influence extérieure; à cela s'est ajoutée en France la répulsion des rédacteurs du code civil pour

quent dans les pays en question la doctrine et la jurisprudence tendent à interpréter ces prohibitions de manière restrictive et, dans le domaine des rapports qui présentent des éléments d'extranéité, l'on a difficilement à craindre que les actes de ce genre puissent être jugés contraires à l'ordre public, lorsqu'ils ont été adoptés d'après une loi étrangère¹⁴.

5.2. Dans un tel état des choses l'on peut aisément comprendre que l'admission de la possibilité d'opérer un choix, quoique limité, du droit applicable par rapport aux pactes successoraux et aux testaments mutuels offrirait bien des **avantages**.

Tout d'abord, la loi normalement applicable à ces catégories d'actes juridiques, lorsqu'elle doit être déterminée d'après le critère de rattachement objectif, est la loi successorale « anticipée » ou « hypothétique » - c'est-à-dire la loi de la résidence habituelle *au moment de l'acte* – du sujet (ou des sujets) dont la succession est concernée. Par conséquent, si l'acte touche à la succession de deux ou plusieurs personnes résidant dans différents pays, **l'application cumulative des lois successorales anticipées de tous les intéressés** devient inévitable. Il s'ensuit que dans un cas pareil la validité quant au fond du pacte successoral ou des testaments mutuels est soumise à la condition d'être également admise par chacune des lois applicables. De plus, l'acte en question ne peut produire que les effets juridiques que toutes les lois susdites lui confèrent à la fois. L'importance d'accorder aux parties dans cette matière une certaine mesure d'autonomie paraît donc bien évidente. Les sujets concernés résidant, l'un ou l'autre ou tous, dans un pays dont la loi interdit les pactes ou les testaments mutuels verraient s'ouvrir une possibilité beaucoup plus grande d'avoir recours à ces instruments utiles de planification et d'organisation de leur dévolution successorale sans par ailleurs courir un risque excessif que l'exception d'ordre public intervienne à bouleverser leurs plans. Dans les rapports entre conjoints, où très souvent les pactes successoraux s'ajoutent à un **contrat de mariage** ou à d'autres conventions particulières, il y aurait l'avantage d'augmenter les chances de pouvoir déterminer à travers une clause d'élection de droit une coïncidence heureuse entre les lois appelées à régir ces différents accords. En outre, les divergences de qualifications bien connues entre systèmes qui considèrent l'interdiction des testaments mutuels comme une question de forme (droit fran-

l'usage des grandes familles de l'époque pré-révolutionnaire d'avoir recours à de tels instruments afin de rassembler la plupart du patrimoine successoral dans les mains du fils aîné en exhéredant essentiellement les autres : v. à ce propos la note *Les pactes successoraux* établie par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Seizième session*, t. II, *Successions-loi applicable*, La Haye, 1990, p. 222.

¹⁴ V. encore la note *Les pactes successoraux*, préc., p. 230. En particulier, pour la position du droit italien à ce sujet v. DE GIORGI, *Patto successorio*, « Enciclopedia del diritto », vol. XXXII, Milan, 1982, p. 533, et DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padoue, 2001, pp. 99 ss.; v. aussi pour l'exclusion de l'exigence de faire jouer en Italie l'exception d'ordre public à l'encontre d'un pacte successoral valablement contracté d'après le droit allemand Trib. Bolzano 8 mars 1968, *Riv. Giur. Alto Adige*, 1968, p. 220.

çais, droit hollandais) et systèmes qui, au contraire, y voient un problème touchant au fond (droit allemand, droit italien) se trouveraient, de ce fait, indirectement réconciliées. Enfin, il faut considérer que la diversité potentielle de rattachement objectif des pactes, ou des testaments mutuels, et des autres questions qui regardent le reste de la succession ou des successions impliquées est susceptible de provoquer une dissociation entre les lois respectivement applicables à ces différents objets. La plus grande souplesse conférée à la réglementation de l'ensemble de la matière par l'admission de l'autonomie de la volonté à l'égard des actes susnommés créerait par contre des possibilités multiples d'esquiver les conséquences, souvent fâcheuses, d'une telle dissociation.

5.3. Le nombre des lois dont il conviendrait de permettre la désignation par les parties d'un pacte successoral ou par les rédacteurs des testaments mutuels est limité, par rapport à ce qui se passe à propos d'une *professio juris* liée à un testament purement individuel, à cause de l'exigence d'**exclure dans la première hypothèse la possibilité de choisir une loi future**. En effet, contrairement au testament individuel, dont la validité et les effets ne demandent normalement pas d'être appréciés avant l'ouverture de la succession, les pactes successoraux et les testaments mutuels, en raison notamment des obligations qu'ils produisent ou peuvent produire pour les parties, posent des problèmes de réglementation déjà à partir de la date de leur stipulation. Par exemple tout sujet intéressé à l'acte doit pouvoir contester, le cas échéant, sa validité. De plus, il doit y avoir la possibilité de connaître exactement si, à quelles conditions et avec quelles conséquences, les engagements pris peuvent être unilatéralement révoqués ou encore quelles sont les restrictions qu'ils imposent à la liberté des parties de prendre singulièrement de nouvelles dispositions à cause de mort. Enfin, les attentes légitimes de celui qui a exécuté des prestations du vivant d'une autre personne en échange des avantages de caractère successoral qui lui ont été conférés par cette dernière ne devraient pas pouvoir être déçues par l'applicabilité postérieure d'une nouvelle loi due à un changement du rattachement du pacte susceptible d'être provoqué par l'autre partie.

Si l'on admet donc que les parties à l'acte ne devraient être liées que par une loi qu'elles peuvent déterminer avec certitude dès la stipulation de celui-ci, il s'ensuit que, lorsqu'un pacte successoral concerne la succession d'une seule personne, l'unique alternative d'ordre général existant à la soumission du pacte à la loi de la résidence habituelle de l'intéressé au moment de l'accord consiste en l'applicabilité de la loi du pays dont il a la nationalité à la même date. A la faculté d'option pour cette loi l'on pourrait encore ajouter, en ce qui concerne les pactes relatifs à la succession dans une entreprise, la possibilité de désigner la loi du pays du siège de celle-ci. Quant aux testaments mutuels et aux pactes portant sur la succession de plus d'une personne, l'on pourrait envisager de permettre le **choix de la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'une ou de l'autre des parties concernées au moment de la rédaction de**

l'acte. Certes, une telle solution provoquerait un élargissement remarquable des possibilités de choix, surtout parce qu'elle consentirait à chacune des parties de soumettre sa succession, bien que dans les seules limites de l'objet du pacte ou du testament, à la loi personnelle (nationale ou de la résidence habituelle) d'une autre partie et donc à une loi avec laquelle le premier sujet pourrait ne pas être directement rattaché d'aucune manière. Toutefois la soumission de la situation dans son ensemble à une loi unique paraît être justifiée par le lien juridique interne existant entre les dispositions ou les engagements respectivement pris par les parties. D'autre part cette règle, consistant en définitive en la substitution de l'application *alternative*, au choix des intéressés, de la loi personnelle de l'un ou de l'autre d'entre eux à l'application *cumulative* desdites lois, offrirait le grand avantage de permettre d'écarter les difficultés du cumul restrictif et notamment les problèmes qui surgissent lorsque le contenu des effets des actes dont il s'agit doit être déterminé d'après deux ou plusieurs lois différentes qui contiennent des dispositions réciproquement contradictoires. L'attribution aux parties de la possibilité de choisir la loi du pays du siège de l'entreprise (dans la mesure où la successions dans celle-ci est concernée) pourrait naturellement être envisagée même dans ce cas.

5.4. La loi ou les lois applicables aux pactes successoraux ou aux dispositions réciproques pour cause de mort devraient en **régir la validité, les effets et les conditions de l'extinction des effets, y compris les conditions de la révocabilité**. Il ne serait pas très raisonnable de limiter par contre l'application desdites lois à la question de la validité de l'acte ou des actes qu'elles concernent et de faire dépendre les effets de ces derniers de la loi successorale effective de chacune des personnes dont la succession est impliquée. Une telle règle entraînerait en effet le risque pour les intéressés à l'acte de voir les droits qu'ils tirent de ce dernier, d'après une certaine loi successorale anticipée, remis en cause, voire anéantis, par l'application subséquente d'une loi future qui ne pourrait même pas être déterminée à l'avance. D'autre part, la soumission des effets d'un pacte ou de dispositions testamentaires réciproques à une loi ou à des lois virtuellement différentes par rapport à celles qui peuvent être appelées à régir le reste des dévolutions successorales concernées pose un problème de coordination entre l'application de ces diverses lois dont les dispositions pourraient s'avérer mutuellement contradictoires. Ce problème, qui existe indépendamment de la détermination subjective ou objective de la loi ou des lois applicables à l'acte dont il s'agit, pourrait d'ailleurs parfois être résolu par un futur *de cuius* qui prendrait le soin de faire une *professio juris* ayant l'effet de soumettre l'ensemble de sa succession à la même loi compétente à régir l'acte en question¹⁵.

¹⁵ C'est justement dans le but de simplifier les difficultés qui peuvent se présenter à ce propos que l'art. 95, al. 2, de la loi suisse de droit international privé dispose qu'un sujet qui entend soumettre un pacte succes-

Les difficultés susceptibles de se présenter dans ce domaine peuvent regarder les droits ou les engagements des sujets parties à l'acte, ou de ceux qui en sont de toute façon **bénéficiaires**, aussi bien que la position des tiers. En ce qui concerne le premier ordre de questions, il est important d'éviter que ceux qui tirent ou ont tiré des avantages d'un pacte ou d'une disposition testamentaire réciproque conformément à la loi successorale anticipée qui lui est applicable puissent, au décès du disposant, prétendre se prévaloir aussi des règles de la *lex successionis* effective de celui-ci (relatives notamment à la réserve ou à d'autres droits qualifiés par telle loi d'inaliénables) pour réclamer d'ultérieurs avantages qui avaient pourtant été exclus par l'acte. L'art. 12, par. 1, de la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort prévoit à cet égard que la validité au fond d'un pacte successoral valide selon la loi compétente à le régler ne peut être contestée pour le motif que la *lex successionis* effective du sujet dont la dévolution successorale est concernée considérerait par contre ce pacte comme invalide. Une disposition semblable pourrait être insérée dans la future réglementation européenne de la matière.

Quant à la **situation des tiers**, le problème concerne essentiellement les droits à **part réservataire** revenant à ceux-ci d'après une loi successorale effective différente de la loi ou des lois qui régissent (et valident) un pacte ou des dispositions testamentaires réciproques ayant pour effet de préjudicier ces droits. Même dans ce cas une règle conforme à celle susmentionnée devrait probablement être appliquée. Tout d'abord, il paraît difficile d'imaginer que les droits des bénéficiaires de l'un de tels actes (qui ont peut-être exécuté de bonne foi une prestation en contrepartie) puissent être affectés par l'application d'une loi qui au moment de la stipulation n'était pas applicable et qui de surcroît pourrait avoir été rendue par la suite compétente par le futur *de cuius* lui-même à travers un simple changement de résidence effectué à son gré. En deuxième lieu, les remarques que l'on a fait plus haut au sujet de la protection des héritiers réservataires contre le préjudice que pourrait leur être apporté par une *professio juris* concernant l'ensemble de la succession peuvent s'étendre aussi au domaine des successions contractuelles. Si l'on considère qu'il existe du point de vue de la politique législative des raisons suffisantes pour soumettre les actes en question à la loi d'autonomie et qu'en outre toutes les lois parmi lesquelles on accorde aux intéressés un pouvoir de choix présentent un rattachement adéquat à la situation à régler, il ne faut pas craindre de confier la protection des héritiers réservataires à ces mêmes lois, sauf naturellement la possibilité de faire jouer, au besoin, l'**ordre public** ou l'interdiction de la **fraude à la loi**. Du reste l'exigence de faire intervenir à cette fin l'ordre public est limitée par le fait que les pactes successoraux et les dispositions mutuelles pour cause de mort sont pour la plupart stipulés par les conjoints, assez souvent avec la participation de

soral à sa loi nationale (au lieu de la loi, qui serait objectivement compétente, de son domicile au moment de la conclusion du pacte) doit élargir tel choix à toute sa succession.

leurs enfants. Il s'ensuit que tout au moins certains des ayant droit à réserve sont déjà suffisamment protégés par le fait même de participer à l'acte¹⁶.

5.5. Le choix de la loi applicable aux successions contractuelles devrait aussi être réglementé en tant qu'**acte juridique**. Les principes généraux auxquels il faudrait se rapporter à ce sujet sont essentiellement les mêmes qui ont été indiqués ci-dessus à l'égard de la *professio juris* annexée à un testament individuel : c'est-à-dire, la soumission de la validité de la clause d'élection quant à sa forme aux mêmes règles applicables sous cet aspect à l'acte auquel la clause est rattachée ; la soumission des conditions d'existence et de validité du consentement, ainsi que des conditions de capacité, à la loi qui est l'objet de la désignation. Par rapport à la *professio juris* liée à un testament individuel il y a toutefois quelques particularités. En premier lieu, certains pactes successoraux (tels que, par exemple, les pactes de renonciation anticipée à la succession ou les *contracts to make a will* des pays de *common law*) ne contiennent pas de véritables dispositions pour cause de mort et doivent partant être qualifiés d'actes *inter vivos*. Deuxièmement, dans quelques-uns des actes susceptibles d'être rangés dans la catégorie des successions contractuelles la clause d'élection du droit applicable peut consister en un accord et non pas en un acte unilatéral. Enfin, même dans ce dernier cas, la question de la révocabilité ou du changement de la désignation se pose ici d'une manière foncièrement différente, en raison de l'interdépendance qui existe entre les positions respectives des parties impliquées.

Il découle tout d'abord des remarques que l'on vient de faire qu'en principe c'est seulement au sujet de la clause d'élection annexée à un acte renfermant de vraies dispositions de dernières volontés qu'il serait justifié d'exiger l'observation des conditions de forme requises par rapport aux dispositions d'une telle nature et d'appliquer à la validité de la clause quant au fond, ainsi qu'à la capacité, les règles spécifiques que la loi désignée consacre dans ces domaines aux dispositions pour cause de mort. Les clauses d'élection insérées dans des pactes successoraux devant être qualifiés d'actes *inter vivos* devraient en revanche être soumises aux conditions de forme applicables aux pactes en question. Par ailleurs, à cet égard il faudrait de toute façon édicter une règle de conflit particulière, étant donné que, entre autres, la Convention de La Haye de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, tout en étant applicable, d'après son art. 4, « aux formes des dispositions testa-

¹⁶ L'art. 12, par. 2, de la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort ainsi que l'art. 9, par. 8, du Titre préliminaire au code civil espagnol (dans la version édictée en 1974) donnent en revanche priorité aux droits des héritiers réservataires, tels qu'ils découlent de la loi successorale effective concernée, par rapport aux effets contraires qu'un pacte successoral soumis par le choix des parties ou bien par un rattachement objectif à une loi différente peut produire. En Suisse une règle pareille avait été insérée dans l'art. 25 de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit des citoyens établis ou en séjour (*Niedergelassenen- und Aufenthaltsgesetz, NAG*), mais elle n'a pas été reproduite dans la nouvelle loi de droit international privé de 1987.

mentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes », ne concerne toutefois pas les pactes successoraux. D'autre part les dispositions de la loi désignée auxquelles il conviendrait de se référer pour en tirer la réglementation des conditions de consentement et de capacité des clauses d'élection de la dernière espèce devraient être celles qui sont applicables aux contrats et aux actes juridiques en général.

5.6. Quant à la **révocation** et à la **modification** de la clause de désignation du droit applicable, il n'y a évidemment pas de problème lorsque cette clause est susceptible d'être considérée comme un accord puisqu'en ce cas le consentement de toutes les parties à l'accord est nécessaire. Mais si, au contraire, la désignation a été faite par un acte unilatéral, le changement du droit applicable provoqué par la révocation ou la modification d'un tel acte par son auteur pourrait affecter indirectement les droits des autres parties au pacte successoral ou des autres disposants pour cause de mort en dehors de leur consentement et même à leur insu. Afin d'éviter des conséquences pareilles l'on pourrait envisager de formuler une règle spéciale établissant que la désignation unilatérale du droit applicable à un pacte successoral ou à une disposition pour cause de mort liée à d'autres dispositions du même genre prises en contrepartie par d'autres sujets ne peut pas être unilatéralement révoquée ou bien modifiée par son auteur sauf que dans la mesure où les engagements ou les dispositions concernés par la désignation pourraient à leur tour être révoqués ou modifiés de cette manière.

6. La soumission de la transmission successorale à la *lex fori* par l'accord des successibles

Comme l'on a déjà remarqué au début de ces notes, le critère de rattachement unitaire que l'on envisage d'introduire dans le projet d'harmonisation européenne des règles nationales de conflit de lois en matière successorale, à savoir celui de la dernière résidence habituelle du défunt, coïncide parfaitement avec le critère de compétence juridictionnelle dont l'adoption, du moins en voie principale, a également été proposée. Cette correspondance est sans aucun doute très appréciable parce qu'elle offre le grand avantage de rendre applicable à la succession, en règle générale, le droit matériel du for et d'épargner donc au juge qui a été saisi les difficultés qu'entraînerait en ce domaine la nécessité d'appliquer, au contraire, le droit matériel étranger.

6.1. Ces difficultés concernent principalement la phase de la **transmission**, de la **liquidation** et du **partage** de la succession. La différence fondamentale existant à ce sujet entre le système accueilli par les pays de *common law* de l'administration sous contrôle judiciaire, confiée à un *personal representative* du défunt (*executor*, s'il est désigné par le *de cuius* lui-même, ou bien *administrator*, lorsqu'il est nommé par le tribunal), qui acquiert la propriété fiduciaire des biens successoraux, et le système adopté par les pays continentaux du transfert immédiat de la titularité des biens en question aux héritiers (de plein droit

ou en vertu d'un acte d'adition ou encore, en Autriche, d'une décision d'*Einantwortung*) est bien connue. Mais aussi dans les rapports entre les pays appartenant au second groupe il existe de considérables différences en ce qui concerne notamment le régime de l'indivision successorale, de la liquidation des dettes de la succession et du partage des biens (qui peut être judiciaire ou amiable). Toute cette matière est caractérisée essentiellement par un grand **enchevêtrement entre règles de fond et règles de procédure**. Cela rend souvent difficile de coordonner l'organisation judiciaire et les institutions procédurales de l'Etat du for avec le droit matériel étranger dont l'application exige assez fréquemment l'adoption de mesures –en particulier d'actes de juridiction gracieuse- et le recours à des pouvoirs d'intervention du juge parfois même inconnus par la législation locale. D'autre part, de semblables problèmes de délimitation et de coordination se posent également, déjà sur le terrain du droit matériel, dans les rapports entre la loi successorale et la loi réelle du lieu de la situation des biens, surtout des immeubles, étant donné que la transmission de leur propriété relève sous certains aspects de la première loi, mais à d'autres égards du droit des biens. Il peut en découler de sérieuses difficultés de qualification et d'adaptation¹⁷. La coïncidence entre autorités judiciaires compétentes et droit matériel applicable que les règles que l'on propose d'introduire dans le projet permettraient de réaliser apparaît donc fort heureuse.

Il faut toutefois à ce propos tenir compte du fait que cette belle harmonie risque malheureusement d'être gâchée quelquefois justement par les institutions que l'on vient d'étudier, c'est-à-dire par la *professio juris*, les pactes successoraux et les dispositions réciproques pour cause de mort. A travers la première le *de cuius* peut en effet rendre applicable à sa succession un droit différent de celui du pays où se trouve sa résidence habituelle au moment du décès. Quant aux seconds, l'exigence de les soumettre au statut successoral anticipé de la partie ou des parties intéressées peut produire un résultat égal même en dehors d'un choix du droit applicable effectué par ces parties et elle peut d'autre part provoquer aussi le morcellement de la succession. La réalisation de l'une ou de l'autre de ces alternatives peut donc donner lieu en certains cas à la nécessité d'assujettir, entièrement ou du moins en partie, la succession à la loi étrangère même quand les biens et les dettes héréditaires, ou leur majorité, se localisent dans l'Etat du for.

6.2. Pour faire face à cette fâcheuse situation l'on pourrait songer à introduire dans le projet d'harmonisation européenne une règle spéciale conférant aux successibles le pouvoir de **soumettre d'un commun accord la seule transmis-**

¹⁷ Sur l'ensemble des problèmes indiqués v. FERID, *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, « Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye », t. 142, 1974-II, pp. 71 ss. ; sur la difficulté de distinguer, notamment à l'égard du partage de la succession, entre questions relevant du domaine des droits réels et questions du ressort du statut de la succession v. BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, t.II, 7^e éd., Paris, 1983, pp. 431 ss.

sion de la succession à la *lex fori* (bien entendu, sans préjudice de l'applicabilité à sa *dévolution* de la loi étrangère normalement compétente). La solution suggérée est d'ailleurs déjà admise dans le droit de certains Etats membres de l'Union et notamment au Danemark, où elle a été accueillie par la jurisprudence, et en Italie, où elle est prévue, bien qu'exclusivement par rapport au partage amiable de la succession, par l'art. 46, al.3, de la loi de droit international privé de 1995¹⁸. D'autre part, en Autriche cette règle est directement imposée par la loi¹⁹ et en Angleterre, ainsi que dans les autres pays de *common law*, un résultat comparable est atteint en pratique à travers la qualification procédurale de l'administration de la succession.

La règle proposée aurait évidemment l'avantage de permettre de rétablir, quant à la liquidation et à la répartition de la succession, une **correspondance fondamentale entre compétence juridictionnelle et loi matérielle applicable** et de supprimer donc, par une telle voie, tout problème de coordination entre droit procédural du pays du juge saisi et dispositions successorales étrangères. Par rapport aux biens, et notamment aux immeubles, localisés dans l'Etat du for, la même coïncidence viendrait à se réaliser, d'autre part, entre loi applicable à la transmission successorale et loi réelle du *situs* de ces biens. En ce qui concerne les immeubles situés à l'étranger la solutions des difficultés à l'examen devrait en revanche être recherchée en priorité sur le terrain de la compétence judiciaire. En particulier, lorsque les biens en question se trouvent dans un Etat membre de l'Union européenne, cette solution peut venir de l'établissement d'un rapport de coopération entre les autorités judiciaires respectives des pays impliqués, qui devrait être axé notamment sur la prévision de la possibilité d'un dessaisissement du juge du for au profit du juge du pays du *situs rei*. S'agissant au contraire d'immeubles situés dans un Etat non membre, l'on pourrait tout au moins reconnaître la compétence exclusive de ses tribunaux quand cet Etat la réclame.

Certes, il faut admettre que la solution indiquée ici présente sans aucun doute l'inconvénient de substituer à la dissociation entre loi de procédure du pays du for (et, le cas échéant, loi réelle du pays de la situation des biens), d'un côté, et loi matérielle compétente à régir la succession, de l'autre, une nouvelle dissociation entre statut de la dévolution successorale et statut de la transmission du patrimoine du défunt. D'ailleurs il est également certain que cette seconde disjonction est susceptible de donner lieu parfois, elle aussi, à des problèmes gênants de qualification et d'adaptation. Toutefois on ne devrait pas voir en cela un obstacle décisif à l'adoption d'une telle règle. Etant donné que dans cette

¹⁸ Cette disposition accorde par ailleurs aux copartageants la faculté de soumettre le partage amiable, à leur choix, ou à la loi du lieu d'ouverture de la succession ou bien à la loi de la situation d'un ou de plusieurs biens successoraux.

¹⁹ V. le par.28, al.2 (et aussi les paragraphes 31 et 32) de la loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé.

matière chaque situation individuelle est différente des autres, ce qui importe est surtout de mettre dans les mains des notaires, des juges, des avocats et des conseils des parties un instrument utile et capable de rendre, à l'occasion, notamment la liquidation de la succession plus simple, plus rapide et moins dispendieuse et de contribuer à augmenter ainsi la souplesse de l'ensemble de la réglementation.

Prof. Davi:
Designation of the Law Applicable in Successions
in a future European Private International Law
– Summary –

1. *Prof. Davi* starts with two arguments in favour of allowing the designation of the law to be applicable in successions in a future harmonised European Private International Law: First, whatever connecting factor the legislator chooses for the objective determination of the applicable law, there will always be cases that do not fit into the scheme; that can be **corrected by a choice of law by the testator**.

Second, granting the power to choose the applicable law, will **make the transition easier**, as the majority of EU member states still apply their national law in successions.

However, for the **objective determination**, *Prof. Davi* also favours the application of the law of the deceased's **last habitual residence**.

2. Of the possible arguments against allowing the testator to choose the applicable law, the strongest argument is the **protection of the forced heirs**. Their rights might be circumvented by the testator's designation of law. That was why in the Hague Convention of 1989 there were two clauses protecting the forced heirs (Article 12 Paragraph. 2, Article. 24 Paragraph. 1 d). In practice, however, this is obviously not a real problem. Davi refers to Switzerland, which recognises the testator's choice of law in successions; there only one major case has discussed – and denied – the application of the *ordre public* against the testator's choice¹.

The forced heirs' interests have to be considered by **restricting the choices** from which law the testator might designate. This was the rationale for the Italian legislator to restrict the testator's choice if the testator afterwards changes his residence or if there are forced heirs resident in Italy (art. 46 par. 2 Italian International Private Law – similar to Article 24 Paragraph. 1 d) of the Hague Convention of 1989). However, Prof. Davi does not favour such a restriction. The certainty for estate planning, especially for a common will of spouses, require that the testator's choice be valid even if he changes his residence afterwards.

3. So which law can the testator choose? Obviously, on the list are the **testator's national law** as well as the law of his **habitual residence at the time when the will was made**. Prof. Davi doubts whether it makes sense also to admit the (yet unknown) future habitual residence at the time of the testator's

¹ ATF 102 II, p. 136 ff. (*Hirsch vs. Cohen*).

death. However, he favours admitting a choice of the testator's national law at the time of his death.

In general, a choice of the *lex rei sitae* (for immovables) should not be admitted; this would only bring back the problems of harmonising different laws applicable to a single succession. However, in relation to non-EU states, the choice of the *lex rei sitae* might make sense, in particular if these states apply the *lex rei sitae* anyway.

One might also consider admitting the choice of the *lex situs* for **enterprises**. Anyway, several EU states have special rules for the succession for enterprises which are applicable even if a foreign succession law applies.

4. The testator's choice of law requires the **form of a testamentary disposition**. Only an **express choice** of law should be admitted. Capacity and other questions of validity should be governed by the chosen law. The chosen law should also govern any change in or revocation of the choice; here, however, an implicit revocation should also be admitted.

5. The possibility of a choice of law is decisive for **joint wills and contracts on the succession** (*pactes succesoraux*). In particular, for binational marriages, a contract on the succession is often only possible through a choice of law (and therefore a harmonisation with the law applicable on marital property). The parties should be allowed to choose only the law of the present nationality or of the present habitual residence of one of the spouses, not of a future nationality or residence. The *ordre public* should be sufficient to protect the interests of forced heirs in exceptional cases.

In accordance with the chosen law, a **contractually binding choice of law** should also be admitted.

6. Finally, Prof. Davì proposes admitting the **choice of the *lex fori* for the transmission**, the liquidation and the partition of the estate. Here, substantive and procedural law are closely intertwined, so, if possible, the same law should apply to both.

Prof. Davi:
Freiheit der Rechtswahl des Erbstatutes
in einem künftigen europäischen IPR
– Zusammenfassung –

1. Prof. *Davi* beginnt mit zwei Argumenten, die für die Zulassung einer Rechtswahl des Erbstatutes in einem künftigen harmonisierten europäischen IPR sprechen: Will man eine Nachlassspaltung vermeiden, so muss das objektive Erbstatut entweder an den letzten Wohnsitz oder an die Staatsangehörigkeit des Erblassers anknüpfen. Die **Rechtswahl ermöglicht eine Korrektur** in den Fällen, in denen die objektive Anknüpfung an den letzten Wohnsitz nicht passt, weil der Erblasser noch gewichtige Verbindungen zu seinem Heimatrecht aufrechterhält.

Zum anderen knüpft die **Mehrheit der EU-Mitgliedsstaaten** das Erbstatut derzeit noch an die Staatsangehörigkeit des Erblassers an. Der von der Studie vorgeschlagene Wechsel zu einer Anknüpfung an den letzten Wohnsitz stellt einen weniger radikalen Bruch mit dem bisherigen Recht dar, wenn zugleich eine Rechtswahl zugelassen wird.

Für das **objektive Erbstatut** befürwortet Prof. *Davi* aber eine Anknüpfung an den **letzten gewöhnlichen Aufenthalt**. Denn im Regelfall entspricht dies dem Schwerpunkt der Lebensverhältnisse. Auch ermöglicht es einen Gleichlauf zwischen verfahrensrechtlicher Zuständigkeit und materiell anwendbarem Recht.

2. Das stärkste mögliche Argument gegen die Zulassung einer Rechtswahl sieht *Davi* im **Schutz der Pflichtteilsberechtigten**. Man könnte befürchten, dass Pflichtteile nach nationalem Recht durch eine Rechtswahl umgangen werden. Dies hatte im Haager Erbrechtsübereinkommen zu zwei Schutzvorschriften geführt (Art. 12 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 lit. d). In der Praxis ist dies aber offenbar kein größeres Problem. So gibt es in der Schweiz, das die Rechtswahl seit mehreren Jahrzehnten zulässt, offenbar nur eine einschlägige Entscheidung – die zudem die Anwendung der *ordre public*-Klausel verneinte¹.

Das Argument eines möglichen Missbrauches beschränke aber die **zur Wahl zuzulassenden Rechtsordnungen**. Aus diesem Grund habe der italienische Gesetzgeber eine Rechtswahl des Aufenthaltsrechtes unter einen Vorbehalt gestellt, falls der Erblasser im Todeszeitpunkt seinen Aufenthalt aus dem Geltungsbereich des gewählten Recht wegverlegt habe (Art. 46 S. 2 IPRG Italien – ähnlich Art. 24 Abs. 1 lit. d) des Haager Erbrechtsübereinkommens). Gegen einen derartigen Vorbehalt spricht aber aus Sicht von Prof. *Davi* die Rechtssicherheit, v.a. die Möglichkeit einer vorausschauenden Testamentsgestaltung,

¹ ATF 102 II, S. 136 ff. (*Hirsch gegen Cohen*).

erst recht bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen, ebenso ein Gleichlauf mit dem Güterstatut.

3. Welche Rechte können gewählt werden? Dass das **Heimatrecht des Erblassers** und sein **Aufenthaltsrecht zur Zeit der Testamentserrichtung** dazugehören, ist offensichtlich. Für zweifelhaft hält Prof. *Davi* aber das Aufenthaltsrecht zur Zeit des Todes, während für die Zulassung eines künftigen Staatsangehörigkeitsrechtes bessere Argumente sprächen.

Eine Wahl der ***lex rei sitae*** (für Immobilien) brächte die Probleme einer Nachlassspaltung, die die einheitliche objektive Anknüpfung gerade vermeiden will. Sinnvoll erscheint Prof. *Davi* die Wahlmöglichkeit der *lex rei sitae* aber gegenüber Nicht-EU-Staaten, jedenfalls soweit diese (wie etwa die *common law*-Länder) ohnehin eine Nachlassspaltung vorsehen.

Zu erwägen sei auch eine Wahl des Belegenheitsrechtes für **Unternehmen**, da mehrere Mitgliedsstaaten hierfür besondere Regelungen vorsehen, die auch gegenüber einem ausländischen Erbrecht Geltung beanspruchen.

4. Als Rechtsgeschäft sollte die Rechtswahl der **Form einer Verfügung von Todes wegen** bedürfen. Die Rechtsklarheit spräche dafür, nur eine **ausdrückliche** Rechtswahl zuzulassen, nicht eine stillschweigende. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit und Willensmängel etc. sollten sich nach dem gewählten Recht bestimmen. Eine spätere Änderung oder ein Widerruf der Rechtswahl sollten sich nach dem gewählten Recht richten; auch müsse ein stillschweigender Widerruf möglich sein.

5. Entscheidende Bedeutung gewinnt die Rechtswahl für **Erbverträge** und gemeinschaftliche Testamente. Insbesondere bei gemischt-nationalen Ehen sei häufig nur durch eine Rechtswahl ein Erbvertrag und ein Gleichlauf mit dem Güterstatut möglich. Hier könnten nur das Heimatrecht oder das Aufenthaltsrecht eines der Erblasser zur Zeit des Erbvertragsschlusses gewählt werden, nicht das Recht eines künftigen Aufenthaltes oder einer künftigen Staatsangehörigkeit. Pflichtteilsrechte könnten der Wahl allenfalls bei Verstoß gegen den *ordre public* entgegenstehen.

Entsprechend des gewählten Rechtes sollte hier auch eine **bindende Rechtswahl** möglich sein.

6. Speziell für die Nachlassabwicklung und die Erbschaftsteilung will Prof. *Davi* eine Rechtswahl der *lex fori* zulassen, da hier Verfahrens- und materielles Recht so eng verflochten sind, dass ein Gleichlauf sinnvoll sei.

