

Actes et documents de la Seizième session

Proceedings of the Sixteenth Session

Conférence de La Haye de droit international privé
Hague Conference on private international law

Actes et documents

de la Seizième session
3 au 20 octobre 1988

Proceedings

of the Sixteenth Session
3 to 20 October 1988

Tome II

Successions – loi applicable
Succession to estates – applicable law

Edités par le Bureau Permanent de la Conférence
Editions SDU/La Haye, Pays Bas/1990

Edited by the Permanent Bureau of the Conference
SDU Publishers/The Hague, Netherlands/1990

Le présent tome contient la quasi totalité des documents et les procès-verbaux des discussions de la Seizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé concernant la *Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*. Les autres travaux de cette Session figurent dans les *Actes et documents de la Seizième session*, tome I, *Matières diverses*.

This volume contains practically all of the documents and the minutes of the discussions of the Sixteenth Session of the Hague Conference on private international law concerning the *Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*. The other matters dealt with at this Session appear in the *Proceedings of the Sixteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

Dans ce tome on trouve tout d'abord un certain nombre de documents préliminaires parmi lesquels un Questionnaire et Commentaire sur le droit international privé des successions, établis par Georges A. L. Droz et les Réponses des Gouvernements à ce Questionnaire (extrait des *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome II, *Administration des successions*, p. 27-119), la Mise à jour du Commentaire et une Etude prospective sur le droit international privé des successions établies par Hans van Loon, les Réponses supplémentaires des Gouvernements au Questionnaire, les Conclusions de la Commission spéciale de novembre 1986, plusieurs notes établies par le Bureau Permanent, les Observations d'un Gouvernement et d'une Organisation internationale ainsi que le Rapport explicatif du Professeur D. W. M. Waters sur l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale d'octobre 1987 et les Observations des Gouvernements sur cet avant-projet.

In this volume you will find, first of all, a number of preliminary documents, including among others: a Questionnaire and Commentary on succession in private international law, drawn up by Georges A. L. Droz, and the Replies of the Governments to the Questionnaire (extract of the *Proceedings of the Twelfth Session*, Tome II, *Administration of estates*, p. 27-119), the Update of the Commentary and a Prospective Study on succession in private international law, drawn up by Hans van Loon, the Additional replies of Governments to the Questionnaire, the Conclusions of the Special Commission of November 1986, several notes drawn up by the Permanent Bureau, Comments of a Government and of an International Organization, as well as the Explanatory Report of Professor D. W. M. Waters on the preliminary draft Convention adopted by the Special Commission of October 1987 and Comments of the Governments on that draft.

Suivent les procès-verbaux et Documents de travail de la Deuxième commission chargée de la matière à la Seizième session. Enfin, le tome contient les procès-verbaux de la séance plénière qui a approuvé le projet de Convention, le texte de la Convention adoptée et le Rapport explicatif du Professeur D. W. M. Waters. Ce Rapport ne se borne pas à compléter le Rapport de la Commission spéciale, mais constitue un commentaire autonome de la Convention.

Following are the minutes and working documents of the Second Commission, which dealt with this subject at the Sixteenth Session. Finally, the volume contains the minutes of the final session which approved the draft Convention, the text of the Convention which was adopted and the Explanatory Report of Professor D. W. M. Waters. This Report is not limited to supplementing the Special Commission's Report, but rather constitutes an autonomous commentary on the Convention.

On trouvera à fin du tome des tables permettant de retrouver rapidement les discussions sur un point particulier.

At the end of this volume you will find tables which will enable you to find rapidly the discussions on a particular point.

Les Rapports explicatifs sur l'avant-projet et le projet de Convention ainsi que les documents préliminaires établis par le Bureau Permanent ont été traduits en français par M. Robert Daumière, ancien premier secrétaire à la Cour internationale de Justice.

The Explanatory Reports on the preliminary draft and on the draft Convention, as well as the preliminary documents drawn up by the Permanent Bureau, were translated into French by Mr Robert Daumière, formerly First Secretary at the International Court of Justice.

Le présent tome peut être commandé, séparément ou avec l'autre tome à l'Imprimerie Nationale des Pays-Bas: Editions SDU, Boîte postale 20014, 2500 EA La Haye, Pays-Bas, ou par l'intermédiaire des librairies.

Le Secrétaire général
de la Conférence,

G. A. L. DROZ.

Le Président
de la Seizième session,

J. C. SCHULTSZ.

This volume can be ordered, separately or with the other volume, from the Netherlands Government Printing and Publishing Office: SDU Publishers, P.O. Box 20014, 2500 EA The Hague, Netherlands, or through professional booksellers.

The Secretary General
of the Conference,

G. A. L. DROZ.

The President
of the Sixteenth Session,

J. C. SCHULTSZ.

Seizième Session
Sixteenth Session

Travaux préliminaires Preliminary work

Liste des documents préliminaires¹

Questionnaire et Commentaire sur le droit international privé des successions, établis par Georges A. L. Droz. – (*Document de septembre 1969*), *infra*, p. 10 et 18.

Réponses des Gouvernements au Questionnaire. – (*Document de mai-juin 1970*), *infra*, p. 53.

Mise à jour du Commentaire sur le droit international privé des successions, établie par Hans van Loon. – (*Document préliminaire No 1 d'avril 1986*), *infra*, p. 106.

Droit international privé des successions, étude prospective établie par Hans van Loon. – (*Document préliminaire No 2 de septembre 1986*), *infra*, p. 140.

Réponses supplémentaires des Gouvernements au Questionnaire. – (*Document préliminaire No 3 de novembre 1986*), *infra*, p. 162.

Conclusions de la Commission spéciale de novembre 1986 sur la loi applicable aux successions, établies par le Bureau Permanent. – (*Document préliminaire No 4 de décembre 1986*), *infra*, p. 188.

Observations concernant les débats de la Commission spéciale sur la loi applicable aux successions du point de vue allemand. – (*Document préliminaire No 5 de janvier 1987*), *infra*, p. 194.

Quelques suggestions en vue d'une éventuelle définition d'un facteur de rattachement fondé sur le domicile ou la résidence habituelle, note établie par le Bureau Permanent. – (*Document préliminaire No 6 de février 1987*), *infra*, p. 196.

Droits de l'Etat en matière de succession, note établie par le Bureau Permanent. – (*Document préliminaire No 7 de février 1987*), *infra*, p. 202.

Quelques suggestions au sujet du champ d'application qui pourrait être donné à la Convention, note établie par le Bureau Permanent. – (*Document préliminaire No 8 de février 1987*), *infra*, p. 206.

Scope of application of a Convention on the law applicable to succession, information submitted by the Observer of the Commonwealth Secretariat (version originale en anglais seulement). – (*Document préliminaire No 9 de février 1987*), *infra*, p. 216.

Texte adopté par la Commission spéciale le 10 avril 1987. – (*Document préliminaire No 10 d'avril 1987*), *infra*, p. 218.

Les pactes successoraux, note établie par le Bureau Permanent. – (*Document préliminaire No 11 d'août 1987*), *infra*, p. 222.

Avant-projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort, adopté par la Commission spéciale le 8 octobre 1987 et Rapport établi par M. D. W. M. Waters. – (*Document préliminaire No 12 de mars 1988*), *infra*, p. 232 et 238.

Observations des Gouvernements sur le Document préliminaire No 12. – (*Document préliminaire No 13 de septembre 1988*), *infra*, p. 284.

¹ La table des matières se trouve à la fin du présent tome.

List of Preliminary Documents¹

Questionnaire and Commentary on succession in private international law, drawn up by Georges A. L. Droz. – (*Document of September 1969*), *infra*, pp. 11 and 19.

Replies of the Governments to the Questionnaire. – (*Document of May-June 1970*), *infra*, p. 53.

Update of the Commentary on succession in private international law, drawn up by Hans van Loon. – (*Preliminary Document No 1 of April 1986*), *infra*, p. 107.

Succession in private international law, prospective study drawn up by Hans van Loon. – (*Preliminary Document No 2 of September 1986*), *infra*, p. 141.

Additional replies of Governments to the Questionnaire. – (*Preliminary Document No 3 of November 1986*), *infra*, p. 162.

Conclusions of the Special Commission of November 1986 on the law applicable to decedents' estates, drawn up by the Permanent Bureau. – (*Preliminary Document No 4 of December 1986*), *infra*, p. 189.

Observations, from the German point of view, on the deliberations of the Special Commission on the law applicable to decedents' estates. – (*Preliminary Document No 5 of January 1987*), *infra*, p. 195.

A few suggestions for a possible definition of a connecting factor based on domicile or habitual residence, note drawn up by the Permanent Bureau. – (*Preliminary Document No 6 of February 1987*), *infra*, p. 197.

Rights of the State in matters of succession, note drawn up by the Permanent Bureau. – (*Preliminary Document No 7 of February 1987*), *infra*, p. 203.

Some suggestions as to the possible scope of application of the Convention, note drawn up by the Permanent Bureau. – (*Preliminary Document No 8 of February 1987*), *infra*, p. 207.

Scope of application of a Convention on the law applicable to succession, information submitted by the Observer of the Commonwealth Secretariat. – (*Preliminary Document No 9 of February 1987*), *infra*, p. 216.

Text adopted by the Special Commission on 10 April 1987. – (*Preliminary Document No 10 of April 1987*), *infra*, p. 219.

Contracts of succession, note drawn up by the Permanent Bureau. – (*Preliminary Document No 11 of August 1987*), *infra*, p. 223.

Preliminary draft Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons, adopted by the Special Commission on 8 October 1987 and Report by D. W. M. Waters. – (*Preliminary Document No 12 of March 1988*), *infra*, pp. 233 and 239.

Comments of the Governments on Preliminary Document No 12. – (*Preliminary Document No 13 of September 1988*), *infra*, p. 284.

¹ The Table of contents appears at the end of this volume.

Questionnaire sur le droit international privé des successions

ÉTABLI PAR GEORGES A. L. DROZ

Document de septembre 1969, extrait des Actes et documents de la Douzième session (1972), tome II, Administration des successions, p. II-27

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A Votre Pays suit-il le principe de l'unité de la loi applicable à la succession?

B Votre Pays suit-il le principe de la scission de la succession en masses différentes (par exemple mobilières et immobilières), donc de la pluralité de lois applicables à la succession?

C Mise en œuvre de ces principes

a Si votre Pays suit le système de l'unité, comment ce principe est-il sanctionné lorsque des biens situés à l'étranger, à raison du droit étranger, sont ou seront en fait dévolus d'une manière différente de celle qu'imposerait votre droit international privé?

1 Une sanction du principe est-elle assurée par un pré-lèvement sur les biens situés dans votre Pays au profit des ayants droit lésés par l'application de la loi étrangère?

2 Une atténuation au principe de l'unité est-elle admise dans ce cas par la loi, la jurisprudence ou la pratique?

3 Autres positions possibles.

b Si votre Pays suit le système de la scission, la scission en masses différentes qui s'effectue au moment du décès en raison de la nature mobilière ou immobilière des biens est-elle définitive?

1 Admet-on par exemple la subrogation réelle dans le cas où un immeuble est vendu avant le partage? Qu'en est-il si un immeuble est acheté en A au moyen de l'actif mobilier soumis à la loi de B?

2 Les fruits et revenus d'une masse accroissent-ils à cette masse?

3 La scission en masses successorales ne concerne-t-elle que l'actif ou au contraire peut-elle concerner le passif et, dans l'affirmative, de quelle manière?

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A Loi applicable pour les Pays qui suivent le principe de l'unité:

a la loi nationale du défunt?

b la loi du domicile du défunt?

c une autre loi?

B Loi applicable pour les Pays qui suivent le principe de la scission:

a loi applicable aux successions immobilières:

1 loi du lieu de leur situation?

2 autre loi?

b loi applicable à la succession mobilière:

1 loi nationale du défunt?

2 loi du domicile du défunt?

3 *lex fori*?

4 autre loi?

C Questions générales concernant les facteurs de rattachement

a Si la succession (toute entière ou en partie) est soumise à la loi nationale du défunt, qu'en est-il lorsque:

1 le défunt a une double nationalité?

2 lorsqu'il est apatride?

b Si la succession (toute entière ou pour partie) est soumise à la loi du domicile, quels sont les caractères de ce domicile?

1 S'agit-il d'un domicile reposant sur les notions de fait, se rapprochant par exemple de la résidence habituelle?

2 Peut-il s'agir d'un domicile qui puisse devenir fictif, par exemple un domicile d'origine, un domicile d'inscription, un domicile légal (par exemple de la femme mariée ou d'un mineur)?

D Défaillance du facteur de rattachement

a La succession est soumise à la loi nationale du défunt mais la loi nationale consiste en un système juridique territorialement plurilégislatif (par exemple Etat fédéral).

1 La loi applicable sera-t-elle déterminée à l'aide du mécanisme du renvoi?

2 Fait-on application à titre subsidiaire de la loi du domicile?

3 Autre solution?

b La succession est soumise à la loi du domicile mais le pays du domicile est un système non unifié où la loi successorale dépend du statut personnel du défunt. Comment détermine-t-on la loi interne applicable?

1 Se réfère-t-on à un des systèmes personnels existant dans le pays du domicile?

2 Se réfère-t-on à la loi du domicile d'origine?

3 Se réfère-t-on à la loi nationale?

4 Se réfère-t-on à la *lex fori*?

c Comment détermine-t-on la loi interne applicable lorsque d'une part la loi nationale est un système territorialement plurilégislatif et que, d'autre part la loi du domicile est un système interpersonnel?

Questionnaire on Private International Law concerning Succession

DRAWN UP BY GEORGES A. L. DROZ

Document of September 1969, extract of the Actes et documents (1972), Twelfth Session, tome II, Administration of estates, p. II-27

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY - SCISSION

A Does your country in its law follow the unity principle as regards the law applicable to a deceased person's estate (law of succession)?

B Does your country follow the scission principle whereby the estate is divided up (for example into movables and immovables), thus causing a plurality of laws to be applicable to the estate?

C The operation of these principles

a If your country follows the unity system, how is the application of this principle assured when assets situate abroad in fact devolve or will devolve by reason of a foreign law in a different way to that which would be prescribed by your rules of private international law?

1 Is there an inherent right to set aside a part of the assets situate in your country ('prélèvement') for the benefit of beneficiaries prejudiced by the application of the foreign law?

2 Is any qualification of the unity principle admitted in this case by statute, case law or practice?

3 Are there any further possibilities?

b If your country follows the scission system, how final is this scission into movable and immovable property which takes place at the moment of death?

1 Is the doctrine of substitution ('subrogation réelle') applied when immovable property is sold prior to distribution? What happens if immovable property is purchased in A with the movable assets of the estate which are governed by the law of B?

2 Do benefits and income derived from a particular parcel of property attach to it?

3 Does this separation into different estates apply only to the assets of the estate or does it also apply to the liabilities? If it applies also to the liabilities, how will this work in practice?

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Applicable law for countries which follow the unity principle: is the law of succession –

a the national law of the deceased?

b the domiciliary law of the deceased?

c another law?

B Applicable law for the countries which follow the scission principle:

a Is the law applicable to the immovables in the estate –
1 the law of the place where they are situate?

2 another law?

b Is the law applicable to movables in the estate –

1 the national law of the deceased?

2 the domiciliary law of the deceased?

3 the *lex fori*?

4 another law?

C General questions concerning the connecting factor

a If the estate is either totally or partially governed by the national law of the deceased, which law will this be when –

1 the deceased has dual nationality?

2 he is a stateless person?

b If the estate is totally or partially governed by the domiciliary law, what are the criteria for determining domicile?

1 Is this domicile determined by factual notions, so that it resembles, for example, habitual residence?

2 Can this be a domicile which may become fictitious, for example the domicile of origin, the domicile of registration, or a legal domicile (for example the dependent domicile of the married woman or the minor)?

D Failure of the connecting factor

a The inheritance is governed by the national law of the deceased but that country has a territorially plurilegislative system (for example, a Federal State).

1 Will the applicable law be found by the mechanism of renvoi?

2 Will the domicile of the deceased be used as a subsidiary connecting factor?

3 Any other solution?

b The inheritance is governed by the domiciliary law but that country has a non-unified legal system in which the law of succession is determined by the personal status of the deceased.

How should the internal applicable law be determined?

1 Should one refer to one of the personal legal systems existing in the country of the domicile?

2 Should one refer to the law of the domicile of origin?

3 Should one refer to the national law?

4 Should one refer to the *lex fori*?

c How should the internal applicable law be determined when on the one hand the national law consists of a territorial plurilegislative legal system and, on the other hand, the law of the domicile consists of an interpersonal legal system?

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS
AU RATTACHEMENT

A Le principe du renvoi est-il admis en ce qui concerne la loi successorale?

a Votre Pays est le Pays A. Votre règle de conflits donne compétence à la loi nationale du défunt du Pays B, le renvoi est-il accepté si:

- 1 la loi de B renvoie à la loi du domicile en A;
- 2 la loi de B renvoie à la loi réelle de l'immeuble situé en A;
- 3 la loi de B renvoie à la loi du domicile du défunt ou à la loi de la situation d'un immeuble dans le Pays C et que dans ce Pays on accepte une telle compétence législative;
- 4 on se trouve dans la même hypothèse que ci-dessus sous 3 mais le Pays C refuse la compétence législative et donne compétence à la loi du Pays B primitivement désignée par la règle de conflits de A?

b Mêmes exemples, mais la loi du Pays A donne compétence à la loi du domicile du Pays B qui renvoie en A ou en C.

c Mêmes exemples, mais la loi du Pays A donne compétence à la loi réelle pour un immeuble situé dans le Pays B qui renvoie à la loi de A ou à celle de C.

d Suit-on le système de la *foreign court theory*?

B Influence de la nationalité ou du domicile des héritiers

a La succession étant par hypothèse selon la règle de conflits de votre Pays A soumise à une loi étrangère, la nationalité du Pays A que possède un ou plusieurs héritiers peut-elle provoquer une éviction totale ou partielle de la loi normalement applicable?

b La succession étant par hypothèse dans votre Pays A soumise à une loi étrangère, le domicile d'un ou de plusieurs héritiers dans le Pays A peut-il provoquer une éviction totale ou partielle de la loi normalement applicable?

C Influence de la volonté du défunt sur le facteur de rattachement

a La succession étant en principe soumise à une loi définie par les circonstances de rattachement précédemment étudiées, est-il admis que le défunt puisse soumettre sa succession, par une déclaration de volonté, à une loi autre que celle qui serait normalement applicable?

b Si une telle possibilité est admise, le défunt jouit-il d'une liberté totale dans le choix de la loi applicable à la succession ou ce choix est-il limité?

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A L'existence et l'étendue d'une réserve en faveur de certains héritiers ou au contraire une liberté plus grande

de disposer par donation ou testament dépendent-elles de la loi successorale?

B Dans la négative, quelle est la loi compétente?

C Si la loi successorale est applicable à l'existence et à l'étendue d'une réserve, dans quelle mesure des règles en ce sens auront-elles pour conséquence de restreindre:

a l'exécution d'une disposition à cause de mort ou d'un pacte successoral dépassant la quotité disponible;

b l'effet d'une donation entre vifs antérieure dépassant la quotité disponible?

D Si la loi successorale est bien applicable à la réserve et à la quotité disponible, comment ce principe est-il sanctionné?

a Pays qui suivent le principe de l'unité:

Selon votre Pays A, la succession est soumise à la loi nationale ou à la loi du domicile du défunt. Cette loi successorale institue une réserve en faveur de certains héritiers. Des donations entre vifs ou un testament portent sur des immeubles situés dans le Pays B.

1 De tels biens seront-ils compris dans la masse de calcul de la réserve?

2 Si les libéralités portant sur les biens situés à l'étranger atteignent à la réserve et dépassent la quotité disponible mais que dans le pays étranger on ne soit pas disposé à reconnaître une telle réserve, les réservataires pourront-ils opérer un prélèvement dans le Pays A pour garantir leur réserve?

b Pays connaissant la scission:

1 Dans le cas d'existence de masses successorales séparées soumises à des lois différentes, est-il admis que la réserve et la quotité disponible soient calculées par masses?

2 Est-il admis que la réserve instituée par la loi successorale applicable à une masse puisse être intégralement exigée sur cette masse sans tenir compte du sort des autres masses?

Exemple: La succession est composée de deux immeubles en A et B, de même valeur. Pour le Pays A comme pour le Pays B, la succession est soumise à la loi réelle. Le testament attribue l'immeuble situé en A à Primus et l'immeuble situé en B à Secundus. En B, il existe une liberté absolue de tester et Secundus sera donc attributaire exclusif de l'immeuble. Mais le droit successoral de A attribue une réserve à Primus et à Secundus, descendants du défunt. Admettra-t-on en A que Secundus puisse également prétendre à la part de réserve que lui attribue le droit de A sur l'immeuble qui y est situé et s'opposer ainsi à l'exécution intégrale du testament au profit de Primus?

3 Quelle est l'influence du règlement du passif sur le calcul de la réserve par masse?

Exemple: Le défunt domicilié en A y laisse des biens mobiliers d'une valeur de 100. Il laisse également un immeuble en B. La loi de A est applicable à la succession mobilière, la loi de B est applicable à la succession immobilière. Le défunt institue Primus pour légataire universel. Secundus se trouve être seul héritier réservataire selon la loi de A. En B, il existe une liberté absolue de tester. Secundus peut exiger sa réserve en A. Mais

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Is the doctrine of renvoi applied in the search for the law of succession?

a Your country is country A. Your conflicts rule sanctions the application of the national law of the deceased – the law of country B. Is the renvoi accepted if –

1 the law of country B applies a renvoi to the domiciliary law (A);

2 the law of country B applies a renvoi to the law of the situs of immovable property in A;

3 the law of country B applies a renvoi to the law of the domicile of the deceased or to the law of the situs of immovable property, both in country C, and this country would accept the application of its law;

4 the same hypothesis as above in 3, but country C would not accept the application of its own law, and would refer to the law of country B which was originally declared applicable by the conflicts rules of country A?

b Same cases as in a, but the law of country A sanctions the application of the domiciliary law (country B) which in turn applies a renvoi to the law of A or C.

c Same case as in a above, but the law of country A sanctions the application of the law of the situs of an immovable in country B, which in turn applies the renvoi to the law of A or C.

d Does your law sanction the application of the 'foreign court theory'?

B Influence of the nationality or domicile of the heirs

a Following the hypothesis that the conflicts rule of your country A would apply a foreign law, would the fact that one or more heirs possessed the nationality of your country cause the otherwise applicable law to be totally or partially displaced?

b Following the hypothesis that the conflicts rule of your country A would apply a foreign law, would the fact that one or more heirs possessed the domicile of country A cause the otherwise applicable law to be totally or partially ousted?

C Influence of the intention of the deceased on the connecting factor

a When the estate is as a rule governed by the law which is determined by the elements set out above, may the deceased by a declaration in his will have his estate governed by a law other than that which would normally be applicable?

b If such a course of action is open to the deceased, does he have complete freedom of choice of the applicable law, or is his choice in any way restricted?

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE' (THE PORTION OF THE INHERITANCE THAT MUST DEVOLVE UPON CERTAIN HEIRS), THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A Does the law of succession determine on the one hand the existence and extent of a 'réserve' in favour

of certain heirs, or on the other hand the provision of a more extensive freedom to dispose of property by will or gift?

B If not, which law is applicable?

C If the law of succession governs the existence and extent of a 'réserve', in how far will the rules of that law result in limiting –

a the execution of the dispositions of the testator or of an inheritance agreement, exceeding the portion of the inheritance available for disposition?

b the effect of a gift *inter vivos* exceeding the portion of the inheritance available for disposition?

D If the law of succession is applied to the 'réserve' and to the portion available for disposition, how is this principle enforced?

a Countries which follow the unity principle:

According to your country A, the estate is governed by the national law or domiciliary law of the deceased. This law accords a 'réserve' to certain heirs. Various gifts *inter vivos* or dispositions in a will relate to immovables situate in country B.

1 Are such assets to be included in the calculation of the 'réserve'?

2 If the disposition of the assets situate abroad exceeds the disposable portion of the estate and cuts into the 'réserve', and the law of the foreign country does not recognize such a 'réserve', may the persons entitled under the 'réserve' require that assets be set aside in country A to guarantee their 'réserve'?

b Countries following the scission principle:

1 When separate estates in the inheritance are governed by different laws, may the 'réserve' and the portion available for disposition be calculated separately for each aggregate?

2 May the 'réserve' which is imposed by the law of succession on the estate in that country be entirely exacted from the estate without taking into account the fate of other estates?

Example: The inheritance comprises two immovable properties, one in A, the other in B, both of the same value. In country A, as in country B, the estate is governed by the law of the situs. The will of the testator bequeaths the immovable property in A to Primus, and that in B to Secundus. In country B, there is total freedom to dispose of property by will; thus Secundus will be the exclusive owner of the immovable property in B. However, the internal law of succession of A accords a 'réserve' to Primus and Secundus, being descendants of the deceased. Will Secundus in country A be allowed to claim that part of the 'réserve' which the law of A accords to him with regard to the immovable property there situate, and thus to oppose the execution of the will entirely in favour of Primus?

3 What influence does the settlement of the liabilities of the estate have on the calculation of the 'réserve'?

Example: The deceased, domiciled in A, leaves movables there to a value of 100. He also leaves immovable property in B. The law of A is applicable to the movable estate, the law of B to the immovable estate. The deceased names Primus as residuary legatee.

Secundus is the sole heir able to claim the 'réserve' according to the law of A. In B, there is total freedom to dispose of property by will. Secundus may claim his

l'intégralité du passif est payée sur les biens mobiliers et réduit cette masse à 50. La réserve de Secundus sera-t-elle nécessairement calculée sur l'actif net restant en A, c'est-à-dire 50, sans que l'on puisse faire valoir que le bien situé en B et attribué au légataire universel se trouve être libéré de tout passif?

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A Quelle est la loi qui décidera que la succession ou les biens successoraux feront l'objet d'une transmission héréditaire et d'une administration directe par les héritiers ou passeront sous une administration judiciairement contrôlée indépendante des héritiers?

Est-ce:

a la loi successorale elle-même (loi unique dans le système de l'unité, ou loi différente selon la nature des biens dans le système de la scission);

b la *lex fori*, c'est-à-dire celle du juge appelé à trancher une contestation relative à un bien ou une obligation successorale;

c la loi réelle en tant que telle, loi de la situation effective des biens successoraux;

d la loi du domicile du défunt en tant que telle;

e une autre loi?

B Questions s'adressant aux Pays qui soumettent en principe cette question à la loi successorale.

Hypothèse: Il existe des biens successoraux dans votre Pays mais la loi successorale est une loi étrangère:

a Reconnaît-on la qualité et les pouvoirs des personnes compétentes selon la loi étrangère pour gérer la succession, appréhender les biens successoraux, payer les dettes, qu'elles soient héritiers saisis selon la loi étrangère, administrateurs nommés sous contrôle judiciaire selon la loi étrangère ou exécuteurs testamentaires?

b La question de savoir si les pouvoirs, les droits, les obligations des ayants droit, quant à leur existence ou à leur étendue, sont surbordonnés à une option (renonciation, acceptation tacite ou expresse, acceptation sous réserve comme le bénéfice d'inventaire) dépend-elle également de la loi successorale ou peut-elle dépendre d'une autre loi?

c La question de l'obligation et de la contribution aux dettes dépend-elle de la loi successorale ou d'une autre loi comme la loi réelle, la loi du domicile du défunt, etc.?

d Les règles relatives au statut de l'indivision successorale et particulièrement celles qui ont trait au maintien de l'indivision sont-elles toujours de la compétence de la loi successorale ou au contraire dépendent-elles de la loi réelle ou d'une autre loi?

C Questions s'adressant aux Pays qui appliquent la *lex fori* ou la loi réelle.

a *Hypothèse I:*

Selon votre système, la loi successorale est une loi étrangère mais il existe dans votre Pays des biens successo-

raux et un juge compétent pour contrôler l'administration active ou passive de ces biens.

1 Ces biens successoraux du point de vue de l'administration formeront-ils une masse séparée des autres biens successoraux soumis à la loi étrangère?

2 Les personnes ayant qualité selon la loi successorale étrangère pour administrer les biens successoraux peuvent-elles en tant que telles administrer les biens situés sur le territoire?

3 De telles personnes peuvent-elles être chargées de l'administration de la succession mais sous les conditions et selon la procédure de la loi du for?

4 L'étendue des droits et obligations, par exemple quant aux dettes successorales, de la personne compétente pour administrer la succession, dépend-elle uniquement de la loi du for?

5 L'actif ayant été réalisé et le passif payé, l'actif net sera-t-il directement remis par l'administrateur aux héritiers désignés par la loi successorale étrangère compétente dans la proportion fixée par celle-ci ou cet actif sera-t-il remis aux personnes compétentes à qualité selon la loi successorale étrangère pour administrer la succession?

b *Hypothèse II:*

La loi de votre Pays se trouve être à la fois la *lex fori* et la loi successorale, mais il existe à l'étranger des biens successoraux tombant dans le domaine d'application de cette loi successorale.

1 Le principe suivi dans le cas précédent de l'indépendance des administrations successorales indépendamment de la loi successorale elle-même trouve-t-il toujours application?

2 Au contraire, l'administration ouverte dans votre Pays en vertu de votre loi successorale et de votre loi de procédure prétendra-t-elle avoir des effets extra-territoriaux et s'appliquer également à des biens à l'étranger soumis à la loi successorale?

D Questions s'adressant aux Pays qui donnent compétence à la loi du domicile du défunt en tant que telle.

Hypothèse: Selon la loi de votre Pays A, la loi successorale est celle de A, des biens successoraux sont situés en A, mais le domicile du défunt est situé en B.

a Reconnaît-on à l'égard des biens situés en A et soumis à la loi successorale de A, l'application de la loi de B en ce qui concerne la transmission des droits et actions du défunt, l'obligation aux dettes, les pouvoirs des personnes chargées d'administrer la succession et d'appréhender l'actif conformément aux règles de B?

b Si la loi de B, compétente pour l'administration de la succession, s'estime également compétente pour la dévolution successorale elle-même, contrairement au système de A, et que l'on puisse en déduire que l'actif successoral sera en fait partagé de manière différente que ne le voudrait A, continuera-t-on à accorder aux administrateurs de B l'entière liberté d'administrer et de liquider des biens successoraux selon le système de B?

c Le statut de l'indivision des biens successoraux situés en A dépendra-t-il de la loi de A qui est la loi réelle en même temps que la loi successorale ou sera-t-il soumis à la loi de B compétente pour l'administration et la gestion de la succession? Qu'en est-il des règles éventuellement existantes sur le maintien de l'indivision?

'réserve' in A. But all the debts are paid out of the movable estate and this reduces this mass to 50. Will the 'réserve' of Secundus necessarily be calculated on the amount remaining in A, *i.e.* 50, without him being allowed to show that the assets in B bequeathed to the residuary legatee were not applied at all in the settlement of the liabilities?

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A Which law will decide whether the estate or assets in the estate will pass to the heirs and be subject to a direct administration by them, or whether there will be an administration judicially supervised independent of the heirs?

Is it:

a the law of succession itself (one single law in the legal system following the unity principle; different laws according to the character of the assets in legal systems following the scission principle);

b the *lex fori*, *i.e.* the domestic law of the judge called upon to resolve a dispute concerning assets or obligations connected with the estate;

c the law of the situs of the assets in the estate;

d the law of the domicile of the deceased;

e another law?

B Questions addressed to countries which as a rule apply the law of succession to this matter.

Hypothesis: Assets are situate in your country, but the law governing the estate is foreign.

a Do you recognize the status and powers of those deemed competent by the foreign law to carry out the administration of the estate, to seize the assets and to settle the debts, whether they be heirs, administrators or testamentary executors, seised or designated by the foreign law?

b As regards the existence and scope of the powers, rights and duties of the beneficiaries, should the question as to whether they are dependent on an option (renunciation, tacit or express acceptance or a limited acceptance such as 'le bénéfice d'inventaire') be determined by the law of succession, or may it be governed by another law?

c Is the question of the liability for, or contribution towards, the payment of debts determined by the law of succession or by another law, such as the *lex situs*, the domiciliary law of the deceased, etc.?

d Are the rules relating to undivided ownership resulting from the inheritance ('indivision successorale'), and particularly those relating to the continuance of the joint ownership always determined by the law of succession, or are they on the contrary determined by the *lex situs* or another law?

C Questions addressed to countries which apply the *lex fori* or the *lex situs*.

a *Hypothesis I:*

According to your system, the law of succession is foreign, but there are assets situate in your country

and a judge with jurisdiction to supervise the administration of these assets.

1 Do these assets, from the point of view of the administration, constitute an aggregate separate from the other assets governed by the foreign law?

2 Do those persons, who have the capacity to carry out the administration according to the foreign law of succession, have the right to conduct the administration of assets situate in your country *in that capacity*?

3 May those persons be authorized to conduct the administration on certain conditions and according to the procedure of the *lex fori*?

4 Is the extent of the rights and duties, for example as to the debts of the estate, of the person deemed competent to conduct the administration, determined solely by the *lex fori*?

5 When the assets are finally collected and debts paid, will the remainder be directly made over by the personal representative to the heirs entitled under the foreign law of succession in the proportions determined by that law, or will this remainder be made over to the persons competent to conduct the administration according to the law of succession?

b *Hypothesis II:*

The law of your country is found to be the *lex fori* and the law of succession, but there are assets abroad which fall within the sphere of application of this law.

1 Does the principle in the above hypothesis still hold good, *i.e.* can there be administrations independent of the law of succession?

2 On the other hand, does the administration carried out in your country by virtue of your law being both the law applicable to the estate and the law governing procedure, claim to have extraterritorial effect and apply also to assets situate abroad and governed by the law of succession?

D Question addressed to countries applying the deceased's domiciliary law.

Hypothesis: According to your country (A), the law applicable to the estate is that of A. There are assets situate in A, but the domicile of the deceased is in B.

a The assets being in A and governed by the law of A, do you give any recognition to the law of B as regards the transmission of the rights and rights of action of the deceased over these assets, the liability for the payment of debts and the powers of those entrusted with the administration and with the collection of the assets in accordance with the rules of B?

b If the law of B which governs the administration regards itself also competent, contrary to A's system, to determine the devolution of the estate, and the assets would be distributed in a different way than would be admitted by the law of A, will the personal representatives appointed in B be accorded total freedom in A to carry out the administration and wind up the estate in accordance with B's system?

c Will the undivided ownership resulting from the inheritance of assets in A ('indivision des biens successoraux') be determined by the law of A, it being the law of the situs and the law of succession, or will it be determined by the law of B which governs the administration? Which rules will apply to the continuance of the undivided ownership?

Section III Compétence internationale en matière de succession

Quels sont les chefs de compétence internationale admis dans votre Pays en matière de succession:

- a Le domicile du défunt?
- b La situation des biens?
 - 1 immobiliers?
 - 2 mobiliers?
- c La nationalité du défunt?
- d Le fait qu'une administration de la succession a été organisée sur le territoire?
- e Rôle des compétences dites «spéciales»:
 - 1 nationalité du demandeur ou du défendeur;
 - 2 domicile du demandeur;
 - 3 for du patrimoine, for du séquestre, *forum arresti*;
 - 4 citation à la personne du défendeur sur le territoire?
- f Autres chefs de compétence?

Section III International jurisdiction in matters of succession

Which are the international bases of jurisdiction admitted in your country in matters of succession –

- a* The domicile of the deceased?
- b* The situs of the assets?
 - 1 immovables?
 - 2 movables?
- c* The nationality of the deceased?
- d* The fact that an administration has taken place within the jurisdiction?
- e* Influence of the so-called 'special' bases of jurisdiction –
 - 1 nationality of the plaintiff or defendant;
 - 2 domicile of the plaintiff;
 - 3 the forum in which assets are present, the forum of the sequestration, or the *forum arresti*;
 - 4 service of a writ upon the defendant within the jurisdiction?
- f* Other bases of jurisdiction?

Commentaire du Questionnaire sur le droit international privé des successions

ÉTABLI PAR GEORGES A. L. DROZ

Document de septembre 1969, extrait des Actes et documents de la Douzième session (1972), tome II, Administration des successions, p. II-34

Section I Détermination de la loi applicable à la succession — Loi successorale

On entend par loi applicable à la succession en général ou «loi successorale», la loi qui est en tout cas applicable à la vocation héréditaire et à la dévolution successorale *ab intestat*. Par exemple, la loi qui décide si et pour combien héritent les frères et soeurs du défunt en présence d'ascendants. On verra plus loin dans quelle mesure la loi successorale peut étendre son domaine à d'autres matières.

Il est à noter que l'expression «loi successorale» (en anglais *law of succession*) a trouvé place dans la Résolution de l'Institut de droit international du 15 septembre 1967 relative à la succession testamentaire en droit international privé (*Annuaire* 1967, tome II, p. 558 et suiv.). Dans ce contexte, il s'agit de la loi «régissant la succession en général», pour la détermination de laquelle d'ailleurs l'Institut n'a pas cru pouvoir proposer une solution uniforme.

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ — SCISSION

Les Etats membres de la Conférence vont se partager sur ce point en deux groupes, les uns suivant le principe de l'unité, les autres celui de la scission (V. les références *infra* sous § 2 Circonstances de rattachement).

A Principe de l'unité

L'unité de la succession est en principe admise dans les Pays suivants quel que soit le rattachement choisi: ALLEMAGNE, ESPAGNE, GRÈCE, ITALIE, JAPON, PAYS-BAS, PORTUGAL, RÉPUBLIQUE ARABE UNIE, SUÈDE, TCHÉCOSLOVAQUIE, YOUGOSLAVIE (sous réserve de la réciprocité), BRÉSIL, DANEMARK, SUISSE (avec une exception pour les immeubles suisses appartenant à des Suisses); semblent également faire partie de ce groupe: LA FINLANDE, ISRAËL, LA NORVÈGE.

- TRAITÉ BENELUX (art. 9).
- PROJETS DE LA HAYE (1904, art. 1 et 1928, art. 1).

B Principe de la scission

Un certain nombre d'Etats membres soumettent les immeubles à la loi réelle et les meubles à une autre loi: systèmes de type français: FRANCE, BELGIQUE, LUXEMBOURG; systèmes de Common Law: ROYAUME-UNI, U.S.A., IRLANDE, CANADA (provinces anglaises); autres systèmes: AUTRICHE, TURQUIE.

C Mise en œuvre des principes

a Système de l'unité

Dans ces pays le principe veut que l'ensemble de la succession soit soumis à une loi unique quelle que soit la situation effective des biens.

Cela résulte parfois des termes mêmes de la loi: par exemple ESPAGNE, article 10, alinéa 2 du Code civil; ITALIE, article 23 du Code civil; YOUGOSLAVIE, article 156 de la loi de 1965 sur les successions.

Le plus souvent le principe découle naturellement de la détermination par la loi d'un facteur unique de rattachement, par exemple:

— la loi nationale du défunt: GRÈCE, article 26 du Code civil; JAPON, article 25 du Horei; PORTUGAL, article 63 du Code civil; RÉPUBLIQUE ARABE UNIE, article 17 du Code civil; SUÈDE, article premier de la loi du 5 mars 1937; TCHÉCOSLOVAQUIE, article 17 de la loi du 4 décembre 1963 sur le droit international privé;

— la loi du domicile du défunt: BRÉSIL, article 10 loi introduction Code civil; ISRAËL, article 137 loi du 1er février 1965; SUISSE, article 22 L.R.D.C.

Parfois le principe de l'unité est issu de la doctrine ou de la jurisprudence: PORTUGAL, PAYS-BAS.

1 Sanction possible du principe de l'unité. Si la loi successorale est celle d'un pays connaissant le principe de l'unité, théoriquement ce pays voudra soumettre à sa loi interne des biens mobiliers ou immobiliers situés à l'étranger. Normalement ces biens doivent entrer au moins en compte dans la masse de l'actif successoral. Il se peut cependant que dans le pays de la situation des biens, en raison des règles de compétence juridictionnelle et législative qui y sont en vigueur, lesdits biens soient ou risquent d'être attribués de manière différente (par exemple immeuble situé en Angleterre et appartenant à un Italien ou un Néerlandais). Le principe de l'unité se trouve donc en fait mis en échec.

La sanction pourrait alors être d'instaurer un droit de prélèvement sur les biens locaux au profit des héritiers lésés par l'application de la loi étrangère. Un tel système de prélèvement est prévu dans l'article 10, alinéa 2 du Traité Benelux. Un droit de prélèvement semble être implicitement admis par la jurisprudence espagnole. Un arrêt du Tribunal Suprême d'ESPAGNE, Chambre civile 30 janvier 1960 (*Journal du droit international* 1962, p. 197), confirme le principe de l'unité: un partage de la succession d'un Espagnol comprenait dans la masse partageable des biens situés au Mexique. La demande en nullité du partage présentée par la veuve du défunt qui estimait que l'on ne devait pas inclure les biens mexicains dans la masse partageable, a été rejetée au motif de l'application de la loi nationale espagnole à l'universalité de la succession.

2 Dans d'autres systèmes le principe de l'unité ne semble pas trouver une sanction positive: en ITALIE, la question de savoir si le juge italien peut tenir compte du fait que les biens immobiliers situés dans d'autres pays ont été répartis de manière différente de celle prescrite par la loi successorale est controversée et l'on ne cite pas de jurisprudence sur ce point (V. l'étude de Avansini et autres, «Les successions en droit international italien» dans *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, Etude des solutions en vigueur dans les Six pays du Marché Commun*, Bruxelles 1963, p. 827 et suiv.). L'auteur rappelle que dans le projet préliminaire de l'article 23 du Code civil, on avait proposé l'institution d'un droit de prélèvement pour tenir compte des résultats des partages faits à l'étranger de manière à ce que chacun des ayants cause arrive à recevoir entièrement la part prévue par la loi italienne. Mais la

Commentary on the Questionnaire on Succession in Private International Law

DRAWN UP BY GEORGES A. L. DROZ

Document of September 1969, extract of the Actes et documents (1972), Twelfth Session, tome II, Administration of estates, p. II-34

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

The law applicable to succession in general is taken to mean that law which is in any case applicable to rights connected with inheritance and to the devolution of the estate on intestacy; for example, the law which decides whether and to what extent brothers and sisters will inherit if there are lineal heirs still living. We will see later to what extent the law of succession may be applied to other matters.

It should be noted that the expression 'law of succession' (in French 'loi successorale') has been used in the Resolution of the International Law Institute of the 15th of September 1967 relating to testamentary succession in private international law (*Yearbook* 1967, vol. II, p. 563 et seq.). The expression 'law of succession' was used to denote 'the law governing succession in general'. It did not seem possible to the Institute to propose a uniform solution for the determination of that law.

§ 1 PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

The legal systems of the Member States of the Conference split into two groups on this point, one group following the principle of unity, the other following that of scission (see the references *infra* under § 2 entitled 'The connecting factor').

A The unity principle

Unity of the inheritance is generally provided for, whatever be the chosen connecting factor, in the following countries: BRAZIL, CZECHOSLOVAKIA, DENMARK, GERMANY, GREECE, ITALY, JAPAN, THE NETHERLANDS, PORTUGAL, SPAIN, SWEDEN, SWITZERLAND (except for Swiss immovable property belonging to Swiss nationals), UNITED ARAB REPUBLIC, YUGOSLAVIA (on condition of reciprocity); the following countries also seem to belong to this group: FINLAND, ISRAEL, NORWAY.

– BENELUX TREATY (article 9).

– DRAFT HAGUE CONVENTIONS (1904, article 1 and 1928, article 1).

B The scission principle

A number of the legal systems of Member States direct that immovables should be governed by the law of the situs, and movables by another law: the French-type system: FRANCE, BELGIUM, LUXEMBURG; the Common Law-type system: UNITED KINGDOM, UNITED STATES OF AMERICA, IRELAND, CANADA (English provinces); other systems: AUSTRIA, TURKEY.

C Operation of these principles

a The unity system

In these countries, the object of the principle is to ensure that the whole inheritance is governed by one single law wherever the assets are situate.

Sometimes this principle is embodied in a statute: for example SPAIN, article 10, paragraph 2 of the Civil Code; ITALY, article 23 of the Civil Code; YUGOSLAVIA, article 156 of the Law of 1965 on Succession.

Most often, however, this principle results as a consequence of the use of one single connecting factor, for example–

– the national law of the deceased: GREECE, article 26 of the Civil Code; JAPAN, article 25 of the Horei; PORTUGAL, article 63 of the Civil Code; UNITED ARAB REPUBLIC, article 17 of the Civil Code; SWEDEN, article 1 of the Law of the 5th of March, 1937; CZECHOSLOVAKIA, article 17 of the Law of the 4th of December 1963 on Private International Law;

– the law of the domicile of the deceased: BRAZIL, article 10 of the Introduction to the Civil Code; ISRAEL, article 137 of the Law of the 1st of February 1965; SWITZERLAND, article 22 of the L.R.D.C.

Sometimes the unity principle is a consequence of trends in legal writing or case law: PORTUGAL, THE NETHERLANDS.

1 Means of enforcement of the unity principle. If the law of succession is that of a country theoretically applying the unity principle, that country will claim to govern assets abroad, whether movable or immovable, by its internal law. Usually, these assets will at least be included in the calculation of assets comprising the inheritance. However, it may happen that in the country in which the assets are situate, by reason of the jurisdictional and substantive rules which apply there, the assets may be distributed in a different way (for example, immovable property situate in England and belonging to an Italian or Netherlands citizen). The unity principle is thus defeated.

One could, however, guarantee the unity principle by instituting the system of setting aside a portion of the local assets for the benefit of the heirs who have been prejudiced by the application abroad of a foreign law. Such a system is provided for by article 10 paragraph 2 of the Benelux Treaty. Furthermore, it seems to have been impliedly admitted in Spanish case law. A judgment of the Supreme Court of SPAIN, Civil Division, 30th of January 1960 (*Journal du droit international*, 1962, p. 197), confirms the unity principle: the inheritance of a Spaniard comprised assets situate in Mexico. The widow of the deceased petitioned for nullity of the distribution on the ground that the Mexican assets should not have been included in the distribution. This petition was dismissed on the ground that the national law, *i.e.* Spanish, applied to the inheritance as a whole.

2 In other systems, the unity principle does not seem to have been surrounded by any positive guarantees –

IN ITALY, it is much debated whether an Italian judge may take into account the fact that immovables situate abroad have been distributed in a different way to that prescribed by the law of succession, and there is no case law on this point (see the study by Avansini and others, 'Les successions en droit international italien', in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, Etude des solutions en vigueur dans les Six pays du Marché Commun*, Brussels 1963, p. 827 et seq.) Avansini recalls that in the preliminary draft of article 23 of the Civil Code, there had been a proposal to institute a system of setting aside of local assets in order to take into account the consequences of distributions made abroad, so that each of the interested persons would finally receive the full share of his portion

proposition fut abandonnée.

Le DROIT ALLEMAND par une disposition spéciale (article 28 E.G.B.G.B.) admet que le principe de l'application de la loi nationale formulé dans les articles 24 et 25 n'est pas applicable lorsque l'Etat de la situation des biens soumet des biens à des «dispositions spéciales». La doctrine estime en général qu'en vertu de cette règle on doit respecter la règle de conflits étrangère qui soumettrait le bien à la loi successorale du pays de la situation. Le bien échapperait dans ce cas à l'empire de la loi successorale (loi nationale du défunt). Toutefois, la jurisprudence estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter ainsi l'article 28 et inclut l'immeuble étranger dans la masse de calcul soumise à la loi successorale (Kegel, *Internationales Privatrecht*, 2e éd. p. 140-146; Kegel, *Das I.P.R. im Einführungsgesetz zum B.G.B.*, p. 944-947; Zeuge, *Das Recht der beleghenen Sache im deutschen internationalen Erbrecht*, p. 35 et s.; Boulanger, *Etude comparative du droit international des successions en France et en Allemagne*, p. 87-88 et 181-184).

Il faut noter qu'en SUISSE il est fait une exception au principe de l'unité pour les immeubles situés en Suisse appartenant à des Suisses. Il est fait alors application de la loi successorale du canton d'origine même si le défunt est décédé domicilié à l'étranger (art. 28, al. 1, L.R.D.C.).

Il serait extrêmement intéressant de connaître l'état du droit positif et surtout de la pratique sur ce point dans les Pays membres de la Conférence. Le danger d'un prélèvement est qu'il peut entraîner des mesures de rétorsion; aussi est-ce la raison pour laquelle la pratique semble en général répugner à sanctionner strictement le principe de l'unité de la loi applicable à la succession. L'absence de jurisprudence n'est pas un indice d'absence de difficultés. Dans l'immense majorité des cas, les questions de droit international privé en matière de succession sont soulevées non dans les prétoires, mais dans les études de notaires, *solicitors*, avocats et conseils des parties. La prise de conscience de difficultés souvent inextricables conduit les héritiers à transiger et à accepter des solutions amiables qui s'éloignent du droit strict.

b Système de la scission

Le système de la scission aboutit à créer autant de successions différentes qu'il y a de masses soumises à une loi successorale différente au moment du décès. Ces masses sont en principe indépendantes. C'est ainsi qu'en DROIT FRANÇAIS on estime que l'héritier pourra opter de façon différente pour les différentes masses de biens soumises à des lois différentes, accepter par exemple une succession immobilière et renoncer à la succession mobilière soumise à une autre loi (Batiffol, *Droit international privé*, 4e éd. 1967, No 658; Droz, dans *Traité général du Notariat*, p. 4159). Mais cette scission, effectuée au jour du décès, est-elle définitive?

1 L'indépendance des masses en ce qui concerne l'actif peut être sanctionnée notamment par le moyen de la subrogation réelle. A supposer qu'il existe un immeuble en France dépendant de la succession d'un étranger décédé domicilié à l'étranger, cet immeuble formera à lui seul une masse successorale. Si l'immeuble est vendu avant le partage par les personnes compétentes pour gérer la succession, le prix de vente ne sera pas incorporé dans la masse mobilière, ce qui l'amènerait à être soumis éventuellement à une autre loi successorale, mais sera partagé conformément à la loi du lieu de situation de l'immeuble: la somme d'argent est subrogée à l'immeuble (Batiffol préc. No 665, note 55; Dennery, *Le partage en droit international privé*, p. 122; Paris 31 décembre 1889, *Clunet* 1890.121).

Si les personnes compétentes pour gérer la succession investissent des biens mobiliers, soumis à la loi successorale du Pays A, dans l'achat d'un immeuble situé dans le pays B, cet immeuble devra-t-il continuer à faire partie de la masse mobilière pour le partage ou au contraire formera-t-il désormais une succession soumise à une loi nouvelle? La réponse devrait être la même que dans le cas inverse.

EN DROIT ANGLAIS, la règle est que si au moment décisif, c'est-à-dire à la mort du défunt, la propriété est considérée comme mobilière ou immobilière, ce caractère se perpétuera et une *conversion from realty to personality* n'affectera pas le caractère mobilier ou immobilier originaire de la propriété, donc le facteur de rattachement: 'the doctrine of conversion is that real estate is treated as personal estate or personal estate is treated as real estate; not that immovables are turned into movables or movables into immovables' (Re Berchtold (1923) 1 Ch. 192).

2 Les fruits ou revenus d'une masse successorale, par exemple d'un immeuble situé dans le Pays A, accroissent-ils à la masse originaire ou leur soumission à la loi successorale immobilière ou à la loi successorale mobilière dépendra-t-elle de leur nature mobilière ou immobilière?

La question n'est pas dépourvue d'intérêt pratique. Il est fréquent que des immeubles ou des exploitations agricoles soient maintenus dans l'indivision par l'effet de la loi ou afin d'éviter une vente à perte. Ces immeubles peuvent procurer des revenus importants. La part des héritiers dans ces revenus sera-t-elle déterminée par la loi applicable à la succession immobilière ou par la loi applicable à la succession mobilière?

3 L'indépendance des masses se retrouve-t-elle en ce qui concerne le passif? Il ne semble pas que l'on admette généralement en droit positif que l'on doive proportionner le passif aux différentes masses d'actif ou que l'on doive faire une distinction entre dettes mobilières ou immobilières (V. pour le droit français, Batiffol No 659, qui admet que les créanciers puissent réclamer sur la saisie des immeubles situés en France la totalité du passif successoral sans les obliger à saisir également les biens situés à l'étranger puisque la loi française autorise un créancier à saisir un bien quelconque de son débiteur. En droit anglais, on peut citer le récent arrêt *Re Flynn (deceased)* No 2 (1969) 2 All. ER 557) qui admet qu'une dette reconnue par un jugement de New York après la mort du défunt est exigible sur les biens anglais, en Angleterre auprès de l'administrateur de la succession.

On peut illustrer ce problème par deux exemples:

- Selon le droit de A, il existe deux masses successorales, l'une soumise à la loi de A, l'autre soumise à la loi de B. Selon la loi successorale de A, seul Primus est héritier alors que selon la loi de B Primus et Secundus sont cohéritiers. La masse successorale située en B supporte seule le règlement du passif et se trouve réduite à néant. Secundus est donc privé de tout droit faute d'actif. Peut-il réclamer en A que Primus, qui va toucher la masse successorale libérée de toute dette, l'indemnise à proportion?

- Même exemple mais cette fois Primus et Secundus sont cohéritiers en A alors qu'en B, Primus est seul héritier. Il supportera tout le passif sur la masse successorale de B. Peut-il demander en A à Secundus de l'indemniser, en moins prenant, sur les biens de A?

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A Pays qui suivent le principe de l'unité

a Succession soumise à la loi nationale du défunt:

as prescribed by Italian law. The proposal, however, was rejected.

GERMAN LAW, in a special article (article 28, E.G.B.G.B.) provides that contrary to articles 24 and 25, the national law will not govern assets when the State of the situs directs that those assets are subject to 'special provisions'. Commentators are generally of the opinion that by virtue of this provision, the foreign conflict rule which would apply the law of succession of the country of situs to the assets, should be respected. In this case the assets would escape from the regime of the law of succession (the national law of the deceased). Yet case law is inclined to the view that article 28 should not be interpreted in this way, and that the foreign immovable property should be included within the estate governed by the law of succession (Kegel, *Internationales Privatrecht*, 2nd ed., p. 140-146; Kegel, *Das I.P.R. im Einführungsgesetz zum B.G.B.*, p. 944-947; Zeuge, *Das Recht der belegen Sache im deutschen internationalen Erbrecht*, p. 35 et seq.; Boulanger, *Etude comparative du droit international des successions en France et en Allemagne*, p. 87-88 and p. 181-184).

It should be noted that in SWITZERLAND there is an exception made to the unity principle in favour of immovable property situate in Switzerland belonging to Swiss nationals. In this case the law of succession of the Canton of origin is applied, even if the deceased died domiciled abroad (article 28, paragraph 1 of the L.R.D.C.).

It would be extremely interesting to know the state of existing law and even more of practice regarding this point in the Member States of the Conference. The danger of the system of setting aside local assets is that it might result in retaliatory measures being taken. This is why practice seems reluctant in general to enforce to any degree the unity principle of the law of succession. The absence of case law is not an indication of the absence of difficulties. In the great majority of cases, questions of private international law in the realm of succession are not raised in court but are settled by the notaries, solicitors, barristers and counsel of the parties. As the heirs become aware of these often inextricable difficulties, they are led to compromise and accept settlements which do not accurately reflect the existing legal rules.

b The scission system

The scission system aims to create as many different estates as there are aggregates of property governed by different laws of succession at the moment of death. These estates are in general independent. Thus FRENCH LAW considers that an heir may exercise options in a different way for each estate governed by a different law, accepting for example the immovable part of the inheritance and renouncing his rights to the movable estate which is governed by another law (Batiffol, *Droit international privé*, 4th ed. 1967, No 658; Droz; *Traité général du Notariat*, p. 4159). But is this scission which takes place at the moment of death final?

1 The independence of estates insofar as the assets in the inheritance are concerned may be particularly put into operation by means of a substitution ('subrogation réelle'). Let us suppose that there is immovable property in France which forms part of the inheritance of a foreigner dying domiciled abroad. This immovable property will constitute one separate estate. If the immovable property is sold before distribution by those vested with the power to carry out the administration of the inheritance, the purchase money will not pertain to the movable estate, which would cause it to be governed by a different law of succession, but will be distributed in accordance with the law of the situs of the immovable property: the sum of money will take the place of the immovable property (Batiffol, *op. cit.*, No 665, note 55; Dennery, *Le partage en droit international privé*, p. 122; Paris, 31st of December 1889, *Clunet*, 1890.121).

If those vested with power to conduct the administration of the inheritance invest movable property, governed by the law of succession of country A, in the purchase of immovable property situate in country B, will this immovable property continue to pertain to the movable estate for the purposes of distribution or will it, on the other hand, constitute assets governed by a different law? The reply should be the same as in the previous case.

IN ENGLISH LAW, the rule is that, if at the decisive moment, that is to say at the time of death of the deceased, the property is considered as movable or immovable, this characterization will continue and a conversion from realty to personality will not affect the original movable or immovable character of the property or the connecting factor: 'the doctrine of conversion is that real estate is treated as personal estate and personal estate is treated as real estate; not that immovables are turned into movables or movables into immovables' (Re Berchtold (1923) 1 Ch. 192).

2 Do the benefits and income derived from a particular estate, for example from immovable property situate in country A, accrue, to that estate, or does the law applicable to them depend on their character as immovable or movable property?

This question is not devoid of practical importance. Frequently houses and farmland are kept in the state of undivided ownership by the sheer force of statutory law, or because it is desired to avoid an unprofitable sale. Immovable property may well yield sizable amounts of income. Will the portion of this income, which is to devolve upon the heirs, be determined by the law applicable to the immovable estate or by that applicable to the movable estate?

3 Is there an independence of the estates insofar as their liabilities are concerned? It would seem that there is no general principle recognized whereby the liabilities are split up between different estates, thus making a distinction between movable and immovable debts (see as regards French law, Batiffol No 659, who states that creditors may claim satisfaction of all liabilities of the deceased out of the immovable property situate in France, without having to attach assets situate abroad, as French law authorizes a creditor to attach any property belonging to his debtor. In English law, the recent case of *Re Flynn* (deceased) No 2 (1969) 2 All.E.R.557 illustrates the principle that a debt recognized in a foreign judgment after the death of the deceased is enforceable on assets in England in the hands of an English administrator).

This problem may be illustrated by the following two examples -

- According to the law of A, there are two separate estates in the inheritance, one governed by the law of A, the other governed by the law of B. According to the law of succession of A, Primus alone is the heir, while according to the law of B, Primus and Secundus are co-heirs to the inheritance. The estate situate in B is then made liable for the settlement of all the liabilities of the deceased and is reduced to nothing. Secundus is thus deprived of assets. May he claim in A that Primus, who will acquire the inheritance without having to pay any of the debts, should indemnify him *pro rata*?

- Same hypothesis, but this time Primus and Secundus are co-heirs in A, while in B Primus is the sole heir. He will bear the costs of all the liabilities out of the estate in B. May he, in A, require Secundus to indemnify him, by taking less of the assets in A?

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Countries which follow the unity principle

a Inheritance governed by the national law of the deceased -

ALLEMAGNE (articles 24 et 25 E.G.B.G.B.), ESPAGNE (article 10 Code civil), GRÈCE (article 28 Code civil), ITALIE (article 23 Code civil), JAPON (article 25 du Horei), RÉPUBLIQUE ARABE UNIE (article 17 Code civil), SUÈDE (articles 1 et 2 loi du 5 mars 1937) TCHÉCOSLOVAQUIE (article 17, loi du 4 décembre 1963 sur le droit international privé), YOUGOSLAVIE (article 156 loi de 1965 sous réserve de réciprocité).

La jurisprudence semble établie en ce sens aux PAYS-BAS (V. commentaire du Traité Benelux sous article 13; Kollewijn, *American Dutch Private International Law*, p. 58; van der Ploeg dans *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé* préc., p. 1010; Maastricht, 20 janvier 1921, N.J. 1921. 1084; Arnhem 14 février 1938, N.J. 1938, No 777; La Haye 28 avril 1947, N.J. 1947, No 743; 17 février 1958, N.J. 1959, No 188). C'est également la solution du TRAITÉ BENELUX (art. 9) ainsi que celle des PROJETS DE LA HAYE de 1904 et 1928. Il faut noter toutefois que la jurisprudence estime que dans les cas d'espèce, en raison des circonstances particulières, une autre loi peut être appliquée, à savoir par exemple la loi de la nationalité originaire ou du domicile du défunt (Utrecht 12 novembre 1954, N.J. 1955. 372, *Nederlands Tijdschrift* 1956. 284, note Blackstone; W.P.N.R. 1425, note Kollewijn; Amsterdam 11 juillet 1946, N.J. 1947. 66; Leeuwarden 3 mars 1954, N.J. 1954. 328, W.P.N.R. 4358, note Houwink, W.P.N.R. 4375, note Kollewijn, *Nederlands Tijdschrift* 1955. 105, note de Winter; W.P.N.R. 4425, note Kollewijn). Les auteurs condamnent généralement cet affaiblissement de la règle de la soumission à la loi nationale.

b Succession soumise à la loi du domicile du défunt:

BRÉSIL (article 10 de la loi d'introduction au Code civil), ISRAËL (article 137 de la loi sur les successions du 1er février 1965, V. Yadin, *Reflection on a New Law of succession*, *Israel Law Review* 1966, p. 132 et suiv. et V. Yadin et G. Tedeschi, *Studies in Israel legislative problems*, *Scripta Hierosolymitana*, Vol. XVI, 1966, p. 118), SUISSE (article 22 L.R.D.C.).

La solution est de droit positif jurisprudentiel au DANEMARK (V. Allan Philip, *American-Danish Private International Law*, p. 42 et suiv.), il en est de même en NORVÈGE (E. Rygh, *Jurisclasseur de droit comparé*, mot Norvège, fasc. 1957 et *Répertoire de droit international*, La Pradelle-Niboyet, tome VI, mot Norvège, No 166).

C'est la solution de la CONVENTION NORDIQUE du 19 novembre 1934 article premier si le domicile a duré au moins cinq ans.

c Autre loi compétente:

Il ne semble pas qu'une loi autre que la loi nationale ou la loi du domicile puisse être déclarée compétente dans le cadre du principe de l'unité. L'application de la loi réelle amènerait inévitablement au système de la scission.

B Pays qui suivent le principe de la scission

a Loi applicable aux successions immobilières

1 C'est la loi du lieu de la situation de l'immeuble qui est compétente:

La jurisprudence est constante tant dans les systèmes de type français (FRANCE, BELGIQUE, LUXEMBOURG) que dans les systèmes de *Common Law* (U.S.A., ROYAUME-UNI, IRLANDE, CANADA PROVINCES ANGLAISES). Au QUÉBEC, selon l'article 599 du Code civil, on ne doit pas tenir compte de l'origine ou de la nature des biens successoraux. Cela semblerait impliquer que l'on suit le principe de l'unité. Cependant en se basant sur l'article 6 du Code civil qui prévoit que les lois du bas-Canada régissent la propriété

des immeubles qui y sont situés, la doctrine et la jurisprudence estiment que les immeubles doivent être dévolus conformément à la loi de leur situation (Walter Johnson, *Conflict of Laws* (Québec), 1962, p. 457 et suiv.; Castel, *Private International Law*, 1960, p. 174).

Ce système est également suivi en TURQUIE (V. Cour de cassation, Chambre civile 7 janvier 1951, 9 novembre 1951, 16 janvier 1953, rapportés au *Clunet* 1957, p. 1048; Berki, La succession *ab intestat* dans le droit international privé de la Turquie, Fribourg, 1940; Tugrul Ansay, *American Turkish Private International Law*, 1966, p. 56).

2 Autre loi:

Selon l'article 300 A.B.G.B., la juridiction autrichienne n'est compétente que pour les immeubles situés en Autriche et applique la loi autrichienne substantielle sans tenir compte de la nationalité ni du domicile du défunt. C'est pourquoi, on dit généralement qu'en AUTRICHE on applique la *lex fori* à la succession, mais celle-ci se confond inévitablement avec la loi réelle pour ce qui concerne les immeubles.

Rappels qu'en SUISSE les immeubles appartenant à des Suisses non domiciliés en Suisse sont dévolus selon la loi du canton d'origine, ce qui dans le contexte international ne correspond pas à la *lex rei sitae* (art. 28 L.R.D.C.).

b Loi applicable à la succession mobilière

1 Application de la loi nationale du défunt:

TURQUIE: la solution résultait de la loi provisoire de 1915 sur les droits et les devoirs des étrangers résidant dans l'empire ottoman, article 4 (texte dans Makarov, *Recueil des textes concernant le droit international privé*, mot Turquie). Elle est confirmée par les arrêts précités de la Cour de cassation (V. Berki et Ansay préc.).

LUXEMBOURG: la solution est controversée mais dans l'ensemble les tribunaux et les notaires s'en sont tenus à la compétence de la loi nationale du défunt (Alphonse Huss, Les conflits de lois en droit luxembourgeois, *Jurisclasseur de droit comparé* mot Luxembourg, 2e fasc. No 233; V. Tribunal Diekirch 22 février 1900, *Pasicrisie* VII, p. 41; mais l'auteur admet que l'application de la loi du domicile a été parfois prise en considération. Tribunal Luxembourg 20 juin 1932, *Pasicrisie* XIII, p. 466 et Luxembourg 20 juin 1937, inédit cité par l'auteur).

AUTRICHE: il est admis que la juridiction autrichienne se déclarera compétente et appliquera la loi substantive autrichienne quel que soit le lieu de situation des biens mobiliers s'il s'agit de la succession d'un citoyen autrichien et cela que le défunt ait eu son dernier domicile en Autriche ou à l'étranger (article 30 A.B.G.B.). On peut estimer qu'il s'agit là d'une application quant au fond de la loi nationale.

2 Soumission à la loi du domicile du défunt:

Cette règle a une origine jurisprudentielle.

FRANCE: jurisprudence constante depuis Cassation civile 19 juin 1939, D.P. 1939. I. 97, S. 1940. I. 49; *Revue critique* 1939. 481; Cassation criminelle 4 juin 1941 D. 1942 J. 4, note Nast, S. 1944. I. 133, note Batiffol, etc.; V. Batiffol, *Droit international privé*, No 634 et suiv.; Loussouarn, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 557 A; Droz, Partage des successions présentant un caractère international, *Traité général du Notariat*, p. 4146 et suiv.; Lagarde, *Rép. Dalloz du droit intern.* Vo Successions Nos 7 et suiv.

BELGIQUE: jurisprudence dominante, Cour d'appel de Gand 31 mai 1906, *Revue pratique du Notariat* 1906. 88;

GERMANY (articles 24 and 25 of the E.G.B.G.B.), SPAIN (article 10 of the Civil Code), GREECE (article 28 of the Civil Code), ITALY (article 23 of the Civil Code), JAPAN (article 25 of the Horei), UNITED ARAB REPUBLIC (article 17 of the Civil Code), SWEDEN (articles 1 and 2 of the Law of the 5th of March 1937), CZECHOSLOVAKIA (article 17 of the Law of the 4th of December 1963 on Private International Law), YUGOSLAVIA (article 156 of the Law of 1965 on condition of reciprocity).

Case law seems to be inclined in this direction in the NETHERLANDS (see the commentary on the Benelux Treaty, article 13, Kollewijn, *American-Dutch Private International Law*, p. 58, van der Ploeg in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, *op. cit.*, p. 1010; Maastricht, 20th of January 1921, N.J. 1921.1084; Arnhem, 14th of February 1938, N.J. 1938, No 777; The Hague, 28th of April 1947, N.J. 1947, No 743; 17th of February 1958, N.J. 1959, No 188). The Benelux Treaty (article 9) and the Hague Drafts of 1904 and 1928 follow the same rule. However it should be observed that, in particular cases, by reason of special circumstances, a different law may be applied, for example the law of the original nationality or domicile of the deceased (Utrecht, 12th November 1954), N.J. 1955.372, *Nederlands Tijdschrift* 1956.284, note Blackstone; W.P.N.R. 1425, note Kollewijn, Amsterdam, 11th of July 1946, N.J. 1947. 66; Leeuwarden 3rd of March 1954, N.J. 1954.328, W.P.N.R. 4358, note Houwink, W.P.N.R. 4375, note Kollewijn, *Nederlands Tijdschrift*, 1955.105, note de Winter; W.P.N.R. 4425, note Kollewijn). Commentators in general condemn this weakening of the general rule of the application of the national law.

b Inheritance governed by the law of domicile of the deceased –

BRAZIL (article 10 of the Introduction to the Civil Code), ISRAEL (article 137 of the Law on Succession of the 1st of February 1965, see Yadin, 'Reflection on a New Law of Succession', *Israel Law Review* 1966, p. 132 et seq. and see Yadin and G. Tedeschi, 'Studies in Israel Legislative Problems', *Scripta Hierosolymitana*, vol. XVI, 1966, p. 118), SWITZERLAND (article 22 L.R.D.C.).

Case law dictates the same solution in DENMARK (see Allan Philip, *American-Danish Private International Law*, p. 42 et seq.), and in NORWAY (E. Rygh, *Jurisclasseur de droit comparé*, under the heading 'Norway', fasc. 1957 and *Répertoire de droit international*, *La Pradelle-Niboyet*, vol. VI, under the heading 'Norway', No 166).

Article 1 of the NORDIC CONVENTION of the 19th of November 1934 sanctions the application of this law, if the domicile has lasted for at least five years.

c Another law governs –

It does not seem that any law other than the national law or the law of the domicile could be considered as applicable within the framework of the unity principle. The application of the *lex situs* would inevitably lead to the scission of the estate.

B Countries which follow the scission principle

a The law applicable to the immovable estate

1 The applicable law is the law of the situs of the immovable property –

Case law is consistent to this effect both in the French-type systems (FRANCE, BELGIUM, LUXEMBURG), and in the Common-Law systems (UNITED STATES OF AMERICA, UNITED KINGDOM, IRELAND and CANADA (ENGLISH PROVINCES)). According to article 599 of the Civil Code of Quebec, the choice of law is founded neither on the origin nor on the nature of the property composing it. This would seem to imply that the unity principle obtains. However, on the ground of article 6 of the Civil Code stipulating that the law

of Nether-Canada governs the ownership of immovables situate therein, both case law and commentators consider that immovables should devolve according to the *lex situs* (Johnson, *Conflict of Laws* (Quebec), 1962, p. 457 et seq.; Castel, *Private International Law*, 1960, p. 174).

The same system is followed in TURKEY (the Court of Cassation, Civil Division, 7th of January 1951, 9th of November 1951, 16th of January 1953, reported in *Clunet* 1957, p. 1048; Berki, *La succession ab intestat dans le droit international privé de la Turquie*, Fribourg 1940; Tugrul Ansay, *American-Turkish Private International Law* 1966, p. 56).

2 Another law governs –

Article 300 of the A.B.G.B. directs that Austrian courts only have jurisdiction over immovable property situate in Austria and that Austrian internal law will be applied, no account being taken of the nationality or domicile of the deceased. It is for this reason that it is generally said that in AUSTRIA the *lex fori* is applied to the inheritance. This however inevitably coincides with the *lex situs* insofar as immovables are concerned.

As indicated earlier, in SWITZERLAND immovable property belonging to Swiss nationals not domiciled in Switzerland devolves according to the law of the Canton of origin. This law does not correspond on the international level with the *lex rei sitae* (article 28 L.R.D.C.).

b The law applicable to the movable estate

1 Application of the national law of the deceased –

TURKEY – the application of this law results from the Provisional Law of 1915 on the Rights and Duties of Aliens Residing in the Ottoman Empire, article 4 (text in Makarov, *Recueil des textes concernant le droit international privé*, under the heading 'Turkey'). Confirmation of this rule can be seen in the previously cited judgments of the Court of Cassation (see Tugrul Ansay, *op. cit.*).

LUXEMBURG – the application of this law is debated, but as a rule courts and notaries incline towards the application of the national law of the deceased (Alphonse Huss, 'Les conflits de lois en droit luxembourgeois', *Jurisclasseur de droit comparé* under the heading 'Luxemburg', 2nd fasc., No 233; see Tribunal Diekirch 22nd of February 1900, *Pasicrisie* VII, p. 41; but the author admits that the application of the law of domicile has sometimes been taken into consideration (Tribunal Luxembourg 20th of June 1932, *Pasicrisie* XIII, p. 466 and Luxembourg 20th of June 1937, unreported, cited by the author).

AUSTRIA – Austrian courts have jurisdiction and will apply Austrian internal law whatever be the situs of the movables as long as the deceased was Austrian whether he had his last domicile in Austria or abroad (article 30 A.B.G.B.). Thus one might consider this to be a substantive application of the national law.

2 Application of the law of domicile of the deceased –

This rule has its origin in case law.

FRANCE – Consistent case law since the judgment of the Civil Cassation of the 19th of June 1939, D.P. 1939. I. 97, S. 1940. I. 49; *Revue critique* 1939. 481; Criminal Cassation of the 4th of June 1941 D. 1942. J. 4, note Nast, S. 1944. I. 133, note Batiffol, etc.; see Batiffol, *Droit international privé*, No 634 et seq.; Loussouarn, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 557 A; Droz, 'Partage des successions présentant un caractère international', *Traité général du Notariat*, p. 4146 et seq.; Lagarde, *Répertoire Dalloz du droit international*, see heading 'Successions' Nos 7 et seq.

BELGIUM – Predominant case law (Appeal Court of Gent, 31st of May 1906, *Revue pratique du Notariat* 1906. 88;

Cour d'appel de Bruxelles, 16 juin 1926, même *Revue* 1928. 46; Anvers 16 juin 1950 R.W. 1950-51. 509; Bruxelles 17 décembre 1958, *Journal des Tribunaux* 1959. 184; Cassation 28 mars 1952, *Pasicrisie* 1952. I. 483, solution implicite; Graulich, *Droit international privé* No 117 et suiv.; Rigaux, *Droit international privé*, No 396 et suiv.; Deschamps, dans *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé* préc. p. 63 et suiv.; voir aussi commentaire de l'article 13 du Traité Benelux.

ANGLETERRE: *Dacey and Morris*, Rule 98; Re *Levick* 1963 1 WLR.

ÉCOSSE: A. E. Anton, *Private International Law, a Treatise from the Standpoint of Scots Law*, 1967, p. 514 et suiv.; *Brown v. Brown* (1744) Mor. 4604; *Pringle's Trustees v. Pringle* 1912, 2 S.L.T. 367.

CANADA PROVINCES ANGLAISES ET QUÉBEC: Castel précité, p. 174; Johnson précité, p. 459; *Hawthorne v. O'Boerne and Dion* (1911) 40 S.C. 505 (Rev.), *O'Meara v. O'Meara* (1916) 49 S.C. 33 pour le Québec; Re *Elder* (1936) 44 Man. R. 84, Re *W.* (1925) 56 O.L.R. 611, *Beaudoin v. Trudel* (1937) O.R. 1., pour les provinces anglaises.

U.S.A.: Restatement Second § 303; *Leflar, The Law of Conflicts of Laws*, 1959, p. 354 et suiv., § 184; *Ehrenzweig on Conflict of Laws*, 1962, p. 615, § 248; *Goodrich, Handbook of the Conflict of Laws*, 1964, p. 324, section 165; V. par ex. *Ennis v. Smith*, 55 U.S. (14 How) 14 L. Ed. 472 (1852); *Hewitt v. Cox* 55 Ark. 225, 15 S.W. 1026, 17 S.W. 873 (1891); *Caruso v. Caruso* (1930) 106 N.Jeq. 130, 148 Atl. 882.

AUTRICHE: s'agissant d'un étranger domicilié en Autriche, on appliquera la loi autrichienne si l'Etat étranger n'accorde pas la réciprocité, c'est-à-dire s'il ne donne compétence à la loi autrichienne à propos de la succession mobilière d'un Autrichien décédé domicilié sur son territoire (*Ferid-Firsching Österreich, C, II, p. 22*).

3 Soumission à la *lex fori*:

AUTRICHE qui applique toujours la loi matérielle autrichienne alors que le juge autrichien est compétent. Mais cette *lex fori* se confond ainsi qu'on l'a vu avec la loi réelle pour les immeubles, la loi nationale pour les Autrichiens et avec la loi du domicile de l'étranger s'il n'y a pas réciprocité.

C Questions générales concernant les facteurs de rattachement

a Succession soumise à la loi nationale du défunt

1 Lorsque le défunt a une double nationalité, la détermination de celle qui doit être prise en considération est un problème général qui dépasse le cadre des successions. Selon la tendance dominante si la nationalité du for est intéressée, seule celle-ci doit être prise en considération, sinon il appartient au for de déterminer la nationalité à prendre en considération. Il serait intéressant de savoir si une évolution a eu lieu en matière de succession (V. déjà en matière de forme des dispositions testamentaires l'art. 1, b) de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961).

2 Lorsque le défunt est apatride, les pays qui soumettent la succession à la loi nationale choisiront alors volontiers comme rattachement le critère du domicile ou de la résidence habituelle, par exemple ALLEMAGNE (article 29 E.G.B.G.B.), ITALIE (article 29 du Code civil), GRÈCE (article 30 du Code civil).

EN RÉPUBLIQUE ARABE UNIE, selon l'article 25, alinéa premier du Code civil, en cas d'apatridie comme en cas de pluralité de nationalités, la loi à appliquer sera déterminée par le juge.

EN YUGOSLAVIE, au contraire la succession d'un apatride est régie par la loi du pays de la dernière nationalité de cet apatride. Si celui-ci n'a jamais eu de nationalité ou si la nationalité est inconnue, c'est la loi du pays de son dernier domicile qui est applicable, sinon c'est la loi du pays de sa dernière résidence (article 156 de la loi de 1965 sur les successions).

Il faut noter que selon l'article 12 des Conventions du 28 juillet 1951 sur les réfugiés et du 28 septembre 1954 sur les apatrides: «le statut personnel de tout apatride sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence». Pour les pays qui soumettent la succession à la loi nationale, on pourra faire application du texte puisque cette matière semble alors entrer dans le statut personnel.

b La succession est soumise à la loi du domicile. Quels sont les caractères de ce domicile?

Selon la conception continentale du domicile, celui-ci repose en général sur des notions de fait; résidence habituelle, principal établissement et volonté de l'intéressé. Dans le système anglais, le domicile utilisé comme rattachement successoral peut parfois être purement fictif, par exemple le domicile d'origine, c'est-à-dire celui du père ou de la mère de l'intéressé selon qu'il est enfant légitime ou naturel. Dans un tel cas, le domicile se rapproche sinon d'une loi nationale du moins d'une sorte de *lex patriae* (V. Re *O'Keefe* (1940), Ch. 124). Cette réflexion peut être illustrée par ce qui s'est passé dans le système français du temps qu'il existait pour les étrangers une notion de *domicile légal*, résultat de la formalité de l'admission à domicile, qui ne se confondait pas avec le domicile tel que défini par les articles 102 et suivants du Code civil qui reposent sur des notions de fait (résidence habituelle, principal établissement et volonté). Les étrangers qui n'avaient pas de domicile de droit en France faute d'avoir été admis à domicile voyaient leur succession soumise à la loi nationale considérée comme celle de leur domicile d'origine (V. *Répertoire de droit international La Pradelle-Niboyet* Vo Succession No 17 et les nombreuses références).

Il en va tout différemment d'autres domiciles purement fictifs qui ne peuvent pas se confondre avec la *lex patriae* ou la loi nationale, par exemple le domicile légal du mineur ou de la femme mariée, domicile de dépendance, ou encore le domicile fondé sur une inscription dans des registres.

En effet des époux peuvent être séparés depuis de longues années et vivre dans des pays différents. Le domicile légal de la femme mariée qui est celui du domicile du mari peut n'avoir aucun rapport avec la loi nationale ou la *lex patriae* de l'intéressée. Il en serait de même pour un domicile d'inscription (prévu dans le nouveau Code judiciaire belge l'article 34 entre partiellement en vigueur le 1er janvier 1969) pour le cas où l'intéressé vivant désormais à l'étranger aurait omis de faire annuler cette inscription.

On ne connaît pas d'exemple typique en droit français d'une soumission de la succession d'une femme mariée à la loi étrangère d'un pays dans lequel elle n'a jamais eu de résidence mais où son mari est lui domicilié. Toutefois, en droit anglais la solution a été acceptée dans un cas pourtant extrême. La succession d'une femme décédée en Angleterre et qui n'avait jamais quitté ce Pays, a été soumise à la loi de Queensland, Australie, où son mari était domicilié, alors que les époux étaient séparés depuis 20 ans, que le mari avait émigré en Australie et qu'il y avait contracté un second mariage devenant ainsi bigame (Lord Advocate

Appeal Court of Brussels, the 16th of June 1926, the same *Review* 1928. 46; Antwerp, 16th of June 1950, R.W. 1950-51. 509; Brussels, 17th of December 1958, *Journal des Tribunaux* 1959. 184; Cassation 28th of March 1952, *Pasicrisie* 1952. I. 483, implied application; Graulich, *Droit international privé*, No 117 et seq.; Rigaux, *Droit international privé*, No 396 et seq.; Deschamps in 'Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé', *op. cit.*, p. 63 et seq.; see also the commentary on article 13 of the Benelux Treaty).

ENGLAND - *Dicey & Morris*, Rule 98; *Re Levick* 1963 1 WLR.

SCOTLAND - A. E. Anton, *Private International Law, a Treatise from the Standpoint of Scots Law*, 1967, p. 514 et seq.; *Brown v. Brown* (1744) Mor. 4604; *Pringle's Trustees v. Pringle* 1912, 2 S.L.T. 367.

CANADA (ENGLISH PROVINCES AND QUEBEC) - Castel, *op. cit.*, p. 174; Johnson, *op. cit.*, p. 459; *Hawthorn v. O'Boerne and Dion* (1911) 40 S.C. 505 (Rev.), *O'Meara v. O'Meara* (1916) 49 S.C. 33 for Quebec; *Re Elder* (1936) 44. Man. R. 84, *Re W.* (1925) 56 O.L.R. 611, *Beaudoin v. Trudel* (1937) O.R. 1, for the English Provinces.

UNITED STATES OF AMERICA - Restatement Second § 303; Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, 1959, p. 354 et seq., § 184; Ehrenzweig on *Conflict of Laws*, 1962, p. 615, § 248; Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws*, 1964, p. 324, section 165; see for example, *Ennis v. Smith*, 55 U.S. (14 How) 14 L.Ed. 472 (1852); *Hewitt v. Cox* 55 Ark. 225, 15. S.W. 1026, 17 S.W. 873 (1891); *Caruso v. Caruso* (1930) 106 N.Jeq. 130, 148 Atl. 882.

AUSTRIA - For the inheritance of a foreigner domiciled in Austria, Austrian law will be applied if the foreign law does not accord reciprocity, that is to say if it does not apply Austrian law in a case of movable inheritance of an Austrian dying domiciled within its jurisdiction (*Ferid-Firsching Österreich*, C, II, p. 22).

3 Application of the *lex fori* -

AUSTRIA always applies the internal Austrian law whenever an Austrian judge has jurisdiction. However, this *lex fori*, as we have seen, coincides with the *lex situs* for immovables, with the national law for Austrians and with the domiciliary law of a foreigner if there is no reciprocity.

C General questions concerning the connecting factor

a Inheritance governed by the national law of the deceased

1 When the deceased has dual nationality, the problem of deciding which nationality is to be used as a connecting factor, is a general one extending beyond the framework of succession. According to the prevailing opinion, if the nationality of the forum is involved, only that nationality will be taken into account; if not, the forum decides on the nationality which will prevail. It would be interesting to know whether the situation has evolved in the field of succession (see for an earlier example as regards the form of wills, article 1 *b* of the Hague Convention of the 5th of October 1961).

2 When the deceased is a stateless person, the countries which usually apply the law of nationality will choose the criterion of domicile or habitual residence as a connecting factor, for example GERMANY (article 29 of the E.G.B.G.B.), ITALY (article 29 of the Civil Code), GREECE (article 30 of the Civil Code).

In the UNITED ARAB REPUBLIC, according to the first paragraph of article 25 of the Civil Code, when there is a case of statelessness or dual nationality, the judge will determine which law to apply.

In YUGOSLAVIA, on the contrary, the inheritance of a stateless person is governed by the law of the country of his last nationality. If he never had a nationality, or if his former nationality is unknown, the law of the country of his last domicile is applicable, or in default the law of the country of his last residence (article 156 of the Law of 1965 on Succession).

It should be noted that according to article 12 of the Convention of the 28th of September 1954 on Stateless Persons 'the personal status of a stateless person shall be governed by the law of the country of his domicile, or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence'. The Convention of the 28th of July 1951 on Refugees contains a similar provision. For those countries in which the estate is governed by the law of nationality, the above text may be applied whenever this subject-matter seems to fall within the realm of personal status.

b Inheritance governed by the law of domicile. What are the criteria for determining domicile?

Domicile, according to the continental understanding of the term, is in general based on factual notions - habitual residence, principal place of business and intention of the *propositus*. In the English system, domicile used as a point of contact in succession matters may sometimes become purely fictitious, for example the domicile of origin, that is to say the domicile of the father or mother of the *propositus* according to whether he is legitimate or illegitimate. In such a case, the law of domicile, even if it cannot be said to be equivalent to the law of nationality, at least becomes a sort of *lex patriae* (see *Re O'Keefe* (1940), Ch. 124). This observation may be illustrated by former French law: at one time aliens were accorded a *legal domicile*, which depended on their compliance with the necessary formalities for admission to the favour of domicile, but which was distinct from domicile as defined in articles 102 et seq. of the Civil Code; the latter was based purely on factual notions (habitual residence, principal place of business and intention). The inheritance of aliens who, not having been admitted to domicile, did not possess a legal domicile in France, was governed by the law of nationality which was considered to be that of the domicile of origin (see *Répertoire de droit international La Pradelle-Niboyet* under 'Succession' No 17 and the various references).

The case of other purely fictitious domiciles is quite different. They cannot be brought under the same heading as either the *lex patriae* or the law of nationality; for example, the statutory domicile of a minor or of a married woman, the domicile of dependence, and the domicile based on registration.

In fact, spouses may be separated for many years and live in different countries. The law of the legal domicile of the married woman, which is that of the domicile of her husband, may have nothing in common with the law of her nationality or the *lex patriae* of the person concerned. The same will happen with the domicile of registration (provided for in article 34 of the new Belgian Judicial Code which partially came into force on the first of January 1969) when a person deciding to live abroad omits to take his name off the Register in his former country of residence.

There seems to be no typical illustration in French case law of an estate of a married woman being governed by the law of a foreign country in which she had never resided but in which her husband is domiciled. English law has in fact arrived at this conclusion in one, extreme, case. The inheritance of a woman who died in England and who had never left that country, was held to be governed by the law of Queensland, Australia, where her husband was domiciled, even though the spouses had been separated for 20 years and the husband had emigrated to Australia and had there gone through a second bigamous ceremony of marriage

v. Jaffrey (1921) A. C. (House of Lords). Il faut noter qu'en l'espèce il s'agissait surtout de connaître la loi applicable aux droits de succession. La solution serait-elle encore admise si le mari prétendait, dans un tel cas, faire échec à la liberté de disposer de la testatrice en se basant sur la loi de son domicile instituant en sa faveur une réserve?

D Défaillance du facteur de rattachement

a Succession soumise à la loi nationale du défunt mais le pays de la nationalité du défunt est un système territorialement plurilégislatif.

Lorsque la loi nationale consiste en un système juridique non unifié de type fédéral, plusieurs systèmes peuvent être envisagés comme accepter le renvoi de la loi nationale à la loi du domicile (mais encore faut-il que le système fédéral en question contienne une règle de conflits fédérale). Bien que la doctrine du renvoi soit rejetée par la jurisprudence néerlandaise (voir *infra*), l'arrêt de la Cour de Leeuwarden du 3 mars 1954 précité a appliqué la loi du domicile néerlandais à un Américain domicilié aux Pays-Bas. Kollwijn a expliqué que cela a été fait en raison de l'impossibilité de déterminer la loi nationale du défunt (W.P.N.R. 4425); dans cet esprit le rattachement au domicile devient un rattachement subsidiaire à celui de la loi nationale.

La différence entre le mécanisme du renvoi qui tient compte des règles de conflits du système plurilégislatif et l'application subsidiaire de la loi du domicile est très importante: si la succession est soumise par exemple à la loi «nationale» américaine et que l'on se réfère aux «règles de conflits américaines» (dans la mesure où on peut estimer qu'il existe sur ce point un corps de règles généralement suivi dans tous les Etats de la Fédération) on acceptera à la fois le renvoi à la loi du domicile en ce qui concerne les meubles mais également le renvoi à la loi de la situation pour des immeubles qui peuvent être situés dans des pays tiers. Tandis que si l'on applique directement la loi du domicile à titre subsidiaire, un pays qui suit le principe de l'unité aura tendance à appliquer cette loi du domicile à l'ensemble des biens.

Il se peut aussi que le pays du domicile auquel renvoie la loi nationale soit un système non unifié interpersonnel et l'on débouchera sur les problèmes étudiés sous *b*.

Il serait utile de connaître la pratique généralement suivie sur ce point dans les Pays de la Conférence qui soumettent la succession à la loi nationale.

b Succession soumise à la loi du domicile du défunt mais le pays du domicile est un système non unifié où la loi successorale dépend du statut personnel du défunt.

Il faut remarquer que les systèmes juridiques interpersonnels, par exemple République Arabe Unie, Liban, Irak, Iran, Maroc, Tunisie etc. rattachent les successions à la loi nationale du défunt. C'est pourquoi le mécanisme du renvoi à la loi nationale pourra parfois être utilisé. Pour les pays qui accordent de l'importance au domicile d'origine, cette notion permet souvent d'éviter les difficultés par une soumission directe à la loi de ce domicile qui se confondra souvent avec la loi nationale.

Il a parfois été fait application à la succession d'un étranger domicilié dans un système interpersonnel de la loi religieuse de cet étranger. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 novembre 1933, (*Revue critique* 1934. 440, note Niboyet) a soumis à la loi israélite tunisienne la succession mobilière d'un Anglais originaire de Gibraltar, de religion israélite décédé domicilié à Tunis. La solution est

restée isolée. Elle se heurte en effet à la difficulté de trouver dans le système interpersonnel un droit particulier qui puisse correspondre à la religion de l'intéressé.

c La difficulté principale en la matière résulte du cas où un individu ayant la nationalité d'un pays à système non unifié de type fédéral, est domicilié dans un système non unifié de type interpersonnel. Le renvoi de la loi du domicile à la loi nationale ou vice et versa risque de déboucher sur le vide.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Le principe du renvoi est-il admis en ce qui concerne la loi successorale?

Le renvoi au premier ou au second degré est assez largement admis dans les Etats membres de la Conférence: Il est parfois prévu par la loi elle-même:

ALLEMAGNE (article 27 E.G.B.G.B.); ISRAËL (article 142 de la loi du 1er février 1965 sur les successions, renvoi accepté uniquement dans le cas où il est fait à la loi israélienne); TCHÉCOSLOVAQUIE (article 35 de la loi du 4 décembre 1963 sur le Droit international privé); YOUgoslavIE (article 155 de la loi de 1965).

Il est également admis dans d'autres pays par la jurisprudence ou la pratique:

BELGIQUE: Bruxelles 24 juin 1964, *Pasicrisie* 1965. II. 192; Liège 24 mai 1966, *Journal des Tribunaux* 1966. 653, arrêt intervenu en matière de statut personnel; Rigaux préc. No 122, Graulich préc. No 197, Deschamps préc. p. 75.

ESPAGNE: Tribunal de Barcelone 3 août 1900, cité par Trias de Bes in *Répertoire de droit international privé La Pradelle-Niboyet*, Vo Espagne No 46, appliquant la loi espagnole à la succession d'un sujet Ecossais domicilié à Barcelone.

FRANCE: l'arrêt Forgo qui a lancé le mécanisme est précisément intervenu en matière de succession, Cassation civile 24 juin 1878, S. 1878. I. 429; V. aussi Requête 9 mars 1910 S. 1913. I 105; Requête 7 novembre 1933, S. 1934. I. 321; Cassation Civile 7 mars 1938, *Revue critique* 1938. 472; Batiffol préc. No 302; Maury et Derruppé, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 532 B No 44 et suiv. avec de très nombreuses références jurisprudentielles.

LUXEMBOURG: Tribunal de Luxembourg 29 avril 1946 et Tribunal de Luxembourg 10 novembre 1960 inédits cités par Alphonse Huss, *Les conflits de lois en droit luxembourgeois*, *Jurisclasseur de droit comparé*, mot Luxembourg, No 212.

SUISSE: article 28, alinéa 2 L.R.D.C. et jurisprudence du Tribunal fédéral.

TURQUIE: Ansay préc. p. 57

JAPON: Ikehara et Jansen *American Japanese Private International Law*.

CANADA: Ross v. Ross (1893) 2 Que Q.B. 413, rev.d (1894) 25 S.C.R. 307, selon lequel: «the law of the country means every rule enforced or recognized by the foreign court including conflict of laws rules and not the purely internal rules of the foreign system», solution approuvée dans Stephens v. Falchi (1937) 3 D.L.R. (Que) p. 614; V. Castel préc. p. 76 et Johnson préc. p. 10.

U.S.A.: Le renvoi en matière de succession a été accepté in *Re Schneider's Estate* 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S. 2 d 652 (1950), renvoi de la loi suisse de la situation de l'immeuble à

(Lord Advocate v. Jaffrey (1921) A.C. (House of Lords).) It should however be noted that in this particular case the court had to decide which law was applicable to estate duty. It might well be asked whether the same conclusion would be reached if in a similar case a husband sought to challenge the liberty of the testatrix to dispose according to her preference on the ground that the law of his (and her) domicile provided for a fixed part ('réserve') in his favour.

D Failure of the connecting factor

a The inheritance is governed by the national law of the deceased but that country has a territorially plurilegisative legal system.

When a country has a non-unified federal-type legal system, several solutions may be considered: for example the acceptance of the reference by the law of nationality to the law of domicile (but then it is necessary that the federal system in question has a federal conflicts rule).

Although the doctrine of renvoi has been rejected by case law in the Netherlands (see *infra*), the judgment of the court of Leeuwarden of 3rd of March 1954, cited above applied the domiciliary law to the inheritance of an American domiciled in the Netherlands. Kollewijn explains that the reason for this was the impossibility of determining the national law of the deceased (W.P.N.R. 4425); in this way the connecting factor of domicile becomes an ancillary connecting factor to that of nationality.

The difference between the mechanism of renvoi which takes into account the conflict rules of the plurilegisative systems and the ancillary application of the law of domicile is very important: if, for example, the inheritance is governed by the 'national' law of the United States of America, and reference is made to the 'American conflict rules' (to the extent to which one can conclude that a body of rules exists which is in general followed in all the States of the Union), both the renvoi to the law of domicile for the movables and the renvoi to the *lex situs* for the immovables, possibly situate in a third country, would have to be accepted. On the other hand, if one applies directly the law of the domicile as an ancillary connecting factor, a country which follows the unity principle will tend to apply this domiciliary law to the whole inheritance.

It may also happen that the country of domicile to which the national law refers has a non-unified interpersonal legal system - then we are in the realm of the problems discussed below under (b).

It would be useful to know of the generally accepted practice on this point in the countries of the Conference which apply the law of nationality to the inheritance.

b Inheritance governed by the domiciliary law of the deceased but the country of domicile has a non-unified legal system which provides that the law of succession follows the personal status of the deceased.

It should be noted that the interpersonal legal systems, for example those of the United Arab Republic, Lebanon, Iraq, Iran, Morocco, Tunisia etc. provide that the inheritance should be governed by the national law of the deceased. For this reason the mechanism of renvoi to the national law can often be used. This mechanism will also assist those countries which attach some importance to the domicile of origin in avoiding any difficulties, by means of a direct application of the law of this domicile which will often coincide with the law of nationality.

Occasionally, in a case of an alien dying domiciled within an interpersonal jurisdiction, the religious law of the alien has been applied to determine the devolution of his inheritance. The Court of Cassation, in a judgment of the 7th November 1933 (*Revue critique* 1934. 440, note Niboyet) directed that the movable estate of a Jewish Englishman, originating from Gibraltar and dying domiciled in Tunis should be

governed by the Jewish laws obtaining in Tunisia. This case stands alone. Its ratio tries to solve the difficulty of finding a particular law within the interpersonal system which corresponds to the religion of the deceased.

c The main difficulty arises in a case of a person having the nationality of a country with a non-unified legal system of the federal type, who is domiciled in a country with a non-unified interpersonal legal system. The renvoi exercised by the law of the domicile to the law of the nationality or vice versa may have no effect whatsoever.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Is the doctrine of renvoi admitted in the search for the law of succession?

Renvoi to the first or second degree is to a great extent accepted in the Member States of the Conference.

It is sometimes provided for by statute:

GERMANY (article 27 E.G.B.G.B.); ISRAEL (article 142 of the Law of the 1st of February 1965 on Succession, renvoi accepted only when reference is made to Israeli law); CZECHOSLOVAKIA (article 35 of the Law of the 4th of December 1963 on Private International Law); YUGOSLAVIA (article 155 of the Law of 1965).

It has been accepted in other countries by case law or practice -

BELGIUM - Brussels 24th of June 1964, *Pasicrisie* 1965. II. 192; Liege 24th of May 1966, *Journal des Tribunaux* 1966. 653, judgment on a matter of personal status; Rigaux, *op. cit.* No 122, Graulich, *op. cit.* No 197, Deschamps, *op. cit.*, p. 75.

SPAIN - Court of Barcelona 3rd of August 1900, cited by Trias de Bes in *Répertoire de droit international privé La Pradelle-Niboyet*, under the heading 'Spain' No 46, Spanish law applied to the inheritance of a Scot domiciled at Barcelona.

FRANCE - the Forgo case which sparked off the doctrine of renvoi dealt precisely with a matter of succession, Civil Cassation, 24th of June 1878, S. 1878. I. 429; see also the Petition of the 9th of March 1910, S. 1913. I. 105; Petition of 7th November 1933, S. 1934. I. 321; Civil Cassation 7th March 1938, *Revue critique* 1938. 472; Batiffol, *op. cit.*, No 302; Maury and Derruppé, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 532 B No 44 et seq. and the numerous references to case law.

LUXEMBURG - Court of Luxemburg 29th of April 1946 and the Court of Luxemburg 10th of November 1960 unreported, cited by Alphonse Huss, 'Les conflits de lois en droit luxembourgeois', *Jurisclasseur de droit comparé*, under the heading 'Luxemburg', No 212.

SWITZERLAND - article 28, paragraph 2, L.R.D.C. and the case law of the Federal Court.

TURKEY - Ansay, *op. cit.*, p. 57.

JAPAN - Ikehara and Jansen, *American-Japanese Private International Law*.

CANADA - Ross v. Ross (1893) 2 Que.Q.B. 413, rev'd (1894) 25 S.C.R. 307, according to which 'the law of the country means every rule enforced or recognized by the foreign court including conflict of laws rules and not the purely internal rules of the foreign system', approved in Stephens v. Falchi (1937) 3. D.L.R. (Que) p. 614; see Castel, *op. cit.* p. 76 and Johnson, *op. cit.* p. 10.

UNITED STATES OF AMERICA - Renvoi in matters of succession has been accepted in Re Schneider's Estate 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S. 2d 652 (1950), renvoi applied by the Swiss *lex*

la loi de New York du domicile du défunt. V. aussi In the Matter of Zietz, 198 Misc. 77, 96 N.Y.S. 2d 442 (1950). Le renvoi a été rejeté In Re Tallmadge 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 (1919). Certains auteurs estiment que le mécanisme du renvoi est accepté aux Etats-Unis, Griswold «Renvoi revisited», 51 *Harvard Law Review* 1955 p. 1938, Verplaetse, *Revue hellénique de droit international* 1955. 165; Goodrich préc. p. 11 admet que la question reste incertaine. V. aussi Herzog, régime matrimonial et renvoi dans deux récentes décisions de la Cour Suprême de New York, *Revue critique de d.i.p.* 1968, p. 607 et suiv. Le renvoi est admis dans le Restatement Second, tentative draft No 5 (1959).

ROYAUME-UNI: Dans ce Pays on suit le système de la «foreign court theory»: Re Ross 1930 1 Ch. 377; Re Annesley 1926 Ch. 692. Il faut noter que Dicey admet que dans de nombreux cas la jurisprudence anglaise a appliqué la loi étrangère sans tenir compte de ses règles de conflits (*Dicey and Morris*, p. 62). Dans ce système, appelé aussi celui du «double renvoi» (Batiffol préc. No 309), l'acceptation par le juge anglais du renvoi opéré par la loi étrangère dépendra du point de savoir si le juge étranger accepterait lui-même le renvoi opéré par la loi anglaise.

Le renvoi n'est pas admis en ITALIE (article 30 du Code civil) en RÉPUBLIQUE ARABE UNIE (article 27 du Code civil), en GRÈCE (article 32 du Code civil) ainsi qu'aux PAYS-BAS (La Haye 23 février 1942 N.J. 1942. 327 refusant d'appliquer la loi néerlandaise à un Danois domicilié aux Pays-Bas bien que la loi danoise renvoie à la loi du domicile du défunt. Voir aussi La Haye 28 avril 1947 N.J. 1948. 743)

Le renvoi est admis dans le TRAITÉ BENELUX lorsque la loi nationale compétente selon le Traité renvoie à la loi du domicile (article 11,2° et 3°).

Le renvoi fait l'objet de la Convention pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile du 15 juin 1955 (CONVENTION-RENOI) dont le mécanisme pourrait s'appliquer aux successions.

B Influence de la nationalité ou du domicile des héritiers

a La nationalité de l'héritier intervient dans un certain nombre de pays qui établissent pour les nationaux un «droit de prélèvement».

Ce droit de prélèvement, institué par exemple en FRANCE par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, tel qu'il a été interprété par la jurisprudence française, est devenu une véritable règle de conflits de lois. Selon la formule de Batiffol «tout Français appelé à une succession peut réclamer sur les biens situés en France la part que lui octroierait la loi française quelle que soit la loi applicable» (Batiffol préc. No 647 et suiv.; V. aussi Droz préc. p. 4151 et Pestourie rapport préc. p. 432).

Un tel droit de prélèvement existe également en BELGIQUE (article 4 de la loi du 27 avril 1865, V. Deschamps préc. p. 67 et Rigaux préc. No 398) et aux PAYS-BAS (loi du 7 avril 1869 article 1); au LUXEMBOURG (loi du 29 février 1872), il a reçu une interprétation plus restrictive qu'en droit français (V. Alphonse Huss préc. No 234).

AU BRÉSIL, il existe une règle selon laquelle (article 165 de la Constitution fédérale) «si le défunt laisse une épouse brésilienne et des enfants brésiliens, la loi brésilienne est applicable pour déterminer leurs droits à la succession à moins que la loi applicable en vertu du domicile du défunt ne leur soit plus favorable».

Les systèmes français et brésiliens aboutissent en fait à assortir la règle principale de conflits d'une autre règle

subsidaire fondant l'application de la loi française ou brésilienne dès qu'elle est plus favorable à l'héritier français ou brésilien que la loi étrangère normalement applicable. On notera que pour les systèmes français et belge, l'application exceptionnelle de la loi française ou belge à la succession aboutit, au moins en ce qui concerne le calcul de la masse successorale et de la quotité des droits des héritiers, à reconstituer une universalité: on prendra en considération la valeur des biens immobiliers même si le défunt est décédé domicilié à l'étranger.

Le droit de prélèvement est sujet à de vives critiques. Batiffol le considère comme anachronique (*op. cit.* No 649; voir aussi Lewald, Questions internationales du droit des successions, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1925, t. IV, p. 47).

b Le domicile de l'héritier, en lui-même, ne semble pas influencer sur le rattachement de la loi successorale.

C Influence de la volonté du défunt sur le facteur de rattachement

Le choix de la loi applicable à sa succession par le défunt lui-même est admis dans des limites étroites par le droit suisse: le défunt normalement soumis à la loi de son domicile peut soumettre sa succession aux dispositions internes de sa loi nationale (L.R.D.C. articles 22 (2) et 32). Ce choix limité a été admis par l'Institut de droit international dans sa Résolution du 15 septembre 1967 sur la succession testamentaire en droit international privé. Aux termes du numéro deux de cette résolution «la validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires sont soumis à la loi successorale sous réserve que le testateur puisse opter entre sa loi nationale et la loi de son domicile».

Selon le «Decedent Estates Law» article 47 de l'Etat de New York, «la validité et les effets d'une disposition testamentaire seront déterminés par la loi de New York si le testateur qu'il soit citoyen des Etats-Unis ou étranger, résident ou non, a déclaré soumettre les dispositions testamentaires à la loi de New York».¹

Un Traité entre la Colombie et l'Equateur (cité par Rabel, *The Conflict of Laws, a Comparative Study*, tome IV, p. 275) permet au testateur de choisir la loi nationale ou la loi du domicile.

Sur l'ensemble du problème V. Dölle, Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, *RabelsZ* 1966, p. 205 et von Overbeck, La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé, *Mélanges Fredericq*, p. 1085.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

Il est admis par hypothèse que la loi successorale, telle que précédemment définie, s'applique à la vocation héréditaire et à la dévolution successorale. Il convient maintenant d'examiner dans quelle mesure cette loi successorale est applicable à d'autres institutions qui touchent de près la succession.

¹ V. aussi l'arrêt In re Clark, *Syracuse Law Review*, Vol, 20, 1968, p. 211.

situs of immovable property to the law of domicile of the deceased in New York. See also *In the Matter of Zietz*, 198 Misc. 77, 96 N.Y.S. 2d 442 (1950). The theory of *renvoi* was rejected in the case *In Re Tallmadge* 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 (1919). Some authors consider that the mechanism of *renvoi* is applied in the United States (Griswold, 'Renvoi revisited', 51 *Harvard Law Review* 1955 (1938), Verplaetse, *Revue hellénique de droit international* 1955. 165); Goodrich, *op. cit.* p. 11 states that the problem remains undecided. See also Herzog, 'Régime matrimonial et renvoi dans deux récentes décisions de la Cour suprême de New York', *Revue critique de droit international privé*, 1968, p. 607 et seq. The principle of *renvoi* is admitted in the Restatement Second, tentative draft No 5 (1959).

UNITED KINGDOM – The 'foreign court theory' is applied: *Re Ross* (1930) 1 Ch. 377; *Re Annesley* (1926) Ch. 692. Dicey however points out that there are hundreds of cases in which the domestic rules of the foreign law have been applied without any reference to its conflict rules (*Dicey and Morris*, p. 62). According to the foreign court theory, called by some 'double renvoi' (Batiffol, *op. cit.*, No 309), the acceptance by the English judge of the *renvoi* applied by the foreign law will depend on whether the foreign judge himself would accept the *renvoi* applied by English law.

Renvoi is not applied in ITALY (article 30 of the Civil Code), in the UNITED ARAB REPUBLIC (article 27 of the Civil Code), in GREECE (article 32 of the Civil Code) and in the NETHERLANDS (The Hague, 23rd of February 1942 N.J. 1942. 327: Refusal to apply Netherlands law to a Dane domiciled in the Netherlands although Danish law would make a reference to the law of the domicile of the deceased. See also The Hague 28th of April 1947, N.J. 1948. 743).

Renvoi is sanctioned in the BENELUX TREATY when the applicable law of nationality refers to the law of domicile (article 11, 2° and 3°).

Renvoi was specifically dealt with in the Convention of the 15th of June 1955 to Determine Conflicts between the National Law and the Law of Domicile (CONVENTION *RENOI*). The mechanism set up by that Convention could be applied to matters of succession.

B Influence of the nationality or domicile of the heirs

a The nationality of an heir may come into play in a number of countries which provide a 'droit de prélèvement' for the benefit of their nationals.

This 'droit de prélèvement' existing for example in FRANCE by virtue of article 2 of the Law of 14th of July 1819 as it has been interpreted by subsequent case law, has become a rule of the conflict of laws in its own right. As Batiffol puts it 'any French national entitled to appear in the inheritance may claim the portion which French law would give to him from the assets situate in France, whatever be the applicable law'. (Batiffol, *op. cit.* No 647 et seq.; see also Droz, *op. cit.* p. 4151 and Pestouri, *op. cit.* p. 432).

The same right of setting aside assets for the benefit of nationals exists in BELGIUM (article 4 of the Law of the 27th of April 1865, see Deschamps; *op. cit.* p. 67 and Rigaux, *op. cit.* No 398) and in the NETHERLANDS (Law of the 7th of April 1869, article 1); this right has been construed more narrowly in LUXEMBURG than in France (see Alphonse Huss, *op. cit.* No 234).

In BRAZIL article 165 of the Federal Constitution directs that 'if the deceased leaves a Brazilian wife and Brazilian children, Brazilian law will determine their rights of inheritance unless the law of the domicile of the deceased is more favourable to them'.

In fact the French and Brazilian systems result in subjecting the main conflicts rule to another subsidiary rule which

directs the application of French or Brazilian law whenever it is more favourable to the French or Brazilian heir than the otherwise applicable foreign law. It should be noted that, as far as the French and Belgian systems are concerned, the application of the French or Belgian law to the inheritance, or at least to the calculation of the assets and of the portions of the heirs, recreates a universality of the applicable law: the value of immovable property, even if situate abroad, and of movable property even if the deceased died domiciled abroad, will be relevant in the calculation made in France or Brazil.

These 'droits de prélèvement' are subject to strong criticism. Batiffol considers them to be archaic (*op. cit.* No 649; see also Lewald, 'Questions internationales du droit des successions', *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1925, t. IV, p. 47.)

b The domicile of an heir as such does not seem to have any influence on the connection with the law of succession,

C Influence of the intention of the deceased on the connecting factor

Within certain limits, Swiss law permits the deceased to choose the law applicable to his estate: the deceased whose estate would normally be governed by the law of his domicile, may opt for the internal provisions of his national law to apply (L.R.D.C. articles 22(2) and 32).

This limited choice was approved by the International Law Institute in its Resolution of the 15th of September 1967 relating to testamentary succession in private international law. According to paragraph 2 of the Recommendations: 'The essential validity and effects of testamentary dispositions should be governed by the law of succession, subject to the power of the testator to choose between the law of his nationality and that of his domicile.'

Article 47 of the New York State Decedent Estate Law directs that the validity and effect of a testamentary disposition shall be determined by the law of New York if the testator, whether he be a citizen of the United States or an alien, a resident or not, has declared that his testamentary dispositions shall be governed by the law of New York.¹

A treaty between Columbia and Equador (cited by Rabel, *The Conflict of Laws, a Comparative Study*, vol. IV, p. 275) permits the testator to choose between the law of the nationality and the law of the domicile.

In general see Dölle, 'Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht', *RabelsZ* 1966, p. 205 et seq.; Von Overbeck, 'La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé', *Mélanges Fredericq*, p. 1085.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

It has been submitted – as a working hypothesis – that the law of succession as it has been defined above, applies to rights connected with, and the devolution of, the inheritance. We shall now examine to what extent it is applicable to other concepts connected with succession.

¹ See also *In re Clark* noted in *Syracuse Law Review*, Vol. 20 (1968), p 211.

Les Etats de la Conférence se partagent en deux groupes.

Pour les uns, et il s'agit essentiellement des «droits continentaux», une certaine part de l'actif successoral doit impérativement être réservée à certains héritiers privilégiés. Cette «réserve» ou «part légitime» qui varie selon les systèmes juridiques est généralement attribuée à des héritiers très proches du défunt: descendants légitimes, ou parfois naturels, du défunt (par exemple France, Belgique, Pays-Bas, Italie, Espagne, Danemark, Japon, etc.), parfois au conjoint survivant (par exemple Italie) et peut même être étendue aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants (Code civil suisse et certains cantons suisses, Turquie). La part dont le défunt peut librement disposer est la «quotité disponible» plus ou moins étendue selon la qualité et le nombre des réservataires. La masse de calcul de la réserve peut s'étendre non seulement à l'actif successoral existant au moment du décès mais également aux donations entre vifs faites avant la mort du défunt. Si la réserve est entamée, de telles donations sont alors réductibles généralement selon leur date (par exemple les systèmes français, belge, néerlandais, italien, suisse, japonais).

La présente catégorie englobe également la part obligatoirement réservée aux enfants du premier lit (*lex hac edictali*) ou encore la part «fardh» du conjoint survivant en droit musulman.

A l'opposé se situent les systèmes de *Common Law* où traditionnellement on respecte très largement la liberté de disposer (Angleterre, Irlande, Etats-Unis sauf Louisiane, Canada).

Certes, il existe dans ces systèmes certaines restrictions à la faculté de tester mais il ne s'agit pas d'institutions aussi formelles et impératives que la réserve (c'est ainsi que dans de nombreux Etats américains la faculté de tester est soumise à des restrictions en ce qui concerne par exemple la quantité de biens dont le testateur peut disposer au profit d'œuvres charitables, il s'agit là de lois dites de «mainmorte». Les proches parents peuvent seuls attaquer le testament pour excès de libéralités). D'autre part diverses institutions assurent une certaine protection à la veuve. (En droit anglais, le juge a un pouvoir discrétionnaire pour attribuer une certaine part à un héritier privé de droits par le testament).

Dans la province canadienne de QUÉBEC, bien que le Code civil soit directement issu du système français, le principe de la réserve n'a pas été retenu et il existe une liberté absolue de tester (*Jurisclasseur de droit comparé*, mot Canada, Québec, 2e Fasc. No 54; Billette, *Traité théorique et pratique du droit civil canadien: donations et testaments*, tome I, Montréal 1933, No 94).

En ÉCOSSE, il existe encore sur les meubles une certaine forme de réserve en faveur des enfants et du conjoint survivant (Anton, *Private International Law*, p. 505 et suiv.).

L'existence de divergences aussi marquées entre les droits matériels des Pays membres donne une grande importance pratique à la détermination de la loi compétente pour régir l'institution de la réserve et ses analogues ou au contraire pour assurer une liberté de disposer plus grande. Mais même entre pays connaissant la réserve, la détermination précise de la loi applicable est nécessaire car ni les quotités disponibles ni les ayants droit ou la répartition entre ceux-ci ne sont partout les mêmes.

A et B D'une manière générale, on admet que c'est la *loi successorale* qui est compétente pour déterminer s'il existe une réserve ou au contraire s'il existe une liberté plus grande de tester. Et ceci qu'il s'agisse de pays connaissant l'unité ou au contraire la scission de la loi applicable, ou encore de pays dont le droit matériel institue une réserve ou au contraire assure une liberté absolue de tester. On peut citer notamment:

— Pour des pays connaissant l'institution de la réserve:

ALLEMAGNE: Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, tome I; François Boulanger, *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Paris 1964;

BELGIQUE: Cassation Chambre civile 27 novembre 1947, *Pasicrisie* 1948. III. 51; Rigaux préc.; Deschamps préc.;

DANEMARK: Allan Philip préc.; Tribunal des liquidations successorales de Horsens, 21 septembre 1962, rapporté au *Clunet* 1965.694 ainsi que Tribunal successoral de Copenhague 10 juillet 1952, rapporté au *Clunet* 1960.497;

FRANCE: Cassation requête 28 avril 1836, S. 1836.I.479; Cassation civile 14 mars 1837 D. 1837.I.277; Cassation civile 9 juin 1852 S. 1852.I.733 et depuis lors jurisprudence constante, voir récemment Lyon 14 novembre 1968, *Gazette du Palais*, 4 mars 1969, *Journal des Notaires* 1969, note Droz; Battiffol, *Droit international privé* préc. No 639; Loussouarn, *Jurisclasseur de droit international* préc. fasc. 557 A; Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.* Nos 128 et suiv.

— Pour des pays assurant une grande liberté de disposer:

ANGLETERRE: Thornton v. Curling (1824) 8 SIM. 310. En droit anglais qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, le juge anglais peut discrétionnairement accorder une part de biens successoraux aux héritiers légitimes, ou augmenter celle-ci, à la condition que le défunt soit domicilié en Angleterre (*Dicey and Morris*, p. 653, Inheritance (Family Provisions) Act 1938 et Intestates' Estates Act 1952). Si le défunt décède domicilié hors d'Angleterre mais qu'il laisse des immeubles en Angleterre, le juge perd ce pouvoir discrétionnaire. Si le *de cuius* décède domicilié en Angleterre mais laisse des biens en Ecosse, il est à noter que le juge écossais ne se croit pas autorisé à appliquer ces règles quoique la loi successorale soit la loi anglaise parce qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire n'appartenant qu'à la juridiction anglaise (*Morris, Choice of Law Clauses in Statutes*, 62 LQR 1946) mais contra en doctrine Anton préc. p. 511. On peut se demander quelle serait la réaction d'un juge continental dont le droit soumet la succession à la loi anglaise du domicile.

ÉTATS-UNIS: application de la loi réelle pour les immeubles, application de la loi du domicile pour les meubles: Goodrich, *Conflict of Laws* préc. p. 326 et suiv.; Leflar, *Conflict of Laws* préc. § 185 et suiv.; Castel, *Private International Law* préc. p. 174 et suiv.; Estate of Russel 159 N.Y.S. 2d 651 (Surr. Ct. 1956); In the Matter of Misuraca 5 Misc. 2d 878, 160 N.Y.S. 2d 494 (Surr. Ct. 1957) en matière mobilière, et en matière immobilière Re Kelekian's Estate 155 N.Y.S. 2d 882 (Surr. Ct. 1956). Tous les arrêts précités reconnaissent l'existence d'une réserve formulée par la loi successorale française compétente, V. Delaume, *American - French Private International Law*, p. 106 et suiv.

CANADA y compris QUÉBEC: V. Castel préc., p. 175; Johnson, *Conflict of Laws* préc. p. 422 et suiv.; Pouliot v. Cloutier (1944) S.C.R. 285.

§ 1 'RÉSERVE' (THE PORTION OF THE INHERITANCE THAT MUST DEVOLVE UPON THE HEIRS), THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

The Member States of the Conference split into two factions.

One group, composed notably of the continental laws directs that a part of the assets be mandatorily set aside for the benefit of certain heirs. This 'réserve' or 'part-légitime' which varies from legal system to legal system is usually set aside for the benefit of heirs who are close relations of the deceased: legitimate and sometimes even illegitimate descendants of the deceased (for example France, Belgium, the Netherlands, Italy, Spain, Denmark, Japan etc.); sometimes the surviving spouse is included (for example Italy) and it may even be extended to brothers and sisters of the deceased or to their issue (Civil Code of Switzerland and some Swiss Cantons, Turkey). The portion over which the deceased has total freedom of disposition is called the 'quotité disponible' whose size will be determined by the character and extent of the 'réserve'. The calculation of the property on which the 'réserve' will have an impact may take into account not only the assets existing at the time of death, but also gifts made before the death of the deceased. If the testator encroaches upon the 'réserve', gifts will usually abate chronologically (for example see the French, Belgian, Netherlands, Italian, Swiss and Japanese systems).

Parts of the inheritance mandatorily set aside for the benefit of children of the first marriage (*lex hac edictali*) and the portion 'fardh' that is set aside for the surviving spouse by Mohammedan law, should also be brought into this category. The other group of States are typified by the Common Law systems in which the freedom of the testator is, to a very great extent, acknowledged (England, Ireland, United States of America with the exception of Louisiana, Canada). In some of these legal systems there are certainly restrictions imposed on the freedom of the testator but these are not restrictions which are as formal and imperative as the 'réserve' (in many American states the freedom of the testator is restricted as to the amount that he may bequeath to charities—these are the Mortmain laws. Only close relations of the testator may contest his dispositions on the ground of excess of generosity). There are further some legal systems which protect the widow (in English law the court has a discretionary power to award a part of the inheritance to an heir whose expectancies have been frustrated by the will).

In the Canadian province of QUEBEC, although the Civil Code owes its origins to the French system, the principle of the 'réserve' has been excluded from the law and there is complete freedom to dispose of property by will (*Jurisclesseur de droit comparé* under the heading 'Canada, Quebec', 2d fasc. No 54; Billette, *Traité théorique et pratique du droit civil canadien, donations et testaments*, vol. I, Montreal 1933, No 94).

In SCOTLAND there is a type of 'réserve' which acts on movable property in favour of the children and surviving spouse of the deceased (Anton, *Private International Law*, p. 505 et seq.).

The existence of so clearly marked differences between the substantive laws of the Member States in regard to the 'réserve' and its counterparts highlights the practical importance of finding the applicable law. Even as between countries upholding the 'réserve', it is necessary to determine the applicable law precisely, as neither the portions of the inheritance available for disposition nor the beneficiaries nor the distribution of the inheritance between them are the same in all countries.

A and B As a general rule it is the law of succession which will determine whether a 'réserve' exists or whether on the other hand there is a greater freedom to dispose of property by will. This is the case both in countries applying the unity system and in countries applying the scission system; furthermore the fact that the internal law of the country concerned applies a 'réserve' or on the contrary accords an absolute freedom to dispose of property by will does not affect the applicable law. The following references may be cited:

— For countries having the concept of a 'réserve' —

GERMANY — Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, vol. I; François Boulanger, *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Paris 1964;

BELGIUM — Cassation Civil Division 27th of November 1947, *Pasicrisie* 1948.III.51; Rigaux *op. cit.*; Deschamps *op. cit.*;

DENMARK — Allan Philip *op. cit.*; 'Tribunal des liquidations successorales' of Horsens, 21st of September 1962 reported in *Clunet* 1965.694 and the Succession Court of Copenhagen 10th of July 1952, reported in *Clunet* 1960.497;

FRANCE — Cassation Petition of 28th of April 1836, S. 1836.I.479; Civil Cassation 14th of March 1837 D. 1837. I.277; Civil Cassation 9th of June 1852 S. 1852.I.733 and since then consistent case law, see recent illustrations Lyons 14th of November 1968, *Gazette du Palais*, 4th of March 1969, *Journal des Notaires* 1969, note Droz; Batiffol, *Droit international privé, op. cit.* No 639; Loussouarn, *Jurisclesseur de droit international, op. cit.* fasc. 557 A; Lagarde, *Répertoire Dalloz de droit international*, see under 'Successions' Nos 128 et seq.;

— For countries according a freedom of disposition by will —

ENGLAND — Thornton v. Curling (1824 8 SIM. 310). According to English law, whether movables or immovables are concerned, an English judge may, in his discretion, accord a portion of the inheritance to the next-of-kin, or may increase the amount given to them, provided that the deceased died domiciled in England. (*Dacey and Morris*, p. 653), Inheritance (Family Provisions) Act 1938 and Intestate Estates Act 1952. If the deceased died domiciled abroad, but left immovable property in England, the judge loses this discretionary power. It should be noted that if the deceased died domiciled in England but left assets in Scotland, a Scottish judge will not consider himself authorized to apply these rules even though the law of succession is English because these rules confer a discretionary power which resides only in the English judges (*Morris, Choice of Law Clauses in Statutes*, 62 LQR 1946) — but contra: Anton, *op. cit.* p. 511. One may well ask what would be the reaction of a continental judge if the inheritance were governed by the English domiciliary law.

UNITED STATES OF AMERICA — application of the *lex situs* for immovable property, application of the domiciliary law for movables: Goodrich, *Conflict of Laws, op. cit.*, p. 326 et seq.; Leflar, *Conflict of Laws, op. cit.*, § 185 et seq.; Castel, *Private International Law, op. cit.*, p. 174 et seq.; In the Estate of Russel, 159 N.Y.S. 2d 651 (Surr. Ct. 1956); In the Matter of Misuraca 5 Misc. 2d 878, 160 N.Y.S. 2d 494 (Surr. Ct. 1957) both cases of movable estate; for immovable property see Re Kelekian's Estate 155 N.Y.S. 2d 882 (Surr. Ct. 1956). All these cases recognize the existence of a 'réserve' provided for in the applicable French law of succession, see Delaume, *American-French Private International Law*, p. 106 et seq.

CANADA including QUEBEC — see Castel *op. cit.*, p. 175; Johnson *Conflict of Laws, op. cit.* p. 422 et seq.; Pouliot v. Cloutier (1944) S.C.R. 285.

Il faut rappeler que dans sa Résolution du 15 septembre 1967 sur la succession testamentaire en droit international privé, (*Annuaire* 1967 t. II, p. 558), L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL recommande d'appliquer en matière de succession testamentaire notamment la solution suivante: «2 Que la validité intrinsèque et les effets de dispositions testamentaires soient soumis à la loi successorale . . . »

C L'effet de la règle précédente est que dans un pays dont le droit interne connaît la réserve mais qui soumet en l'espèce une succession à une loi successorale étrangère ignorant la réserve, les biens locaux pourront être donnés ou légués sans limitation, conformément à la loi étrangère; inversement si la loi étrangère connaît une réserve, les biens situés sur le territoire seront soumis aux limitations prévues par la loi compétente.

a Le système pourra jouer assez aisément pour ce qui concerne l'exécution ou la limitation à l'exécution de testaments dans la mesure où les libéralités dépassent la quotité disponible instituée par la loi successorale. Il en sera de même dans le cas de dispositions à cause de mort (par exemple donation mutuelle entre époux au bénéfice du conjoint survivant du type français; pactes successoraux). En effet, la masse de calcul de la réserve et de la quotité sera au premier chef constituée par l'actif laissé par le défunt au moment de son décès.

b La question est plus délicate pour ce qui concerne la réduction éventuelle des donations entre vifs antérieures dépassant la quotité disponible. Les systèmes qui connaissent l'institution de la réserve en règle générale font entrer les donations entre vifs effectuées par le *de cuius* avant sa mort dans la masse de calcul de la réserve (parfois avec certaines limitations, par exemple le droit suisse, ne prend en considération que les donations faites dans les cinq dernières années ayant précédé le décès). Or, à propos des donations si l'on peut considérer comme compétente la loi successorale, on peut aussi envisager l'application d'autres lois. Par exemple, la *loi réelle* en tant que telle qui pourrait prétendre établir le caractère définitif d'une donation, la *loi nationale* du donateur au moment de la donation qui dans un certain nombre de systèmes est compétente pour la validité de celle-ci, enfin la loi applicable au contrat de donation. Il faut noter que pour ce qui concerne les donations immobilières dans les systèmes connaissant la scission, le problème est à peu près certainement résolu par l'application de la loi réelle qui est également la loi successorale et qui dans la plupart des cas se trouve être aussi la loi applicable au contrat de donation lui-même. Le problème prend toute son importance dans le cas de pays soumettant la succession à une loi unique, loi nationale ou loi du domicile.

D La question de la sanction du caractère du rattachement en lui-même a été précédemment étudiée. Dans la mesure où c'est la loi successorale qui est bien applicable à la question de la réserve de la liberté de tester, cette question de la sanction prend un caractère plus aigu.

a Pays qui suivent le principe de l'unité

Il n'est pas difficile pour un pays de respecter la loi successorale étrangère en ce qui concerne les biens qui sont situés sur son territoire sous réserve éventuellement du sort des donations portant sur des immeubles locaux. La question se présente de manière plus délicate si c'est la loi successorale du pays intéressé qui prétend s'appliquer à des biens mobiliers et immobiliers situés à l'étranger et que dans le pays étranger, tant en raison de la règle de conflit que de la loi matérielle applicable, on ne tienne pas compte d'une réserve en faveur de certains héritiers. L'institution de

la réserve ayant un caractère de protection familiale, on peut se demander si la sanction de tels droits ne prend pas un caractère impérieux qui justifierait de toute façon que les biens étrangers soient compris dans le calcul de la réserve et fassent éventuellement l'objet d'un droit de prélèvement sur les biens locaux.

b Pays connaissant la scission

L'existence de masses successorales séparées soumises à des lois différentes est de nature à provoquer certaines difficultés en ce qui concerne l'institution de la réserve. Le système veut qu'une masse successorale, par exemple immobilière, soumise à une loi connaissant la réserve, constitue en elle-même une masse de calcul qui permettra d'établir les droits des héritiers protégés sur les biens successoraux intéressés.

C'est ainsi que dans l'exemple présenté, de deux masses soumises à des lois différentes léguées à Primus et à Secundus, l'héritier attributaire de la masse soumise à une loi ne connaissant pas la réserve pourra la prendre intégralement tout en conservant son droit de faire valoir sa réserve sur les biens de l'autre masse soumise à une loi connaissant la réserve.

Le DROIT FRANÇAIS qui connaît à la fois la réserve et le système de la scission fournit un excellent exemple. Batiffol écrit (*Droit international privé*, 4e éd. No 152) «la solution conduit à calculer la réserve pour chaque masse de biens mobiliers ou immobiliers soumis à une loi différente» (Cass. civ. 14 mars 1837 D.P. 1837.I.275; Cass. civ. 26 janvier 1892 D.P. 1892.I.497). La quotité établie par chaque loi s'appliquera à la masse qu'elle régit; par exemple l'époux d'une Italienne ne peut prétendre calculer la réserve que lui attribue la loi italienne dans la succession mobilière de sa femme sur la totalité de la succession de celle-ci, y compris les immeubles situés en France, quitte à n'exercer ces droits que sur les meubles (Seine 26 avril 1907, *Clunet* 1907.1132 à cette époque le d.i.p. français soumettait la succession mobilière à la loi nationale); mais on pourra demander l'exécution sur un immeuble français jusqu'à concurrence de la quotité disponible fixée par la loi française d'un legs quelconque même mobilier (Requête 19 avril 1841 D.P. 1841.I. v. 216).

C'est la question du passif qui peut rendre le mécanisme inéquitable: s'il existe deux masses successorales soumises à des lois internes différentes celle de A et celle de B, qu'en A on connaisse la réserve, qu'en B on l'ignore, qu'il y ait un réservataire selon le droit de A et un légataire universel, on ne contestera pas le droit de ce légataire de bénéficier intégralement de la masse B. Le réservataire pourra calculer sa réserve uniquement sur la masse située en A. Mais dans tous les systèmes instituant la réserve, celle-ci est calculée sur l'actif net après déduction du passif. Si le passif se trouve être intégralement payé au moyen des biens formant la masse de A, la masse de calcul sera considérablement réduite alors que les biens formant la masse de B seront libérés de tout passif. Il y a là une possibilité d'inéquité, voire de fraude, et l'on se demande comment le problème est résolu dans la pratique.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

La question de la transmission héréditaire des droits, actions et obligations du défunt à ses héritiers ou légataires et celle de l'administration de la succession par une personne *personal representative* du défunt qu'elle soit administrateur judiciaire ou exécuteur testamentaire, se recouvrent

It should be recalled that the INTERNATIONAL LAW INSTITUTE in its Resolution of the 15th of September 1967 relating to testamentary succession in private international law (*Yearbook* 1967, vol. II, p. 563 et seq.) recommended that in the realm of testate succession the following solution should be adopted – '2 That the essential validity and the effects of testamentary dispositions should be governed by the law of succession . . .'

C The effect of the rule discussed above is that when a country whose internal law applies a 'réserve' is faced with an inheritance which is governed by a foreign law of succession not applying a 'réserve', the local assets may be given away to an unlimited extent in conformity with the foreign law; conversely, if the foreign law applies a 'réserve', the assets situate within the territory will be subject to the restrictions imposed by the applicable law.

a The system will work reasonably well in the enforcement, or restrictions on enforcement, of wills insofar as the dispositions of the testator exceed the portion available for disposition prescribed by the law of succession. So too in the case of *donationes mortis causa* (for example the French type of mutual gifts between spouses for the benefit of the surviving spouse; inheritance agreements). In these cases, the basic estate from which the 'réserve' and the portion available for disposition are assessed will be essentially comprised of assets left by the deceased at the moment of his death.

b The problem becomes a little more intricate when one considers the possible abatement of *inter vivos* gifts which exceed the disposable portion. Legal systems which have a 'réserve' include, as a general rule, *inter vivos* gifts made by the deceased before his death in the estate from which the 'réserve' is calculated (sometimes with limitations, for example Swiss law only takes into consideration gifts made during the 5 years immediately preceding death). However, if the law of succession can be held applicable with regard to *inter vivos* gifts, the relevance of other laws may also be considered. For example the *lex situs* as such could claim to determine the definitive character of a gift; the national law of the donor at the time of the gift determines its validity in some legal systems; and finally one could consider the law applicable to the gift itself. As regards gifts of immovable property, it should be noted that in legal systems applying the scission principle, the problem is practically solved by the application of the *lex situs* which is in fact the law of succession, and which will often also be the law applicable to the gift itself. The problem takes on a special importance in the case of countries directing that the estate is governed by one single law, the national law or the domiciliary law.

D The question of the enforcement of the nature of the choice of law connection has already been discussed. Insofar as the law of succession is applicable to the question of the 'réserve' or to the freedom to dispose of property by will, this question of enforcement becomes more acute.

a Countries which follow the unity principle

It is not difficult for a country to apply the foreign law of succession to assets situate in its territory; this however with the possible exception of gifts relating to local immovable property. But the question is more delicate if the law of succession of a given country claims to apply to movable and immovable assets situate abroad and if in the foreign country concerned as a result of a choice of law rule and the substantive law it declares applicable, no account is taken of a 'réserve' in favour of the heirs. As the 'réserve' can be said to fulfil a family protective function,

one might wonder whether rights belonging to this field take on an overriding importance which would in any case justify foreign assets being included in the calculation of the 'réserve' and perhaps being subject to a right of setting aside local assets.

b In countries following the scission principle

The existence of separate estates governed by different laws may create certain difficulties for the 'réserve'. In the scission system, the idea is that one estate, comprised for example of immovable property, which is governed by a law knowing of the 'réserve' constitutes by itself one aggregate for the purposes of calculating the rights of the protected heirs over the assets.

Thus, in the example we took before of two estates governed by different laws and bequeathed to Primus and Secundus, the instituted heir to the estate governed by a law which does not know of the 'réserve' could take it entirely whilst at the same time retaining his right to claim his 'réserve' in the other estate governed by a law knowing of the 'réserve'.

FRENCH LAW which knows both the 'réserve' and the scission system, furnishes us with an excellent illustration. Batiffol writes (*Droit international privé*, 4th ed. No 152) that the result is that the 'réserve' is calculated separately for each estate of movable or immovable property which is governed by a different law (Civil Cassation 14th of March 1837 D.P. 1837.I.275; Civil Cassation 26th of January 1892 D.P. 1892.I.497). The portion available for disposition prescribed by each law will be applied to the property which it governs; for example, the spouse of an Italian deceased woman may not claim that the 'réserve' which Italian law gives him in the movable estate of his wife should be calculated on the whole inheritance including the immovable property situate in France, unless these rights are enforced only on the movable estate (Seine 26th April 1907, *Clunet* 1907.1132; at that time French private international law subjected the movable inheritance to the law of nationality); but execution of any legacy, even of movable property, may be claimed on French immovable property up to the amount of the portion available for disposition fixed by French law (Petition of the 19th of April 1841 D.P. 1841.I.216).

It is in fact the settling of the liabilities of the deceased which might make the mechanism inequitable: if there are two estates, one in A and one in B, each governed by the respective *lex situs*, and in A the 'réserve' is part of the law, whereas in B it is not, when there is a person having a claim on the 'réserve' according to the law of A and a residuary legatee, the right of the legatee to seize the whole of the estate in B will not be contested. The person entitled to the 'réserve' may assess his claim solely on the estate in A. But, in all the legal systems which know of the 'réserve', this amount is calculated *on the totality of the assets after deduction of the liabilities*. If the liabilities are paid totally out of the assets in A, the estate may be considerably reduced for the purposes of the calculation of the 'réserve', whilst assets in B will be totally free of any liabilities. So here we can see possibilities of inequity, even of fraud and one wonders how this problem is solved in practice.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

In private international law, the question of the direct transmission of the rights, actions and obligations of the deceased to his heirs or legatees, and the question of the administration of the estate by a personal representative of the deceased, whether a judicial administrator or testa-

à peu près sur le plan du droit international privé et peuvent donner lieu aux mêmes questions.

En effet, s'agissant de savoir « ce qui se passe » entre le décès du *de cuius* et le partage de l'actif, les Etats membres de la Conférence vont se diviser, schématiquement, en deux groupes :

– Pour les uns ce qui se passe après le décès du *de cuius* est une question de transmission héréditaire des droits, actions et obligations du défunt à ses héritiers ou légataires. Il s'agit là d'une question de saisine au sens large: les droits, actions, obligations du défunt sont transmis directement aux ayants droit et cela sous certaines conditions (par exemple option successorale) et dans certaines limites (*ultra vires* ou *intra vires successionis*). Ce sont les personnes en faveur de qui a lieu la transmission héréditaire qui naturellement ont qualité pour gérer, administrer l'actif, payer le passif (par exemple FRANCE, BELGIQUE, PAYS-BAS, SUISSE, ALLEMAGNE, ITALIE, QUÉBEC).

– Il existe un second groupe d'Etats où cette notion de saisine, de transmission héréditaire directe à des droits, actions et obligations du défunt ne se pose pas. La gestion de l'actif, le paiement du passif, l'exercice des droits et actions du défunt se feront en effet sous contrôle judiciaire par une personne désignée à cet effet qui peut être choisie parmi les héritiers mais qui peut être indépendante de ceux-ci et qui «représente la succession» (C'est le cas des Pays de *Common Law*, ANGLETERRE, ÉCOSSE, U.S.A., CANADA PROVINCES ANGLAISES, IRLANDE, mais aussi SUÈDE, RÉPUBLIQUE ARABE UNIE. Il en est de même au DANEMARK mais dans la majorité des cas l'administration directe sera confiée aux héritiers eux-mêmes, V. Allan Philip, *American Danish P.I.L.* préc.).

A Loi applicable

La remarque de Bartin selon qui les règles de conflits sont souvent la projection sur le plan international des institutions du droit interne trouve ici une illustration frappante. En effet, on constatera que les Etats pour lesquels domine l'idée d'une transmission héréditaire des droits, actions et obligations du défunt aux héritiers auront tendance à soumettre cette question à la loi successorale elle-même, il n'y aura pas de solution de continuité dans l'application de celle-ci. Par contre, les Etats qui dans leur droit interne séparent dévolution et administration et organisent cette dernière feront une distinction entre loi successorale applicable à la dévolution et loi applicable à l'administration des biens successoraux. Le système canadien en donne un exemple très clair: dans les provinces anglaises l'administration des biens successoraux dépend de la *lex fori* qui se confond avec la *lex situs* comme le fait remarquer Castel (*op. cit.* p. 169). Il y a scission des administrations si les biens successoraux sont disséminés sur plusieurs provinces. L'administrateur nommé dans une province ne peut agir dans une autre province à moins d'y obtenir un *grant of probate* (*op. cit.* p. 170). Dans le Québec, au contraire, où selon le droit interne les héritiers sont directement saisis comme en droit français, on reconnaît sans formalité particulière le pouvoir des administrateurs nommés dans les provinces anglaises ou à l'étranger pour gérer les biens situés au Québec et soumis à la loi étrangère (Castel, p. 174; Johnson, *Conflict of Laws* 1962, p. 471 et suiv.; Lavoignat v. MacKay (1900) 17 Que. S.C. 378).

a Loi successorale

Un certain nombre de systèmes juridiques soumettent la question de la transmission héréditaire et de l'administration de la succession à la *loi successorale* elle-même qu'il

s'agisse d'une loi unique dans le système de l'unité ou de lois différentes selon la nature des biens dans le système de la scission. Il semble qu'il en soit ainsi sous des réserves qui seront étudiées plus loin, en Allemagne, en Belgique, en France, au Québec, au Brésil, en Espagne, en Grèce, en Italie, au Japon, au Portugal, en Tchécoslovaquie (sous réserve de réciprocité), en Yougoslavie (pour les biens mobiliers), en Suisse.

b et c *Lex fori* et loi réelle

Dans les Pays de *Common Law* c'est la *lex fori* qui est applicable à l'administration de la succession; selon Dicey, Rule 92: «The administration of a deceased person assets is governed wholly by the law of the country from which the personal representative derives his authority to collect them». La *lex fori* se confondra le plus souvent avec la loi du lieu de situation des biens qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles. Cela peut également être le cas où l'administration est ouverte au lieu de la situation de l'immeuble. Si l'administration est ouverte au domicile du défunt, il y a confusion avec la loi successorale et on sera en présence d'une administration principale.

Il peut y avoir une administration ouverte au lieu où le défunt a laissé des biens mobiliers, il s'agira alors d'une administration accessoire ou *ancillary administration* (U.S.A., Goodrich, *Conflict of Laws*, p. 348 et suiv.; Leflar, *Conflict of Laws*, p. 371, § 192; Canada provinces anglaises Castel, *Private International Law*, p. 169).

Outre les Pays de *Common Law*, il faut signaler que le DROIT SUÉDOIS sépare radicalement la loi applicable à la succession et la loi applicable à l'administration des biens. Selon le chapitre 2 de la loi du 5 mars 1937 relative aux rapports internationaux en matière de succession, on fait application de la loi suédoise dès que le domicile du défunt est situé en Suède bien que la succession soit soumise à la loi nationale du défunt. La compétence de la loi suédoise est également fondée dès qu'une personne qui n'est pas suédoise et qui n'est pas domiciliée en Suède laisse des biens en Suède. Toutefois, si le *de cuius* n'était pas domicilié en Suède, l'administration pourra être remise aux autorités compétentes selon la loi du domicile ou compétentes selon la loi nationale du défunt après avis des héritiers et entente avec l'administrateur de la succession (V. texte de la loi dans Makarov et *The Swedish Conflict of Laws* par H. Eek, p. 261 et suiv.).

Le droit de la RÉPUBLIQUE ARABE UNIE illustre également bien l'idée selon laquelle l'organisation de l'administration de la succession sur le plan du droit interne conduit naturellement à soumettre cette question à la *lex fori* ou à la loi réelle et non à la loi successorale. En droit égyptien interne, selon l'article 875 C.C., la désignation des héritiers et la dévolution de la succession sont soumises au droit musulman codifié dans la loi du 6 août 1943. Mais le Code civil a édicté des dispositions «laïques» relatives à la liquidation, à l'administration et au partage des successions: les articles 876 à 914 du Code civil organisent la nomination par le tribunal d'un administrateur lorsqu'il n'existe pas d'exécuteur nommé par le défunt. Cet administrateur a pour mission de liquider et de partager la succession après avoir payé tous les créanciers. Sur le plan des conflits de lois, on s'est demandé à quelle loi fallait-il soumettre la liquidation et le partage des successions d'un étranger décédé en République Arabe Unie. Fallait-il faire application de la loi nationale du défunt compétente selon l'article 17 du Code civil pour la dévolution ou bien de la loi égyptienne de la situation des biens. Cette dernière solution avait été préconisée dans le *Traité de droit international privé* (en langue arabe) du Professeur Abdallah, et un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1963 a fait sienne ses idées (*Clunet* 1968, p. 113, note Linant de

mentory executor overlap to some extent and give rise to the same problems.

If one tries to have an exact picture of the proceedings between the death of the deceased and the distribution of the assets, the Member States of the Conference split, in a general outline, into two groups –

– On the one hand there are those countries in which after the death of the deceased there is a direct transmission of rights, actions and obligations to his heirs or legatees. This is a question of seisin in its broadest sense: the rights, actions and obligations of the deceased are directly transmitted to those entitled; this, however, on certain conditions (for example the option) and within certain limits (*ultra vires* or *intra vires successiois*). Those entitled are the persons in whose favour the transmission takes place and who accordingly have the capacity to carry out the administration, collect the assets and settle the liabilities of the deceased (for example FRANCE, BELGIUM, the NETHERLANDS, SWITZERLAND, GERMANY, ITALY and QUEBEC).

– In the other group of countries this concept of seisin, of direct transmission of the rights, actions and obligations of the deceased, is not known. The management of the assets, the settlement of the liabilities, and the exercise of the rights and rights of action of the deceased are carried out by a person who is appointed for this purpose, is judicially supervised and may be chosen from among the heirs or may be independent of them and who 'represents the estate'. (This is the case in the Common Law countries, ENGLAND, SCOTLAND, THE UNITED STATES OF AMERICA, CANADA-ENGLISH PROVINCES, IRELAND, and also in SWEDEN and the UNITED ARAB REPUBLIC. The same is true in DENMARK, but in the great majority of cases the heirs themselves will be vested with the power of direct administration (see Allan Philip, *American-Danish Private International Law*, *op. cit.*).

A Applicable law

Bartin once observed that conflicts rules are often the projection of internal law institutions onto the international plane. This observation is illustrated in a striking way in this context. It will be seen that States in which the direct transmission to the heirs obtains, tend to apply the law of succession itself to this question, and therefore there will be no interruption of the applicable law. On the other hand, those States which separate the matters of devolution from administration in their internal law, and supervise the latter, make a distinction between the law of succession applicable to matters of devolution and the law applicable to the administration of the assets. The Canadian legal system furnishes us with a very clear example: in the English provinces, the administration of the estate is determined by the *lex fori* which, as Castel has observed, coincides with the *lex situs* (*op. cit.* p. 169). There is a scission of administration if the assets are situated in several provinces. The personal representative appointed in one province cannot act in another without obtaining a grant of probate (*op. cit.* p. 170). On the other hand, in Quebec, where the heirs, according to internal law, are directly seised as in French law, the capacity of personal representatives appointed in the English provinces or abroad to carry out the administration of assets in Quebec governed by the foreign law, will be recognized without any formality (Castel, p. 174; Johnson, *Conflict of Laws* 1962, p. 471 et seq.); *Levoignat v. MacKay* (1900) 17 Que, S.C. 378).

a The law of succession

Some legal systems apply the law of succession itself to the question of the direct transmission to the heirs and of the administration of the estate whether it be one single

law as in the unity system or different laws as in the scission system. It seems that, subject to qualifications which will be dealt with below, this is the case in Germany, Belgium, France, Quebec, Brazil, Spain, Greece, Italy, Japan, Portugal, Czechoslovakia (on condition of reciprocity), Yugoslavia (for movable property) and Switzerland.

b and c The *lex fori* and the *lex situs*

In Common Law countries the *lex fori* is applicable to the administration of the estate; according to Dicey, Rule 92: 'The administration of a deceased person's assets is governed wholly by the law of the country from which the personal representative derives his authority to collect them.' The *lex fori* will usually coincide with the law of the situs of the assets whether they be immovable or movable. If letters of administration or a grant of probate are taken out in the domicile of the deceased, the applicable law will coincide with the law of succession, and there will be a 'principal administration'. This may also happen if the grant is taken out in the country of the *situs* of immovable property.

There may also be an administration organized in a place in which the deceased left movable property. This will be an 'ancillary' administration (USA, Goodrich, *Conflict of Laws*, p. 348 et seq.; Leflar, *Conflict of Laws*, p. 372 et seq., section 192; Canada-English provinces, Castel, *Private International Law*, p. 169).

It should be noted that apart from the Common Law countries SWEDISH LAW radically separates the law of succession from the law applicable to the administration of the estate. Chapter 2 of the Law of the 5th of March 1937 relating to international elements in questions of succession, directs that Swedish law will be applied if the domicile of the deceased is Swedish even though the inheritance is governed by the national law of the deceased. Swedish law will also apply if a person, neither being Swedish nor being domiciled in Sweden, leaves assets there. However, if the deceased was not domiciled in Sweden, the administration may be transferred from Sweden to those competent under the domiciliary or national laws if the interested parties agree. (See the text of the law in Makarov, and the *Swedish Conflict of Laws* by H. Eek, p. 261, et seq.).

The law of the UNITED ARAB REPUBLIC also provides a good illustration of the theory according to which the organization of the administration of the estate on the internal law level naturally leads to the application of the *lex fori* or the *lex situs* rather than the law of succession to this question. Under Egyptian internal law, by virtue of article 875 C.C., the appointment of the heirs and the devolution of the inheritance are governed by Mohammedan law as codified in the Law of the 6th of August 1943. But the Civil Code has also laid down secular provisions relating to the liquidation, administration and distribution of the estate: articles 876 to 941 of the Civil Code provide for the nomination of an administrator by the court when there is no executor appointed by the deceased. This administrator has to wind up and distribute the estate having paid all the creditors. On the conflicts level, the question has arisen which law governs the winding-up and distribution of the estate of a foreigner dying domiciled in the United Arab Republic. Should one apply the national law of the deceased as this is the law applicable according to article 17 of the Civil Code to determine the devolution of property, or should the Egyptian law of the *lex situs* be applied? This latter solution has been approved in the *Treatise on Private International Law* (in Arabic) by Professor Abdallah, and also in a judgment of the Court of

Bellefonds). Selon cet arrêt «les règles relatives à l'administration et à la liquidation des successions contenues dans les articles 875 et suivants du Code civil ne font pas parties du statut personnel». On peut donc désormais estimer qu'en République Arabe Unie, la question de la transmission héréditaire et de l'administration des biens est soumise à la loi réelle ou à la *lex fori*.

Ainsi qu'on l'a dit, en TCHÉCOSLOVAQUIE, les biens laissés par un étranger sont administrés selon la loi de procédure tchèque si l'Etat de la nationalité du défunt n'accorde pas la réciprocité en la matière ou si les autorités étrangères refusent de prendre en charge la succession de leur national ou enfin si le défunt résidait en Tchécoslovaquie et qu'un héritier également résidant dans ce pays demande la liquidation de l'héritage (V. Etude de J. Nemeč, in *The Law of Inheritance in Eastern Europe*, Leyde 1961, p. 215 et suiv.).

En YOUGOSLAVIE pour l'administration et la liquidation de la succession d'un citoyen étranger se trouvant en Yougoslavie et composée de biens immobiliers, c'est le tribunal yougoslave qui est seul compétent (V. Etude Adamovitch in *The Law of Inheritance in Eastern Europe* préc. et Stoyanovitch, *Jurisclasseur de droit comparé*, mot Yougoslavie, 2e fasc. No 145).

d Loi du domicile du défunt en tant que telle

C'est la solution de l'article 9, alinéa 4 du Traité Benelux. Aux PAYS-BAS, la solution a été lancée par Meijers dans un article au W.P.N.R. 3493. Cette opinion est partagée aujourd'hui par Kolléwijn (*American Dutch P.I.L.*, p. 60) et van der Ploeg (in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, p. 1039). Les auteurs ne citent pas de jurisprudence à l'appui de cette opinion. Toutefois, on peut citer comme ayant soumis les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire à la loi du domicile du défunt l'arrêt du 23 novembre 1860 du *Hoge Raad* (W. 2226) et un jugement du 28 décembre 1914, Tribunal d'Amsterdam (N.J. 1915.306); *contra* et soumettant les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire à la loi nationale du testateur, loi successorale, Tribunal de La Haye 12 juin 1941 (N.J. 1943.625).

e Autre loi

Il faut signaler que le DROIT SUÉDOIS qui soumet déjà l'administration à la loi du domicile suédois ou à la loi suédoise du lieu de situation des biens, reconnaît compétence à la loi nationale suédoise en ce qui concerne l'administration des successions des Suédois décédés domiciliés hors de Suède. Dans ce cas, l'administration de la succession est soumise à la loi nationale du défunt mais dans l'espèce cette loi nationale se confond alors avec la loi successorale.

B Pays qui soumettent en principe la transmission héréditaire à la loi successorale.

a, b et c FRANCE: Pour ce qui est de l'exercice des droits et actions du défunt, il est certain que c'est la loi successorale qui est compétente pour intervenir. La Cour de cassation a décidé que la loi successorale américaine est compétente pour déterminer la qualité de l'*administrator* américain de la loi du domicile du défunt à exercer en France les actions du défunt en dommages et intérêts (Cassation criminelle 4 juin 1941, D. 1942.4, note Nast, S. 1944.133, note Battifol, J.C.P. 1942.II.2017, note Maury; Cassation Chambre civile 6 juin 1967, *Revue critique de d.i.p.* 1969, p. 75, note

Deprez, pour l'intervention en France de l'administrateur d'une succession américaine dans un procès en responsabilité introduit par des héritiers légitimes).

Pour ce qui est des pouvoirs des exécuteurs testamentaires ou des administrateurs de successions, la jurisprudence française donne en fait compétence à la loi successorale étrangère. Pour des exécuteurs testamentaires: Tribunal Seine 8 décembre 1924, *Gazette du Palais* 1926.I.293; Cassation criminelle, 4 juin 1941 préc.; Cassation civile 22 juin 1954, *Revue critique de d.i.p.* 1955; si la loi successorale est la loi française, l'exécuteur testamentaire ne pourra pas avoir plus de droits que ne lui en accorde la loi française. Pour ce qui est des pouvoirs des administrateurs étrangers nommés à l'étranger, la jurisprudence appliquera également leurs pouvoirs à la loi successorale étrangère: Seine 4 décembre 1899, *Clunet* 1900.368; Grenoble 31 mai 1908, *Revue critique* 1909.609.

L'ordonnance étrangère conférant des pouvoirs d'administration en matière successorale produit ses effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur du moment qu'elle ne doit pas donner lieu à des actes d'exécution forcée et notamment à l'appréhension de biens successoraux et que l'administrateur nommé à l'étranger s'en prévaut uniquement pour ester en justice (Cassation civile 6 juin 1967 préc.).

La question de la loi applicable à la saisine au sens strict, prise de possession des biens et envoi en possession, a fait plus de difficultés. Un certain nombre d'auteurs se prononcent pour l'application de la loi successorale elle-même (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, tome IV, No 222, p. 351; *Répertoire de droit international La Pradelle-Niboyet*, mot successions et les auteurs cités No 90; Droz, *Traité général du Notariat*, p. 4155 et suiv. Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.* No 149). D'autres auteurs préconisaient l'application de la loi réelle, loi de la situation effective des biens (Lerebours-Pigeonnière, *Précis* 4e éd. No 481). Battifol prenait une position intermédiaire, préconisait l'application de la loi réelle à la prise de possession des biens héréditaires et la loi successorale à l'exercice des droits et actions du défunt (*Traité* 3e éd. No 171), mais dans la dernière édition de son *Traité* l'auteur se montre plus nuancé et reconnaît les titres de la loi successorale à régir la saisine (*Traité* 4e éd. No 657, p. 732; V. aussi Thibierge, Communication in *Travaux du Comité français de droit international privé* 1960—1962, p. 68 et les remarques de MM. Mezger, Mazeau et Droz). La jurisprudence de la Cour suprême est assez incertaine et peu claire. Elle est intervenue en effet en matière d'immeubles et un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1852 (S. 1852.537) a soumis l'envoi en possession d'un immeuble français à la loi française. Mais il faut remarquer que dans un tel cas la loi réelle et la loi successorale se confondent.

Un certain nombre de décisions des juridictions inférieures a d'ailleurs soumis expressément la saisine à la loi applicable à la succession (Seine 4 décembre 1899, *Clunet* 1900.366; Seine 8 décembre 1924, *Revue critique* 1925.76; Seine 18 novembre 1936, *Clunet* 1938.768; Seine 14 janvier 1939, D. 1939.II.17; Seine 10 décembre 1952, S. 1953.II.124, *Clunet* 1953.136).¹

¹ Depuis la rédaction de ce Commentaire, la Cour de cassation a consacré la compétence de la loi successorale, v. Cass. civ. 22 décembre 1970, *Journal des Notaires* 1971. 660, note Droz, *Revue critique* 1972.467, note A.P.

Cassation of the 16th of March 1963 (*Clunet* 1968, p. 113, note Linant de Bellefonds). According to this decision the rules relating to the administration and winding-up of an estate embodied in articles 875 et seq. of the Civil Code do not pertain to the realm of personal status. One can thus conclude that in the United Arab Republic the question of the transmission to the heirs and the administration of the estate is governed by the *lex situs* or *lex fori*.

In CZECHOSLOVAKIA, as we have seen earlier, the administration of assets left in Czechoslovakia by a foreigner is governed by the Czechoslovakian law of procedure if the deceased's State of nationality does not accord reciprocity in this field, or if the foreign authorities refuse to take up the question of the inheritance of their national or finally if the deceased resided in Czechoslovakia and an heir also resident in that country petitions for the winding-up of the estate (see the study of J. Nemeč, *The Law of Inheritance in Eastern Europe*, Leiden, 1961, p. 215 et seq.).

In YUGOSLAVIA, the Yugoslavian courts alone are vested with the authority to supervise the administration and winding-up of the estate of a foreigner composed of immovable property in Yugoslavia (see the study of Adamovitch in *The Law of Inheritance in Eastern Europe*, op. cit. and Stoyanovitch, *Jurisclasseur de droit comparé* under the heading 'Yugoslavia', 2d fasc. No 145).

d The law of the domicile of the deceased

The BENELUX TREATY, article 9, paragraph 4 sanctions the application of this law. In the NETHERLANDS Meyers introduced the consideration of this possibility in an article in W.P.N.R. 3493. His ideas have received the support of Kollewijn (*American-Dutch Private International Law*, p. 60) and van der Ploeg (*Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, p. 1039). These commentators do not cite any case law in support of this view. However, the powers of the testamentary executor have been declared to be governed by the law of the domicile of the deceased in a judgment of the 23rd of November 1860 of the *Hoge Raad* (W. 2226) and in a judgment of the 28th of December 1914 (Court of Amsterdam, N.J. 1915.306). Contra: Court of The Hague, 12th of June 1941 (N.J. 1943.625) which applied the national law of the testator, the law of succession, to determine the powers of the testamentary executor.

e Another law

It should be noted that SWEDISH LAW which applies the Swedish law of domicile or the Swedish law of the situs of the assets to the administration, also applies the Swedish national law in the administration of estates of Swedish persons dying domiciled outside Sweden. In this case, the administration of the estate is governed by the national law of the deceased, but in fact it coincides with the law of succession.

B Countries which as a rule apply the law of succession to the direct transmission of the estate to the heirs

a, b and c FRANCE – As far as the exercise of the rights and the rights of action of the deceased are concerned, there is no doubt that the law of succession should be applied. The Court of Cassation has pronounced that in determining the capacity of an American administrator, appointed under the law of the domicile of the deceased, to bring an action in France for damages on behalf of the deceased, the American law of succession is applicable (Criminal Cassation 4th of June 1941, D. 1942.4, note Nast, S.1944.133, note Batiffol, J.C.P. 1942, II.2017, note Maury;

Cassation Civil Division 6th of June 1967, *Revue critique de droit international privé* 1969, p. 75, note Deprez, as regards the power of the administrator of an American estate to intervene in an action brought in France by the heirs entitled on intestacy).

As regards the powers of the testamentary executors or administrators, French case law in fact refers to the foreign law of succession. For testamentary executors see: Court of the Seine 8th of December 1924, *Gazette du Palais*, 1926.I.293; Criminal Cassation, 4th of June 1941, op. cit.; Civil Cassation 22nd of June 1954, *Revue critique de droit international privé* 1955; if the law of succession is French law, the testamentary executor cannot claim more rights than are attributed to him by French law. As regards the powers of foreign administrators appointed abroad, case law sanctions the application of the foreign law of succession: Seine 4th of December 1899, *Clunet* 1900.368; Grenoble 31st of May 1908, *Revue critique* 1909.609.

The foreign decree which confers powers of administration is effective in France without any exequatur if it does not give rise to any acts of distraint, particularly seizure of assets in the estate, and if the administrator appointed abroad relies on it only to petition a court of law (Civil Cassation, 6th of June 1967, op. cit.).

The question of the law applicable to seisin in its narrower sense – the taking into possession of assets and the livery of seisin – gives rise to greater difficulties. Some commentators are in favour of the application of the law of succession itself (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, vol. IV, No 222, p. 351; *Répertoire de droit international La Pradelle-Niboyet*, under the heading 'Successions' and the writers quoted at No 90; Droz, *Traité général du Notariat*, p. 4155 et seq., Lagarde, *Répertoire Dalloz du droit international*, see under heading 'Successions' No 149. Other commentators recommend the application of the *lex situs* of the assets (Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 4th ed. No 481). Batiffol takes an intermediary position, recommending the application of the *lex situs* to the reducing into possession of the assets in the estate and the law of succession to the exercise of the rights and rights of action of the deceased (*Traité* 3rd ed. No 171); however, in the latest edition of his Treatise Batiffol recognizes the claim of the law of succession to govern questions of seisin (*Traité*, 4th ed. No 657, p. 732; see also Thibierge, communication in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1960-1962, p. 68 and the observations of Messrs. Mezger, Mazeau and Droz). The case law of the Supreme Court is unsettled and its position is not very clear. The Court of Cassation has dealt with the matter in the context of immovable property: a judgment of the 28th of June 1852 (S. 1852.537) applied French law to the livery of seisin of French immovable property. However, it should be noted that in such a case the *lex situs* coincides with the law of succession. A number of judgments of lower courts have expressly applied the law of succession to question of seisin (Seine, 4th of December 1899, *Clunet* 1900.366; Seine 8th of December 1924, *Revue critique* 1925.76; Seine 18th of November 1936, *Clunet* 1938.768; Seine 14th of January 1939, D. 1939.II.17; Seine 10th of December 1952, S. 1953.II.124, *Clunet*, 1953.136).¹

¹ In the intervening time since this Commentary was set down, the *Cour de cassation* has determined that the law of the succession is applicable in this field. See *Cassation civile* 22th of December 1970, *Journal des Notaires* 1971.660, note Droz, *Revue critique* 1972.467, note A.P.

La faculté d'option des héritiers est bien de la compétence de la loi successorale (Batiffol No 658). L'obligation des héritiers au passif et la contribution aux dettes relèvent également de la compétence de la loi successorale (Cassation criminelle 4 juin 1941 préc.; Batiffol No 659; Droz, *Traité général du Notariat*, p. 4160; Loussouarn, *Juris-classeur de droit international* fasc. 557 A).

Le fait que l'obligation aux dettes relève de la loi successorale démontre qu'il est nécessaire que pour ce qui concerne la prise de possession de l'actif ce soit la même loi qui soit compétente. En effet, si l'administrateur régulièrement nommé selon la loi successorale étrangère de type *Common Law* chargé de réunir l'actif et de payer le passif se présente en France pour prendre possession des biens mobiliers mais que l'on soumette cette prise de possession à la loi réelle française, la situation deviendrait inextricable: les héritiers légitimes saisis selon le droit interne français pourraient prétendre s'approprier l'actif mais on ne pourrait pas exiger d'eux le paiement du passif puisque cette question dépend bien de la loi successorale étrangère qui désigne à cette fin l'administrateur.

BELGIQUE: Le système belge reflète le système français y compris certaines de ses hésitations: pour ce qui concerne l'administration de la succession les auteurs estiment que l'on doit reconnaître les pouvoirs des administrateurs étrangers et que ceux-ci doivent être préférés aux héritiers auxquels la *lex rei sitae* mais non la loi successorale confère la saisine (Rigaux, *Droit international privé*, No 417, Deschamps préc. No 61). Toutefois la question de la prise de possession des biens et de l'envoi en possession sont d'après certains auteurs soumises à la loi de la situation des biens (Deschamps préc. p. 73, Rigaux préc. p. 418, Rigaux. La mise en œuvre dans les pays de droit civil de certaines institutions successorales des droits anglo-saxons, *Revue Henri Maitret*, No 34), par contre d'autres auteurs (comme Graulich, *Droit international privé* No 122) soumettent ces questions à la loi successorale. La jurisprudence belge comme la jurisprudence française n'est pas probante car elle est intervenue à propos d'immeubles situés en Belgique c'est-à-dire dans des cas où la loi successorale et la loi réelle se confondent. Il faut noter que le Tribunal de Charleroi dans un jugement du 23 juin 1961 (*Journal des tribunaux* 1961, p. 590) a déclaré que le tribunal belge ne doit pas procéder à l'envoi en possession d'une personne à laquelle la loi successorale étrangère attribue la saisine de plein droit. Il s'agit donc bien ici de l'application de la loi successorale à ces questions.

BRÉSIL: On reconnaît très largement les pouvoirs des administrateurs ou exécuteurs de successions étrangers nommés conformément à la loi étrangère (V. Garland, *American-Brazilian Private International Law*, citant, note 161, un arrêt de la Cour de justice du district fédéral rendu en 1954).

GRÈCE: Selon l'arrêt de l'Aréopage No 116 de 1914, les administrateurs nommés à l'étranger n'ont aucun pouvoir en Grèce si la succession est gouvernée par la loi grecque c'est-à-dire si le défunt a la nationalité grecque (V. aussi *American-Greek Private International Law*, par Ehrenzweig, Fragistas et Yiannopoulos, p. 75 et suiv.). Il semble que l'on puisse en déduire que la question est soumise à la loi successorale.

ITALIE: Il semble que la loi successorale déterminera si l'héritier a le droit d'accepter ou de refuser la succession,

si l'a la faculté de l'accepter sous bénéfice d'inventaire. Au contraire tout ce qui concerne la procédure à suivre et les conditions indispensables pour que l'héritier ne soit pas tenu *ultra vires* devra être réglé par la loi du pays où le défunt avait son dernier domicile ou encore du pays où ses biens sont situés. La loi successorale est compétente pour tout ce qui touche la désignation et les pouvoirs, la cessation et la rétribution des exécuteurs testamentaires.

Quant aux administrateurs successoraux «notion inconnue du droit italien mais connue dans les droits anglo-saxons» leurs pouvoirs et leurs droits seront établis par la loi nationale du défunt c'est-à-dire par la loi successorale (V. Les successions en droit international italien dans *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé* préc. p. 834 et suiv.; V. un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1955, *Clunet* 1957, p. 169 qui, implicitement, reconnaît l'application de la loi successorale aux pouvoirs des administrateurs étrangers).

JAPON: Il n'existe pas dans ce pays de procédure de *probate* et tout naturellement la question d'administration est soumise à la loi successorale. Normalement l'administration de la succession d'un Américain doit être soumise à la loi américaine. Mais on tiendra compte de la théorie du renvoi c'est ainsi que la Cour d'Osaka a reconnu les droits d'un exécuteur selon la loi japonaise relativement à la succession d'un Américain domicilié au Japon «apparemment au moyen du mécanisme du renvoi» (*American-Japanese Private International Law* par Ikehara et Jensen, note 207). Si le défunt n'est pas domicilié au Japon et qu'il soit de nationalité étrangère, on reconnaîtra les droits des exécuteurs nommés à l'étranger selon la loi étrangère (Cour d'appel d'Osaka 16 juin 1904 et Daishinin 30 octobre 1905 relatif à un exécuteur testamentaire anglais admis à administrer les biens japonais selon la loi anglaise, V. aussi Cour d'appel d'Osaka 28 décembre 1928 relatif au pouvoir d'un exécuteur testamentaire suisse selon la loi suisse, arrêt cité dans l'ouvrage préc., note 207).

ALLEMAGNE: En droit allemand, la question de l'administration des successions est extrêmement liée à la loi successorale. Les tribunaux allemands s'estiment incompétents pour prendre des mesures procédurales dans les successions soumises à une loi étrangère. Ce qui veut dire que les tribunaux allemands ne se reconnaissent pas compétents pour ordonner des mesures d'administration des biens d'une succession soumise à une loi étrangère. Tout au plus peuvent-ils en vertu de l'article 1960 B.G.B. prendre des mesures de sûreté. Cette incompétence juridictionnelle trouve une exception dans l'institution du certificat d'héritier. Ce certificat délivré par le tribunal (articles 2353 et suiv. B.G.B.) est destiné à attester la qualité officielle d'héritier. Le certificat jouit de la foi publique. Or, l'article 2369 B.G.B. prévoit une dissociation de compétences. Cet article prévoit que si les biens qui se trouvent dans le pays appartiennent à une succession pour laquelle font défaut les tribunaux allemands normalement compétents en vue de la délivrance du certificat, on peut néanmoins obtenir la délivrance d'un certificat pour ces biens. Il ne peut en ce cas s'agir que de la succession d'un étranger réglée par une juridiction étrangère.

Ce certificat ne vise que des biens se trouvant en Allemagne, il est donc limité non par son contenu mais par son étendue. En résumé, on reconnaît la qualité des pouvoirs des personnes compétentes selon la loi étrangère pour gérer la succession en ce qui concerne les biens situés en Allemagne soumis à la loi étrangère et on les fait bénéficier d'un certificat d'héritier à portée limitée (V. sur ces questions l'étude approfondie de Reithmann dans *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, p. 365 et suiv.).

The option left to heirs whether to accept the inheritance and incumbent debts or not is indeed within the scope of the application of the law of succession (Batiffol, No 658). The obligations incumbent on the heirs as to the liabilities in the estate and the extent of their contribution to the debts are also determined by the law of succession (Criminal Cassation 4th of June 1941 *op. cit.*; Batiffol No 659; Droz, *Traité général du Notariat*, p. 4160; Loussouarn, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 557 A).

The fact that the liability to pay the debts of the estate is determined by the law of succession demonstrates the necessity of having the same law governing the reducing into possession of the assets in the estate. Indeed, if a personal representative duly appointed under a foreign, Common Law type, law of succession, is instructed to collect the assets and settle the liabilities, and he comes to France to reduce the movable assets into possession, the situation would be intolerable if this taking into possession were governed by the French *lex situs*: the heirs seised according to French internal law could themselves claim to appropriate the assets in the estate, but they could not be asked to settle the liabilities as this matter is determined by the foreign law of succession which appoints a personal representative for this very purpose.

BELGIUM – is akin to the French system even to the extent of including some of its uncertainties: as regards the administration of the estate, commentators consider that the powers of foreign personal representatives should be recognized and that these representatives should be preferred to the heirs who are seised according to the *lex rei sitae* but not according to the law of succession (Rigaux, *Droit international privé*, No. 417, Deschamps, *op. cit.* No 61). However, some commentators believe that the question of the reducing into possession of the assets and of the livery of seisin should be governed by the law of the situs of the assets. (Deschamps, *op. cit.* p. 73, Rigaux, *op. cit.*, p. 418, Rigaux, *La mise en œuvre dans les pays de droit civil de certaines institutions successorales des droits anglo-saxons*, *Revue Henri Maigret*, No 34); other commentators on the other hand (for example Graulich, *Droit international privé*, No 122) would apply the law of succession to these matters. Belgian case law like French case law is not conclusive in this matter as the court have only dealt with cases of immovable property situate in Belgium, that is to say with cases in which the law of succession and the *lex situs* coincide. It should be noted that the Court of Charleroi, in a decision of the 23rd of June 1961 (*Journal des tribunaux* 1961, p. 590) adjudged that a Belgian court should not order the reducing into possession of assets to a person who is automatically seised according to the foreign law of succession. This indeed is a case where the law of succession was applied to determine these questions.

BRAZIL – To a very great extent the authorities in Brazil will recognize the powers of administrators and executors of foreign estates who are appointed in accordance with the foreign law (see Garland, *American-Brazilian Private International Law* citing in note 161 a decision of the Court of Justice of the Federal District in 1954).

GREECE – According to the decision of the Court of the Areios Pagos No 116 in 1914, personal representatives appointed abroad have no power to carry out an administration in Greece if the inheritance is governed by Greek law, that is to say if the deceased was of Greek nationality (see also *American-Greek Private International Law* by Ehrenzweig, Fragistas and Yiannopoulos, p. 75 et seq.). It would seem that one can deduce from this, that this matter is governed by the law of succession.

ITALY – It would seem that the law of succession will determine whether an heir has the right to accept or

refuse the inheritance, and whether he has the option to accept it 'sous bénéfice d'inventaire'. Yet all points of procedure to be followed and the prerequisites for avoiding that the heir be held *ultra vires* will be governed by the law of the country in which the deceased had his last domicile, or even by the law of the country in which the assets are situate. The law of succession should be applied to determine any question relating to the appointment, powers, termination of office and remuneration of testamentary executors. Administrators – 'a notion unknown to Italian law but known in Anglo-saxon jurisdictions' – will have their rights and powers determined by the national law of the deceased – the law of succession ('Les successions en droit international italien' in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, *op. cit.* p. 834 et seq.; see a decision of the Court of Cassation of the 30th of April 1955, *Clunet* 1957, p. 169 which impliedly sanctioned the application of the law of succession to the powers of foreign administrators).

JAPAN – In this country there is no probate procedure, and the administration is governed by the law of succession. As a general proposition, the administration of the estate of an American will be governed by American law. However, the theory of renvoi is accepted. Thus the Kobe Family Court recognized the rights of an executor according to Japanese law to carry out the administration of an estate of an American domiciled in Japan, apparently by use of renvoi (*American-Japanese Private International Law* by Ikehara and Jansen, note 207). If the deceased was not domiciled in Japan and had a foreign nationality, the rights of executors appointed abroad according to the foreign law will be recognized (Osaka Appeal Court 16th of June 1904 and Court of Daishinin 30th of October 1905 – English executor held entitled to carry out administration of Japanese assets under English law – see also Appeal Court of Osaka of the 28th of December 1928 as to the power of a testamentary executor appointed in Switzerland according to Swiss law, referred to in the work cited above, note 207).

GERMANY – According to German law, the administration of the estate is very closely connected to the law of succession. German courts will not order procedural measures to be taken in the case of estates governed by foreign law. Thus German courts do not deem themselves to have jurisdiction to make orders regarding the administration of assets in an estate governed by foreign law. At the very most they may order protective measures to be taken under article 1960 B.G.B. An exception to this general denial of jurisdiction is made as regards the 'heir's certificate'. This certificate, granted by the court (article 2353 and following B.G.B.) vouches for the officially recognized capacity of the heir. The certificate constitutes irrebuttable proof. Article 2369 of the B.G.B. provides for a splitting of jurisdiction. This article prescribes that if assets within Germany form part of an estate in respect of which there is no German court with jurisdiction to grant a certificate, it may nevertheless be obtained for those assets. This can only happen in the case of an estate of a foreigner governed by a foreign jurisdiction. The certificate only has effect for assets within Germany and is thus not limited in its content but rather in its scope. Briefly said, the powers of those appointed by the foreign law to carry out the administration of the estate will be recognized insofar as assets situate in Germany governed by the foreign law are concerned, and a certificate is granted to them to this limited extent (see for further information the detailed study of Reithmann in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, p. 365 et seq.).

Les questions d'obligation et de contribution aux dettes et charges de la succession dépendent de la loi applicable à la succession elle-même. Il faut toutefois noter que selon l'article 24, alinéa 2, E.G.B.G.B. si Allemand avait, au moment de son décès, son domicile à l'étranger ses héritiers peuvent, en ce qui concerne leur responsabilité quant aux dettes héréditaires, se prévaloir aussi des lois en vigueur au domicile du défunt. Les questions relatives à la faculté d'option sont soumises à la même loi (Reithmann préc. p. 389 et suiv.).

SUISSE: Les droits et obligations de l'administrateur sont régis par la loi successorale. Le Tribunal fédéral a reconnu la qualité et les pouvoirs de l'administrateur de la succession d'un Suisse nommé à Chicago au domicile du *de cuius* en ce qui concerne les biens mobiliers laissés en Suisse par le défunt, et cela dans un cas où les «lettres d'administration» se limitaient au territoire de l'Illinois (Nussle v. Ros, B.G.B. 43 (1) 77 (1917)). En l'espèce c'était bien la loi de l'Illinois qui était compétente pour régir la succession en vertu du Traité américano-suisse de 1953 (V. Nussbaum, *American-Swiss Private International Law*, p. 28).

TURQUIE: (V. Ansay, *American-Turkish Private International Law*, p. 57).

DANEMARK: La règle est que seul le tribunal du domicile du défunt est compétent en matière d'administration de la succession, et cela même à l'égard des biens situés hors du Danemark (Cour d'appel du Danemark de l'ouest, 29 novembre 1968, *Clunet* 1968.975, note A. Philip). Le tribunal danois est donc incompétent lorsque le défunt est décédé domicilié à l'étranger. La règle admet deux exceptions; d'une part le tribunal danois pourra autoriser les créanciers danois à se payer sur les biens danois, l'actif restant sera ensuite remis aux personnes compétentes pour recevoir l'actif selon la loi du domicile du défunt, d'autre part le Ministère de la Justice peut renvoyer à un tribunal danois l'administration des biens appartenant à un Danois décédé domicilié à l'étranger si l'administration successorale n'a pas été organisée au lieu du domicile (loi No 155 du 30 novembre 1874). Sur toutes ces questions voir Allan Philip, *American-Danish Private International Law* précité.

d La question des règles relatives au statut de l'indivision successorale et particulièrement celles qui ont trait au maintien de l'indivision intéresse surtout les immeubles. Il existe dans le droit interne dans un certain nombre d'Etats membres de la Conférence des règles à caractère social, économique ou familial qui font échec à la règle traditionnelle selon laquelle nul n'est tenu de rester dans l'indivision et permettent au moins provisoirement un maintien de celle-ci.

Le DROIT FRANÇAIS en fournit un excellent exemple: l'article 815 du Code civil modifié par la loi du 19 décembre 1961 permet dans certaines conditions le maintien de l'indivision pour ce qui concerne les exploitations agricoles et les locaux d'habitation à usage professionnel, et il existe également des dispositions dans le même sens en ce qui concerne les groupements agricoles en commun (loi du 8 août 1962) et en ce qui concerne les habitations individuelles à loyer modéré (*Code de l'urbanisme et de l'habitation*, article 231). Le problème est de savoir si de telles règles ressortissent au statut réel de la situation des biens ou au contraire au statut successoral lui-même. Pour le droit français, la situation ne fait pas de difficultés en ce qui concerne les immeubles puisque pour eux la loi réelle et la loi successorale se confondent. Il en va autrement pour ce qui concerne les meubles, et le droit au bail a une nature mobilière. Il semble admis qu'il s'agit là de questions relatives au statut de la propriété elle-même donc soumises à la loi réelle en tant que telle (Batiffol No 665;

Droz préc. p. 4164; Planiol et Ripert préc. No 501; Denney, *Le partage en droit international privé*, p. 51 et suiv.). De toute façon, il faut se rappeler que les biens meubles sont soumis à la loi du domicile du défunt en droit français et il est fort probable que le titulaire d'un bail agricole ou commercial en France y sera dans l'immense majorité des cas domicilié de sorte que la loi française s'appliquera également à titre de loi successorale à ces biens.

La question soulève plus de difficultés lorsque la loi successorale a un caractère unitaire et qu'ainsi une loi successorale étrangère puisse s'appliquer aux immeubles situés dans le pays intéressé. Dans ce cas, on constate une tendance à éliminer l'application de la loi successorale étrangère à ces questions et à lui substituer les règles de la loi de la situation du bien.

Le DROIT YUGOSLAVE donne bien compétence à la loi nationale du défunt quel que soit le lieu où se trouvent les biens de la succession. Toutefois, selon l'article 159, alinéa 2 de la loi de 1965 sur les successions, le citoyen étranger ne peut posséder par l'effet de l'acquisition successorale plus de propriétés foncières dans la République fédérative que ne peut en posséder un citoyen yougoslave. Pour l'excédent de la propriété foncière qu'il ne peut posséder, le citoyen étranger aura droit à une indemnité pécuniaire.

En ISRAËL si la succession est soumise à la loi du domicile selon l'article 138 de la loi sur les successions, on fait une exception en ce qui concerne certains biens «qui sont exclusivement régis par la *lex rei sitae*».

AU DANEMARK où la loi du domicile du défunt gouverne en général la dévolution des immeubles, cette règle est modifiée dans un certain nombre de cas en ce qui concerne le mode de partage de fermes situées au Danemark (Allan Philip, *American-Danish Private International Law*, préc.).

En NORVÈGE, il existe des règles analogues concernant des biens immeubles ou fonciers situés en Norvège.

D'autres règles peuvent influencer sur le statut de l'indivision.

En DROIT ITALIEN, il existe une règle selon laquelle le partage ne peut avoir lieu lors d'un procès pendant à propos de légitimité ou de filiation naturelle de celui qui serait appelé à succéder ou s'il y a un enfant conçu. Cette règle s'appliquera en Italie aux biens qui y sont situés à titre de loi réelle quelle que soit la loi successorale. De même, selon le droit italien l'autorité judiciaire à la demande de l'un des cohéritiers peut suspendre pour un laps de temps n'excédant pas 5 ans le partage de la succession ou de certains biens lorsqu'une exécution immédiate pourrait entraîner un préjudice important au patrimoine héréditaire. Dans un tel cas, on ferait application des règles de la loi du for italien quelle que soit la loi étrangère applicable à la succession (sur ces questions V. Droit international italien des successions dans *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, préc. p. 863 et suiv.). Si la loi réelle ou la loi du for ont des titres à intervenir quelle que soit la loi successorale à propos de ces questions touchant l'indivision, les règles de la loi successorale elle-même relatives à l'indivision peuvent-elles être prises en considération dans le pays de la situation des biens?

La question a été tranchée dans le sens affirmatif par la LOI SUÉDOISE. La loi suédoise du 1er mars 1935 concernant l'héritage d'un ressortissant danois, finlandais, islandais ou norvégien domicilié en Suède et qui s'inspire directement de la Convention nordique sur les successions de 1934 fait une exception à l'application de la *lex rei sitae* en matière de droit au maintien de l'indivision du conjoint survivant. Ce droit au maintien de l'indivision est soumis non pas à

The question of the liability for and contribution towards debts and charges in the estate is determined by the law applicable to the estate. However, article 24 paragraph 2 of the E.G.B.G.B. provides that if a German at the time of his death had his domicile abroad, his heirs may also take advantage of the laws in force at the domicile of the deceased to determine their liability to the debts in the estate. All matters relating to options are governed by the same law (Reithmann, *op. cit.* p. 389 et seq.).

SWITZERLAND – The rights and obligations of personal representatives are governed by the law of succession. The Federal Tribunal has recognized the capacity and powers of an administrator of the estate of a Swiss national appointed at the domicile of the deceased in Chicago over movable assets left in Switzerland, even though the letters of administration taken out in Chicago were limited to the State of Illinois (Nussle v. Ros, B.G.B. 43 (1) 77 1917). In that particular case, the law of Illinois was applicable to the estate under the American-Swiss Treaty of 1953 (see Nussbaum, *American-Swiss Private International Law*, p. 28).

TURKEY – See Ansay, *American-Turkish Private International Law*, p. 57.

DENMARK – The court of the domicile of the deceased alone has jurisdiction to regulate the administration of an estate, even as regards assets situate outside Denmark (Appeal Court 29th of November 1968, *Clunet* 1968.975, note A. Philip). The Danish court therefore has no jurisdiction if the deceased dies domiciled abroad. There are two exceptions to this rule. Firstly, a Danish court may order that creditors be paid out of the Danish assets, the remainder being paid over to those authorized to receive the assets under the law of the domicile of the deceased. Secondly, the Minister of Justice may refer the administration of assets belonging to a Danish national dying domiciled abroad to a Danish court if no administration has been organized at the place of domicile (Law No 155 of the 30th of November 1874). For further information on all these matters see Allan Philip, *American-Danish Private International Law*, *op. cit.*

d All the rules relating to undivided ownership of the estate and particularly those regulating the continuance of this joint ownership for the most part affect the immovable property in the estate. The internal laws of a number of Member States of the Conference include various rules of a social, economic or family nature which provide for a limited continuance of the joint tenancy and make an exception to the traditional rule according to which joint ownership may be terminated.

FRENCH LAW illustrates this point excellently: article 815 of the Civil Code, as modified by the Law of the 19th of December 1961 allows parts of the estate to remain in undivided ownership on certain conditions. Farmland and professional premises fall within this provision, and there have been further regulations made to the same effect in favour of agricultural holdings held in common (Law of the 8th of August 1962), and private dwelling houses let for a modest rent (*Code de l'urbanisme et de l'habitation*, article 231). Are these rules governed by the law of the situs of the assets or by the law of succession? There is no difficulty for French law insofar as immovables are concerned since the *lex situs* and the law of succession coincide. However, the situation is different in the case of movables (all leases are movables). It seems to be established that these are questions which bear on the character of the property itself and are thus governed by the *lex situs*. (Batiffol No 665; Droz *op. cit.* p. 4164; Planiol and Ripert, *op. cit.* No 501; Dennery, *Le partage en droit*

international privé. p. 51 et seq.). In any case it should be recalled that in French law movable property is governed by the law of the domicile of the deceased and it is highly likely that in the overwhelming majority of cases a lessee of agricultural or commercial property in France will be domiciled there so that French law will apply to these assets also as the law of succession.

More difficulties arise when the law of succession has a unitary character. In this case a foreign law of succession might be applied to immovable property situate in the country concerned. In these cases we find a tendency to avoid the application of the foreign law of succession to these matters and to replace it with the rules of the *lex situs* of the assets.

YUGOSLAVIAN LAW applies the law of the nationality of the deceased wherever the assets are situate. Article 159 paragraph 2 of the Law of 1965 on Succession, however, directs that a foreigner may not acquire more real estate in the country by way of inheritance than a Yugoslav national would be entitled to possess. The foreigner would be entitled to monetary compensation for the excess of real property in Yugoslavia which he is not entitled to hold.

In ISRAEL, whilst a deceased person's estate is usually governed by the law of domicile by virtue of article 138 of the Law of Succession, an exception is made for certain categories of assets which are exclusively governed by the *lex situs*.

In DENMARK, the devolution of immovable property is as a rule governed by the law of the domicile of the deceased. However, this rule is modified occasionally to regulate the method of distribution of farmland situate in Denmark (Allan Philip, *American-Danish Private International Law*, *op. cit.*).

In NORWAY, there are analogous rules which regulate immovable or real property situate in Norway.

Various other rules may have an influence on undivided ownership.

A rule exists in ITALIAN LAW whereby distribution cannot take place if litigation is pending to determine the legitimacy or affiliation of persons who will inherit or if a child has been conceived. This rule will apply to assets in Italy by virtue of its being a rule of the *lex situs*, whatever be the law of succession. Likewise, a judicial authority in Italy may, on the petition of one of the co-heirs, defer the distribution of the estate or various assets in the estate for a period not exceeding 5 years, if immediate execution of the will would be severely prejudicial to the property in the estate. In such a case, the rules of the Italian forum would be applied whatever be the foreign law applicable to the estate (for further information on these matters see 'Droit international italien des successions' in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, *op. cit.* p. 863 et seq.).

If the *lex situs* or the *lex fori* has a claim to intercede in respect of matters relating to undivided ownership, whatever be the law of succession, may the rules relating to undivided ownership of the law of succession itself be taken into consideration in the country of situs of the assets?

This question has been answered affirmatively by SWEDISH LAW. The Swedish Law of the first of March 1935 relating to the inheritance of Danish, Finnish, Icelandic and Norwegian citizens domiciled in Sweden, which was patterned on the Nordic Convention on Succession of 1944 makes an exception to the application of the *lex situs* with regard to the right of a surviving spouse to continue the undivided ownership of the property. This right to continue the

la loi réelle ou à la loi de l'administration des biens mais bien à la loi applicable à la succession elle-même. Une telle exception s'explique dans la mesure où les droits nordiques sont harmonisés en cette matière.

En ITALIE, les auteurs estiment que ne seraient pas opposées à l'ordre public italien des règles successorales étrangères qui interdiraient sans limite de temps la dissolution de l'indivision ou qui admettraient la renonciation à la faculté de demander la dissolution de l'indivision (ouvrage préc. p. 864, note 1 et Migliazza *La divisione hereditaria nel diritto internazionale privato, Studi e comunicazioni dell'Istituto di diritto internazionale e Straniero dell'Università di Milano*, 1952, p. 179).

C Pays faisant application de la *lex fori* ou de la loi réelle

Ce sont surtout les Pays de *Common Law* qui sont intéressés par ce système. Dans ces Pays en général, la *lex fori* se confondra souvent avec la loi réelle, c'est-à-dire la loi de la situation effective des biens. Il en est ainsi aux ÉTATS-UNIS (V. Leflar, *Conflict of Laws*, § 191, Goodrich, *Conflict of Laws* 4e éd. p. 348); dans les PROVINCES ANGLAISES DU CANADA (Castel, *Private International Law*, p. 169); idem en ÉCOSSE (Per Lord Cottenham in *Preston v. Melville* (1846) 8 C L and F. 1) mais Anton (*Conflict of Laws*, p. 489) remarque que la présence de biens est souvent admise «fictivement» pour fonder une administration locale, ce qui se rapproche du SYSTÈME ANGLAIS où, en vertu de l'*Administration of Justice Act* S.2 (1), la présence de biens en Angleterre n'est pas nécessaire pour justifier l'ouverture d'une administration dans ce pays. Il faut noter toutefois que l'ouverture d'une telle administration n'est admise en Angleterre que s'il y a des motifs justifiés (par exemple in *Re Wayland* 1951, 2 All.E.R. 852, nomination d'un administrateur en Angleterre afin qu'il puisse être reconnu comme tel à l'étranger). Selon Dicey, Rule 87: «The court has jurisdiction to make a grant of representation in respect of the property of any deceased person, but in the absence of special circumstances will not ordinarily make such a grant unless there is property of the deceased to be administered in England».

En SUÈDE où la loi successorale est la loi nationale, selon le chapitre II de la loi du 5 mars 1937 relatif aux rapports internationaux en matière de succession, outre la compétence de la loi suédoise lorsqu'elle correspond au domicile du défunt, est admise en ce qui concerne l'administration des biens, l'application de la loi suédoise s'il s'agit d'un Suédois décédé à l'étranger ou encore de la loi suédoise pour ce qui concerne les biens situés en Suède appartenant à un *de cuius* de nationalité étrangère domicilié à l'étranger.

a Pour ce qui concerne les PAYS DE COMMON LAW, pour que l'hypothèse puisse se réaliser, il ne peut s'agir d'immeubles puisque dans un tel cas la loi réelle, la *lex fori* et la loi successorale se confondent. Il s'agit donc du cas où le *de cuius* est décédé domicilié à l'étranger et laisse des biens mobiliers dans le pays intéressé.

Pour la SUÈDE ou la RÉPUBLIQUE ARABE UNIE par exemple il s'agit du cas où un étranger laisse des biens en Suède ou en République Arabe Unie.

1 Il est admis généralement dans tous les PAYS DE COMMON LAW qu'une administration ouverte dans le pays intéressé qu'elle soit principale ou accessoire (mais en l'espèce elle sera accessoire, «ancillary administration»), est séparée et autonome. Selon Leflar précité § 193 «Administration in each State, whether principal or ancillary is separate and complete in itself». Dès que les biens sont situés dans plusieurs pays différents, il y a «scission des administrations».

Selon Castel précité page 172 «The general characteristic of the American and Canadian practice is the lack of unity of administration if the assets of the deceased are located in different jurisdictions». En ÉCOSSE, selon *Young v. Barclay* (1846) 8 D. 774 «An administrator must apply to the courts of each country in which the deceased possessed property for authority to deal with it». Pour L'ANGLETERRE voir Dicey, Rule 90.

2 et 3 PAYS DE COMMON LAW:

En principe dans les Pays de *Common Law* les personnes compétentes pour administrer ou gérer la succession selon la loi successorale étrangère (c'est-à-dire concernant les biens mobiliers, la loi du domicile du défunt) n'ont pas en cette qualité compétence pour administrer les biens locaux ou agir au nom du défunt.

ANGLETERRE: (selon Dicey, Rule 93) «a grant of representation or other authority to represent a deceased person under the law of a foreign country has no operation in England».

ÉCOSSE: «a foreign grant of administration does not by itself clothe the administrator with a title to the deceased's assets in Scotland» (Anton préc., p. 493);

ÉTATS-UNIS (selon Goodrich préc., p. 357, section 185) «In the absence of statute an administrator or executor appointed in one State usually cannot bring an action in his representative capacity in the courts of another»;

CANADA: PROVINCES ANGLAISES voir Castel précité, page 172. Les personnes compétentes pour administrer ou gérer la succession selon la loi successorale étrangère, qu'il s'agisse d'administrateurs nommés par le tribunal étranger ou encore d'héritiers saisis par la loi étrangère des droits et actions du défunt, pourront agir si elles ont obtenu le bénéfice d'un *local grant of probate*.

ANGLETERRE: la personne compétente pour administrer la succession en vertu d'une décision du tribunal du domicile du défunt ou s'il n'y a pas eu de décision judiciaire, la personne compétente pour gérer les biens (*entitled to administer the Estate*) par la loi de ce domicile peut bénéficier d'un *grant (Non-Contentious Probate Rules 1954 r. 29; Dicey, Rule 88)*.

ÉCOSSE: voir Anton précité, page 490.

CANADA: PROVINCES ANGLAISES, Castel précité page 172 et *Re Forester* (1905) 37 N.B.R. 209 (C.A.); *Re Cook* (1909) 2 Sask, L.R. 333; *Re Mikkelson* (1908), 1 Sask, L.R. 513. Castel fait remarquer que si l'on peut bien accorder un *grant of probate* à la personne compétente selon la loi étrangère, le tribunal conserve la liberté de nommer quelqu'un d'autre. Dans quelques provinces canadiennes, on ne peut pas accorder de *grant of probate or administration* à des non-résidents (Ontario Surrogate Courts Act R.S.O. 1960 s. 23), mais la pratique de la reconnaissance sur la base de réciprocité (*practice of resealing*) tend à atténuer la sévérité de cette règle.

ÉTATS-UNIS: dans les relations interétatiques la nomination d'un exécuteur est un acte judiciaire et comme tel bénéficie de la reconnaissance dans les autres États américains en raison de la *Full Faith and Credit Clause*. Dans les législations anciennes il était souvent prévu que personne d'autre qu'un résident local pouvait être nommé exécuteur ou administrateur, règle qui gênait les efforts faits en faveur d'une «unité désirable dans l'administration successorale» (Leflar préc. p. 373). La législation de l'Arkansas prévoit qu'un non-résident peut être nommé administrateur s'il est désigné dans le testament du *de cuius*.

On peut toutefois citer quelques exceptions à la règle selon laquelle la personne compétente pour gérer la succession

undivided ownership is not governed by the *lex situs* or by the law regulating the administration of the estate but by the law of succession itself. This exception can be explained by the degree to which Nordic laws are harmonized in this matter.

Commentators in ITALY consider that foreign rules of inheritance which prohibit the termination of undivided ownership for an unlimited time or which permit the renunciation of the right to require termination would not be contrary to Italian 'ordre public' (see Study cited above, p. 864 note 1, and Migliazza, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato, Studi e comunicazioni dell'Istituto di diritto internazionale e Straniero dell'Università di Milano*, 1952, p. 179).

C Countries applying the *lex fori* or the *lex situs*

It is mainly the countries of Common Law which sanction the application of these laws. As a rule, the *lex fori* coincides with the *lex situs* in these countries. This is the case in the UNITED STATES (see Leflar, *Conflict of Laws*, § 191, Goodrich, *Conflict of Laws*, 4th ed., p. 348); in the ENGLISH PROVINCES IN CANADA (Castel, *Private International Law*, p. 169); likewise in SCOTLAND (Per Lord Cottenham in Preston v. Melville (1846) 8 C L and F. 1), but Anton (*Conflict of Laws* p. 489) remarks that often the presence of assets is fictitiously presupposed, in order to found a local administration; this system has a degree of similarity to that obtaining in ENGLAND where by virtue of the *Administration of Justice Act* s. 2(1), the presence of assets in England is not necessary to give a court jurisdiction to grant probate or letters of administration in that country. Yet it must be stressed that in the absence of assets in England an administration will only be opened if there are special circumstances which require it (for example see *Re Wayland* 1951, 2 All.E.R. 852, in which an administrator was appointed in England so that he might be recognized as such abroad). Rule 87 in Dicey reads: 'The court has jurisdiction to make a grant of representation in respect of the property of any deceased person, but in the absence of special circumstances will not ordinarily make such a grant unless there is property of the deceased to be administered in England.'

In SWEDEN where the law of succession is the law of nationality, Chapter II of the Law of the 5th of March 1937 relating to international elements in questions of succession directs that besides Swedish law being applied when it is the law of the domicile of the deceased, it may also be applied to the administration of the estate when a Swedish citizen dies domiciled abroad or when assets are left in Sweden by a foreigner dying domiciled abroad (in this latter case Swedish law will only apply to the assets situate in Sweden).

a In COMMON LAW COUNTRIES, our problem is only borne out with regard to movables; as far as immovable property is concerned, the *lex situs*, the *lex fori* and the law of succession coincide. The hypothesis we shall take therefore will be that of a person dying domiciled abroad and leaving movable assets in the country concerned.

For SWEDEN and the UNITED ARAB REPUBLIC we will examine the case of a foreigner leaving assets in Sweden or in the United Arab Republic respectively.

1 It is generally accepted in all COMMON LAW COUNTRIES that an administration taken out in the country concerned, whether it is a principal or ancillary administration (in our hypothesis it will be ancillary) is independent and autonomous. Leflar, *op. cit.*, s. 193 writes: 'Administration in each State, whether principal or ancillary is separate and complete in itself'. If there are assets situate in several countries, there is a scission of administrations. Castel, *op.*

cit. p. 172, states: 'The general characteristic of the American and Canadian practice is the lack of unity of administration if the assets of the deceased are located in different jurisdictions'. In SCOTLAND, following the decision in *Young v. Barclay* (1846) 8 D. 774, 'an administrator must apply to the courts of each country in which the deceased possessed property for authority to deal with it'. For ENGLAND see Dicey, Rule 90.

2 and 3 COMMON LAW COUNTRIES—

In the Common Law countries as a rule those vested with authority by the foreign law of succession (that is to say for movable assets the law of domicile of the deceased) to carry out the administration of the estate, do not have any authority in that capacity to carry out the administration of local assets or act in the name of the deceased.

In ENGLAND – (according to Dicey, Rule 93): 'A grant of representation or other authority to represent a deceased person under the law of a foreign country has no operation in England'.

SCOTLAND – 'A foreign grant of administration does not by itself cloth the administrator with a title to the deceased's assets in Scotland' (Anton, *op. cit.* p. 493).

UNITED STATES OF AMERICA – (Goodrich), *op. cit.* p. 357, s. 185 'In the absence of statute an administrator or executor appointed in one State usually cannot bring an action in his representative capacity in the courts of another'.

CANADA ENGLISH PROVINCES – see Castel, *op. cit.*, p. 172.

Those vested with authority by the foreign law of succession to carry out the administration of the estate, whether they be personal representatives appointed by the foreign court or heirs seized with the rights and rights of action of the deceased under the foreign law may act on behalf of the deceased if they obtain a local grant of probate.

ENGLAND – The person with authority to administer the estate by virtue of an order of the court of the domicile of the deceased, or if there has been no judicial order, the person entitled to administer the estate according to the law of that domicile may obtain a grant of probate (Non-Contentious Probate Rules 1954 rule 29, Dicey, Rule 88).

SCOTLAND – see Anton, *op. cit.* p. 490.

CANADA ENGLISH PROVINCES – Castel, *op. cit.* p. 172 and Re Forester (1905) 37 N.B.R. 209 (C.A.); Re Cook (1909) 2 Sask L.R. 333; Re Mikkelson (1908), 1 Sask L.R. 513. Castel points out that if a grant of probate is accorded to a person vested with authority to administer the estate according to the foreign law, the court retains its freedom to appoint someone else. In some Canadian provinces a grant of probate or letters of administration may not be accorded to non-residents (Ontario Surrogate Courts Act R.S.O. 1960 s. 23), but the practice of recognition on a basis of reciprocity (resealing) tends to mitigate the severity of this rule.

UNITED STATES OF AMERICA – in interstate relations the appointment of an executor is a judicial act and is, as such, entitled to recognition in other American states by virtue of the Full Faith and Credit Clause. Former legislation often provided that no one but a local resident could be named as an executor or administrator. This rule 'interferes substantially with efforts to achieve a desirable unity in administering the affairs of a scattered estate' (Leflar, *op. cit.* p. 373). Arkansas Statute Law directs that a non-resident may be named to serve as an administrator if he has been appointed in the will of the deceased.

There are, however, some exceptions to the rule that the person vested with authority under the foreign law to carry

selon la loi étrangère ne peut agir sans bénéficier d'un *local grant*.

Tout d'abord en DROIT ANGLAIS, la personne compétente en vertu d'une décision ou de la loi du pays du domicile peut réclamer, sans *local grant*, les sommes provenant d'une police d'assurance (*Revenue Act* 1884 s.11 modifié par le *Revenue Act* 1889 s. 19).

D'autre part, la personne compétente selon la loi étrangère peut réclamer, mais sans que cela constitue un droit, l'actif net s'il n'y a pas de dettes ou si les dettes ont été payées (Re Achillopoulos (1928) Ch. 443).

En ÉCOSSE, la personne compétente selon la loi étrangère du domicile n'a pas de *legal title* mais si c'est un exécuteur nommé par le défunt elle a un droit à la propriété mobilière *right to movable estate* de sorte que si elle arrive à se mettre en possession de ces biens, cette possession n'est pas viciée (Anton préc. p. 486).

En cas de paiement volontaire des dettes à la personne compétente selon la loi étrangère mais qui ne bénéficie pas d'un *local grant* la solution semble différer selon les pays:

ANGLETERRE: un tel paiement ne semble pas décharger le débiteur de sa dette (New York Breweries v. Attorney General (1889) A.C. 62).

ÉCOSSE: des décisions anciennes ont au contraire admis qu'un tel paiement valait décharge pour le débiteur (V. Anton, p. 498 et les références citées note 4, mais l'auteur estime que ces décisions ne sont plus en harmonie avec le *Revenue Act* 1884).

ÉTATS-UNIS: il semble admis qu'un tel paiement vaut décharge si le débiteur ignore l'existence d'un administrateur local (Goodrich préc. p. 360, section 187).

AUTRES PAYS

SUÈDE: dans le cas d'un ressortissant suédois non domicilié en Suède, la loi suédoise du 5 mars 1937 Chapitre II précitée, article 5 alinéa 2 pose que «le tribunal peut, à la demande de l'administrateur de la succession ou après entente avec ce dernier, ordonner que la succession soit transmise totalement ou partiellement aux fins d'un règlement et partage du patrimoine à la personne déclarée compétente par la loi du pays du domicile». Dans le cas de biens successoraux, laissés en Suède par un étranger qui n'était pas domicilié en Suède, l'article 6, alinéa 2, de la loi pose une exception analogue à la précédente, c'est-à-dire que l'administration de la succession pourra être remise aux autorités compétentes selon la loi du pays du domicile, soit en priorité aux autorités compétentes selon la loi nationale du défunt.

4 Il semble bien que l'étendue des droits et obligations quant aux dettes successorales de la personne compétente pour administrer la succession dépend uniquement de la loi du for qui organise l'administration. En ANGLETERRE, on appliquera la loi du for à toutes ces questions notamment au rang préférentiel des créanciers et au sursis à la vente de certains biens (Dicey, Rule 92 et commentaire). En ÉCOSSE, il en est de même et notamment la question du règlement des dettes en cas d'insuffisance d'actif est de la compétence de la loi locale applicable à l'administration des biens (Anton, p. 500).

5 Dans notre hypothèse, on se trouve en présence du cas où l'administration locale est accessoire (*ancillary administration*). L'administrateur local remettra sur directives du tribunal l'actif net à l'administrateur étranger principal, c'est-à-dire à la personne compétente selon la loi du domicile (ANGLETERRE Dicey, p. 582; CANADA PROVINCES ANGLAISES, Re Donnelly (1911) 2 O.W.N. 1388; Re Ritchie

(1942) O.R. 426; Re Wardrope (1956) O.W.N. 345; Castel préc. p. 170; U.S.A., Goodrich préc. section 194; Restatement sections 496, 522; Shaver v. Gray (1871), 18 Gr. 419; Re St Louis (1923) 1 D.L.R. 1158).

AU CANADA s'il n'y pas d'administrateur principal à l'étranger, par exemple si les héritiers étrangers sont saisis selon la loi étrangère compétente, la Cour pourra ordonner qu'on leur remette directement l'actif (Castel préc. p. 170, Re Hagen (1942) 1 D.L.R. 752 (NSCA). La Cour peut également ordonner une distribution aux héritiers et légataires locaux selon les quotités prévues par la loi étrangère, cela pour éviter aux héritiers et légataires les frais qu'entraînerait pour eux l'obligation de se rendre au lieu du domicile du défunt pour recevoir les biens conformément à la loi étrangère (Goodrich préc., p. 375; Harvey v. Richards, 11 Sed. Cas. 746, No 6184 (D. Mass. 1818); Graveley v. Graveley, 25 S.C. 1, 60 Am. Rep. 478 (1885).

EN ANGLETERRE, il est admis que la Cour puisse interdire à l'administrateur local de remettre les biens à l'administrateur étranger principal si cela risque d'altérer l'application de la règle de conflit anglaise (in Re Lorillard (1922) 2 Ch. 638 (C.A.), Re Hagen préc.; Re Manifold (1962) Ch. 1).

SUÈDE: il faut noter qu'en Suède lorsque exceptionnellement le tribunal ordonne que l'administration de la succession d'un Suédois décédé domicilié à l'étranger soit remise à la personne compétente selon la loi du pays du domicile, des précautions sont prises pour que les héritiers puissent donner leur avis (dans cette hypothèse, c'est aux yeux du droit suédois la loi suédoise qui est compétente pour régir la dévolution successorale, règle qui n'est peut-être pas suivie dans le pays du domicile du défunt).

b Dans cette hypothèse, pour les Pays de *Common Law*, il s'agit du cas où le domicile du défunt est situé dans le pays intéressé. L'administration qui y est ouverte est donc une administration principale.

1 et 2 En théorie le *grant* délivré en ANGLETERRE ne donne pas droit à l'administration sur les biens situés à l'étranger (A. G. v. Dimond (1831) 1 CR and J. 356). Mais dans l'hypothèse étudiée où le défunt est décédé domicilié en Angleterre, dans un certain nombre de pays étrangers on reconnaît aisément la qualité et les pouvoirs de l'administrateur anglais. Il en sera ainsi notamment dans les pays qui donnent compétence en la matière à la loi successorale et qui rattachent la loi successorale à la loi du domicile. On reconnaît alors en Angleterre à l'administrateur le droit d'agir à l'étranger et l'on se demande même s'il n'a pas le *devoir* de le faire. In Re Fitzpatrick (1950) Ch. 86, Harman J. s'exprimait ainsi: 'If there are debts in England and no sufficient assets in England to meet them, it may be the duty of the English executors to possess themselves of foreign assets'.

La solution est également admise aux ETATS-UNIS: 'there is authority stating it to be the obligation of a domiciliary representative to take possession of foreign assets of the estate wherever possible' (Goodrich préc., p. 357, section 186). D'ailleurs, pour s'en tenir à ces seuls exemples, les arrêts français précités de la Cour de cassation du 4 juin 1941 et du 6 juin 1967, sont intervenus précisément pour reconnaître à des administrateurs de succession américains le droit d'agir en France au nom du défunt.

On constate donc, en tout cas dans la pratique, que dans les pays qui soumettent l'administration de la succession à la *lex fori*, s'agissant d'une administration principale, on prétend donner un *effet extra-territorial* à cette administration alors que l'on ne reconnaît pas *de plano* les pouvoirs des administrateurs étrangers. La solution qui tend à don-

out the administration of the estate may not act without obtaining a local grant.

In ENGLISH LAW, the person having authority to administer the estate by the law of a foreign domicile may recover money payable in England in respect of a policy of life insurance effected by the deceased (*Revenue Act 1884 s. 11* as amended by the *Revenue Act 1889 s. 19*).

Furthermore, a person deriving his authority from a foreign-law system may apply to the court for an order for the transfer to him of the net balance of assets under the English administration but is not entitled as of right to such an order (*Re Achilopoulos (1928) Ch. 443*).

In SCOTLAND, a person vested with authority under the law of a foreign domicile does not acquire the legal title to the property, but if he is an executor named by the deceased, he has the right to movable estate, so that if he has obtained possession, this possession cannot be vitiated (*Anton, op. cit.*, p. 486).

If debts are voluntarily paid to the person who is vested with authority under the foreign law but who has not obtained a local grant, the situation varies from country to country –

ENGLAND – such a payment would not seem to discharge the debtor of his debts (*New York Breweries v. Attorney-General (1889) A.C. 62*).

SCOTLAND – Some old Scottish cases have held that such a payment led to the debtor being discharged (see *Anton*, p. 498 and the authorities referred to in note 4, but *Anton* considers that these decisions are inconsistent with the terms of the *Revenue Act 1884*).

UNITED STATES OF AMERICA – It would seem that such a payment is a good discharge of the debt if the debtor does not know of the existence of a local personal representative (*Goodrich, op. cit.* p. 360, s. 187).

OTHER COUNTRIES –

SWEDEN – Article 5 paragraph 2 of the Swedish Law of the 5th of March 1937 referred to above states that ‘a court, on the petition of the personal representative, or after consultation with him, may direct that the estate be either totally or partially handed over to the person vested with authority by the law of the country of domicile for purposes of winding up and sharing out’. If a foreigner, not domiciled in Sweden, leaves assets there, article 6 paragraph 2 of the Law of 1937 provides for a similar exception – the administration of the estate may be handed over to those vested with authority under the law of the country of domicile, or decide to give priority to those vested with authority under the national law of the deceased.

4 It would seem that the scope of the rights and obligations of the administrator as regards the debts in the estate is determined solely by the law of the jurisdiction which supervises the administration. In ENGLAND this law will be applied to all these questions and particularly to the order of priority of creditors and the postponement of the sale of assets (*Dicey, Rule 92 and commentary*). In SCOTLAND the same is true, particularly when the estate is insolvent – then the priority of creditors is governed by the law applicable to the administration (*Anton*, p. 500).

5 The local administration being ancillary, the local administrator will hand over the remainder of the assets to the foreign principal administrator, that is to say the person appointed by the law of the domicile. This will usually be done under the direction of a court order (ENGLAND, *Dicey*, p. 582; CANADA ENGLISH PROVINCES, *Re Donnelly (1911) 2 O.W.N. 1388*; *Re Ritchie (1942) O.R. 426*; *Re Wardrope*

(1956) O.W.N. 345; *Castel op. cit.*, p. 170; UNITED STATES OF AMERICA: *Goodrich, op. cit.* section 194; Restatement sections 496 and 522; *Shaver v. Gray (1871) 18 Gr. 419*; *Re St. Louis (1923) 1 D.L.R. 1158*).

In CANADA, if there is no principal administrator abroad, if for example the foreign heirs are seized directly by virtue of the foreign law, a court may direct that the assets be transmitted to them (*Castel, op. cit.*, p. 170, *Re Hagen (1942) 1 D.L.R. 752 (NSCA)*). The court may also make provision for distribution to the local heirs and legatees in the proportions prescribed by the foreign law, so as to avoid the costs which they would incur if they had to go to the domicile of the deceased to take possession of the assets in accordance with the foreign law (*Goodrich, op. cit.* p. 375; *Harvey v. Richards*, 11 Sed. Cas. 746 No 6184 (D. Mass. 1818); *Graveley v. Graveley*, 25 S.C. 1, 60 Am. Rep. 478 (1885)).

However, in ENGLAND, it is admitted that a court may forbid the local administrator to transmit the assets to the foreign principal administrator, if by so doing an English conflicts rule would be flouted (*Re Lorillard (1922) 2 Ch. 638 (C.A.)*, *Re Hagen op. cit.*; *Re Manifold (1962) Ch. 1*).

SWEDEN – It must be said that when in Sweden a court exceptionally directs that the administration of an estate of a Swedish national dying domiciled abroad should be carried out by a person vested with authority by the law of the country of domicile, precautions are taken to ensure that the heirs may state their views (in the eyes of Swedish law, the applicable law to govern the devolution of the estate would, in this case, be Swedish. This rule would perhaps not be followed in the country of the domicile of the deceased).

b In this case, mentioned for the benefit of Common Law countries, the domicile of the deceased is in the country concerned. Thus the administration which is opened there is the principal administration.

1 and 2 In theory, the grant in ENGLAND does not accord any right of administration over assets situate abroad (*A. G. v. Dimon (1831) 1 CR and J. 356*). But when the deceased dies domiciled in England, some foreign countries will recognize the capacity and powers of the English personal representative without any difficulty. This is the case particularly in those countries which apply the law of succession to this question and to which the law of succession means the law of the domicile. In those cases the personal representative is accorded, in England, the right to act abroad and one might ask whether he had not the duty to do so. In *Re Fitzpatrick (1950) Ch. 86*, *Harman J.* used the following language: ‘If there are debts in England and no sufficient assets in England to meet them, it may be the duty of the English executors to possess themselves of foreign assets’.

This solution is also accepted in the UNITED STATES: ‘There is authority stating it to be the obligation of a domiciliary representative to take possession of foreign assets of the estate wherever possible’ (*Goodrich, op. cit.*, p. 357 section 186). Furthermore, the French decisions of the Court of Cassation referred to above of the 4th of June 1941 and of the 6th of June 1967 specifically recognize the right of American administrators to act in the name of the deceased in France.

Thus one can conclude, at any rate from the point of view of practice, that when there is a principal administration in a country which applies the *lex fori* to the administration it is sought to give extraterritorial effect to the administration even though the powers of foreign administrators are not automatically recognized there. *Anton, op. cit.* p. 488

ner un effet extra-territorial à l'administration principale est admise et souhaitée par Anton précité, page 488, dans le but d'assurer au maximum l'unité de l'administration successorale.

D Système donnant compétence à la loi du domicile du défunt en tant que telle.

Ainsi qu'on l'a dit, ce système est celui du TRAITÉ BENELUX, il est préconisé, en doctrine du moins, aux PAYS-BAS. Le mécanisme du système peut entraîner une rupture entre l'application de la loi successorale, loi nationale du défunt, et l'administration des biens. Mais alors que dans les systèmes qui donnent compétence à la *lex fori* c'est toujours la loi du pays intéressé qui est applicable à l'administration, dans l'hypothèse considérée cela pourra être la loi d'un pays étranger qui sera applicable à l'administration bien que la loi successorale soit celle du pays intéressé. Donnant compétence à la loi du pays étranger pour l'administration de la succession, ne risque-t-on pas de voir réduites à néant les prescriptions relatives à la dévolution successorale elle-même? En effet, la loi étrangère du domicile peut très bien n'avoir pas les mêmes règles de conflits et donner compétence à la loi de ce domicile pour la succession elle-même.

Prenons un exemple: un Néerlandais décède domicilié en Angleterre. Pour le droit néerlandais, c'est la loi successorale néerlandaise qui est applicable. Pour le droit anglais c'est, pour les meubles, la loi anglaise qui est applicable. Si l'on reconnaît la compétence de la loi anglaise pour régir l'administration des biens, on reconnaît tout naturellement aux Pays-Bas la qualité et les pouvoirs de l'administrateur de la succession nommé en Angleterre. Si le défunt a rédigé en Angleterre un testament attribuant la totalité de ses biens à un tiers au mépris des droits des héritiers réservataires selon le droit néerlandais, il est bien certain que si l'administrateur anglais de la succession se met en possession de l'actif néerlandais, il procédera à un partage de l'actif (*winding up*) conforme aux règles anglaises et ignorera la loi successorale néerlandaise qui, pour le for anglais, n'est pas applicable. Et c'est naturel car on ne peut demander à un administrateur ou à un exécuteur qui tire ses pouvoirs d'une décision judiciaire de raisonner autrement que selon les règles du for qui l'ont investi. Le tout revient à dire que si l'on n'oblige pas l'administrateur de la succession à partager l'actif dans le pays même où il est situé et conformément aux règles de conflits de ce pays, la loi successorale normalement compétente risque de rester lettre morte.

Section III Compétence internationale en matière de succession

Il s'agit de savoir dans quel pays un prétendu héritier ou la personne responsable de l'administration de la succession trouvera un juge compétent autrement dit sur quelles bases repose la compétence des tribunaux des Etats membres en matière successorale. Par matière successorale, on entend les contestations entre héritiers, légataires, personnes compétentes pour gérer la succession, détenteurs de biens successoraux, à propos de l'administration, de la liquidation et du partage des biens successoraux.

a Tribunal du domicile du défunt

La compétence du tribunal du domicile du défunt semble très largement admise. C'est parfois la seule compétence admise en la matière. Il en est ainsi aux PAYS-BAS où l'on admet généralement qu'il n'y a pas de juge néerlandais compétent si la succession a été ouverte à l'étranger même semble-t-il en ce qui concerne les immeubles néerlandais

(La Haye 5 mars 1958, N.J. 502, van der Ploeg préc. p. 1062 citant Kosters et Meijers).

Il en est de même en SUISSE: selon l'article 23 L.R.D.C., la succession s'ouvre pour la totalité des biens qui la compose au dernier domicile du défunt. Pour les étrangers domiciliés à l'étranger, seuls les tribunaux de leur domicile sont compétents même pour les immeubles situés en Suisse. Les créanciers du défunt et de la succession devront faire valoir leurs créances devant le tribunal déclaré compétent, c'est-à-dire le tribunal du domicile du défunt.

Dans d'autres systèmes, cette compétence est reconnue mais n'est pas la seule, notamment à raison de la scission de la succession. Il en est ainsi en BELGIQUE (Rigaux, *Droit international privé*, p. 486 et suiv.) et en FRANCE où il est admis que le tribunal français du domicile du défunt est incompétent en ce qui concerne les immeubles situés à l'étranger (Requête 10 novembre 1847, D.P. 1848.I.38, Cassation Civile 22 mars 1865, S. 1865.I.175; Requête 30 mars 1914, *Clunet* 1914.951; Cassation Civile 14 mars 1961, *Revue critique* 1961.774; Batiffol, *Droit international privé* No 687).

SUÈDE: Le chapitre II de la loi du 5 mars 1937 sur les successions pose la compétence du tribunal du domicile suédois du défunt pour ce qui touche la réglementation et le partage de la succession. Mais cette règle n'est pas universalisée et sa contrepartie ne joue pas nécessairement lorsqu'il s'agit d'un Suédois décédé domicilié à l'étranger.

DANEMARK: La règle générale est que seul le tribunal du dernier domicile du défunt est compétent mais la règle est universalisée et le tribunal danois est incompétent pour ce qui est de la succession d'une personne décédée domiciliée hors du Danemark sauf les exceptions citées *supra* sous Section II, B.

AUTRICHE: Lorsqu'un étranger décède domicilié en Autriche, on donnera compétence à la juridiction et à la loi autrichienne en matière mobilière lorsque l'Etat national de l'étranger ne donne pas compétence à la loi autrichienne à propos de la succession mobilière d'un Autrichien décédé domicilié dans cet Etat.

BRÉSIL: Le tribunal brésilien est compétent et appliquera d'ailleurs sa propre loi, si le défunt est décédé domicilié dans le pays. Si le domicile est situé à l'étranger, le tribunal étranger du domicile est compétent. Selon une jurisprudence citée par Garland in *American-Brazilian Private International Law*, notes 156 et 157, les tribunaux brésiliens s'estiment incompétents pour se prononcer sur la dévolution des immeubles situés au Brésil laissés par un défunt domicilié à l'étranger.

ANGLETERRE: Le domicile du défunt en Angleterre est une «circonstance spéciale» qui peut fonder la compétence en ce qui concerne l'administration de la succession, même s'il n'existe pas de biens successoraux dans le pays. Cette compétence entraînera alors la compétence en ce qui concerne le fond pour la succession mobilière.

ÉCOSSE: Le domicile du défunt ne suffit pas à fonder la compétence, il faut qu'il existe des biens en Ecosse. C'est pourquoi on admet souvent fictivement l'existence de biens pour justifier la compétence de la juridiction écossaise (Anton, p. 489).

CANADA: La compétence peut être fondée sur le domicile du défunt même s'il n'existe pas de biens locaux et cela tant pour l'administration (*Surrogate Courts Act* R.S.O. Ch. 380 s. 24) que pour le fond (Jones v. Smith (1925) 56

argues that extraterritorial effect can be given to the principal administration and even wishes that this be the rule, in order to reach a maximum degree of unity in the administration of estates.

D System applying the law of the domicile of the deceased

As we have said earlier, this law is sanctioned by the BENELUX TREATY, and it is recommended, at any rate in legal writings, in the NETHERLANDS. The mechanism of this system may bring about a breach between the application of the law of succession, viz. the national law of the deceased, and the administration of the assets. But, whilst in the systems which apply the *lex fori* it is always the law of the country concerned which governs the administration, in the case that we are now considering, the administration might have to be governed by the law of a foreign country although the law of succession would be that of the country concerned. One might well ask whether, by applying the law of a foreign country to the administration of the estate, one is not taking the risk that the provisions relating to the devolution of the inheritance will be totally ineffective. It is quite possible that the foreign domiciliary law may not have the same conflict rules and may require that the inheritance be governed by the domiciliary law.

To take an example: a Netherlands national dies domiciled in England. In the eyes of Netherlands law, the Netherlands law of succession is applicable to the inheritance. In the eyes of English law, as far as the movables are concerned, English law is applicable. If the claim of English law to govern the administration of the assets is recognized, the capacity and powers of the administrator appointed in England will be recognized in the Netherlands. If the deceased had drawn up his will in England, bequeathing all his assets to a third party, and disregarding the rights of persons entitled under the 'réserve' accorded by Netherlands law, it is clear that if an English administrator acquired possession of assets in the Netherlands, he would wind up the estate in conformity with English rules and would take no notice of the Netherlands law of succession which in the eyes of English rules would not be applicable. Moreover, this is a reasonable attitude: for one cannot expect an executor or an administrator who derives his powers from a judicial decision, to act otherwise than in accordance with the rules of the forum which vested him with his authority. One can conclude that if the personal representative is under no obligation to distribute the assets in the country where they are situated, and in accordance with that country's conflict rules, the otherwise applicable law of succession will remain a dead letter.

Section III International jurisdiction in matters of succession

The question here is to determine where a would-be heir or personal representative can find a court with jurisdiction; in other words, to determine on what grounds do the Member States base jurisdiction in matters of succession. When we use the phrase 'matters of succession', this is intended to cover disputes between heirs, legatees, personal representatives, or holders of assets over the administration, winding-up or distribution of the inheritance.

a The courts of the domicile of the deceased

The jurisdiction of the courts of the domicile of the deceased seems to be generally accepted. Sometimes this is the only head of jurisdiction. For example, in the NETHERLANDS there is, as a rule, no jurisdiction given to a Netherlands judge if the estate has become available for administration abroad (which is considered to be the case when the

deceased at the time of death was domiciled abroad). This, it would seem, applies even to immovables in the Netherlands (The Hague, 5th of March 1958, N.J. 502, van der Ploeg, *op. cit.*, p. 1062, referring to Koters and Meijers). The same is true in SWITZERLAND – article 23 L.R.D.C. directs that jurisdiction over the whole inheritance is vested in the courts of the last domicile of the deceased. As for foreigners domiciled abroad, the courts of their domicile alone have jurisdiction, even over immovable property in Switzerland. Creditors of the deceased and of the estate must present their claims before the competent court, viz. that of the domicile of the deceased.

In other systems this head of jurisdiction is recognized, but is not exclusive, due particularly to the scission of the estate. This is the case in BELGIUM (Rigaux, *Droit international privé*, p. 486 et seq.) and in FRANCE where the French courts of the domicile of the deceased do not have jurisdiction over immovable property in foreign countries (Petition of the 10th November 1847, D.P. 1848 I. 38, Civil Cassation 22nd of March 1865, S. 1865. I. 175; Petition of the 30th of March 1914, *Clunet* 1914. 951; Civil Cassation 14th of March 1961, *Revue critique* 1961. 774; Batiffol, *Droit international privé*, No 687).

SWEDEN – Chapter II of the Law of the 5th of March 1937 on Succession gives jurisdiction to the Swedish domiciliary courts of the deceased as far as the regulation and distribution of the inheritance are concerned. But this rule has not been made general and does not necessarily find its counterpart when a Swedish citizen dies domiciled abroad.

DENMARK – The main rule is that only the courts of the last domicile of the deceased have jurisdiction; this rule, however, has been made general and a Danish court does not have jurisdiction over the inheritance of a person dying domiciled outside Denmark except in the cases referred to in Section II, B, above.

AUSTRIA – When a foreigner dies domiciled in Austria, Austrian courts will have jurisdiction over, and Austrian law will be applied to, movable property if the foreigner's country does not apply Austrian law to the movable estate of an Austrian dying domiciled in that State.

BRAZIL – Brazilian courts have jurisdiction and will apply Brazilian law if the deceased died domiciled in that country. If the domicile of the deceased was abroad, the foreign domiciliary court is considered as having jurisdiction. The case law referred to by Garland in *American-Brazilian Private International Law*, notes 156 and 157, shows that Brazilian courts do not consider themselves to have jurisdiction to determine the devolution of immovable property left in Brazil by a deceased person dying domiciled abroad.

ENGLAND – The domicile of the deceased in England is a 'special circumstance' which may found jurisdiction in an English court to make a grant of representation in respect of the estate, even if there are no assets in England. Once the court exercises its jurisdiction to make a grant of representation, it has jurisdiction to determine the substance of the succession to all movables.

SCOTLAND – The domicile of the deceased is not sufficient to found jurisdiction in a Scottish court. There must be assets in Scotland. For this reason, the presence of fictitious assets is often affirmed in order to found the jurisdiction of the Scottish courts (Anton, p. 489).

CANADA – Jurisdiction may be founded on the domicile of the deceased even if there are no local assets. This jurisdiction holds good both for grants of representation (*Surrogate Courts Act* R.S.O. Ch. 380 s. 24) and for substantive

O.L.R. 550; Castel, p. 155) mais cette compétence n'affecte pas les immeubles situés hors du pays intéressé.

ÉTATS-UNIS: En ce qui concerne l'administration, le tribunal du domicile est compétent même s'il n'y a pas de biens locaux (Restatement Sect. 467 (a)). Il est probable qu'une telle compétence s'étend également au fond.

b Tribunal de la situation des biens

1 Immeubles

Dans les pays qui admettent la scission de la succession et qui soumettent les immeubles à la loi successorale du lieu de leur situation, la compétence juridictionnelle du tribunal de la situation des immeubles est fondée même si le défunt n'est pas domicilié dans le pays. Cette compétence prend même un caractère exclusif en FRANCE (V. Batiffol préc. et jurisprudence citée *supra*), et en TURQUIE (article 4 de la loi de 1915, v. Ansay, *American-Turkish Private International Law*, p. 56).

DANS LES PAYS DE COMMON LAW, il y a toujours une compétence en ce qui concerne l'administration et le fond de la succession pour des immeubles locaux. Dans certains cas, il semble que le juge anglais ou écossais pourrait se déclarer compétent à l'égard d'immeubles situés à l'étranger.

EN AUTRICHE la juridiction autrichienne est compétente pour ce qui concerne les immeubles autrichiens et ne tient compte ni de la nationalité ni du domicile du défunt (article 300 A.B.G.B.). Le juge autrichien est incompétent en ce qui concerne les immeubles situés hors d'Autriche. Dans d'autres systèmes, la situation de l'immeuble n'est pas en elle-même une base de compétence successorale, on l'a vu pour les PAYS-BAS, la SUISSE et le BRÉSIL qui attribuent compétence au tribunal étranger du domicile du défunt même en ce qui concerne les immeubles situés sur leurs territoires.

2 Biens mobiliers

La situation des biens mobiliers indépendamment de tout autre chef de compétence ne fonde pas en FRANCE ou en BELGIQUE la compétence du tribunal national en matière successorale (Batiffol, *Droit international privé*, No 687). Par contre, la situation des biens mobiliers est prise en considération dans d'autres systèmes et suffit à fonder la compétence. Il en est ainsi en SUÈDE où l'on sait que le patrimoine situé en Suède provenant d'une personne qui n'est pas suédoise et qui n'est pas domiciliée en Suède est administré conformément aux règles suédoises. Dans les PAYS DE COMMON LAW, la situation de biens mobiliers sur le territoire justifiera toujours l'organisation d'une administration locale et par-là même entraînera la compétence du tribunal local pour ce qui concerne le fond de la succession mobilière.

c Nationalité du défunt

La nationalité du défunt est une base de compétence juridictionnelle dans un certain nombre de systèmes.

AUTRICHE: S'il s'agit de biens mobiliers faisant partie de la succession d'un citoyen autrichien, la juridiction autrichienne se déclarera compétente quel que soit le lieu du domicile du défunt et de la situation des biens mobiliers (article 300 A.B.G.B.; O.G.H., 22 février 1950 S.Z.XXIII No 42 admettant que le tribunal autrichien puisse refuser de dessaisir des biens mobiliers faisant partie de la succession d'une personne estimée apatride par un tribunal américain mais considérée comme autrichienne par la Cour autrichienne et qui était décédée domiciliée à New York).

ALLEMAGNE: Les liens entre la compétence législative et juridictionnelle étant très étroits, les tribunaux allemands ne se reconnaissent pas compétents pour ordonner des mesures d'administration des biens d'une succession

soumise à une loi étrangère. Comme la loi normalement compétente est la loi nationale du défunt, la nationalité du défunt influe sur la compétence judiciaire: s'agissant de la succession d'un Allemand, le tribunal allemand est compétent puisque le droit allemand est applicable.

SUÈDE: La loi du 5 mars 1937 sur les successions précitée pose le principe de la compétence de la loi suédoise à propos de l'administration successorale des biens d'un Suédois décédé domicilié hors de Suède. On peut en déduire que le tribunal suédois sera donc compétent pour le fond puisque l'administration et la succession elle-même sont soumises à la loi suédoise.

TURQUIE: Le tribunal turc est compétent en ce qui concerne la succession mobilière des Turcs décédés à l'étranger (article 4 de la loi de 1915, Ansay préc., p. 56). A l'égard de la succession mobilière des étrangers domiciliés en Turquie le tribunal turc peut prendre des mesures conservatoires ou agir au fond si la «loi nationale», par exemple américaine donne compétence au tribunal du domicile pour les biens turcs (Ansay préc., p. 56 qui semble ainsi admettre le renvoi en matière de compétence juridictionnelle).

TCHÉCOSLOVAQUIE: Selon l'article 44 de la loi du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure (texte à la *Revue critique de d.i.p.* 1965, p. 624), la juridiction du notariat tchécoslovaque en matière de procédure successorale est toujours prévue si le *de cuius* était citoyen tchécoslovaque au moment de sa mort.

ANGLETERRE: La nationalité du défunt semble pouvoir indirectement influencer sur la compétence juridictionnelle des tribunaux anglais en matière successorale. En effet, la nationalité britannique du défunt peut constituer un «juste motif» pour organiser en Angleterre l'administration successorale, même si le défunt n'était pas domicilié en Angleterre et s'il n'y avait pas de biens. L'organisation de l'administration successorale entraînera la compétence sur le fond de la succession.

d Organisation de l'administration successorale

EN ANGLETERRE, il suffit que l'administration successorale ait été organisée dans le pays, quelle que soit la base de compétence utilisée, pour que le juge ait quant au fond, compétence en ce qui concerne la succession mobilière «in movables jurisdiction over succession is coterminous with jurisdiction over administration.» On peut présumer qu'il en est de même dans les autres systèmes de *Common Law*.

e Cas spéciaux de compétence

Il s'agit là de fors considérés comme exorbitants et qui ont fait l'objet du Protocole additionnel à la Convention de La Haye sur l'exécution des jugements.

1 Nationalité du demandeur ou du défendeur

FRANCE: La nationalité française du demandeur entraîne en France la compétence du tribunal français en vertu de l'article 14 du Code civil. Si donc un héritier ou un légataire français intente une action successorale en France, le juge français sera compétent même si le défunt était domicilié à l'étranger et même si les biens mobiliers sont situés à l'étranger. Il est fait exception à cette règle à propos d'immeubles successoraux situés à l'étranger. Le tribunal français est dans ce cas radicalement incompétent (Cassation civile 5 juillet 1933, S. 1934.I.337; 24 novembre 1953, *Revue critique* 1955.698 Batiffol préc. No 674, p. 758; Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.* No 191 et les références).

decisions (Jones v. Smith (1925) 56 O.L.R. 550; Castel, p. 155); however, there is no jurisdiction over immovable property lying outside the territory.

UNITED STATES OF AMERICA – The domiciliary courts have jurisdiction to make grants of representation even if there are no local assets (Restatement Section 467 (a)). This jurisdiction probably extends to substantive decisions.

b Courts of the situs of assets

1 Immovable property

In countries which sanction the scission principle, and which apply the *lex situs* to immovable property, jurisdiction is given to the courts of the situs even if the deceased did not die domiciled in that country. This grant of jurisdiction takes on an exclusive character in FRANCE (see Batiffol, *op. cit.*, and the case law referred to above), and in TURKEY (article 4 of the Law of 1915 see Ansay, *American-Turkish Private International Law*, p. 56).

In the COMMON LAW COUNTRIES, the courts always have jurisdiction to make grants of representation and to make substantive decisions over local immovable property. It seems that an English or Scottish judge may claim jurisdiction in some cases over immovable property abroad.

In AUSTRIA courts have jurisdiction over immovable property in Austria, and they do not take into account either the nationality or the domicile of the deceased (article 300 of the A.B.G.B.). An Austrian judge does not have jurisdiction over immovable property abroad.

In other systems, the situs of the immovables does not itself constitute a good ground of jurisdiction. This would seem to be the case in the NETHERLANDS, SWITZERLAND and BRAZIL which consider the foreign court of the domicile of the deceased to have jurisdiction even over immovable property situate within their boundaries.

2 Movables

The situs of movables does not by itself found jurisdiction in FRANCE or in BELGIUM (Batiffol, *Droit international privé*, p. 687). In other countries, on the other hand, the situs of the movables is taken into consideration and held sufficient to found jurisdiction. This is the case in SWEDEN; as we have seen, property situate in Sweden belonging to a foreigner domiciled abroad is administered according to Swedish rules. In COMMON LAW COUNTRIES, the situs of movables will always enable a court to make a grant of representation and may thus confer on the local court jurisdiction to determine matters of substance pertaining to the succession to movable property.

c Nationality of the deceased

The nationality of the deceased founds jurisdiction in a number of legal systems.

AUSTRIA – If there are movables forming part of the inheritance of an Austrian, Austrian courts will consider themselves to have jurisdiction whatever be the domicile of the deceased and the situs of the movables (article 300 A.B.G.B.; O.G.H. 22nd of February 1950 S.Z. XXIII No 42, accepting the argument that an Austrian court may refuse to release movable property forming part of the inheritance of a person dying domiciled in New York and considered to be stateless by an American court but considered to be Austrian by an Austrian court).

GERMANY – As the questions of jurisdiction and applicable law are very closely linked, German courts do not consider themselves to have jurisdiction to make orders of administration in respect of an estate governed by a foreign law.

As according to the general rule the national law of the deceased is applicable, the nationality of the deceased has a direct influence on questions of jurisdiction: thus a German court has jurisdiction over the estate of a German national, as German law is applicable.

SWEDEN – The Law of the 5th of March 1937 on Succession referred to above directs that Swedish law is applicable to the administration of assets of a Swedish national dying domiciled outside Sweden. One can deduce from this that a Swedish court will have jurisdiction to determine substantive questions since the administration is governed by Swedish law.

TURKEY – Turkish courts have jurisdiction over the movable estate of Turkish nationals dying domiciled abroad (Article 4 of the Law of 1915, Ansay, *op. cit.* p. 56). In respect of the movable estate of foreigners dying domiciled in Turkey, a Turkish court may order measures of protection to be taken or may make substantive decisions if the national law, for example American law, would agree that the domiciliary courts have jurisdiction over the Turkish assets (Ansay, *op. cit.* p. 56 – this would seem to accept the mechanism of *renvoi* in the field of jurisdiction).

CZECHOSLOVAKIA – Article 44 of the Law of the 4th of December 1963 on private international law and procedure (text in the *Revue critique de droit international privé*, 1965, p. 624) directs that Czechoslovakian notaries have jurisdiction in procedural matters of succession if the deceased was a Czech citizen at the time of his death.

ENGLAND – The nationality of the deceased would seem to have an indirect influence on the jurisdiction of English courts in matters of succession. British nationality could be considered to be a 'special circumstance' to enable a grant of representation to be made in England, even if the deceased was not domiciled there and there were no assets in England. The grant of representation will give the courts jurisdiction to make substantive decisions.

d Grant of representation

In ENGLAND, as soon as a grant of representation has been made, an English judge will have jurisdiction to determine the devolution of the movable inheritance, whatever the ground of jurisdiction: 'In movables jurisdiction over succession is coterminous with jurisdiction over administration'. We presume that the same is true in other Common Law systems.

e Special cases of jurisdiction

Here we are in the realm of bases of jurisdiction which are considered to be exorbitant, and which have been dealt with in the Supplementary Protocol to the Hague Convention on the Enforcement of Judgments.

1 Nationality of the plaintiff or defendant

FRANCE – The French nationality of the plaintiff gives French courts jurisdiction by virtue of article 14 of the Civil Code. Thus, if a French heir or legatee brings an action in succession in France, the French court will always have jurisdiction even if the deceased died domiciled abroad and the movable estate is situate abroad. An exception to this rule is found in the case of immovable property abroad. French courts are then categorically without jurisdiction (Civil Cassation, 5th of July 1933, S. 1934. I. 337, 24th of November 1953, *Revue critique*, 1955. 698, Batiffol, *op. cit.* No 674, p. 758, Lagarde, *Répertoire Dalloz du droit international*, see under the heading 'Successions' No 191 and the references).

Il en sera de même pour l'article 15 du Code civil qui fonde la compétence du tribunal français dès que le défendeur est français.

BRÉSIL: La nationalité brésilienne des héritiers fait jouer un droit de prélèvement et doit donc normalement entraîner la compétence du tribunal brésilien, même si le défunt est décédé domicilié à l'étranger.

2 Domicile du demandeur

La compétence du tribunal du domicile du demandeur est connue en DROIT NÉERLANDAIS, mais exception est faite en matière successorale, cette compétence ne peut jouer et seul le tribunal du domicile du défunt est compétent.

3 For du patrimoine – For du séquestre – *Forum arresti*

Le for du patrimoine, constitué par l'existence de certains biens sur le territoire se confond avec la question *b*.

On constatera que des pays qui connaissent le for du patrimoine en règle générale, ne l'appliquent pas en matière successorale. C'est ainsi que dans le SYSTÈME ALLEMAND les juges allemands sont incompétents à propos des biens successoraux situés en Allemagne si la loi allemande n'est pas compétente pour régir la succession. De même, on a vu qu'en SUISSE seul le tribunal du domicile du défunt était compétent. Toutefois, la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite peut permettre, par le biais du séquestre, aux créanciers domiciliés en Suisse de se payer sur les biens successoraux situés en Suisse d'un *de cuius* décédé domicilié à l'étranger. Mais il s'agit là plus d'une action contre la succession que d'une action successorale mettant en jeu des droits réciproques des héritiers et légataires.

Dans les PAYS DE COMMON LAW, le for de la situation des biens devient la règle en ce qui concerne l'administration de la succession.

4 Citation à la personne du défendeur se trouvant sur le territoire.

On sait que selon le droit anglais, il suffit qu'une personne soit touchée en personne par la citation en Angleterre pour rendre le juge anglais compétent. Il faut toutefois remarquer qu'un *foreign legal representative* ne peut en cette qualité être poursuivi en Angleterre. Par contre il peut être cité en Angleterre en responsabilité personnelle par exemple pour mauvaise gestion du patrimoine du défunt.

The same reasoning applies to article 15 of the Civil Code giving jurisdiction to French courts if the defendant is French.

BRAZIL – The Brazilian nationality of the heirs brings into play the right to set aside local assets in their favour, and thus the Brazilian courts will as a rule have jurisdiction, even if the deceased died domiciled abroad.

2 Domicile of the plaintiff

NETHERLANDS law knows of the jurisdiction of the courts of the plaintiff, but an exception is made in matters of succession. In these matters the courts of the domicile of the deceased alone have jurisdiction.

3 The forum in which assets are present, the forum of the sequestration or the *forum arresti*

The forum of assets in the territory coincides with the forum discussed in *b* above. Countries which usually sanction the jurisdiction of the forum in which assets are present, do not as a general rule apply this ground of jurisdiction in matters of succession. Thus in **GERMANY**, courts do not have jurisdiction over assets situate in Germany if German law is not applicable to the inheritance. Again, in **SWITZERLAND**, the courts of the domicile of the deceased alone have jurisdiction. It is true that the Federal Law on the settlement of debts and bankruptcy may, by means of sequestration, allow creditors domiciled in Switzerland to obtain satisfaction out of assets present in Switzerland of a person dying domiciled abroad. But this may be regarded more as an action taken against the estate than an action in succession to determine the reciprocal rights of heirs and legatees.

In the **COMMON LAW COUNTRIES**, the jurisdiction of the forum of the situs of assets to make a grant of representation is becoming the general rule.

4 Service of the writ upon the defendant within the jurisdiction

It is well known that an English judge will regard himself as having jurisdiction if a writ is served upon a person present in England. However, it should be pointed out that a foreign legal representative cannot be sued, in that capacity, in England. On the other hand, he may be sued in England in his personal capacity, for example for mismanagement of the property of the deceased.

Réponses des Gouvernements au Questionnaire – Replies of the Governments to the Questionnaire

Document de mai-juin 1970, extrait des Actes et documents de la Douzième session (1972), tome II, Administration des successions, p. II-67

Document of May-June 1970, extract of the Actes et documents (1972), Twelfth Session, tome II, Administration of estates, p. II-67

Rép. Féd. d'Allemagne/Fed. Rep. of Germany

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A En Allemagne, le droit international privé des successions est, en règle générale, basé sur le principe de l'unité (article 24 EGBGB¹ pour la succession d'un Allemand mort domicilié à l'étranger et article 25 EGBGB pour la succession d'un étranger mort domicilié en Allemagne). Cependant, ce principe est soumis à quelques modifications: c'est à cause du jeu du renvoi (dans le cas d'un renvoi partiel) que le juge allemand peut être contraint d'appliquer en l'espèce différentes lois aux différentes parties d'une succession.

Exemple: Un Français meurt domicilié en France; la partie de sa succession qui se trouve en Allemagne comprend des biens meubles ainsi que des immeubles. Tandis que la succession mobilière est régie par la loi française,² les immeubles situés en Allemagne, à cause d'un renvoi partiel par les règles de conflits françaises, sont dévolus selon la loi allemande (v. plus loin, *ad.* § 3 A).

B Non.

C a 1 Non, le système du prélèvement n'est pas établi dans le DIP allemand des successions. La règle de l'article 25 (seconde phrase) EGBGB stipule que, sous certaines conditions, un Allemand peut faire valoir ses droits successoraux à l'occasion d'une succession qui est dévolue selon une loi étrangère bien qu'ils ne soient fondés que sur les lois allemandes. Mais cette règle n'a rien à voir avec un prélèvement.

2 Il est assez difficile de préciser la position que le DIP allemand prend à cet égard:

Le point de départ est la formule de l'article 28 EGBGB selon cette disposition certaines règles de conflits, parmi lesquelles figurent aussi celles posées en matière des successions (articles 24 et 25 EGBGB), ne s'appliquent pas aux objets qui ne se trouvent pas sur le territoire de l'Etat dont les lois, d'après ces règles (c'est-à-dire en tant que loi successorale), devraient

s'appliquer. Cette non-application de la loi successorale a pour condition que, d'après les lois du territoire sur lequel ils se trouvent, les objets en cause soient soumis à des «dispositions spéciales». C'est à cause de cette formule équivoque «dispositions spéciales» que la portée de cet article est extrêmement controversée.

La jurisprudence est partagée¹, mais les arrêts récents des cours supérieures semblent avoir une tendance à interpréter la formule «dispositions spéciales» en ce sens qu'elle comprenne des règles de conflits qui ne s'appliquent pas à l'ensemble de la succession mais seulement à certains objets ou à certaines catégories d'objets successoraux. D'où s'en suivrait que la loi successorale ne serait pas applicable à ces objets qui, soit individuellement, soit appartenant, selon la loi territoriale, à une certaine catégorie de biens, sont soumis à la *lex rei sitae*. Mais il est à noter qu'un tel recul de la loi successorale est exclu vis-à-vis d'une «règle générale» étrangère qui, en employant le rattachement à la succession entière, aboutit à un résultat différent de celui de la loi successorale, donc de la loi du domicile du défunt. La doctrine dominante est du même avis².

Exemple: Dans une succession d'un Allemand dont les biens comprennent des immeubles en Angleterre, le droit allemand, autant que ces immeubles sont en cause, cède devant la *lex rei sitae*, déclarée compétente par la loi anglaise.

Mais: Si un Allemand meurt domicilié au Danemark, le juge allemand doit appliquer la loi allemande à la succession entière bien que, selon le DIP danois, la loi danoise, en tant que loi du domicile, est considérée comme loi successorale pour toute la succession où que les biens soient situés.

3 Pas applicable.

b Quoique le droit international privé allemand des successions n'adhère pas au système de la scission, il connaît des situations dans lesquelles, par exception au principe de l'unité, une scission a lieu.

Les questions de savoir, si la répartition des biens aux différentes masses est définitive, s'il a lieu à une subrogation réelle et si les fruits accroissent à une masse particulière, n'a pas été, jusqu'à présent, l'objet exprès de décisions judiciaires en Allemagne³.

Il paraît cependant hors de doute que le passif de l'hérité n'est pas divisé, mais, au contraire, qu'il pèse sur la totalité des biens.

Chaque loi particulière de succession détermine si une certaine dette fait partie du passif de la succession. La question de savoir si la succession doit des aliments est donc décidée par la loi particulière de succession qui accorde un tel droit.

Exemple: Un Français meurt, domicilié en France et laissant des immeubles en Allemagne. Les personnes

¹ Le Commentaire du Questionnaire est d'avis que la jurisprudence allemande est inclinée à appliquer la loi successorale, donc la loi allemande, s'il s'agit de la succession d'un défunt allemand. Mais, il y a un certain nombre d'arrêts dans l'autre sens, par exemple RG, 4.10.1911 (Warn. Rspr. 4, 484); RG, HRR 1930, 2066; Bay Ob.LG 27.10.1959 (Bay Ob.LG Z. 1959, 390 ss = NJW 1960, 775 ss). Comme dans cette matière la jurisprudence allemande est extraordinairement clairsemée, les décisions citées pèsent si lourd qu'il semble justifié de ne pas parler d'une jurisprudence unanime dans le sens inverse.

² Cf. la documentation citée dans le Commentaire du Questionnaire. Il faut cependant remarquer que Kegel (notamment dans Soergel-Kegel *ad.* art. 28 EGBGB, Nos 10 et 11) ne veut appliquer l'art. 28 EGBGB qu'aux règles spéciales de fond. V. aussi BGH du 5.4.1968 BGHZ 50, 63 = NJW 1968, 1571.

³ V. cependant pour la question les remarques de Kegel (dans Soergel-Kegel, Introduction à l'art. 24 BGB No 8 ss) et de Raape (dans Staudinger-Raape, *ad.* art. 24 EGBGB note J III 3-5).

¹ Loi d'introduction au Code civil allemand.

² Analogie unanimement admise à l'art. 25 EGBGB qui selon sa lettre ne couvre point que les successions des étrangers morts en Allemagne et non pas celles des étrangers morts hors des frontières allemandes. A cause d'une certaine interprétation de l'art. 28 EGBGB il peut arriver que les immeubles situés dans un autre pays que celui dont le droit est considéré comme loi successorale, échappent – sous certaines conditions – à l'application de la loi successorale (v. plus loin *ad.* § 1 C a 1).

faisant partie du ménage mentionnées au § 1969 BGB ne peuvent réclamer l'entretien – accordé par cette disposition – que vis-à-vis de la masse immobilière allemande. D'autre part, la veuve ne peut demander les aliments dont parle l'article 205 Code Civil qu'à la masse soumise à la loi française.

S'il est établi qu'une dette fait partie du passif successoral, le créancier peut demander paiement sans distinction des masses à l'exception des dettes purement attachées à une masse particulière (comme, par exemple, la dette foncière d'après les §§ 1191 ss BGB). Si une dette grevant la succession en général a été entièrement payée aux frais d'une seule masse, une indemnisation *pro rata* est due. Si une dette pesant exclusivement sur l'une des masses est acquittée aux dépens de l'autre, l'indemnisation doit être totale.

Mais si l'une des lois successorales particulières est défavorable à un des héritiers, celui-ci ne peut pas se faire indemniser au préjudice de l'autre masse de biens.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A a Oui, comme règle de principe.

(V. article 24, 25 EGBGB). Ces dispositions ne contiennent que les applications fragmentaires du principe de la nationalité, ne réglant pas la succession d'un étranger mort non domicilié en Allemagne. Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine en déduisent unanimement le principe général que la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant au moment de sa mort.

b En principe non. Cette loi ne s'applique que dans des situations exceptionnelles (v. plus loin *ad* § 2 C et D).

Dans quelques situations singulières, il ne sera appliqué ni la loi de la nationalité, ni celle du domicile, mais la loi de la résidence habituelle (v. plus loin *ad* § 2 C et D).

c Non.

B Pas applicable.

C a 1 (double nationalité)¹.

Le statut personnel (et par conséquent la loi successorale) des sujets mixtes n'est pas réglé expressément par le législateur allemand. Mais la jurisprudence et la doctrine sont d'accord de s'attacher à la nationalité effective. En règle générale (sauf les situations singulières), l'on pourra considérer comme nationalité effective celle qui est renforcée par le domicile ou la résidence habituelle. Si le défunt n'avait ni domicile ni résidence habituelle dans l'un des Etats dont il était ressortissant, c'est l'ensemble de ses circonstances personnelles (ses dispositions financières, son attachement culturel, sa langue) qui déterminera la nationalité qui doit être regardée comme décisive. Pour les sujets mixtes avec nationalité allemande, on était longtemps d'accord d'appliquer la loi allemande sans rechercher la nationalité effective. Mais depuis quelque temps, l'opinion semble gagner du terrain qui aussi dans des cas pareils, ne veut pas s'attacher forcément à la loi allemande, mais à la loi du pays dont la nationalité doit être considérée comme effective².

¹ V. Kegel (Soergel-Kegel, art. 29 EGBGB No 28 ss; IPR 143 ss); Neuhaus, *Grundbegriffe des IPR*, Dulin-Tübingen 1962, 142, 143; Ferid-Firsching, *Internat. Erbrecht, Abschnitt Deutschland, Grundzüge* Rz 15.

² V. Kegel (Soergel-Kegel, art. 29 EGBGB, No 29), Ferid, *RabelsZ.* 1958, 498 ss (avec application surtout aux successions).

2 Le cas des apatrides est expressément prévu à l'article 29 EGBGB. Par cette disposition (en sa rédaction de 1938), la nationalité comme point de rattachement est substituée par la résidence habituelle¹. Cette règle joue aussi en matière des successions.

C b 1 Comme il vient d'être exposé, dans les situations exceptionnelles où la loi successorale n'est pas déterminée par la nationalité, on a généralement recours à la résidence habituelle comme point de rattachement, qui est à considérer comme pure notion de fait.

Dans la situation très singulière des réfugiés au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951², le domicile est mis en cause. Selon le § 7 BGB, pour avoir son domicile à un endroit, il faut y résider habituellement avec l'intention d'y fixer le centre de ses relations quelconques soit pour un temps déterminé soit pour toujours.

2 Le domicile légal de la femme mariée ayant été aboli en 1957, il ne reste comme domicile de droit que celui du mineur³ qui partage le domicile de ses parents (§ 11 BGB, rédaction en vigueur à partir du 1er juillet 1958, sera modifié à partir du 1er juillet 1970). Dans ces cas, très particuliers d'ailleurs, donc s'il s'agit de la succession d'un réfugié mineur, le domicile comme point de rattachement au sens de la loi successorale, peut en effet devenir purement fictif.

D Les questions aux trois espèces *a, b, c*, doivent, du point de vue du DIP allemand, se répondre cumulativement de la manière suivante:

Si la loi successorale, telle qu'elle est indiquée par une règle de conflits internationale⁴, consiste en un système juridique plurilégislatif, on appliquera, pour trouver un point de rattachement interlocal ou interpersonnel, les règles de conflits internes en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, on fera emploi de celui des systèmes interlocaux ou interpersonnels avec lequel le défunt avait le lien le plus effectif. Autant que les conflits interlocaux sont en jeu, ils seront, en règle générale, subsidiairement tranchés par le domicile ou par la résidence habituelle et, à défaut, par le dernier domicile ou la dernière résidence habituelle du défunt sur le territoire de l'Etat plurilégislatif en cause.

Pour éviter des malentendus, il doit être souligné qu'il n'y a des règles de conflits écrites ni dans la loi d'introduction au BGB, ni par ailleurs dans le droit allemand.

Exemple: La succession (mobilière) d'un ressortissant des Etats-Unis qui meurt domicilié aux Etats-Unis sera soumise à la loi de l'Etat américain où le défunt était domicilié. Si le défunt était domicilié en Suisse, c'est à l'Etat du dernier domicile américain de décider d'un renvoi à la loi suisse.

¹ Comme l'Allemagne a adhéré à la Convention de Genève sur les réfugiés du 28 juillet 1951 (pour l'adhésion de l'Allemagne v. Loi fédérale du 1er septembre 1953 – BGBI. 1953 II p. 559), l'art. 12 de cette Convention doit être appliqué aux réfugiés au sens de la Convention. Selon l'art. 12, est utilisé comme point de rattachement non pas la résidence habituelle, mais le domicile. La Convention s'applique, bien entendu, non seulement aux réfugiés apatrides au sens étroit.

² V. *supra* ad § 2, C a, note.

³ Abstraction faite des militaires professionnels dont le domicile est fixé à leur lieu de garnison (§ 9 BGB, rédaction de 1956).

⁴ Il est sans importance, si le point de rattachement utilisé par la règle de conflits est la nationalité ou (dans situations singulières mises en relief plus haut) la résidence habituelle ou le domicile.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS
AU RATTACHEMENT

A En matière des successions, le renvoi par une loi étrangère à la loi allemande (renvoi au premier degré) est expressément admis dans l'article 27 EGBGB.

Cependant la jurisprudence ainsi que la doctrine dans sa majorité s'accordent sur le principe de ne pas restreindre l'application du renvoi au cas réglé dans l'article 27 EGBGB.

Ils admettent donc le renvoi au second ou même au troisième degré. Il faut néanmoins se rendre compte que dans les détails on rencontrera des controverses plus ou moins profondes¹.

A a 1 Oui.

Exemple: Un Français meurt domicilié en Allemagne. D'après l'article 25 EGBGB serait applicable de prime abord la loi française. Le renvoi par les règles françaises de conflits, basé sur le domicile allemand est accepté par la loi allemande.

2 Oui.

Exemple: Un Français meurt domicilié en France laissant des immeubles en Allemagne. Le renvoi par la loi française à la loi allemande, basé sur la situation des immeubles, est accepté par la loi allemande.

3 Oui.

Exemple: Un Danois laissant des biens en Allemagne, meurt domicilié au Brésil. La loi danoise, primairement déclarée applicable par l'article 25 EGBGB, renvoie de sa part à la loi brésilienne, en raison du domicile du défunt. Le Brésil (en vertu de l'article 10 de la loi d'introduction au Code civil brésilien, rédaction du 4 septembre 1942) accepte ce renvoi, qui sera respecté en Allemagne aussi. En conséquence la succession allemande sera soumise par les autorités allemandes à la loi brésilienne.

4 La solution est incertaine.

Exemple: Un ressortissant français laissant une succession mobilière en Allemagne, est mort domicilié en Italie. Le renvoi prononcé par la loi française à la loi italienne n'est pas accepté par celle-ci. Pour la question de savoir si l'on doit appliquer ou bien la loi italienne, déclarée compétente par la loi française ou bien la loi française, déclarée compétente par la loi italienne, la jurisprudence allemande n'est pas instructive, la doctrine est divisée².

b Mêmes solutions que sous a.

c Cette variation ne peut pas se poser en DIP allemand puisque, en matière des successions, la loi réelle n'y est jamais utilisée comme point de rattachement.

d Non: l'acceptation par le juge allemand d'un renvoi prononcé par une loi étrangère ne dépend pas de la réaction étrangère vis-à-vis du renvoi prononcé par la loi allemande.

B a Quoiqu'en Allemagne il n'existe pas un droit de prélèvement proprement dit³ l'article 25 EGBGB dans sa seconde phrase contient une disposition dont la tendance est à favoriser les prétendants allemands.

Selon cette formule un Allemand peut faire valoir ses droits à une succession (d'un défunt étranger mort domicilié en Allemagne) même s'ils ne sont fondés que sur les lois allemandes, à moins que d'après le droit de l'Etat auquel le défunt appartenait les lois allemandes ne fussent exclusivement applicables aux Allemands domiciliés dans cet Etat¹.

Exemples:

1 Un Suisse meurt domicilié en Allemagne, laissant des enfants de nationalités suisses et allemandes ou après avoir institué des héritiers de nationalité allemande.

Les prétendants allemands, en vertu de l'article 25 EGBGB seconde phrase, pourront faire valoir des droits à la succession accordés seulement par la loi allemande.

En effet, en Suisse la succession d'un Allemand mourant domicilié en Suisse serait soumise à la loi suisse.

2 Un Italien meurt également domicilié en Allemagne laissant aussi des héritiers ou légataires de nationalité allemande. Ceux-ci ne pourront pas invoquer la loi allemande pour réclamer des droits à la succession. Car, en Italie, à la succession d'un Allemand, mort en Italie ne sera appliquée que la loi allemande.

b Non.

Le domicile des héritiers ou légataires n'a pas d'importance à la loi applicable en matière de succession.

C a Non.

Selon la législation en vigueur et la jurisprudence ainsi que d'après l'opinion largement prépondérante en doctrine, on ne peut pas actuellement admettre en Allemagne un choix plus ou moins libre de la loi de succession par le défunt².

b La question ne se pose pas en DIP allemand de successions en vigueur, le choix de la loi successorale n'étant pas admis.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

Les questions dressées dans ce paragraphe sont entièrement calculées sur le système de la réserve et la quotité disponible ainsi que sur un système qui réunit les donations entre vifs et les dispositions *mortis causa*.

Or, selon les règles de fond en vigueur en Allemagne (cf. §§ 2303 ss BGB), il n'y a ni une réserve proprement dite, ni une quotité disponible. L'institution des héritiers n'est pas soumise à une réduction, mais certains parents très proches (descendants, père et mère, conjoint) peuvent réclamer aux héritiers institués une somme d'argent qui consiste dans la moitié de la valeur de leur part héréditaire *ab intestat*. Puisque ces personnes ne sont point appelées à une quote-part de la succession comme héritiers on pourrait parler non pas des héritiers réservataires mais des légataires (particuliers) *ex lege*. Le droit des «légataires ex lege» ne

¹ V. la documentation citée par Kegel dans Soergel-Kegel, art. 27 EGBGB No 15 ss.

² V. Kegel *loc. cit.*

³ V. *supra*, Sect. I § 1 c a 1.

¹ Cette règle est vivement critiquée en doctrine. Son abolition est recommandée par le projet du Conseil allemand du Dr. J. P. (v. Lauterbach, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, 1969, p. 5).

² Il reste à attendre cependant si et dans quelle mesure fera fortune une nouvelle opinion contraire, inspirée par Dölle, «Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht», *RebelsZ* 1966, 205 ss (v. le Commentaire du Questionnaire *supra* p. 28).

constitue donc qu'une dette qui grève la succession et fait partie du passif successoral. D'où s'en suit que les problèmes posés par les questions de ce paragraphe du questionnaire prennent une forme tout à fait particulière si la loi successorale est le droit allemand. Si, par exemple, il y a des donations entre vifs au préjudice des « légataires *ex lege* » c'est en principe l'héritier qui – sans qu'il puisse se faire restituer les donations par les donataires – doit augmenter la somme attribuée aux « légataires *ex lege* » (cf § 2325 BGB) ¹.

Cette situation est tout à fait différente de celle du système de la réserve. Les problèmes dont parlent les questions de ce paragraphe du questionnaire ne se posent en D.I.P. allemand des successions que si la loi successorale est une loi étrangère dont les règles de fond sont basées sur la réserve et la quotité disponible.

A Oui.

La loi successorale englobe toutes les questions de la succession donc aussi celle de la liberté de tester.

B Pas applicable.

C Il dépendra des règles de fond de la loi successorale étrangère si l'exécution d'une disposition *mortis causa* ou les effets d'une donation entre vifs seront restreintes à cause du préjudice qu'elles apportent à la réserve. Jusqu'à présent la jurisprudence allemande ne fut pas saisie d'une manière percevable de telles questions.

Exemple: Un Français dont la succession est soumise à la loi française avait institué un Allemand comme légataire universel ou lui avait fait une donation entre vifs. Si ce legs ou cette donation dépassent la quotité disponible, ce sera à la loi française d'en décider la réduction.

D a 1 En principe: Oui (La réponse dépendra toujours de la loi successorale étrangère). Il en serait autrement dans les cas exceptionnels où l'on doit admettre une scission ².

2 Le système du prélèvement étant étranger au droit international privé des successions allemand, on ne peut pas attendre que, le cas échéant, un tribunal allemand choisisse cette solution.

D b 1 et 2 Pour les situations bien exceptionnelles dans lesquelles une scission a lieu en droit international privé allemand des successions ² on doit admettre, l'existence de deux successions séparées, chacune en principe indépendante de l'autre.

Une telle indépendance doit aussi jouer autant qu'il s'agit de la réserve et son calcul.

En conséquence, la réserve établie par une des plusieurs lois successorales n'affecte que les biens soumis à la loi successorale accordant la réserve.

D'autre part, la réserve peut être exigée sur la masse en question sans égard du sort des autres masses.

3 Si l'on part de l'idée que le passif successoral, même en cas de scission, grève en principe la succession toute entière, que pour un règlement intérieur des compensations entre les différentes masses peuvent avoir lieu ³, on pourra éviter les résultats fâcheux envisagés pour le calcul de la réserve dans l'exemple du questionnaire et dans le commentaire.

¹ Les donataires ne sont que très subsidiairement obligés de restituer les objets donnés (cf § 2329 BGB).

² V. plus haut, ad Sec. I, § 1, A.

³ V. plus haut, ad Sec. I, § 1 C b.

Le problème, cependant faute d'actualité pratique, en Allemagne, n'a pas encore donné naissance à des décisions judiciaires.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a Comme toutes les questions posées par la succession, la transmission héréditaire, elle aussi, est soumise à la loi successorale à moins que celle-ci ne prononce pas pour le problème en cause un renvoi partiel à la loi du for.

A b, c, d, e Non.

B a Pour faire comprendre la situation en Allemagne, les remarques suivantes paraissent nécessaires:

En Allemagne, l'héritier (soit *ab intestat*, soit institué par une disposition *mortis causa*) pour pouvoir disposer des biens appartenant à la succession doit se légitimer par un certificat d'héritier (v. §§ 2353 ss BGB) qui indique la qualité d'héritier ainsi que, le cas échéant, les quote-parts de chacun de plusieurs héritiers. Ce certificat d'héritier est délivré par le tribunal de succession statuant en matière gracieuse.

Le certificat d'héritier n'est délivré que lorsque le juge de succession a apprécié les faits nécessaires quant au bien-fondé de la demande (§ 2359 BGB).

Le certificat d'héritier fait foi de ce que celui qui y est désigné comme héritier a réellement le droit d'héritier et qu'il n'est restreint dans ce droit que de la manière y mentionnée (par exemple par une substitution fidéicommissaire ou par l'existence d'un exécuteur testamentaire) V. § 2365 BGB.

C'est à cause de cette présomption que l'héritier ne peut pas recueillir les biens de la succession sans présenter le certificat d'héritier. Car tout détenteur d'un bien héréditaire, toute banque administrant des dépôts appartenant à la succession ainsi que tout autre débiteur de la succession sont fondés à refuser toute prestation sans présentation du certificat. De même, le bureau foncier exige le certificat d'héritier pour effectuer le transport de droits enregistrés dans le livre foncier.

Pour l'exécuteur testamentaire existe un certificat constatant sa qualité qui comme instrument correspond au certificat d'héritier (v. § 2368 BGB).

Ces certificats sont exigés des héritiers et des exécuteurs testamentaires sans distinction de la loi applicable. Pour les successions soumises à une loi étrangère est même prévue une espèce particulière: le certificat d'héritier restreint aux objets situés en Allemagne (§ 2369 BGB).

Une opinion exprimée en doctrine a recommandé l'assimilation des certificats d'héritiers délivrés par des autorités étrangères à ceux délivrés par les tribunaux de succession allemands ¹. Mais cette opinion n'est pas suivie par la pratique des affaires. On demande en effet toujours un certificat d'héritier, émis par un tribunal allemand de succession. Ces certificats seront délivrés aux personnes appelées héritiers par la loi successorale.

b Toutes ces questions dépendent de la loi successorale ²:

¹ V. Beitzke, MDR 1954, 320 ss; Kegel IPR (2e éd), 369 ss.

² Un excellent exemple nous est fourni par la décision du *Bayerisches Oberstes Landesgericht* du 2 décembre 1965 (NJW 67.477 ss: succession d'un Italien soumise à la loi italienne, acceptation sous bénéfice d'inventaire, admission des héritiers à faire un inventaire).

c Les rapports entre les héritiers et les créanciers ainsi que ceux des héritiers entre eux sont régis par la loi successorale; en conséquence le règlement du passif de la succession et entièrement soumis à la loi successorale.

d Le règlement de la communauté des héritiers dépend de la loi successorale; c'est donc à elle de décider du type de la communauté (en main commune, indivision, simple participation *pro rata* etc.) qu'ainsi du partage et de ses modalités.

C Pas applicable.

D Pas applicable.

Section III Compétence internationale en matière de succession

Pour la compétence internationale des tribunaux allemands en matière de succession il faut nettement distinguer entre les juridictions gracieuse et contentieuse.

I La juridiction gracieuse en matière de succession est exercée par les tribunaux de succession, qui forment une section du tribunal cantonal (Amtsgericht).

S'il y a des biens successoraux en Allemagne le tribunal de succession, sans distinguer la succession qui se règle d'après la loi allemande ou d'après une loi étrangère, est toujours compétent:

1 à prendre des mesures conservatoires envisagées par les §§ 1960 ss BGB (surtout à l'apposition des scellés, à une consignation des valeurs et objets précieux, à la confection d'un inventaire et à la constitution d'un curateur – provisoire – de succession).

2 à délivrer sur demande un certificat d'héritier¹ ou – le cas échéant – d'exécuteur testamentaire. Si la succession est soumise à une loi étrangère le certificat sera restreint aux biens situés en Allemagne. Aujourd'hui on admet que la compétence de délivrer un certificat d'héritier implique aussi la compétence aux mesures nécessaires pour la délivrance du certificat d'héritier (par exemple: l'ouverture d'un testament: § 2260 BGB).

Cette compétence implique aussi les mesures qui peuvent influencer la décision portant sur la délivrance du certificat d'héritier. C'est pour cette raison qu'un tribunal allemand de succession, même dans une succession soumise à une loi étrangère doit être considéré compétent à recevoir des déclarations de répudiation ou d'acceptation de succession (v. § 1945 BGB).

3 Autant qu'il s'agit d'autres mesures en matière gracieuse, la compétence internationale des tribunaux allemands de succession paraît incertaine.

C'est en jurisprudence que fut développée la théorie d'un parallélisme entre le loi applicable et la compétence internationale (*Gleichlauf von anzuwendendem Recht und internationaler Zuständigkeit*). On a parlé même d'un parallélisme de la loi applicable et la procédure. (*Gleichlauf von anzuwendendem Recht und Verfahren*).

Selon cette opinion¹, en principe, un tribunal allemand de succession n'est compétent que si la loi successorale est la loi allemande. De ce point de vue, la compétence pour prendre les mesures qui viennent d'être mentionnées sous 1 et 2 (mesures conservatoires et délivrance du certificat d'héritier) est considérée comme une exception du principe de la non-compétence.

A cause d'une telle non-compétence de principe on s'appuie sur le texte du § 73 FGG (*Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit*) qui ne parle que de la compétence territoriale et non pas d'une compétence internationale. En outre on fait valoir que l'organisation et les institutions de la juridiction gracieuse en Allemagne ne sont calculées que sur les mesures prévues par les règles de fond allemandes et qu'elles ne s'adaptent pas à des mesures instituées par des lois étrangères.

Quoique cette théorie soit vivement critiquée en doctrine² elle est largement suivie en pratique.

II En matière contentieuse la compétence internationale généralement coïncide avec la compétence territoriale.

La condition principale pour la compétence en matière contentieuse est donc l'existence selon les règles du Code de la procédure civile (ZPO) d'une compétence territoriale, par exemple celle du domicile du défendeur (§ 16 ZPO) ou celle de la succession (§§ 27, 28 ZPO).

Autriche/Austria

(Ces observations ont été diffusées au cours de la première session de la Commission spéciale. Elles ne constituent pas une réponse officielle du Gouvernement mais il a paru utile de les reproduire à raison de son intérêt pratique.)

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

1 Le droit autrichien en matière de règlement de successions présente quelques particularités qu'il paraît utile de mettre en relief avant d'entrer dans le questionnaire.

2 Le principe «le mort saisit le vif» est inconnu du droit autrichien. L'intervention d'un tribunal dans une *procédure spéciale (gracieuse)* dite «de règlement de succession» est en principe obligatoire. A moins qu'elle ne se termine dans un stade préliminaire (manque de biens successoraux; valeur très réduite de ces biens; excès d'endettement – faillite successorale), elle finit par un acte formel, l'envoi en possession judiciaire (*gerichtliche Einantwortung*) indispensable à la transmission des droits et obligations à l'héritier.

3 La juridiction autrichienne concernant la procédure gracieuse susmentionnée aussi bien que les litiges pouvant résulter de la succession pourra être illustrée par le tableau suivant:

¹ V. plus haut, ad Sec. II, § 2 B.

¹ V. Standinger-Firsching, 11e édition, § 2353 BGB No 36, et Keidel, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, ad § 75 FGG, No 6.

² V. Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht No 36, Berlin-Tübingen 1970 (avec une documentation très riche).

défunt	biens meubles situés en Autriche	biens meubles situés en dehors de l'Autriche	immeubles en Autriche	immeubles en dehors de l'Autriche
autrichien (où qu'il soit domicilié)	<i>jurid. autr.</i>	<i>jurid. autr.</i>	<i>jurid. autr.</i>	pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>
apatride ou de nationalité inconnue	<i>jurid. autr.</i>	pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>	<i>jurid. autr.</i>	pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>
étranger domicilié ou établi en Autriche	<i>pas de récipr. -jurid. autr.</i>	recipro- cité pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>	<i>jurid. autr.</i>	pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>
étranger non domicilié ou établi en Autriche	procédure de remise à l'autorité nationale du défunt	pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>	<i>jurid. autr.</i>	pas soumis à la <i>jurid. autr.</i>

4 S'il y a juridiction autrichienne, la loi applicable sera en toute règle la loi autrichienne (sauf quelques rares cas réglés par des accords bilatéraux). La procédure de remise à l'autorité nationale du défunt consiste en ce que le tribunal, après avoir pris les mesures de protection en faveur des héritiers, légataires ou créanciers séjournant en Autriche que ceux-ci ont pu demander, remet les biens successoraux à l'autorité compétente de la patrie du défunt ou à la personne désignée par celle-ci.

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A. et B Il est communément dit dans la doctrine que le droit autrichien suit le principe de la scission (avec, le cas échéant, pluralité des lois applicables). Pour les détails, voir Remarques préliminaires, § 3 et 4.

C a Sans objet.

b 1 La scission est définitive. En cas de vente d'objets faisant partie de la masse successorale, il y a subrogation réelle. Si un immeuble situé en A est acheté moyennant des fonds provenant de meubles successoraux soumis à la loi de B, la loi successorale régissant cet immeuble resté celle de B.

2 Les fruits et revenus d'une masse lui accroissent.

3 La scission en masses successorales ne concerne que l'actif. Il n'existe pas de règles analogues concernant le passif; les obligations successorales contractées du vivant du défunt restent soumises, pour ce qui est de leur existence, à la loi régissant cette obligation.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A Sans objet.

B a 1 et 2 Pour les immeubles situés à l'étranger, c'est la loi du lieu de leur situation. Pour les immeubles

situés en Autriche, c'est la loi du for (= loi du lieu de leur situation).

b 1 à 4 Voir Remarques préliminaires, §§ 3 et 4.

C a 1 Si l'une des deux nationalités est l'autrichienne, elle prévaut. En cas de plusieurs nationalités étrangères, la nationalité «effective» l'emportera.

2 Voir Remarques préliminaires, §§ 3 et 4.

b Sans objet.

D a 1 à 3 Est à appliquer la loi régionale à laquelle le droit privé interlocal de l'Etat en question renvoie: à défaut de pareil renvoi, la loi de la collectivité territoriale à laquelle le défunt appartenait. Le domicile du défunt sert de facteur de rattachement subsidiaire.

b Sans objet.

c En cas d'un système territorialement plurilégislatif, on procède d'abord selon D a. Si le système ainsi trouvé est du type interpersonnel, on appliquera la loi déterminée selon ce système.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A a Lorsqu'il n'y a pas de procédure autrichienne de règlement de la succession (voir Remarques préliminaires § 3), le principe du renvoi est admis.

1 Oui.

2 Sans objet (l'immeuble situé en Autriche sera toujours soumis à la loi autrichienne).

3 Oui, mais pour le cas d'un immeuble en C, le cas ne pourra pratiquement pas se présenter du point de vue du droit successoral autrichien.

4 Incertain.

b Sans objet.

- c Le renvoi est admis.
 d Cette théorie est inconnue du droit autrichien.

B a Non.

b Non. Toutefois, si la succession d'un étranger ayant été domicilié en Autriche, du fait de la réciprocité, ne tombe pas sous la compétence des tribunaux autrichiens (voir Remarques préliminaires, §§ 3 et 4), les héritiers séjournant en Autriche (mais pas forcément de nationalité autrichienne!) peuvent néanmoins demander que le tribunal compétent *ratione loci* s'en saisisse. Dans le cas où les ayants droit étrangers se soumettent à la procédure autrichienne, ce tribunal procédera au règlement de la succession en appliquant la loi du for.

C a Non.

b Sans objet.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 – RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

La notion de réserve en tant que partie de la succession devant revenir à certains héritiers (dits réservataires ou nécessaires) est inconnue du droit autrichien. Le système autrichien prévoit seulement le droit à une quote-part de la valeur de la succession variant selon le degré de parenté. Le *de cuius* peut donc à discrétion disposer de l'ensemble de son patrimoine.

A défaut d'une part suffisante qui leur est faite dans le testament (ou autrement, par exemple par donation), certaines personnes ont cependant le droit de demander certains montants en argent. Il s'agit d'un droit de créance, non pas d'un droit successoral.

A Oui. L'action en restitution d'un don pour lésion de la quote-part réservataire sera soumise à la loi successorale, alors que la donation entre vifs est réglée par le statut de donation.

B Sans objet.

C a La part «réservataire» (dans le sens évoqué ci-dessus) doit revenir à la personne titulaire exempte de toute charge; elle se calcule sans tenir compte de legs ou autres dispositions prises dans le testament et diminuant la masse successorale. L'héritier «réservataire» pourra, le cas échéant, demander un complément si la part que lui a destinée le *de cuius* reste en-dessous de sa «réserve».

b Certaines donations entre vifs peuvent être prises en considération pour le calcul de la «réserve», leur restitution peut être demandée dans certaines conditions.

D a Sans objet.

b 1 Non.

2 Selon le droit autrichien, la succession comprend l'ensemble de l'héritage ou une quote-part de celui-ci. Puisque Primus et Secundus ont chacun reçu un objet déterminé, ils seraient en principe considérés comme légataires; d'autre part, le défunt ayant disposé de l'ensemble de son patrimoine, ils seront néanmoins considérés en tant qu'héritiers ayant chacun reçu, de par disposition du défunt, certaines parties du patrimoine de celui-ci. La part «réservataire» peut aussi être assignée

sous forme de part successorale ou de legs. Puisque Primus et Secundus reçoivent la même valeur, leurs droits comme héritiers «réservataires» sont satisfaits. Le fait que Secundus est considéré, en B, comme héritier exclusif de l'immeuble situé en B n'y change rien.

3 Selon le système autrichien (pays A), on calcule la valeur de l'ensemble de la succession (située en A et B). De la valeur ainsi trouvée on déduira les dettes. Sur l'actif déterminé de cette façon sera calculée la part «réservataire» (ne constituant qu'un droit de créance!).

§ 2 – TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a Oui, à condition que le règlement de la succession ne tombe pas sous la compétence d'un tribunal autrichien.

b Oui, s'il y a juridiction autrichienne pour le règlement de la succession; le tribunal autrichien appliquera la loi du for.

c Oui pour les immeubles situés à l'étranger.

d Non.

e Non.

B a Non.

b Toutes ces questions sont appréciées selon la loi successorale.

c Ces questions dépendent également de la loi successorale.

d Les règles relatives à l'indivision successorale dépendent de la loi successorale; quant au maintien de l'indivision, ceci ne vaut que pour ce qui est des conséquences du droit successoral et non pas, par exemple, d'une disposition prévue dans le cadre d'une réforme agraire.

C a 1 Lorsque la succession n'est pas réglée devant un tribunal autrichien, la procédure dite de remise à l'autorité nationale du défunt aura lieu (voir Remarques préliminaires §§ 3 et 4). Au cours de cette procédure, le tribunal pourra prendre des mesures de protection en faveur d'héritiers, légataires ou créanciers résidant en Autriche. Dans ce sens, il s'agira donc d'une masse séparée.

2 Non. Si la nécessité d'un acte d'administration se présente, le tribunal autrichien nommera un curateur.

3 Non *cf. supra* 2.

4 Non, *cf. supra* 2.

5 Les biens successoraux seront remis par le tribunal autrichien directement entre les mains de l'autorité étrangère compétente ou de la personne désignée par celle-ci.

b 1 et 2. S'il y a une procédure de règlement de la succession devant un tribunal autrichien et que le pays étranger où se trouvent des meubles successoraux soit prêt à les remettre à l'Autriche, la procédure autrichienne s'étendra aussi (y compris une administration éventuelle de la succession par les héritiers) à ces meubles situés à l'étranger.

D Sans objet, la loi du domicile n'étant pas, selon le système autrichien, la loi successorale.

Section III Compétence internationale en matière de succession

Il faut distinguer, en matière de compétence internationale successorale, entre

- la *procédure gracieuse de règlement de la succession*,
- la *procédure* (également gracieuse) *de remise à l'autorité nationale* et
- la *procédure contradictoire* concernant des affaires successorales *litigieuses*.

Pour les chefs de compétence des deux premières, voir Remarques préliminaires, §§ 3 et 4.

La *compétence en matière litigieuse* est étroitement liée aux deux premières:

I en cas de juridiction autrichienne pour la procédure de règlement de la succession:

- 1 actions pour faire valoir des droits successoraux, des droits de légataires ou autres droits fondés sur une disposition testamentaire;
- 2 actions des créanciers successoraux concernant des créances contre le *de cuius* ou envers les héritiers;
- 3 actions en partage successoral.

II en cas d'incompétence autrichienne pour régler la succession, lorsqu'une procédure de remise à l'autorité nationale a lieu:

- 1 actions en paiement de legs;
- 2 actions des créanciers successoraux contre la masse successorale;
- 3 actions en manifestation (contre celui que le droit civil oblige de déclarer la valeur d'un patrimoine ou le montant de dettes concernant ce patrimoine).

Dans les trois derniers cas, le chef de compétence est le for du patrimoine. Il n'y a, dans ces cas, pas de juridiction internationale autrichienne pour trancher des litiges concernant les droits successoraux!

Belgique/Belgium

Section I Détermination de la loi applicable à la succession - Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ - SCISSION

- A Non.
- B Oui.
- C a Sans objet.
- b Oui.

- 1 La composition d'une succession est fixée à la date du décès. Le bien subrogé fait partie de la masse à laquelle appartenait le bien aliéné.
- 2 Oui, mais aucune jurisprudence.
- 3 La contribution aux dettes relève de la loi successorale et se fait à l'intérieur de chaque masse. Dans la pratique, on fait une masse de tous les avoirs à partager dans un même pays et on en déduit le passif. L'actif net est ensuite partagé entre les ayants droit de la masse mobilière et ceux de la masse immobilière.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A Sans objet.

B a 1 *Lex rei sitae*: celle de la situation des immeubles.

- 2 Non.
- b 1 Non.
- 2 La loi du dernier domicile du défunt.
- 3 Non.
- 4 Non.

C a 1 Sans objet.

2 Sans objet.

b 1 *Premier cas*: le défunt possédait une seule résidence.

Le domicile constitue un lien de droit qui rattache un individu à un pays déterminé.

Dans la plupart des cas ce domicile est à l'endroit de la résidence habituelle qui est le centre de réunion du ménage lorsque celui-ci se compose de plusieurs personnes ou le lieu où vit isolée une personne constituant à elle seule un ménage. Il y a un élément de fait et un autre d'intention.

Deuxième cas: Le défunt possédait une résidence dans deux pays différents. La préférence est donnée au pays avec lequel ses liens personnels et économiques étaient les plus étroits, c'est-à-dire le pays où se trouvait le centre de ses intérêts vitaux.

Dans la plupart des cas le centre des intérêts vitaux se trouve au pays de la résidence habituelle.

Si le défunt séjournait d'une façon habituelle dans les deux pays, la préférence est donnée à la législation du pays dont le défunt avait la nationalité.

2 Non; si le domicile légal, devenu fictif, ne correspond pas à la résidence habituelle et au principal établissement, c'est à la loi du domicile de fait qu'il faut se référer pour la résolution mobilière de la succession.

D a Sans objet.

b La succession mobilière est soumise à la loi du dernier domicile et si cette loi est celle d'un Etat dont la législation n'est pas unifiée, où la loi successorale dépend du statut personnel, la loi applicable sera celle déterminée par les règles en vigueur dans cet Etat.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Oui.

a La règle de conflit belge ne donne jamais de compétence à la loi nationale du défunt, mais se réfère toujours, soit à la loi du dernier domicile (pour les biens meubles), soit à la loi de la situation (pour les biens immeubles).

b La loi belge donne compétence à la loi du dernier domicile du défunt et quand celle-ci renvoie à la loi belge, le renvoi au droit interne belge est admis. La loi belge admet également le renvoi par la loi du domicile B à la législation d'un pays C. Si toutefois C décline sa compétence la loi de B restera d'application (tout au moins selon la doctrine).

c La loi belge donne compétence à la loi réelle pour un immeuble situé dans un pays B et si la législation

du pays B renvoie à la législation A ou à celle d'un pays C, ce renvoi est accepté. Si toutefois C décline sa compétence la loi de B restera d'application (tout au moins selon la doctrine).

d Non.

B a Oui, la législation belge prévoit un prélèvement sur la succession si, en vertu d'une loi étrangère, déclarée compétente par la législation belge, les cohéritiers belges obtiennent une part moindre que celle qui leur revient selon le droit belge (Loi 27 avril 1865).

b Non.

C a et b Le testateur ne peut soumettre sa succession par une déclaration de volonté à une loi autre que la loi successorale. Mais il peut cependant se référer au contenu matériel d'une loi étrangère, dans les limites permises par les règles impératives de la loi successorale.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Oui, en Belgique c'est la loi successorale qui fixe l'étendue de la réserve en faveur de certains héritiers; c'est également la loi successorale belge qui détermine si une donation est réductible et dans quelle mesure.

B Sans objet.

C a La loi successorale peut restreindre l'exécution d'une disposition à cause de mort ou d'un pacte successoral dépassant la quotité disponible; si la loi successorale est une loi étrangère, son application peut être limitée ou contrariée par le droit de prélèvement (ci-dessus Section I - § 3 - B a) et par l'ordre public.

b Les donations entre vifs peuvent être réduites conformément à la loi successorale, mais le mode de réduction sera très souvent celui de la *lex rei sitae*. La loi successorale peut également restreindre l'effet d'une donation entre vifs antérieure dépassant la quotité disponible.

D a Sans objet.

b 1 Oui.

2 Sous réserve du droit de prélèvement, la réserve instituée par la loi successorale peut être intégralement exigée sur cette masse, sans tenir compte du sort des autres masses.

3 L'actif du défunt est le gage de ses créanciers qui poursuivront le recouvrement de leurs créances aussi bien sur les biens mobiliers qu'immobiliers. A l'intérieur d'un même pays, les dettes seront déduites des avoirs mobiliers et immobiliers. Si donc, dans l'exemple donné par le questionnaire, il n'y a en Belgique que des avoirs mobiliers et des dettes, celles-ci diminueront l'actif net et la réserve, alors que l'immeuble soumis à une loi étrangère ignorant la réserve ira intégralement au légataire universel, libéré de toutes dettes. Toutefois, il est certain que si le prix de vente de cet immeuble devait être versé entre les mains d'un notaire belge liquidant la succession du défunt domicilié en Belgique, tout le passif serait déduit de l'ensemble des deux masses.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a C'est en principe la loi successorale, qui pour les immeubles est également la loi réelle, mais pour les meubles certaines modalités de la transmission héréditaire et de l'administration successorale sont soumises à la loi réelle.

B a Oui, on reconnaît en Belgique la qualité et les pouvoirs des personnes, compétentes selon la loi étrangère, pour autant que leur qualité ait été suffisamment prouvée et pour autant que les dispositions de la loi réelle ne s'y opposent pas.

b Oui, elle dépend de la loi successorale mais les formalités sont fixées par la loi réelle.

c L'obligation aux dettes dépend de la *lex rei sitae*. Pour les rapports des cohéritiers entre eux, c'est l'aspect de la contribution aux dettes qui se pose; cette contribution relève en principe de la loi successorale sous réserve de ce qui a été dit Section I, § 1, c, b, 3 et Section II, § 1, D, b, 3.

d Ces règles dépendent de la loi réelle.

C

D

Section III Compétence internationale en matière de succession

a Oui.

b 1 Oui.

2 Non, sauf lorsqu'un Belge lésé veut faire valoir son droit de prélèvement sur des avoirs mobiliers dépendant d'une succession d'une personne domiciliée à l'étranger et qui ne possédait pas d'immeubles en Belgique; ou lorsque l'article 635 du Code judiciaire est d'application (voir F ci-dessous).

c La nationalité du défunt: non.

d Non - voir article 635 du Code judiciaire.

e et f Rôle des compétences dites spéciales et autres chefs de compétence:

1 et 2 nationalité du demandeur ou défendeur et domicile du demandeur

- nationalité: article 15 du Code civil: un Belge pourra être traduit en justice en Belgique pour des obligations contractées en pays étranger, même avec un étranger;

- domicile du demandeur: l'article 635 du Code judiciaire indique en quels cas les étrangers peuvent être assignés devant les tribunaux du Royaume, soit par un Belge, soit par un étranger.

La compétence des tribunaux belges est fondée notamment:

a sur la situation des biens, soit réelle (immeubles, navires), soit fictive (successions, faillites);

b sur le domicile ou la résidence de l'étranger, ou de l'un d'eux s'il y a plusieurs défendeurs;

c sur le lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation;

d sur l'urgence et le caractère provisoire ou conservatoire des mesures demandées;

e sur le lieu procédural qui unit l'action à une autre action pendante devant un tribunal belge (connexité, intervention, demande reconventionnelle).

L'article 636 prévoit que l'étranger peut dans les cas non prévus à l'article 635 décliner la juridiction des tribunaux belges, si ce droit appartient au Belge dans le pays de cet étranger; mais à défaut de le faire dans les premières conclusions, le juge retient la cause et statue au fond. L'étranger défaillant est toutefois présumé décliner la juridiction des tribunaux belges.

Lorsque les différentes bases ainsi indiquées sont insuffisantes pour déterminer la compétence des tribunaux belges à l'égard des étrangers, le demandeur peut porter la cause devant le juge du lieu de son domicile ou de sa résidence (article 638 Code jud.).

3 *Forum arresti*: voir article 635, 5° du Code judiciaire.

4 Non.

Canada ¹

PRELIMINARY NOTE — Replies were received from all the provinces except Saskatchewan and Nova Scotia. All the answers were made in response to questions addressed to countries whose legal system follows the scission principle where succession is concerned. This might seem odd in the case of Quebec, where Article 599 of the Civil Code clearly subscribes to the unity principle, but the Quebec respondent explains that for the purposes of this questionnaire they follow the scission principle: in any conflict of laws Article 6 of the Code would apply. The summary, therefore, starts at question 1, C b in Section I.

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person — Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY-SCISSION

C b 1 In New Brunswick, Prince Edward Island, and Newfoundland scission is final at the time of death and subsequent conversion has no effect; British Columbia 'would follow English Common Law' which presumably means the same thing.

Manitoba points out that while scission is final, the disposition of immovable assets will be governed by the *lex situs*; and whether or not beneficiaries are entitled to movables or immovables will be decided according to the terms of any existing testament.

Alberta says that scission is final and the doctrine of substitution would probably be applied. As to a conversion involving displacement of the property from one jurisdiction to another, a legal personal representative who made such a transfer without proper authority would be liable to any beneficiary who suffered from it. In Ontario, the domestic law distinguishes between real and personal property, but a leasehold interest in land, which is personal property in domestic law, would be classified as an interest in land (immovable) under their conflict rules. The doctrine of substitution is thus applied, and if immovable property is purchased in Ontario with movable assets governed by the law of the deceased's domicile, distribution would be according to that law.

¹ Summary of replies received from the Canadian provinces. These replies reflect the opinion of the Canadian Provinces and do not necessarily express the views of the Federal Government.

Quebec says that scission is final, and that the doctrine of substitution should probably be applied (certainly, where devolution is to a minor, Article 382 of the Civil Code would apply).

2 Most provinces seem to have assumed that a 'parcel of property' must be immovable and, therefore, answered 'Yes' or '*Lex situs* applies' (Newfoundland, Manitoba); British Columbia, 'would follow English Common Law'; Alberta is non-committal, but cannot find support for the view that benefits derived from land would be regarded as immovable; in New Brunswick the income would probably be defined as movable for the purposes of succession but could be ordered to apply to the discharge of any debts on that property; in Prince Edward Island income would be considered to be part of the movable estate; in Quebec there probably is attachment to the property whether movable or immovable. In Ontario, as far as intestate succession is concerned, the nature of the assets and their distribution is determined at the time of death; therefore, if distribution is postponed for any reason any increment in value follows the asset.

3 Generally, there appears to be no scission in relation to liabilities (Newfoundland, Quebec, Ontario); British Columbia 'would apply English Common Law' (*i.e.*, presumably, no scission) and Prince Edward Island has no precedents.

In New Brunswick there would be no scission of liabilities unless certain assets were specifically charged with certain debts; a foreign creditor entitled under New Brunswick law would be on a par with local creditors unless foreign assets were distributed in such a way as to give the foreign creditor priority, in which case New Brunswick courts would adjust their priorities so as to give New Brunswick creditors a fair share of the assets in New Brunswick.

Manitoba and Alberta say that scission would apply to liabilities: in Manitoba the distribution of both assets and liabilities would be according to the *lex situs*; in Alberta an asset is considered together with its charges.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

B a In all cases the *lex situs* is applicable to immovables; in New Brunswick the applicability of that law extends to the characterisation of the property and in Alberta it extends to the construction of documents.

b The *lex domicilii* of the deceased is applicable to movables in all the provinces, but with reservations in two cases: New Brunswick applies the *lex domicilii* only in matters of succession, leaving matters of administration to be governed by the *lex situs*; and Alberta will construe documents according to the law intended by the deceased at the time when they were made; furthermore, if the deceased's domicile is unascertainable, the *lex fori* will apply and if there are no ascertainable beneficiaries, the *lex situs* will apply and all assets will pass to the Crown.

C b All the provinces determine domicile according to both factual and fictitious criteria (in Ontario, *animus et factus*), the latter being in all cases the notion of domicile by dependency (wives and minor children); in addition, in most provinces, domicile of origin will be recognized in all cases where actual domicile is not ascertainable. In Quebec, furthermore, lunatics have the domicile of their curator and living-in servants have the domicile of their master. However, the Quebec draft

Code on Private International Law favours the practice of equating domicile with the place of normal residence, without looking into the question of intention.

D *b* Neither New Brunswick nor Prince Edward Island replied, although it appears that Prince Edward Island agrees with Cheshire's arguments against the application of the foreign court doctrine as exemplified in *Re O'Keefe* (1940, Ch. 124). Manitoba, Ontario and Newfoundland would refer to a personal legal system in the country of domicile; Alberta would use the same rules to establish domicile as previously set out; British Columbia suggests that the ultimate solution in Common Law will be to apply the internal law of the domicile; Quebec has no precedents but suggests that religious law might be applied where the domiciliary law prescribes it, on the analogy of *Goldenberg v. Trifon* (1955, C.S. 341).

c Only Newfoundland responded, saying that renvoi would be to the jurisdiction in Canada where the deceased was domiciled.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A The doctrine of renvoi is applied in Manitoba, Alberta, Newfoundland and, reluctantly, in British Columbia. It is applied in New Brunswick when it is not inconvenient to do so, but the courts prefer to apply the municipal law of the domicile or situs in accordance with the English judgment in *Re Annesley*.

Quebec and Prince Edward Island refer to three Canadian cases by which they would probably be guided, and state that the doctrine of renvoi would probably not be applied by their courts except, in the case of Prince Edward Island, where it would be expedient to do so, and in the case of Quebec, where Quebec private international law prescribes the law of domicile and both the law of domicile and the law of the country of origin would apply the national law. Prince Edward Island has preferred not to give any further answers under A.

The three Canadian cases referred to are: *Ross v. Ross* (1894, 25 S.C.R. 307) where the doctrine of renvoi was applied by the Supreme Court of Canada in deciding the validity of a will;

Le Roi v. National Trust Co. Ltd. (1933, S.C.R. 670) where, for reasons involving the competence of a provincial legislature, renvoi was not considered appropriate in deciding the situs of assets for the purpose of assessing succession duties, and *Rosencrantz v. Union Contractors Ltd. and Thornton* (1960, 23 D.L.R. (2nd) 473), where the British Columbia Supreme Court held that the proper law of a contract means the internal law only of the place where it was made.

Ontario also refers to *Ross v. Ross* (*supra*) and says that they would probably follow the English cases in applying the 'foreign court' theory.

In summary, it would appear that the doctrine of renvoi has been and would be applied in most provinces as far as succession is concerned, but that it does not find favour in many of them.

A *a* No answers were given by Manitoba, British Columbia, Prince Edward Island, Ontario or Quebec. New Brunswick's reply, although the question is hypothetical since they do not apply the national law, is that it would obviously be applicable in all four cases if it were also the law of domicile (in the case of movables) or the *lex situs* (in the case of immovables). Newfoundland answers 'Yes' in all four cases. Alberta

answers as follows: (1) Yes; (2) Whether or not the property can be characterized as immovable would probably be decided by A and thereafter renvoi would be accepted; (3) the reference would be directly to the *lex situs* once the property was characterized as immovable by A; (4) no precedents.

b No answers were given by Prince Edward Island or British Columbia; New Brunswick, Newfoundland and Manitoba say 'Yes' in all four cases; Ontario says probably 'Yes' (*cf.* their answer to the preliminary question under this heading). In Alberta the laws of A or C would probably be applied. Quebec replied as follows: (1) If Quebec refers to B's law of domicile and B refers to national law, the renvoi to Quebec would probably be acceptable; (2) this situation would not arise, since Quebec law applies to all immovables situated there; (3) if the deceased's domiciliary law applied to national law and the renvoi were to Ontario, the Quebec courts would not accept jurisdiction; (4) since any Quebec renvoi would be to the internal law, the Quebec courts would probably not take into account a third country's refusal to recognize its competence.

A *c* This question is not clear and the answers are correspondingly cloudy.

d Quebec does not; Newfoundland and Ontario do; New Brunswick has done so but would prefer to apply the foreign municipal law in the first place; the other provinces did not reply.

B *a* and *b* The nationality or domicile of the heirs would have no influence in any of the provinces. However, Alberta points out that if there were no heirs, the *lex fori* would not apply an otherwise applicable foreign law and assets would escheat to the Crown; also, a locally domiciled heir would have priority over foreign heirs in any contested application for a local grant of personal representation.

C *a* and *b* The intention of the deceased would not be taken into account in Prince Edward Island, Manitoba, Ontario, British Columbia or New Brunswick. In Newfoundland the deceased's wishes are complied with as far as possible and he has complete freedom of choice. In Quebec and Alberta the same situation occurs, the only restrictions being in respect of immovable property (the *lex situs* must apply) and where the choice of law is repugnant to public policy.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL.

A and B All the provinces (except British Columbia, which made no reply) place some restriction on the testator's freedom, but this varies widely from province to province.

In New Brunswick the Testator's Family Maintenance Act empowers the court to make provision for the surviving spouse or children, the Devolution of Estate Act establishes a 'widow's preferential share' where there are no surviving issue, and the laws of dower protect a wife's interest in her husband's estates of inheritance and restrict his right to dispose of them *inter vivos* as well as by will; these laws are applicable wherever the administration and distribution of the

estate are within the jurisdiction of the New Brunswick courts.

In Prince Edward Island the only restriction on the testator is that if he has been seized at any time during his marriage with a legal estate in real property, his widow will be entitled to a one-third interest for life in the value of such property.

In Quebec the testator has complete freedom, but the law of succession will determine whether or not his wishes will be granted. In Manitoba the Devolution of Estates Act and The Dower Act provide that a minimum amount must be left to a surviving wife and that an intestate's estate must be divided between his widow and his children.

In Alberta a dependant may apply to the courts to alter the provisions of a will and any agreement for valuable consideration to benefit a person by will, will be enforced; the law of succession may also give rise to some alteration of a testamentary document.

In Newfoundland the Family Reserve Act provides that a surviving spouse or children may apply to the courts to vary the terms of an inheritance whether will- or arising under the Intestate Succession Act.

In Ontario if a testator was domiciled in the province at the time of his death, the Dependants' Relief Act provides for adequate maintenance and support of his dependants. This legislation is, however, under official review with the object of:

a widening the definition of 'dependant' to include, *e.g.* illegitimate children; *b* extending the legislation to include intestate succession; and *c* taking into consideration the effect of dispositions *inter vivos*. Meanwhile, the provisions of the Act do not apply to testators domiciled outside Ontario even where immovables in Ontario are involved; the degree of the testator's freedom will be determined by the *lex successionis*. In addition, Ontario recognizes the dower interest of a widow which cannot be affected by will or by dispositions *inter vivos*; whether or not such an interest in land exists is determined by the *lex situs*.

C a and *b* The answers given by New Brunswick, Quebec, Ontario, British Columbia and Newfoundland above under II-1, A and B cover this question. In Prince Edward Island the widow is entitled to her dower whatever her husband's testamentary dispositions may be, and she can choose to take it in the form of land or other assets if such are available. In Manitoba gifts *inter vivos* are not affected; otherwise the party concerned can take action under the Testator's Family Maintenance Act. In Alberta the court has complete discretion and although there can be no satisfaction by way of gifts *inter vivos*, these will be taken into account in determining an applicant's degree of dependency.

D b 1, 2, 3 Prince Edward Island, British Columbia, Ontario and Newfoundland were not in a position to reply and New Brunswick refers back to its answer to *C a* and *b*. In Quebec the answer would be 'Yes' in all three cases; in (3) because the 'réserve' might be diminished by the settlement of liabilities. Manitoba answers as follows: (1) The 'réserve' and the portion available for distribution would be calculated separately in these circumstances; (2) Yes to the first question; in the second instance, Secundus could oppose execution of a will entirely in favour of Primus; (3) Yes. In Alberta, (1) The court of the *lex fori* has absolute discretion in considering a dependent's application; (2) A dependent may apply in relation to all assets governed by the *lex fori*; (3) A dependent's application is limited to the net estate available for disposition; all creditors would probably have equal rights.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS; ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A a, b, c, d and *e* In Prince Edward Island, Newfoundland and Ontario administration is governed by the *lex fori* (which is usually the *lex situs*), although the provisions of Section 2 of The Ontario Devolution of Estates Act are not entirely clear in this respect when conflicts of law are involved.

In Alberta the *lex fori* also applies in so far as it is the *lex situs*, and although succession to movables may be governed by another law, no administrator has authority in the province until his letters of administration have been resealed, although an executor has immediate authority, even before probate. In New Brunswick administration is governed by the *lex situs*. In Quebec, Manitoba and British Columbia it is the *lex successionis*, except that in British Columbia if there is any dispute, then the *lex situs* will apply.

B a, b, c, and *d* In British Columbia the answer to *a* is 'Yes' and the answer to *b, c* and *d* are *lex successionis* in each case. In Manitoba the answers are as follows: *a* Yes; *b* *lex successionis*; *c* *lex situs* of movables and immovables; *d* *lex successionis*, *i.e.*, *lex situs* for immovables, and for movables as well as in cases of intestacy. Quebec replies as follows: *a* The administrator or executor appointed under a foreign law has all the powers granted by the foreign court, even if the administrator is a corporation (which is not allowed under Quebec law); *b* *Lex successionis*; *c* *Lex successionis*; *d* *Lex successionis* except where public policy would regard indivision as unjustifiable or where it is in perpetuity according to the terms of Article 689 of the Civil Code.

C a 1, 2, 3, 4, 5 and *b* 1, 2 Newfoundland - *a* (1) Yes; (2) No; (3) Yes: they may take out letters; (4) Yes; (5) The remainder will be made over to the heirs under court order if there is no foreign principal. No answers were given under *b*.

Prince Edward Island - *a* (1) Yes: grant of probate or letters of administration is with respect to assets within the jurisdiction; (2) No: a grant is only valid where it is made; (3) Yes: but a foreign executor must obtain local authorization; (4) Yes; (5) The court has discretion.

b (1) Yes; (2) A grant of administration does not purport to have extraterritorial effect, but the personal representatives will be expected to take possession of foreign assets if possible, especially where the debts in Prince Edward Island exceed the assets there.

Alberta - *a* (1) Yes: administration is independent of estates in other jurisdictions; (2) No: grants of administration must be resealed, but executors have immediate authority subject to certain restrictions relating to administration; (3) Yes: but the court may refuse to reseat letters of administration where the capacity to act is only with reference to a foreign jurisdiction (*e.g.* a Public Trustee) or if there is local opposition by someone with an equal or better right to apply for a grant locally; (4) Yes; (5) The ancillary administrator transfers the remaining estate to the principal administrator, although the courts may require the principal to post a bond as a guarantee that creditors will be paid, but if there are *bona vacantia* in Alberta they will not be transferred.

b (1) Yes; (2) No precedents.

Ontario - *a* (1) Yes; (2) No: the court in Ontario is free to appoint someone else; letters of administration will not be granted to a person resident out-

side Ontario (although resealing is usually permitted where Commonwealth countries are concerned) and letters probate will usually be granted to a person not resident in Ontario or elsewhere in the British Commonwealth only if security is given; (3) Yes; (4) Yes; (5) The courts may order the local personal representative to transfer the remainder to the foreign representative or to distribute it directly to the beneficiaries. *N.B.* There have been two departures from these general principles in Ontario, which are probably anomalous: *Re Green and Flatt* (1913, 13 D. L. R. 547) where executors who had been granted probate in Scotland and had merely registered the will in Ontario were held capable of executing a valid discharge in Ontario, and *National Trust Co. v. Mendelson* (1942, 1 D.L.R. 438) where in a similar situation a foreign executor was held capable of conveying real property in Ontario.

b (1) Yes; (2) No.

Section III International jurisdiction

a, b, c, d, e and *f* In New Brunswick only two bases are recognized: *a* for movables, even when there are none within the jurisdiction, and *b* for both movables and immovables. Newfoundland recognizes *a* for movables, *b, c* and *e* (4). British Columbia recognizes *a, b* for immovables only, *d* if some assets are within that jurisdiction and *e* (3) – the forum in which the assets are present only.

Ontario recognizes: *a* as a basis for competent but not exclusive jurisdiction in matters of succession to movables, but not immovables; *b* as a basis for exclusive jurisdiction over immovables and competent but not exclusive jurisdiction over movables; and *d* in that an administration opened in Ontario is regarded as a basis for jurisdiction in any matter of succession arising out of that administration, to immovables in Ontario and to movables wherever situated.

In Manitoba and Alberta, *b* is generally the basis of recognition. However, in Manitoba *a* is recognized in relation to movables disposed of by will and where there are movables both in Manitoba and in the country of domicile, Manitoba will not recognize liabilities owing in that country if payment of them would be contrary to Manitoba law. And in Alberta, application for local representation may be made in the judicial district in which the deceased was resident or in which the assets are situate, and the local courts may reseal grants of probate or letters of administration or any similar documents (*e.g.*, not Quebec notarial wills or extraprovincial Orders to Administer) issued in any other province or in the United Kingdom and its dependencies.

Prince Edward Island recognizes: *a* for movables but not for immovables situated elsewhere; *b* (1) and *b* (2) for the purposes of granting representation and determining matters of substance relating to the succession; *d* in that once representation has been granted the courts have jurisdiction over the devolution of movables – jurisdiction over succession is coterminous with jurisdiction over administration; and *e* (1), (2), (3) the forum in which the assets are situated, and (4). Quebec has responded on the assumption that the questions refer both to Quebec courts dealing with a foreign element and to foreign courts whose judgments might be recognized. The answers are: *a* Yes in both cases except where an immovable outside Quebec is involved or a foreign judgment relates to immovables in Quebec; *b* (1) Yes in both cases, (2) Yes for Quebec courts and probably also in relation to foreign judgments; *e* (3) the forum where the assets are

situated; and under *f*, the domicile of the defendant in both cases and where personal actions are involved, wherever the defendant has submitted to the jurisdiction.

Danemark/Denmark

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A Yes. There exists no Danish legislation on this question; in theory as well as in practice, however, it is assumed that Denmark follows the principle of unity. In case law and in administrative practice alike there are found both cases where assets situate abroad are included in the administration of a deceased person's estate in Denmark and cases where it has been accepted that assets situate in Denmark are included in the administration of an estate abroad.

There is supposed to be an exception, as regards an immovable property or a particular body of assets which are subject to special rules of succession differing from those applying to the property of a deceased person in general, such as entailed property, trusts and successor funds.

This rule of exception is embodied in the Nordic Convention on Succession.

Furthermore, exceptions are found in some earlier Conventions, which however are supposed to have lost their importance.

B No.

C *a* There exists no decision of principle on the subject. In theory it is assumed that such a right exists. A case that was dealt with by the Probate Division of the Copenhagen City Court was not submitted for judgment because a compromise was reached. The Probate Division of the Copenhagen City Court holds that no such right to set aside assets exists.

b Not relevant.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A *a* No.

b Yes. In Denmark, the law is applied to the last domicile of the deceased.

c In principle, the law is applied to the last domicile of the deceased, as regards his entire property, whether situate in Denmark or abroad. This rule, however, is subject to an exception in the case of property that is governed by special rules of succession (see above).

B Not relevant.

C *a* Not relevant.

b 1 Yes. Under Danish law domicile means habitual residence.

2 No.

D *a* Not relevant.

b There exists no generally followed rule, the question being of very rare occurrence, more particularly because the Danish rules of jurisdiction are based on the

principle of domicile. Where, however, an ancillary administration of an estate is carried out in Denmark, one will be inclined to follow the same rules as are followed in the principal administration of the estate. Where the principal administration of the estate of a Danish national is carried out in Denmark because no administration is organised in the country of domicile, the possibility that Danish law would be considered applicable to such a case as being the national law as well as the *lex fori* cannot be precluded.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A a Not relevant.

b In theory as well as in practice, there is a pronounced reluctance to apply the principle of renvoi; the decisions, however, are not clear enough for the application of the principle of renvoi to be characterised as being entirely precluded. The particular questions may accordingly be answered as follows:

1 Here, renvoi will not be accepted, subject possibly to the very special exception stated above under D b.

2 Here, renvoi would not be accepted. There exists a decision on the subject from 1939 relating to a US national domiciled in Iowa, who left a share in an immovable property in Denmark.

3 This case is likely to arise only in connection with an ancillary administration of an estate and, in that case, one will, I think, be apt to apply the same rules as in the principal administration of the estate.

4 Renvoi will normally not be accepted; it is possible, however, that renvoi will be accepted in connection with an ancillary administration of an estate if the country in which the principal administration takes place does.

c

d The 'foreign court theory' is virtually unknown in Denmark.

B Both questions must be answered in the negative. There was a case in 1940 where a British national domiciled in Gambia left a child born out of wedlock in Denmark, who under Danish provisions would be an heir. An ancillary administration of the estate was carried out in Denmark; in that administration, however, one applied the law of the country of domicile, under which the child was not entitled to inherit.

C In principle, the questions must be answered in the negative. It cannot be precluded, however, that the view of the deceased himself may have a certain evidential relevance, in case there may be any doubt as to where he is domiciled.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A This question must be answered in the affirmative. There exists an administrative decision as early as in 1829.

B Not relevant.

C a It is difficult to make any clear reply to the question. During the very administration of the estate any transgression of the right of testation under the law of succession will result in limiting the dispositions of the testator so that the person who is in possession of the 'réserve' will get it. Where a foreign law which does not know of the concept of 'réserve' is applied in the administration of an estate in Denmark, no limitation will be made in the dispositions of the testator only because Danish law knows of that concept.

b Gifts *inter vivos* cannot be disregarded on account of the provisions on 'réserve'. The question of disregarding a gift will not be determined by the law of succession.

D a 1 Yes. If the disposition is one of *mortis causa*, immovable property or other property situate abroad will be included in the calculation. Where a gift *inter vivos* is concerned, it will not be included, unless the gift is invalidated.

a 2 That question, too, cannot be answered quite definitely. Where the immovable property is included in the administration of the estate in Denmark, it is irrelevant whether the law governing the territory in which the property is situate does not recognize a 'réserve'. If the property is not included in the administration of the estate because distribution has been made in the country where the property is situate, the question is more doubtful. In theory, the question is likely to be answered in the affirmative. There exists no clear practice. Assets are likely to be set aside if this solely results in limiting the inheritance devolving on the person who has got the immovable property. If it results in limiting the bequest to other persons, it is more doubtful and will depend on the construction of the will.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS - ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A a The question must be answered in the affirmative.

B The Danish rules governing the administration of estates are correctly reproduced on page 27 of the Comments¹, whereas their placing may give rise to misunderstanding. The rule last referred to is but a rule on the international competence of Danish law which is applicable only where property belonging to a Danish national is not covered by the administration of an estate abroad. This would probably have been more clear if the rule had been recounted under Section III.

a Yes.

b The question should be determined by the law of succession.

c As a general rule, the question is determined by the law of succession, subject however to the exception that a Danish probate court may decide that a creditor's claim shall be satisfied before any assets situate in this country are handed over for administration abroad. This presupposes, on the other hand, that the assets have

¹ See *supra* p. 41.

been paid into the probate court with a view to transmission to the foreign country, and that the creditor has given notice of his claim to the probate court.

d In Denmark, the devolution of immovable property is as a rule governed by the law of the domicile of the deceased. However, this rule is modified occasionally to regulate the method of distribution of farmland situate in Denmark.

There is another exception, as concerns the right of the surviving spouse to keep all of the assets undivided for life. In theory, it is debatable whether the right to retain undivided possession of the estate shall be determined by the law of succession or by the law governing marital community of property. In practice, the surviving spouse who is domiciled in Denmark may expect to obtain permission for retaining undivided possession of the estate if there was community of property during the marriage, even where such community was based on a foreign law which does not provide for any right to retain undivided possession of an estate.

C Not relevant.

D Not relevant.

Section III International jurisdiction in matters of succession

As a general rule, Danish courts will have jurisdiction if the last domicile of the deceased was in Denmark. That rule is slightly extended, Danish courts also being considered competent to administer a joint estate of a married couple if the surviving spouse is domiciled in Denmark at the time a petition for the administration of the estate is filed, provided no administration has been opened abroad before that time.

Furthermore, provision has been made for the Ministry of Justice to refer the administration of the estate of a Danish national domiciled abroad to a Danish court. That rule is applied where the administration of the estate is not carried out by the country in which the deceased was domiciled. The rule is also applied where an estate is administered abroad but the assets of the deceased in this country are not included in that administration. In the latter case, the administration of the estate extends only to those assets of the deceased which are situate in this country.

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

Choice of law doctrines and theories are in a state of flux in the United States. In this report, the doubts and questions raised by modern conflict of laws theorists are not discussed or considered; nor are the variations introduced by statutes in the various States detailed. Eight of the 50 States of the United States of America have some form of community property systems. The variations introduced by these systems will not be considered in this report.

In dealing with a decedent's estate, the primary administration is by the courts of the decedent's domicile at death. Administrations ancillary to that at the domicile at death occur in each State in which property – real or personal – is located. Each of the 50 States has an independent substantive law of succession and independent choice of law rules subject only to the federal Government's treaty and foreign relations powers and the limitation of the United States Constitution. Historically, however, the treaty-making power has not been used extensively.

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A No.

B Yes. The movable-immovable classification tends to control the choice of applicable law, the choice being made by the court in the jurisdiction where the property is located, e.g., *Toledo Society for Crippled Children v. Hickok*, 152 Tex. 578, 261 S.W. 2d 692 (1963).

C a Not applicable.

b 1 The physical facts at the time of death control the classification of property into movables and immovables. The court in the State where the property is physically located decides whether to classify the property as movable or immovable. E.g., *Toledo Society for Crippled Children v. Hickok*, supra. See, *Frick v. Pennsylvania*, 268 U.S. 473 (1925); *Clarke v. Clarke*, 178 U.S. 186 (1900).

For internal – non-conflict of laws – purposes, most States recognize the doctrine of equitable conversion. Thus, if prior to his death, the decedent had contracted to sell an immovable, most courts, for internal purposes, would treat the property as being movable for purposes of succession. E.g., *Shay v. Penrose*, 25 Ill. 2d 447, 185 N.E. 2d 761 (1962).

For choice of law purposes, however, the courts are split on whether to recognize the conversion as affecting the determination of applicable law. For illustrations of the split, see, e.g., *Toledo Society for Crippled Children v. Hickok*, 152 Tex. 578, 261 S.W. 2d 692 (1963) (Contract of sale entered into prior to death held not to affect the choice of law or the designation of the property as immovable), and contra, *McGuire v. Andre*, 259 Ala. 109, 65 So. 2d 185 (1953); *In re McDougal's Will*, 49 N.J. Super. 485, 140 A. 2d 249 (1958), *aff'd per curiam* 55 N.J. Super. 36 149 A. 2d 801 (1959), *aff'd per curiam* 29 N.J. 586, 151 A. 2d 540 (1959) (Direction by will that land be sold held not to change the choice of law or the classification of the land as immovable) and contra, *Duckwall v. Lease*, 106 Ind. App. 664, 20 N.E. 2d 204 (1939). There is some authority recognizing the conversion of movables to immovables. *Ford v. Ford*, 70 Wis. 19, 33 N.W. 188 (1887).

2 As a norm, the classification of the property at death controls the treatment of after-death income from such property. Thus, income from property classified as immovable at the time of death is treated as if it were immovable. E.g., *Pfau v. Moseley*, 9 Ohio St. 2d 13, 222 N.E. 2d 639 (1966); *Mullins v. Evans*, 43 Tenn. App. 330, 308 S.W. 2d 494 (1958).

3 As a general practice, the order of access is determined by the internal law of the place of administration. Except as otherwise directed by will. e.g., *Dickerson v. Dickerson*, 4 N.J. Super. 237, 66A. 2d 740 (1949) or changed by statute, e.g., *Cal. Prob. Code Ann.* § 750 (Deering 1959); *Ga. Code Ann.* § 113-1509 (1959), the traditional rule calls for the prior use of movables to pay the debts of the estate, including security interests on immovables. E.g., *Jaeger v. Stein*, 15 I 11. App. 2d 11, 145 N.E. 2d 258 (1957). The modern trend, however, is to reject the distinction between movables and immovables and to abate by class of bequest and devise. See 6 *Page, Wills* 212 (Bowe-Parker Rev. 1962); *Uniform Probate Code* § 3-902 (Official Text with Comments, 1969).

A Not applicable.

B *a* The court at the situs of the immovable applies its own law. *E.g.*, *In re Patmore's Estate*, 141 Cal. App. 2d 416, 296 P. 2d 863 (1956); *In re Ray's Estate*, 74 Wyo. 317, 287 P. 2d 629 (1955); *Clarke v. Clarke*, 178 U.S. 186 (1900). See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 236 (Proposed Official Draft, Part III, 1969). A court dealing with a question relating to an immovable located elsewhere will apply the law of the situs. *E.g.*, *Mellon v. Entidad Provincia Religiosa De Padres Mercedarios De Castilla*, 189 F. 2d 163, (1st Cir. 1951). See *Restatement, supra* at § 223.

B As a general rule, the law applicable to movables in an estate is the law of the place of the decedent's domicile at death. *E.g.* *In re Bulova's Will* 14 A.D. 2d 249, 220 N.Y.S. 2d 541 (1961). See *Restatement supra* at § 260.

C *a* Not applicable.

b 1 In articulating a definition of domicile for purposes of succession, it is usual to speak of physical presence coupled with an intention to remain for an indefinite time or the lack of intention to leave. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 16, 18 (Proposed Official Draft, Part I, 1967). One can have but one domicile for any one purpose. See *e.g.*, *Gladwin v. Power*, 21 A.D. 2d 665, 249 N.Y.S. 2d 980 (1964). See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 11(2) (Proposed Official Draft, Part I, 1967). But *cf.*, *In re Dorrance's Estate*, 309 Pa. 151, 163 Atl. 303 (1932), *cert. denied*, 288 U.S. 617 (1932) and *In re Estate of Dorrance*, 115 N.J. Esq. 268, 170 Atl. 601 (1934), *aff'd* 13 N.J. Misc. 168, 176 Atl. 902 (1935), *aff'd*, 116 N.J.L. 362, 184 Atl. 743 (1935), *cert. denied sub nom. Dorrance v. Martin*, 298 U.S. 678 (1936). Intention at times is determined by looking at such things as size of residence compared with residences elsewhere, *e.g.*, *In re Dorrance's Estate*, 309 Pa. 151, 163 Atl. 303 (1932), *cert. denied*, 288 U.S. 617 (1932) see *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 12, comment *d* (Proposed Official Draft, Part I, 1967), amount of time spent in the jurisdiction as compared with time spent elsewhere, see *Id.* at § 12, comment *e* and the decedent's feeling about the situs of his domicile. *Id.* at § 12, comment *h*.

2 While as a general rule domicile of origin is not recognized, *e.g.*, *In re Estate of Jones*, 192 Iowa 78, 182 N.W. 227 (1921); but see *Hyder v. Hyder*, 16 Tenn. App. 64, 66 S.W. 2d 235 (1932), legal fictions often are involved in determining domicile at death. Thus, it is held that one does not lose his former domicile until a new one is established, *e.g.*, *Alvord & Alvord v. Patenotre*, 196 Misc. 524, 92 N.Y.S. 2d 514 (1949), minors are held to acquire the domicile of their fathers, *e.g.*, *A v. M.*, 74 N.J. Super. 104, 180 A. 2d 541 (1962), see *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 22(1) (Proposed Official Draft, Part I, 1967), or some other person with legal custody, *e.g.*, *In re Hall's Guardianship*, 235 N.C. 697, 71 S.E. 2d 140 (1952), see *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 22(2), comments *g* and *h* (Proposed Official Draft, Part I, 1967), and the domicile of persons serving in the armed forces often is determined without much regard to physical presence or intention to remain. See, *Id.* at § 17, comment *d*. The domicile of registration is nonexistent in this country.

D *a* Not applicable.

b As far as can be determined, there are no decided cases in this country dealing with the situation posed. See, *Ehrenzweig, Private International Law* 134 (1967). It is likely, however, that most courts in this country would refer to one of the personal legal systems existing in the country of domicile. See I Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study* 135 (2d ed. 1958).

D *c* Not applicable.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Yes. See (c) below.

a Not applicable.

b In the case posed – a domiciliary of Country B dies owning movable property in this country – it is doubtful that a court here would do anything but apply the internal law of Country B. *E.g.*, *In re Tallmadge*, 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 (1919).

c In the case posed – a court in this country is hearing a case involving land located in country B – it is likely that courts in this country would accept either the reference back (remission) or the reference to the law of country C (transmission). *E.g.*, *Taormina v. Taormina*, 109 A. 2d 400 (Del. Ch. 1954); *In re Schneider's Estate*, 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S. 2d 652 (1950). See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 8 (Proposed Official Draft, Part I, 1967) and §§ 236, 239 (Proposed Official Draft, Part III, 1969). But *cf.*, *Ehrenzweig, Private International Law*, 150–151; *Ehrenzweig, Conflict of Laws* 334–340 (1962); Yianopolous, 'Wills of Movables in American International Law: A Critique of the Domiciliary Rule', 46 *Calif. L. Rev.* 185, 236–7 (1958).

d There is some authority to the effect that when dealing with legal problems involving land located in another country, the forum will act as the court in the situs country would act, *i.e.*, the forum will put itself in the place of the foreign court and reach the result the foreign court would reach. *E.g.*, *Taormina v. Taormina, supra*; *In re Schneider's Estate, supra*. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 236, 239 (Proposed Official Draft, Part III, 1969).

B *a* No. See, *e.g.*, *In re Bulova's Will*, 14 A.D. 2d 249, 220 N.Y.S. 2d 541 (1961). The more difficult problem is presented when the person taking is an alien. See Fallwell, 'State Probate Laws and Alien Heirs – The Zschernig Legacy', 21 *Baylor L. Rev.* 450 (1969); Boyd, 'The Administration in the United States of Alien Connected Decedents' Estates', 2 *Int. Lawyer* 601 (1968); Boyd, 'The Invalidity of State Statutes Governing the Share of Nonresident Aliens in Decedents' Estates', 51 *Geo. L. J.* 410 (1963); Boyd, 'Consular Functions in Connection with Decedents' Estates', 47 *Iowa L. Rev.* 823 (1962); Boyd, 'Constitutional, Treaty, and Statutory Requirements of Probate Notice to Consuls and Aliens', 47 *Iowa L. Rev.* 29 (1961); Boyd, 'Treaties Governing the Succession to Real Property by Aliens', 51 *Mich. L. Rev.* 1001 (1953).

b No. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 236, 239, 260, 263 (Proposed Official Draft, Part III, 1969).

C *a* In the absence of statutes to the contrary, a testator cannot by declaration in a will have his estate governed by a law other than that which is normally

applicable. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 239, 263 (Proposed Official Draft, Part III, 1969). But *cf.*, *In re Chappell's Estate*, 124 Wash. 128, 213 Pac. 684 (1923) and see, Ehrenzweig, *Conflict of Laws* 660-662, 666-673 (1962); Yiannopoulos, 'Wills of Movables in American International Conflicts Law: A Critique of the Domiciliary Rule', 46 *Calif. L. Rev.* 185, 208, 215 (1958); Bright, 'Permitting a Non-Resident to Choose Place of Probate' 95 *Trusts and Estates* 865 (1956). For purposes of construction of the will, however, the testator may designate the law to govern. *E.g.*, *In re Healy's Will*, 124 N.Y.S. 2d 486 (1953); *In re Fabbri's Will*, 2 N.Y. 2d 236, 140 N.E. 2d 269 (1957); *In re Kadjar's Estate*, 200 Misc. 268, 102 N.Y.S. 2d 113 (1950). See, *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 240, 264 (Proposed Official Draft, Part III, 1969). By statute in New York, a non-domiciliary may elect to have New York law govern 'the intrinsic validity, . . . capacity, effect, interpretation, revocation or alteration . . .'. *N.Y. Estates, Powers & Trusts Law* § 3-5. 1 *h.* See *In re Vischer's Estate*, 53 Misc. 2d 912, 280 N.Y.S. 2d 49 (1967) (Swiss domiciliary leaving New York assets). See also, *Ill. Stat. Ann.*, c. 3 § 89b (Supp. 1970); *Uniform Probate Code* § 2-602 (Official Text with Comments, 1969).

b A testator probably has complete freedom of choice only in designating the law which is to govern the construction of his will. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 240, 264 (Proposed Official Draft, Part III, 1969).

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

As a general rule, the 'réserve' in this country is limited almost solely to the right of a surviving spouse to take a forced share - a percentage of the estate or a limited interest in certain property. While the forced share takes many forms, the modern trend is to establish a percentage interest by statute.

A The existence and extent of the surviving spouse's right to a forced share in land is normally governed by the law of the situs of the land. *E.g.*, *Pfau v. Moseley*, 90 Ohio St. 2d 13, 222 N.E. 2d 639 (1966). See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 242 (Proposed Official Draft, Part III, 1969). For movables, the law of the deceased spouse's domicile at death governs. *E.g.*, *Estate of Clark*, 21 N.Y. 2d 478, 236 N.E. 2d 152 (1968). See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 265 (Proposed Official Draft, Part III, 1969). The spouse normally must account for property received in ancillary administrations. *E.g.*, *Griley v. Griley*, 43 So. 2d 350 (Fla. 1949). See Macdonald, *Fraud on the Widow's Share* (1960).

B Not applicable.

C a and *b* The phrase 'inheritance agreement' is not usually used in this country to describe arrangements which may operate to defeat the surviving spouse's forced share. There are several devices by which the forced share may be defeated or reduced, however. Antenuptial and postnuptial agreements waiving the right to a forced share are normally sustained if entered

into with full disclosure of the facts. *E.g.*, *In re Borton's Estate*, 393 P. 2d 808 (Wyo. 1964); *In re Phillips' Estate*, 293 N.Y. 483, 58 N.E.2d 504 (1944). The validity of such contracts is governed by the law governing the validity of contracts generally. *E.g.*, *Simpson v. Weatherman*, 216 Ark. 684, 227 S.W. 2d 148 (1950); but *cf.*, *In re Bulova's Will*, 14 A.D. 2d 249, 220 N.Y.S. 2d 541 (1961). Choice of law theories in the field of contracts are in a state of enormous flux in this country and, thus, it is impossible to indicate with any certainty what law will be applied. See, *e.g.*, Weintraub, 'Choice of law in Contract', 54 *Iowa L. Rev.* 399 (1968); *Restatement (Second) of Conflict of Laws* §§ 187, 188 (Proposed Official Draft, Part II, 1968). Revocable trusts designating beneficiaries other than the spouse often operate to defeat the spouse's forced share. *E.g.*, *Smyth v. Cleveland Trust Co.*, 172 Ohio St. 540, 179 N.E. 2d 60 (1961). The effectiveness of the revocable trust device in cutting off a full forced share is determined either by the law governing the validity of the trust, *e.g.*, *Nat'l Shawmut Bank of Boston v. Cumming*, 325 Mass. 457, 91 N.E. 2d 337 (1950) (movables), or by the law which controls the existence and extent of the right to a forced share, *i.e.*, the law of the place where the land is located to determine interests in land and the law of the decedent's domicile at death if movables are involved. *E.g.*, *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 270, comment *e* (movables) and § 278 (immovables) (Proposed Official Draft, Part III, 1969). Gifts *inter vivos* may operate to defeat the right to a forced share as long as they are not found to be a fraud on the spouse. *E.g.*, *Cheatham v. Sheppard*, 198 Ga. 254, 31 S.E.2d 457 (1944); *In re Galewitz' Estate*, 206 Misc. 218, 132 N.Y.S.2d 297 (1954). When dealing with real property, the consent of the spouse often may be required before the spouse's interest can be conveyed *inter vivos* free of a later claim to a forced share. See, 1 *American Law of Property* § 5.34 (1952).

D a Not applicable.

b 1 There are some occasions when the surviving spouse is required to elect the forced share from one of the aggregates if such election would further the testator's intention. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 242, comment *d* (Proposed Official Draft, Part III, 1969). A surviving spouse's election in one State to take under the will or to renounce the will and take a forced share normally binds such spouse in all States. *E.g.*, *In re Patmore's Estate*, 141 Cal. App. 2d 416, 296 P.2d 863 (1956); *Security Trust Co. v. Handby*, 32 Del. Ch. 70, 79 A. 2d 807 (1951). The forced share normally is calculated separately for each aggregate, however, and the kind and extent of the interest in each aggregate may vary as different State laws are applied to different aggregates. *E.g.*, *In re Basefond's Will*, 127 N.Y.W.2d 653 (Sur. Ct. 1953); *Banker's Trust Co. v. Greims*, 110 Conn. 36, 147 Atl. 290 (1929).

b 2 In view of the fact that the forced share of a surviving spouse is the only 'réserve' generally available in this country, the problem posed could not arise.

b 3 The result is uncertain. Some courts in A would calculate the forced share of the surviving spouse by totalling the assets in A and B and giving the spouse a full statutory percentage of the aggregate to the extent that the assets in A are adequate to permit such a distribution. *E.g.*, *Henderson v. Usher*, 125 Fla. 709, 170 So. 846 (1936) (movables). Other courts would limit the forced share to a percentage of the aggregate located in A. *E.g.*, *In re Meier's Estate*, 33 Misc. 2d, 226 N.Y.S.2d 733 (1962); *Banker's Trust Co. v. Greims*, 110 Conn. 36, 147 Atl. 290 (1929).

A If property in a decedent's estate is located in this country, it must pass through a judicially supervised administration. *E.g., Armstrong v. Leak*, 25 U.S. (12 Wheat) 169 (1827); *Emmerick v. May*, 130 F. Supp. 426 (S.D.N.Y. 1955). Property held in certain forms of joint ownership and proceeds of life insurance designating a beneficiary other than the decedent's estate are not deemed to be part of the decedent's estate for purposes of administration, however. *E.g., Taulouse v. N.Y. Life Ins. Co.*, 40 Wash. 2d 538, 245 p. 2d 205 (1952) (insurance proceeds); *Matthew v. Moncrief*, 77 U.S. App. D. C. 221, 135 F. 2d 645 (1943) (joint savings account). The principal administration is that of the decedent's domicile at death. *E.g., Headen v. Cohn*, 292 I 11, 210, 126 N.E. 550 (1920); See Leflar, *American Conflicts Law* 493 (1968). Ancillary administration occurs in all States in which the decedent left property. *E.g., Ibid.* The forum's law will control whether or not an administration is necessary. The domiciliary court and the courts where the property is located will act as forums.

C a 1 Yes. *E.g., Leflar, American Conflicts Law* 497 (1964).

2 No. A local ancillary appointment is necessary and in some States, the local appointee must be a domiciliary of the State of appointment. *E.g., Starlin v. Love*, 237 Ala. 38, 185 So. 380 (1939); *Fishel v. Dixon*, 212 Ky. 2, 278 S.W. 545 (1926). For a discussion of appointments under United States Treaty provisions, see Boyd, 'The Administration in the United States of Alien Connected Decedents' Estates', 2 *Int. Lawyer* 601, 628-649 (1968) and Boyd, 'Consular Functions in Connection with Decedents' Estates', 47 *Iowa L. Rev.* 823 (1962).

3 In the absence of a statute designating the representative, the court has discretion to make the appointment. *E.g., Purcell v. Cramton*, 143 F. 2d 22 (D.C. App. 1944).

4 Yes. *E.g., In re De Lana's Estate*, 181 Kan. 729, 315 P. 2d 611 (1957); *Cannon v. Cannon*, 228 N.C. 211, 45 S.E. 2d 34 (1947).

5 As a general practice after payment of debts and other costs, the ancillary administrator is directed to remit the assets remaining to the domiciliary court for distribution. *E.g., In re Livingstone's Estate*, 91 Mont. 584, 9 P. 2d 159 (1932). For a discussion of United States Treaty provisions as to persons to whom distribution should be made, see Boyd, 'The Administration in the United States of Alien Connected Decedents' Estates', 2 *Int. Lawyer* 601 (1968) and Boyd, 'Consular Functions in Connection with Decedents' Estates', 47 *Iowa L. Rev.* 823 (1962). In its discretion, however, the court of ancillary administration may direct that the assets be distributed by the ancillary administrator to the distributees. *E.g., In re Meier's Estate*, 33 Misc. 2d 999, 226 N.Y.S. 2d 733 (Sur. Ct. 1962).

b 1 Yes. *E.g., Headen v. Cohn*, 292 I 11, 210, 126 N.E. 550 (1920). See, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, §§ 314, 315 (Proposed Official Draft, Part III, 1969).

2 No. *E.g., Knoop v. Anderson*. 71 F. Supp. 832 (1947); *In re McMahon's Estate*, 237 Iowa 236, 21 N.W. 2d 581 (1946).

D Not applicable.

Section III International jurisdiction in matters of succession

There are two primary bases of jurisdiction when dealing with problems of succession – the situs of the assets and the domicile at death. See, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, §§ 236, 239 (situs) and §§ 260, 263 (domicile at death) (Proposed Official Draft, Part III, 1969).

If claimants to assets of an estate appear in a judicial proceeding aimed at determining the rights of the parties appearing as among themselves, a determination by such court will bind the parties appearing despite the fact that the court was not the situs of the property or the domicile at death. See, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, § 32 (Proposed Official Draft, Part I, 1967).

Finlande/Finland

There is no general legislation yet in Finland regarding international elements in question of succession except the Nordic Convention on Succession of 1934. Therefore the following replies are based mainly on cases in law and legal writings. A draft Law of 1959 prepared on the basis of Nordic legal cooperation includes rules which may be considered to reflect actual trends.

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A Finland follows the unity principle as regards the law applicable to a deceased person's estate (law of succession). This principle has not been confirmed in a statutory law but it has been included in the draft Law of 1959 and accepted in legal writing.

Note 1 – There is a modification of this principle, however, both in the Nordic Convention and in the draft Law of 1959 to the effect that the national law will not govern immovable property when according to the law of the situs such property is subject to special provisions.

B Finland does not follow the scission principle. The unity principle is followed with the modification described in *Note 1* above under A.

C a 1 The question is open whether there is in Finland an inherent right to set aside a part of the assets situate in Finland for the benefit of beneficiaries prejudiced by the application of the foreign law. The Supreme Court of Finland has established, however, that a Finnish beneficiary is entitled to have a distribution, effected after a Finnish national in the USA, reconsidered in Finland according to Finnish law.

2 A modification of the unity principle is described in *Note 1* above. In practice the unity principle is not always enforceable, especially when the assets are not within the reach of the Finnish jurisdiction.

3

b 1-3 These questions do not seem to have arisen. In the internal substantive law there are no special rules on distribution of assets according to their movable or immovable character.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A *a-c* The law of succession in Finland is the national law of the deceased except in the case of Article 1 of the Nordic Convention which sanctions the application of the law of the domicile (habitual residence) of the deceased if domicile had been established for at least five years.

B *a-b* A modification of the unity principle is described in *Note 1* under § 1 A. In that case the law applicable to the immovables is the law of the place where they are situate.

C *a 1* When the deceased has dual nationality, legal writings would indicate domicile (habitual residence) as a subsidiary connecting factor.

2 When the deceased is a stateless person, domicile (habitual residence) is considered as a subsidiary connecting factor.

b 1 When the estate is exceptionally governed by the domiciliary law (see A above), both *factum* and *animus* are considered in determining domicile which in fact resembles habitual residence.

2 Even in cases when a domicile is relevant (the Nordic Convention, see A above), fictitious domiciles are not *in principle* applied in Finland.

D *a 1* If the inheritance is governed by the national law of a country which has a territorially plurilegislative legal system, the applicable law will be found, according to the draft Law of 1959, by the legal system of that country.

2 The domicile of the deceased may be used as a subsidiary connecting factor.

3

b-c No comments.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A *a-d* The doctrine of *renvoi* has been adopted by statutory Finnish law in certain fields such as family relations, cheques and bills of exchange, but in the law of succession the question is still open. In legal writings it seems to be accepted with regard to succession.

B There is no provision to the effect that the nationality or domicile of the heirs would influence the choice of law.

C The intention of the deceased on the connecting factor does not seem to influence the choice of law.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A-B The substantive internal law in Finland sanctions the 'réserve', the portion of the inheritance that must devolve upon certain heirs. According to the draft Law of 1959 the validity of the will with regard to its contents would be determined by the national law as well as the existence and extent of a 'réserve'. There is

in the same draft Law a modification with regard to testamentary dispositions in favour of unborn children. The validity of a will concerning immovables is determined by the law of the place where the immovables are situate.

C-D As there is neither statutory nor case law concerning these questions, they must be considered as being still open.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS; ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A-D In the internal Finnish law there is a direct transmission of the rights and obligations of the deceased to his heirs or legatees but a distinction is made between the law of succession applicable to matters of devolution and the law applicable to the administration of the assets. The rules of the draft Law of 1959 on the administration of the assets and the existing Swedish law are similar due to Nordic legal cooperation. (See regarding the Swedish system pages 22-23, 30 and 32-33 in the English commentary)¹.

Section III International jurisdiction in matters of succession

The international bases of jurisdiction admitted in Finland are, according to the draft Law of 1959, the domicile of the deceased, the situs of the assets and the nationality of the deceased.

France

Section I Détermination de la loi applicable à la succession - Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ - SCISSION

A et B Le droit international privé français consacre une scission entre la masse mobilière, unique, régie par la loi du domicile du défunt, et autant de masses immobilières qu'il y a d'Etats sur le territoire desquels sont situés les immeubles successoraux.

C *a* Sans objet.

b La loi successorale définit les biens qui entrent dans la masse à partager. Il en résulte, semble-t-il, les conséquences suivantes.

1 C'est à la loi successorale de préciser si le bien acquis à la place du bien indivis aliéné doit être compris dans la masse à partager: ainsi, la somme d'argent provenant de la vente d'un immeuble est subrogée à celui-ci et partagée conformément à la loi de la situation de l'immeuble; il paraît logique d'admettre que, réciproquement, l'immeuble acquis avec des fonds successoraux soit soumis, du point de vue des successions, à la loi régissant lesdits fonds.

¹ See *supra* pp. 35, 43 and 45.

2 Il n'a pas été trouvé de jurisprudence sur la question de savoir si les fruits et les revenus d'une masse accroissent ou non à cette masse. Le principe suivant lequel l'accessoire suit le principal inclinerait à répondre affirmativement.

3 La difficulté de répartir le passif entre les diverses masses composant la succession ne se rencontre, en vérité, que pour le passif chirographaire qui est sans doute assez réduit, ce qui explique probablement l'absence de jurisprudence en la matière.

La doctrine a proposé diverses solutions en ce qui concerne le passif chirographaire. Parmi celles-ci, la plus praticable consiste à faire supporter par chaque masse la totalité du passif, conformément aux règles de la loi qui la régit. Cette solution est celle qui est le plus en harmonie avec le principe du Droit français suivant lequel un créancier peut saisir l'un quelconque des biens de son débiteur. Ainsi un créancier aura le droit de saisir les immeubles successoraux situés en France pour se faire payer la totalité de sa créance sans avoir besoin ni de faire préalablement saisir les meubles situés à l'étranger ni de diviser ses poursuites sur les biens composant chacune des masses actives.

L'application de cette solution peut aboutir à faire supporter par l'un des héritiers une part de passif supérieure à la part d'actif qui lui revient. Les exemples exposés au Commentaire du présent Questionnaire le prouvent clairement (*supra* p. 20, 2^o colonne). La difficulté est de savoir comment l'héritier qui a payé exercera son recours sur des biens se trouvant dans une autre masse successorale. En effet, ce recours ne peut être exercé qu'en vertu de la loi successorale régissant la masse sur laquelle le droit de poursuite du créancier s'est exercé. Or, par hypothèse, la masse sur laquelle porte le recours de l'héritier qui a payé est soumise à une autre loi et si cette dernière ne reconnaît pas le recours, on voit mal comment celui-ci pourra être exercé. Le seul palliatif qui paraît exister est celui en faveur d'un héritier français qui a payé, car un tel héritier bénéficiera du droit de prélèvement sur les biens éventuellement situés en France.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A Sans objet.

B La loi applicable aux successions immobilières est celle du lieu de la situation de ces immeubles tandis que les successions mobilières sont soumises à la loi du domicile du défunt.

C a Sans objet.

b Le domicile, pris comme facteur de rattachement des successions mobilières, est – du moins actuellement – approximativement celui défini par l'article 102 du Code civil: il exige un élément matériel et un élément intentionnel, tous deux souverainement appréciés par les juges du fond. L'intention de l'étranger de se fixer en France doit être rapportée (alors que l'on aurait peut-être, en fait, tendance à la présumer pour un Français); cependant le fait, pour un étranger, de conserver l'esprit de retour dans son pays d'origine n'est pas exclusif de son intention de se fixer en France; en revanche, cette intention fait défaut chez les membres du corps diplomatique.

Les principes ci-dessus exposés n'empêcheraient pas, semble-t-il, de faire produire ses effets au domicile légal de dépendance, tant pour le mineur que pour la femme mariée. Pour cette dernière, cette solution pourrait présenter, lorsque le mari a toujours été domicilié dans le

même pays, l'avantage pratique de faire régir par la même loi la liquidation de la succession et celle du régime matrimonial.

D a Sans objet.

b Pour déterminer la loi interne applicable lorsque la succession est soumise à la loi du domicile mais que la loi du pays du domicile est un système non unifié où la loi successorale dépend du statut personnel du défunt, il faut, semble-t-il, se référer à la règle de conflit de l'Etat du domicile.

c Pour déterminer la loi interne applicable lorsque d'une part la loi nationale est un système territoriale-plurilégislatif et que d'autre part la loi du domicile est un système interpersonnel, il semble, si la règle de conflits de l'Etat du domicile renvoie à la loi nationale, qu'il appartient au droit international privé de l'Etat fédéral de déterminer quelle est la loi de l'Etat fédéré applicable.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Le renvoi a été admis par la jurisprudence française, en matière de successions, et il semble qu'il le soit encore actuellement tant pour les successions immobilières que pour les successions mobilières; son maintien paraît néanmoins soulever des résistances, tout au moins dans la doctrine moderne.

a Sans objet.

b Lorsque la règle de conflits française indique que la loi applicable est celle d'un pays B, laquelle renvoie elle-même à la loi française, la loi matérielle française sera appliquée à l'espèce.

Il en serait de même si la loi du pays B renvoyait à la loi réelle de l'immeuble situé en France; au demeurant, il semble douteux qu'en fait cette hypothèse puisse se présenter car si l'immeuble se trouve en France la loi Française s'appliquera immédiatement et ne renverra pas à la loi d'un autre pays.

Lorsque la loi du pays B renvoie à la loi du domicile du défunt situé dans un pays C ou à la loi de la situation d'un immeuble sis dans le pays C et que le droit de ce pays accepte une telle compétence législative, on appliquera la loi de C.

Mais si le droit de C refuse la compétence législative et donne compétence à la loi du pays B primitivement désignée par la règle française de conflits, il semble qu'il n'y ait pas de raison d'appliquer la règle de C qui se récuse mais celle de B, tout au moins dans le cas où elle-même ne se récuse pas; en effet, si la loi de B se considère incompétente à titre principal, puisqu'elle renvoie à C, elle peut se reconnaître compétente à titre subsidiaire; si tel n'était pas le cas, la loi matérielle française accepterait sa compétence, en tant que celle-ci a vocation à régir subsidiairement en France les rapports de droit privé.

B Lorsque, par application de la règle de conflits française, une loi étrangère régit une succession, cette loi se trouve partiellement évincée si elle désavantage un ressortissant français ayant vocation successorale; ceci en vertu de la loi française instituant le prélèvement (article 2 de la loi du 14 juillet 1819).

Contrairement à la nationalité française, le domicile en France d'un ou de plusieurs héritiers paraît sans incidence sur la loi étrangère applicable en vertu de la règle française de conflits.

C Il ne semble pas qu'il y ait eu, en France, d'exemple de *professio juris* ayant donné lieu à contentieux. On peut néanmoins penser que, si la question se posait devant une juridiction française, celle-ci admettrait libéralement l'application de la loi désignée sans fraude par le défunt, à condition qu'il existe un rattachement effectif entre cette loi et la succession.

En effet, si on raisonne par comparaison avec les régimes matrimoniaux, on constate que le droit français laisse les époux libres de faire simplement référence à la loi étrangère qu'ils désirent, à la condition que soient respectées les dispositions d'ordre public et que cette loi présente un rattachement effectif avec les biens des époux; cette dernière condition ne les empêcherait sûrement pas de composer eux-mêmes un contrat de mariage reproduisant intégralement dans ses stipulations les dispositions d'une loi étrangère ne présentant aucun lien de rattachement effectif avec leur biens; de même, un testateur paraît avoir, dès lors que sont respectées les règles sur la réserve héréditaire, la plus grande liberté pour reprendre dans son testament les dispositions d'une loi étrangère.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A L'existence et l'étendue d'une réserve dépendent de la loi successorale; la réserve sera donc calculée différemment pour chaque masse de la succession soumise à une loi différente, exception faite du droit de prélèvement, afin de donner la possibilité à un ressortissant français de récupérer sur les biens situés en France la part de réserve que la loi étrangère ne lui reconnaît pas sur les biens se trouvant à l'étranger.

B Sans objet.

C Il dépend de la loi successorale de dire s'il y a lieu à réduction de libéralités qui dépassent la quotité disponible; cette loi détermine les personnes ayant le droit de demander la réduction et les modalités de celle-ci. Lorsqu'elle a lieu en nature, la réduction se répercute, dans certains cas, contre des tiers. Il faut donc combiner les dispositions de la loi successorale avec celles de la loi territoriale. En matière immobilière il n'y aura guère de difficultés, semble-t-il, dans la mesure où les deux lois coïncident. Mais, en matière mobilière, l'héritier réservataire ne pourra poursuivre le tiers acquéreur lorsque ce dernier est protégé par un texte de la loi territoriale analogue à l'article 2279 du Code civil français.

D a Sans objet.

b 1 Dans le cas où il existe des masses successorales séparées soumises à des lois différentes, il est admis que la réserve et la quotité disponible sont calculées par masses.

2 La réserve instituée par la loi successorale applicable à une masse peut, semble-t-il, être intégralement exigée sur cette masse, sans tenir compte du sort des autres masses, à condition toutefois que soit respectée la loi sur le prélèvement.

3 Il semble que la question du passif peut rendre le mécanisme inéquitable, exception faite quand s'applique la loi sur le prélèvement. Ainsi, dans l'exemple proposé

au Questionnaire, le défunt domicilié en A y laisse des biens mobiliers d'une valeur de 100 unités de compte. Il laisse également un immeuble en B. La loi de A est applicable à la succession mobilière et la loi de B à la succession immobilière. Le défunt institue Primus pour légataire universel et Secundus se trouve être seul héritier réservataire selon la loi de A. En B, il existe une liberté absolue de tester. Secundus peut exiger sa réserve en A. Mais l'intégralité du passif, dans l'hypothèse, est payée sur les biens mobiliers et réduit cette masse à 50. La réserve de Secundus sera calculée, semble-t-il, sur l'actif net restant en A, c'est-à-dire 50, sans que l'on puisse faire valoir que le bien situé en B et attribué au légataire universel se trouve libéré de tout passif. Le mécanisme redeviendrait normal, semble-t-il, si l'héritier réservataire pouvait faire jouer à son profit le droit de prélèvement, ce qui suppose sa nationalité française et l'existence de biens en France.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A Il est admis qu'en principe la transmission héréditaire et l'administration de la succession sont soumises à la loi successorale.

B a Le droit français reconnaît la qualité et les pouvoirs des personnes compétentes selon la loi étrangère pour administrer la succession.

L'exequatur de la décision étrangère nommant un administrateur de succession n'est pas nécessaire, sauf si ce dernier accomplit des actes d'exécution en France. Quant à la question de la mise en possession de l'héritier, aucune difficulté ne paraît exister en matière immobilière, puisque la loi successorale coïncide avec la loi réelle.

La difficulté surgit en matière mobilière lorsque, ainsi que l'indique le Questionnaire, la loi successorale est une loi étrangère, parce que la succession s'est ouverte à l'étranger, alors qu'il existe des biens successoraux en France, par exemple des valeurs mobilières ou des soldes de comptes dans un établissement bancaire français. En principe, c'est la loi successorale qui s'applique. Cependant la loi locale ne sera pas toujours totalement exclue: tel sera le cas lorsque la loi de situation du bien subordonne la transmission de la possession à une certaine publicité; il est vrai que, dans cette hypothèse, la question est quelque peu déplacée car il semble s'agir plus du régime des biens que de celui des successions.

b L'option de l'héritier est, dans son ensemble, soumise à la loi successorale. Toutefois, la capacité pour opter dépend, en principe, de la loi personnelle de l'héritier.

c En général la loi successorale est compétente pour régler les problèmes relatifs à la transmission du passif. Cependant les caractères de la dette et la question de savoir si elle est ou non transmissible et divisible entre les héritiers dépendent de la loi régissant la dette, que celle-ci soit contractuelle ou délictuelle.

d Les règles relatives au statut de l'indivision successorale sont de la compétence de la loi successorale, mais seulement, semble-t-il, dans la mesure où le partage a pour objet de concrétiser les règles de la dévolution successorale. Dans la mesure où l'indivision intéresse directement le régime de la propriété, elle doit être soumise à la loi de la situation des biens: par exemple l'administration de la masse indivise ou la durée de l'indivision sont, en principe, régies par la loi locale. En revanche, le retrait successoral est régi par la loi successorale, sauf s'il s'agit de protéger les ayants cause du

cessionnaire retrayé, auquel cas s'applique la loi réelle. L'attribution préférentielle de certains biens à certains héritiers semble relever de la compétence de principe de la loi successorale, du moins en matière mobilière, encore que cette affirmation soit contestée par une partie de la doctrine et que la question ne paraisse pas avoir encore donné lieu à jurisprudence. En revanche, il ne paraît pas qu'il puisse y avoir de difficulté lorsque le bien est immobilier, puisque dans ce cas les lois successorales et réelle coïncident.

C et D Sans objet.

Section III Compétence internationale en matière de succession

En matière de succession mobilière, le tribunal compétent est celui du dernier domicile du défunt; il en résulte qu'en cette matière les compétences législative et juridictionnelle coïncident, la notion de domicile étant la même pour déterminer la loi successorale et le tribunal compétent.

En outre, toujours en matière de succession mobilière, les juridictions françaises sont compétentes, sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil français c'est-à-dire dès lors que l'une des parties, demanderesse ou défenderesse, est de nationalité française, alors même que, par hypothèse, la succession s'est ouverte à l'étranger et que la loi successorale applicable est une loi étrangère.

Si l'on examine l'hypothèse d'une succession immobilière, on constate que les deux compétences, ci-dessus envisagées pour les successions mobilières, ne sont pas admises. En effet, les articles 14 et 15 du Code civil sont inapplicables en matière immobilière et c'est le tribunal du lieu de situation de l'immeuble qui, de façon constante, est déclaré compétent par la jurisprudence française. Il en résulte, là encore, une exacte coïncidence entre les compétences législative et juridictionnelle.

Il convient d'ajouter que les juridictions françaises sont toujours compétentes pour connaître d'une action fondée sur le droit de prélèvement, alors même que l'héritier français aurait renoncé au privilège de juridiction de l'article 14 précité ou que ce texte serait écarté, d'une façon générale, par un traité diplomatique.

Enfin, les juridictions françaises sont toujours compétentes pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires relatives à des biens situés en France.

Grèce/Greece

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A Oui. L'article 28 du Code civil hellénique de 1940 stipule que «Les rapports successoraux sont régis par le droit de la nationalité que le défunt possédait lors du décès». Voir Areopage No 121/1967, *Journal de juristes hellènes* (*Ephemeris Ellion Nomikon*), 1967, p. 511, Tribunal d'Athènes No 8593/1964, *Journal de juristes hellènes* (EEN) 1965, p. 71.

Cependant selon les articles 13 et 14 de la Convention entre la Grèce et l'Espagne du 21 février 1919 sur les successions (Loi No 2423/1920, *Ephimeris Kyverniseos*

1920/159) la succession mobilière est régie par la loi de la nationalité du défunt, tandis que la succession immobilière par la loi de la situation des immeubles.

Avant l'introduction du Code civil, la matière des conflits de lois était réglée dans la loi civile de 1856 (Articles 3-8). D'après la disposition de l'article 5, alinéa 2 de cette loi, la *lex successionis* n'était pas unique. Selon cette disposition, la succession par testament ou *ab intestat* était régie par la loi de l'Etat auquel le défunt appartenait, sauf s'il s'agissait des immeubles situés en Grèce, qui étaient régis par la loi hellénique.

B Non.

C a 1 Non.

2 Non.

3 S'applique peut-être aux situations graves par l'intermédiaire de la notion d'ordre public.

b

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A a Oui.

b Non.

c Non.

B

C a 1 D'après l'article 31 du Code civil «si une personne possède à la fois la nationalité hellénique et une nationalité étrangère, c'est le droit hellénique qui est applicable comme droit national. Si une personne possède plusieurs nationalités étrangères, on applique le droit du pays auquel elle est le plus étroitement rattachée».

2 D'après l'article 30 du Code civil «si une personne ne possède pas de nationalité, est appliqué à la place du droit national le droit du domicile et à défaut de domicile celui de la résidence».

b

D a 1 Non.

2 Non.

3 D'après les dispositions du droit interne de l'Etat étranger qui règlent les cas de conflits de plusieurs législations.

b

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A a Non. Le renvoi n'est pas admis en Grèce. L'article 32 du Code civil stipule que «dans le droit étranger à appliquer ne sont pas comprises les règles de droit international privé du pays étranger».

B a Non.

b Non. Le droit de prélèvement pour les nationaux est inconnu en Grèce.

C a Non. La volonté du testateur ne joue aucun rôle sur le droit applicable.

b

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Oui. Article 28 du Code civil.

B

C a C'est la *lex successionis*, parce que les donations à cause de mort sont soumises à cette loi.

b La restriction s'effectue si la *lex causae* (*lex donationis*) le permet.

D a 1 Oui.

2 L'institution de prélèvement est inconnue dans la législation et la jurisprudence helléniques. Néanmoins, d'après l'opinion du professeur Maridakis (*Droit international privé*, p. 239), on peut demander le dommage-intérêt en monnaie.

b

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a Oui, la *lex hereditatis*.

b Non.

c Non.

d Non.

B a Oui.

b Oui.

c Oui.

d Oui.

C

D

Section III Compétence internationale en matière de succession

a Oui, articles 3 et 30 de la procédure civile.

Article 3: «1. Sont soumis à la juridiction des tribunaux civils les Grecs et les étrangers, s'il existe compétence du tribunal grec à cet effet. 2. Sont exemptés de la juridiction des tribunaux grecs, les étrangers qui jouissent de l'immunité de juridiction, à moins qu'il ne s'agisse de litiges soumis aux dispositions de l'article 29».

Article 30: «1. Les litiges concernant la reconnaissance d'un droit d'héritage ou le partage de la succession ou les actions de l'héritier contre le possesseur ou le détenteur de la succession, les actions nées de legs ou d'autres dispositions à cause de mort ou de la réserve héréditaire ou (les actions) contre les exécuteurs testamentaires relatives à l'exécution du testament sont soumis à la juridiction exclusive du tribunal dans la circonscription duquel le défunt avait son domicile lors de son décès, ou faute de domicile, sa résidence. 2. Les actions des héritiers, des uns contre les autres jusqu'au partage de la succession, les actions de tiers pour cause de dettes du défunt ou de la succession et les actions mobilières réelles qui ne sont pas comprises aux dispositions de l'alinéa 1, sont soumises dans les deux années qui suivent le décès du défunt à la juridiction exclusive du tribunal dans la circonscription duquel ce dernier avait son domicile ou faute de domicile, sa résidence.»

Néanmoins des mesures provisoires peuvent être prises en Grèce pour les biens de la succession situés sur le territoire hellénique (Voir Fragistas, *ErmAK*, article 120 de la loi d'introduction au Code civil, c, No 7, 8, 9). Les mesures provisoires sont possibles quelle que soit la nationalité du défunt.

b

c Non.

d En cas de litiges entre les héritiers et l'administrateur nommé par un tribunal grec, il y a compétence internationale sur la base des articles 3, 28 et 36 du Code de procédure civile de 1968.

Article 28: «Les litiges qui concernent l'administration qui a lieu sur ordre du tribunal sont soumis à la juridiction exclusive du tribunal qui a donné l'ordre; si l'ordre a été donné par une autre autorité judiciaire (lesdits litiges sont soumis) au tribunal dans la circonscription duquel cette autorité a son siège.»

Article 36: «Les litiges nés de l'administration qui a lieu sans ordre du tribunal peuvent être introduits également devant le tribunal dans la circonscription duquel l'administration a eu lieu.»

e 1 Non.

2 Non.

3 Non.

4 Non.

f Non.

Irlande/Ireland

Section I Determination of law applicable to the estate of a deceased person - Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY - SCISSION

A No.

B Yes. Estate is divided into movables and immovables.

C a Not applicable.

b Scission is final at the time of death and subsequent conversion will not affect the original character of the property.

1 The doctrine of substitution is applied. The personal representatives would be liable to the beneficiaries who suffer if immovable property is purchased in A with the movable assets of the estate governed by the law of B.

2 Yes.

3 Generally, the position appears to be that there is no scission in relation to liabilities. According to Rabel (*The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Volume Four (1958) at p. 441) all assets are liable to all creditors but each asset only according to the law of succession recognized in the country where it is situated. See also Dicey and Morris. *The Conflict of Laws* (Eighth Edition) at p. 582, and at p. 37 of the Commentary.)

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Not applicable.

B a The applicable law is the *lex situs* and not another law.

b The *lex domicilii* governs the distribution of (i.e. the succession to) movables while the *lex fori* governs the actual administration of the estate.

C a 1 Not applicable.

b The law of domicile applicable is based on the common law concept according to which domicile is determined by both factual and fictitious criteria.

2 The common law concept embodies domicile of origin and dependent domicile (e.g. of infants, married women and mentally ill persons). Incidentally, a legitimate child born after his father's death acquires the mother's domicile. Although domicile is normally determined in accordance with the *lex fori*, section 102(4) of the *Succession Act*, 1965 (implementing and following the final paragraph of Article 1 of the Convention on the Conflicts of Laws relating to the form of Testamentary Dispositions, done at the Hague, 5th October, 1961) provides that the determination of whether or not the testator had his domicile in a particular place shall be governed by the law of that place.

D a Not applicable.

b 1 Yes: one should refer to whichever of the systems that country would apply.

2 No.

3 No.

4 No.

c See answer to B 1.

§ 2 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Yes.

a Not applicable.

b Renvoi (which is sometimes 'double renvoi') is highly complicated. Although renvoi means reference back, it can also mean reference over. Where it means 'reference back' it can, in the opinion of some authorities, involve a vicious circle – 'logical mirror', 'international lawn tennis' and 'ping pong'. Fortunately, practice of the courts in various countries has ironed out difficulties arising where nationality and domicile principles have conflicted. Thus the movable estate of an Irishman domiciled in France is distributed in accordance with French law – in the French courts by renvoi and in the Irish courts as the law of the domicile. It appears that in Germany the courts have assumed that reference back must be accompanied by reference over to a third law. An Irish testator domiciled in Germany leaves immovables in England. The German rule refers to Irish conflicts law which refers over to English law as the *lex situs*. The inheritance law of England is therefore applicable in the German courts as well as in the Irish courts, although German conflicts law does not distinguish movables from immovables. The mechanism of the Hague Convention of June 1955 should certainly be examined to see if, as suggested in the Commentary, it could be applied to matters of succession. Many problems of renvoi could be avoided if municipal law al-

lowed a *professio juris*, as for example in Article 22 of the Swiss Federal Law of 1891 (NAG) as applied and extended by Article 59, Chapter II, of the Final Title of the Swiss Civil Code to Swiss nationals abroad and to foreigners in Switzerland. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, Third Edition (1950), suggests that there may be a renvoi from the national law to the domiciliary Swiss law, but this appears to be incorrect.

c See comments on b.

d Yes, but not invariably.

B a No.

b No.

C a No, except as regards interpretation of the testator's will. Irish law does not yet provide for a *professio juris*.

b Does not arise.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A Yes. The *Succession Act*, 1965, confers on the surviving spouse of a deceased testator a legal right share of a third or a half (depending on whether or not there are children of the testator also surviving). A child of the testator may apply to the court to have just provision made for him or her out of the estate if the testator has failed in his moral duty to make proper provision for the child, whether by his will or otherwise. Irish law allows the surviving spouse to elect between the legal right and rights under the will and on partial intestacy.

B Not applicable.

C a The legal right share and any provision made by the court for a child are payable immediately after the debts and in priority to gifts made by the will.

b Section 121 of the *Succession Act*, 1965, provides that where a deceased person has made an *inter vivos* gift (vesting in possession within three years of his death or thereafter) for the purpose of defeating or substantially diminishing the inheritance rights of his wife or children, the court may make an order the effect of which will be that the gift shall be reckoned as part of the estate out of which (1) the spouse may claim her legal right share and (2) a child may claim to have proper provision made for him by the court. (Cf. similar provisions in the French, German and Swiss Civil Codes).

D a Not applicable.

b 1 Yes.

2 Yes. See *Re Rea* (1902) I.R. 451, the criticism of which in J. H. C. Morris *Intestate Succession to Land in the Conflict of Laws* (1969) 85 L.Q.R. 339 appears to be misconceived. As to the specific example in the Questionnaire, Irish law can only be the law of A. Secundus, if he is a child of the testator, could claim provision from the Irish court, which in making a decision would take into account the position of each of

the children (*i.e.* Primus and Secundus) and any other circumstances (*e.g.* the bequest to Secundus of the property in country B).

3 The estate out of which the legal right of the spouse and any provision made for a child by the court are payable is the estate remaining after payment of all expenses, debts and liabilities (other than estate duty) – section 109 of the *Succession Act*, 1965. In the example, Irish law again could only be the law of A. The discretionary powers of an Irish court with regard to the claim of Secundus (a child of the testator) would be limited to the estate in Ireland. However, the non-availability of the foreign assets for the settlement of the liabilities would be a circumstance to be taken into account by the court in deciding on the claim of Secundus.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A As regards the need for and the nature of the administration the applicable law will be the *lex fori*, which will usually also be the *lex situs* of the assets. The *lex domicilii* will determine in the first instance to whom a grant of representation will be made except where the estate in Ireland consists solely of immovables, in which case the grant may be made to the person who would be entitled to it if the deceased died domiciled here. Thus, in general, the law of succession (*i.e.* the *lex domicilii*) will be called on to determine who will conduct the administration.

B For convenience, the questions that arise under this heading are dealt with under heading C.

C a 1 Yes.

2 No: a grant of representation under Irish law is necessary.

3 Yes.

4 Yes.

5 Assuming that the administration in Ireland is ancillary to the administration in the country where the deceased died domiciled, the Irish personal representatives will hand over the residue to the foreign administrator or to the person or persons who, according to the foreign law, take the place of personal representatives.

b 1 Yes, as far as Irish law is concerned.

2 No, but the Irish personal representative may seek to recover assets abroad by obtaining local authorisation.

D This hypothesis can only arise if the assets in Ireland consist of immovables: and the answers *infra* are framed accordingly.

a No.

b No.

c Where applicable, the law of A will be the determining law. The concept of undivided ownership is unknown in Ireland, except in a very limited sense. Under Irish Law a claim to a share as a legal right or on intestacy in the estate of a deceased person is a claim against the assets of the estate to a sum equal to the value of that share – section 46(6) of the *Succession Act*, 1965. However, section 56 of the 1965 Act provides for the appropriation of the matrimonial home to

the surviving spouse of the deceased in or towards satisfaction of any share of the surviving spouse, whether that share arises under a will, as a legal right or on an intestacy.

Section III International jurisdiction in matters of succession

The answers to the questions depend on whether succession is concerned with devolution and administration or with distribution of the estate.

a 1 Domicile is not, of itself, a basis for assuming jurisdiction in matters of administration. However, section 29 of the *Succession Act*, 1965, gives the High Court jurisdiction to make a grant of representation in respect of a deceased, notwithstanding that the deceased left no estate in Ireland. A 'no assets' grant is made where a person dies abroad domiciled in Ireland and the foreign court insists on a grant of the court of domicile as a preliminary to a foreign grant. It is also granted to facilitate a relative who proposes to sue for damages on behalf of the family of a person who is killed in an accident but leaves no assets.

b 1 Yes, insofar as both administration and distribution are concerned.

2 (1) Yes, insofar as administration is concerned.

(2) No, insofar as distribution is concerned.

c No, insofar as both administration and distribution are concerned.

d Yes, insofar as both administration and distribution are concerned. 'Devolution' as used in the Commentary appears to have been confused with 'Distribution'.

e 1 No, insofar as both administration and distribution are concerned.

2 No, insofar as both administration and distribution are concerned.

3 Yes; the forum of the situs of the assets insofar as administration of the assets is concerned. See answers ante to b.

f 1 No, insofar as administration is concerned.

2 Yes, but only where there is service out of the jurisdiction.

Israël/Israel

En général – La loi israélienne sur les successions de 1965 contient un chapitre réservé au droit international privé. La loi est cependant trop récente pour que les tribunaux puissent l'interpréter et se prononcer sur la plupart de ses dispositions. Il s'ensuit que les réponses au questionnaire sont parfois générales et pas toujours complètes.

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

La loi israélienne suit en principe le système de l'unité, dans ce sens qu'elle ne distingue pas entre biens mobiliers et biens immobiliers. Une atténuation importante cependant à ce système est admise par la loi, qui dispose

que lorsque des biens situés à l'étranger sont dévolus conformément à la loi de la situation, à l'exclusion de toute autre loi, c'est la loi de la situation qui gouverne la dévolution de ces biens.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

La loi successorale est en principe celle du domicile du défunt, sauf l'atténuation indiquée ci-dessus. Quant au domicile, il a été ainsi défini par l'article 135 de la loi:

«In this Chapter, the domicile of a person is the place in which his life is centered; a minor, a person legally incompetent and a ward are presumed to be domiciled in the place of domicile of their representatives within the meaning of the Capacity and Guardianship Law 5722-1962, so long as it is not proved that their life is centered in another place¹.»

Il y a lieu de noter que la loi israélienne sur les successions est d'application générale. Les intéressés peuvent cependant, s'ils sont tous d'accord, soumettre la dévolution de la succession au tribunal du statut personnel du défunt, qui pour les juifs est le tribunal rabbinique, lequel appliquera la loi religieuse, qui ignore les règles de droit international privé.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

Le renvoi n'est admis que partiellement.

La loi stipule en cette matière ainsi que suit:

«Notwithstanding anything in this Law, where the law of a particular State applies and such law refers to some other law such reference shall be disregarded and the domestic law of that State shall apply, provided that if the law of that State refers to Israel law, the reference shall be made and domestic Israel law apply.»²

La nationalité ou le domicile des héritiers ne peut entraîner ou provoquer une éviction totale ou partielle de la loi normalement applicable. La loi dispose cependant expressément qu'il n'y pas lieu d'appliquer une loi étrangère qui contrevient à l'ordre public ou qui fait une discrimination entre les héritiers en raison de leur race, religion ou nationalité.

Quant au défunt, il ne peut pas soumettre sa succession, par une déclaration de volonté, à une loi autre que celle qui serait normalement applicable.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

L'existence et l'étendue d'une réserve en faveur de certains héritiers ou au contraire une liberté plus grande de disposer par donation ou testament, dépend de la loi successorale. La loi israélienne consacre en principe la liberté de tester, mais elle admet en faveur de l'époux du défunt, de ses enfants et de ses parents s'ils sont nécessiteux un droit à des aliments, lequel est protégé dans la mesure indiquée par la loi, à l'encontre de dona-

¹ *Laws of the State of Israel*, Authorised Translation from the Hebrew, prepared at the Ministry of Justice, vol. 19, p. 80.

² *Laws of Israel*, *ibid.* p. 82.

tions entre vifs ou à cause de mort. Il ne semble pas que ce droit écarte l'application de la loi successorale lorsque celle-ci n'est pas la loi israélienne.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

Il semble bien qu'en matière d'administration la loi israélienne soit applicable, en tant que *lex fori*.

Section III Compétence internationale en matière de succession

La loi israélienne ne dispose en matière de compétence que pour Israël. Elle dispose à cet effet que les tribunaux israéliens sont compétents lorsque le défunt avait son domicile en Israël au moment du décès, ou avait laissé des biens dans ce pays.

Japon/Japan

Section I Détermination de la loi applicable à la succession - Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ - SCISSION

A Le droit japonais suit le principe de l'unité de la loi applicable à la succession.

B Non.

C a 1 Non.

2 Le principe de l'unité serait parfois atténué en pratique.

3 Aucune autre position ne serait possible.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A La loi successorale est la loi nationale du défunt.

C a 1 Si une personne possède à la fois la nationalité japonaise et une nationalité étrangère, c'est la nationalité japonaise qui prévaut.

Si deux nationalités étrangères sont en conflit, c'est la nouvelle nationalité qui prévaut.

Si deux nationalités étrangères en conflit sont acquises en même temps, c'est la nationalité effective qui prévaut.

2 Si une personne est apatride, la loi nationale est substituée par la loi du domicile.

A défaut du domicile, la loi de la résidence.

D a Si la loi nationale du défunt consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système et à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'avait le défunt avec l'une des législations composant ce système.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Oui.

a 1 Oui.

- 2 Oui.
- 3 Non.
- 4 Non.
- d Non.
- B a Non.
- b Non.
- C a Non.
- b Sans objet.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

- A Oui.
- C La restriction s'effectue si la loi successorale est contraire à l'ordre public international.
- D a 1. Oui.
- 2 Non.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

- A La loi successorale elle-même.
- B a Oui.
- b Cette question dépend de la loi successorale.
- c La loi successorale.
- d La loi successorale.

Section III Compétence internationale en matière de succession

En matière de succession, le domicile du défunt est admis comme chef de compétence internationale.

Luxembourg

Section I Détermination de la loi applicable à la succession - Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ - SCISSION

- A Non.
- B Le droit luxembourgeois admet le principe de la pluralité des lois applicables à la succession, en distinguant entre masses mobilière et immobilière.
- C a Sans objet.
- b La scission en masses différentes au moment de l'ouverture de la succession est considérée comme définitive en ce sens que la loi applicable n'est pas modifiée par la conversion des immeubles en meubles et inversement, intervenue après l'ouverture de la succession.

1 La loi applicable reste déterminée par la consistance des biens au jour de l'ouverture de la succession.

- 2 Oui.
- 3 Pas de jurisprudence, mais en droit luxembourgeois le passif successoral se divise de plein droit entre les héritiers. Il semble donc que le passif se répartisse sur l'ensemble des masses, les héritiers en étant tenu, en principe proportionnellement à leur part dans la succession. Les créanciers ont d'ailleurs le droit d'exercer leurs poursuites pour le tout sur l'un quelconque des biens à leur choix.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

- A Sans objet.
- B a La loi de la situation est applicable aux successions immobilières.
- b La succession mobilière semble devoir être régie par la loi du dernier domicile du défunt, quoiqu'il y ait une certaine tendance donnant la préférence à la loi nationale.
- C a Si la loi applicable devait être la loi nationale
 - 1 en cas de double nationalité, il faut tenir compte de la nationalité dont le défunt a effectivement fait usage, celle du pays avec lequel il possède les éléments de rattachements les plus prononcés. Si une des nationalités devait être la loi luxembourgeoise, celle-ci devra être retenue;
 - 2 en cas d'apatridie, il devrait être fait application de la loi du domicile conformément à l'article 12 de la Convention du 28 septembre 1954 sur les apatrides.
 - b Dans l'hypothèse de la soumission des successions mobilières à la loi du domicile, il faudra en principe tenir compte du domicile effectif. Ainsi, quoique l'article 13 du Code civil luxembourgeois connaisse toujours l'admission des étrangers à domicile par décision du Grand-Duc, on admet qu'ils peuvent néanmoins en l'absence d'une telle autorisation posséder au Luxembourg un domicile de fait auquel sont attachées toutes les conséquences juridiques de domicile.

A défaut de jurisprudence et de doctrine, il n'est pas possible de se prononcer sur le point de savoir si le domicile légal de la femme mariée et du mineur peuvent être retenus comme attributifs de compétence législative dans l'hypothèse où il serait différent du domicile réel.

D a La question ne s'est pas encore posée. En général, la jurisprudence luxembourgeoise admet le procédé du renvoi.

b La question ne s'est pas encore posée.

A défaut de pouvoir dégager de façon satisfaisante la loi applicable par le mécanisme du renvoi, il semble qu'il y ait lieu à application de la loi du for.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

- A Le renvoi au 1^e et 2^e degré est admis par la jurisprudence.
- a 1 Le renvoi est accepté.
- 2 Hypothèse sans objet, la loi luxembourgeoise s'appliquant de plein droit à la succession immobilière si les immeubles sont situés au Luxembourg.
- 3 Le renvoi paraît devoir être accepté.

4 L'hypothèse n'a pas encore été examinée en jurisprudence. Il semble que, puisque le mécanisme du renvoi n'aboutit pas à la détermination de la loi qui se reconnaît compétente, il faille appliquer, à titre subsidiaire, la loi du for.

b 1 Renvoi accepté, si le pays du domicile auquel renvoie la règle de conflits luxembourgeoise renvoie à son tour à la loi luxembourgeoise comme loi du domicile.

2 Dans ce cas, il n'y a pas de renvoi, mais compétence directe de la loi luxembourgeoise.

3 Renvoi accepté. S'il s'agit de la succession immobilière, la question n'est pas pertinente, la loi luxembourgeoise renvoie directement à la loi de la situation de l'immeuble.

4 Même réponse que *sub a*.

c 1 Renvoi accepté, si le pays de la situation de l'immeuble renvoie à la loi luxembourgeoise du domicile.

2 Sans objet.

3 Renvoi accepté.

4 Même réponse que *sub a*.

d Le système de la *foreign court theory* est inconnu en jurisprudence luxembourgeoise.

B a La nationalité des héritiers peut aboutir à écarter dans certains cas l'application de la loi étrangère normalement compétente sur les biens situés au Luxembourg. L'hypothèse se présente lorsque des cohéritiers luxembourgeois se voient discriminés par la loi étrangère et que l'égalité du partage est rompue à leur détriment. En vertu du droit de prélèvement que leur accorde la loi du 29 février 1872, ils peuvent alors demander à être indemnisés sur la part des biens situés au Luxembourg. A ce titre, la loi luxembourgeoise pourrait avoir une vocation subsidiaire à se substituer en partie à la loi normalement compétente. A défaut d'application jurisprudentielle, il ne pourra être donné d'autres précisions.

b Le domicile des héritiers n'a pas d'influence.

c La volonté du défunt ne saurait modifier la détermination de la loi applicable.

Section II Etendue du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A La réserve successorale et la quotité disponible sont régies par la loi successorale.

B Sans objet.

C a Les legs dépassant la quotité disponible sont réduits au marc le franc.

b En cas de dépassement de la quotité disponible par suite de donations entre vifs il y a lieu à réduction en commençant par les donations les plus récentes.

D a Sans objet.

b 1 Question pas encore examinée par la jurisprudence luxembourgeoise. Il semble que la détermination de la réserve doive se faire sur une masse unique,

la masse du calcul fictive prévue par l'article 922 du Code civil, alors surtout que le passif s'impute sur l'ensemble des biens même soumis à des lois différentes.

2 La réserve instituée par la loi successorale d'un pays doit être exigée intégralement sur la masse située dans ce pays.

3 Une réponse à cette question ne pourrait qu'être spéculative, la jurisprudence ne s'étant pas encore prononcée à ce sujet et aucune disposition de droit positif ne permettant d'indiquer une solution adéquate.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a La transmission héréditaire et l'administration de la succession semblent devoir être régies par la loi successorale, qui dans le système de la scission coïncide d'ailleurs le plus souvent avec la loi de la situation réelle. Les questions de procédure restent soumises à la loi du for.

B a La qualité et les pouvoirs des personnes ayant le droit d'administrer la succession doivent s'apprécier conformément à la loi successorale. Il a toutefois été décidé que les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire sont régis par la loi du lieu de l'ouverture de la succession. Cette loi étant en droit luxembourgeois celle du dernier domicile du *de cuius*, il n'est pas sûr que la Cour ait voulu écarter la loi successorale. A défaut d'une jurisprudence certaine, l'hésitation est permise quant à la prise de possession des biens. Logiquement, cette question devrait également obéir à la loi successorale, mais on pourrait justifier sa soumission à la loi de la situation réelle des biens.

b Les facultés d'option permettant de limiter les droits et obligations des ayants droit à la succession obéissent à la loi successorale.

c L'obligation et la contribution aux dettes obéissent à la loi successorale.

d La question ne doit guère présenter de difficultés alors qu'elle intéresse presque exclusivement les immeubles qui dans le système luxembourgeois sont régis par la loi de leur situation. Pour autant que la question puisse intéresser des biens meubles, comme le droit au bail d'une exploitation rurale, et les éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation d'un bien affermé, il semble qu'il y ait lieu également à application de la loi de la situation réelle. En effet les dispositions de la sorte comme celles introduites par la loi luxembourgeoise du 9 juillet 1969 modifiant et complétant les articles 825, 832, 2103(3) et 2109 du Code civil, règlent de façon impérative le statut de la propriété.

C Sans objet.

Section III Compétence internationale

a En principe, compétence est reconnue au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession qui est le lieu du dernier domicile du défunt.

b A côté de cette compétence générale, il faut retenir celle du tribunal de la situation des immeubles.

c En vertu des règles de compétence exorbitante des articles 14 et 15 du Code civil, les tribunaux luxembourgeois sont compétents, si l'héritier demandeur ou le défendeur possède la nationalité luxembourgeoise, même à défaut d'autre chef de compétence.

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A Yes, Norway follows the unity principle as regards the law of succession.

B No.

C a 1 This question is not quite settled in Norwegian law, and I have no certain information as to practice regarding this point.

2 No, not by statute or case law; as mentioned above (§ 1, C, a, 1) I have no certain information as to practice.

3 No, none to my knowledge.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A a No.

b Yes, the domiciliary law of the deceased.

c No.

B

C a

b 1 Yes.

2 No.

D a

b As far as I know, there is no generally accepted practice on this point in Norway. It is most likely that the problem has seldom, if ever, occurred.

c Being even less practical than the problem dealt with above (D, b), there is probably not any practice on this point in Norway.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A a

b 1 We have no statute or case law regarding this point, and there are different trends in legal writing and practice. But it is quite clear that we do *not fully accept* the renvoi; and there is a prevailing tendency of not accepting the renvoi *at all*. However, in legal writing the 'foreign court theory' has been advocated.

2 In this case, being contrary to the *unity principle*, the renvoi is not sanctioned by Norwegian law.

3 In this case Norwegian law probably accepts a renvoi to the national law of the deceased (renvoi to the second degree). As regards a renvoi to the law of the situs of immovable property, it is rather doubtful whether the renvoi is accepted, as it would be contrary to the unity principle (see § 3, A, b, 2).

4 In this case the renvoi is not accepted.

c

d It is possible that Norwegian law sanctions the application of the 'foreign court theory' (see § 3, A, b, 1).

B a No.

b No.

C a and b The question is not settled in Norwegian law.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A Yes.

B

C a The 'réserve' and the portion available for disposition are assessed from the assets left by the deceased at the moment of his death.

b The question is not settled in Norwegian law.

D a 1 Yes.

2 Yes probably.

b

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A a Yes, the law of succession, *i.e.* the domiciliary law of the deceased, decides whether the estate will pass to the heirs and be subject to a direct administration by them.

B At first I would like to point out that according to Norwegian law the court of the domicile of the deceased alone has jurisdiction to regulate the administration of an estate, even as regards assets situated in another country. The Norwegian courts, therefore, have jurisdiction if the deceased dies domiciled in Norway only, and they have no jurisdiction if he dies domiciled abroad. Consequently, the law of succession, being the domiciliary law of the deceased, will normally coincide with the law of the country in which the administration of the estate is organized. There is, however, one exception to this rule, as a Norwegian court can accept the administration of assets belonging to a Norwegian national dying domiciled abroad, if the country of domicile has refused to organize the administration of the assets.

a Yes.

b The law of succession.

c The law of succession.

d The devolution of immovable property is as a rule governed by the law of the domicile of the deceased (the law of succession). However, this rule is modified occasionally to regulate the method of distribution of farmland situated in Norway (see *supra* p. 41 in the Commentary on the Questionnaire).

Section III International jurisdiction in matters of succession

As mentioned above (Section II, § 2, B), the main rule is that the court of the domicile of the deceased alone has jurisdiction to organize the administration of an estate. – However, 'matters of succession', *i.e.* disputes

between heirs, legatees, etc., can be brought before Norwegian courts according to *our general rules of jurisdiction*. These rules are prescribed in the *Dispute Act* of 13th August, 1915. Some of them are quoted in Norwegian laws, published by the Royal Ministry of Foreign Affairs, 1963, see XVII-A-6, page 33-34. — Besides, there is a *special forum* for some matters of succession, § 30 in the *Dispute Act* (not quoted in Norwegian laws).

Pays-Bas/Netherlands

Section I Détermination de la loi applicable à la succession — Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ — SCISSION

A Oui.

B Non.

C a 1 La loi du 7 avril 1869 (S 56) contient la disposition suivante:

«En cas de partage entre étrangers et Néerlandais d'une succession renfermant à la fois des biens situés aux Pays-Bas et à l'étranger, les Néerlandais prélèvent des valeurs en proportion, au vu de leur part successorale, de la valeur des biens dont l'acquisition leur a été exclue par les lois ou usages étrangers.

Les valeurs sont prélevées sur les biens appartenant à la succession à l'égard desquels l'exclusion n'existe pas.»

Il y a lieu toutefois de remarquer que la doctrine néerlandaise limite l'application de cette règle aux seuls cas où l'exclusion étrangère se fonde sur le fait de la nationalité néerlandaise de l'ayant droit; on en tire la conséquence que la disposition ne s'applique que très rarement. Des données exactes sur la fréquence des cas où la disposition a en effet été appliquée font cependant défaut.

2 Cf. la réponse sous a, 1.

3 La nouvelle rédaction de la Loi Uniforme sur le droit international privé, annexée au traité Benelux du 3 juillet 1969 — dont la ratification n'est pas encore intervenue — est, sur ce point, plus large; son article 10 dispose:

«Si l'application d'une règle de droit international privé, en vigueur dans le pays de la situation des biens successoraux, a pour effet d'écarter en tout ou en partie celui qui eût été admis à faire valoir un droit sur ces biens en vertu de l'article précédent, les droits réels acquis par d'autres personnes conformément à cette règle sont reconnus valables.

Toutefois, celui qui a bénéficié de l'application d'une telle règle est obligé d'indemniser la personne exclue, dans la mesure du profit qu'il a retiré de cette application.

Les biens recueillis par l'effet de la règle de droit international privé visée au premier alinéa sont, entre copartageants, imputés sur la part revenant à chacun selon la loi nationale du défunt.»

b Sans application.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A a Oui. Il y a lieu cependant d'attirer l'attention sur l'exception qu'apportera à ce principe de la loi

nationale l'article 9 de la Loi Uniforme annexée au Traité Benelux mentionnée sous § 1, C, a, 3 du 3 juillet 1969, définissant le domaine d'application de la loi successorale comme suit:

«Les successions sont, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, la part qui leur revient, la réserve et l'obligation au rapport, soumises à la loi nationale du défunt au moment du décès. Par successibles il faut entendre les parents ou alliés à un degré successible et le conjoint. Cette loi détermine la validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires.

Lorsque la loi de la nationalité que le défunt avait au moment où il a fait une donation à ses héritiers, les dispense en tout ou en partie du rapport, celui-ci n'est dû que dans la mesure fixée par cette loi.

La liquidation et le partage de la succession, y compris les règles concernant l'exécuteur testamentaire, l'acceptation et la renonciation, le rapport des dettes ainsi que le mode suivant lequel le rapport des libéralités est effectué, sont soumis à la loi du dernier domicile du défunt.»

b

c

B

C a 1 En droit néerlandais une tendance générale se fait remarquer selon laquelle, en cas de double nationalité la loi de la nationalité (la plus) effective doit être appliquée; et cela même lorsque la nationalité néerlandaise est en jeu.

2 La dévolution est régie par la loi du dernier domicile.

b 1 Dans la mesure qu'il entre en ligne de considération (par exemple, conformément à la réponse donnée à la question C, a, 1) le domicile est déterminé, en général, sur la base des circonstances de fait.

2 Oui.

D a 1 à 3 Ici il y a lieu de distinguer entre deux propositions. Dans la première, qui semble être visée en premier lieu par la question, le droit de l'Etat plurilégislatif conclut à l'application de l'une ou l'autre des lois internes des Etats composant l'Union. Ces cas sont traités dans les réponses données aux questions D, a, 1 et D, a, 2. Dans l'autre hypothèse le système plurilégislatif ne désigne pas comme compétente l'une de ces lois internes et il se peut que la succession soit régie par une loi étrangère à ce système, en vertu d'une règle de droit international privé. Ce cas est traité sous D, a, 3.

D a 1 Lorsque le droit fédéral déclaré applicable contient une règle renvoyant à la loi de l'un des Etats composant l'Union, telle règle sera, en principe, observée. Il ne paraît guère justifié, cependant, d'utiliser pour ce procédé intellectuel le terme technique de «renvoi».

2 Au cas où le droit fédéral en question ne contient pas une telle règle, on cherche à établir la loi avec laquelle existent, en l'espèce, les rattachements les plus forts.

3 Si le droit fédéral de l'Etat plurilégislatif contient une règle de droit international privé prescrivant l'application de la loi du domicile l'application des alinéas 2 et 3 de l'article 11 de la Loi Uniforme Benelux précitée peut entraîner un «quasi-renvoi». Si le droit fédéral est tacite sur la règle de conflits à suivre, la règle formulée sous D, a, 2 sera probablement suivie.

b Lorsque le droit en vigueur au domicile est composé de systèmes différents dont l'application dépend de critères de religion ou de race, les règles de ce droit destinées à désigner le système applicable seront observées.

c Il est difficile de donner à cette question une réponse fondée en droit positif. Un tel cas ne semble pas avoir fait l'objet d'une décision néerlandaise.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Le droit positif néerlandais n'admet pas le renvoi: toujours est-il que les alinéas 2 et 3 de l'article 11 de la Loi Uniforme Benelux - une fois en vigueur - entraîneront des exceptions à la règle générale (à savoir l'application de la loi nationale du défunt) lesquelles conduiront à des résultats très proches de ceux du renvoi.

a 1 à 4

b

c

d

B a Non.

b Non.

C a Non.

b

Section II Étendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Oui.

B

C a b Ces questions seront régies par la loi déclarée applicable.

D a 1, 2 Ces questions seront régies par la loi successorale.

b

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A On applique la loi visée sous d de la question.

B

C

D Il n'est guère possible de donner des réponses aux questions a, b et c, le droit positif sur ce point n'étant pas clairement arrêté.

Section III Compétence internationale en matière de succession

a Oui, mais en jurisprudence et en doctrine des tendances à élargir les bases de compétence se font jour.

b 1 En principe non, mais des tendances en sens divergent se font jour.

2 Non; la même remarque que celle formulée sous a s'applique.

c à f Non.

Remarque générale relative à la Section III:

Le résultat auquel conduit le droit positif néerlandais sur ce point ne donne qu'une image partielle. Dans l'administration de la justice néerlandaise la procédure sommaire et spéciale du «kort geding» (à comparer à la procédure en référé du droit français, mais avec des pouvoirs plus amples pour le Président du tribunal) joue un rôle de plus en plus important. La compétence du Président se fonde sur un critère territorial, ce qui fait que devant lui des actions peuvent être intentées dans des cas d'espèce où on ne trouvera pas de tribunal compétent dans sa circonscription.

République Arabe Unie/United Arab Republic

Section I Détermination de la loi applicable à la succession - Loi successorale

1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ - SCISSION

A et B La RAU suit le principe de l'unité des lois applicables à la succession. L'alinéa premier de l'article 17 du Code civil consacre son texte à l'établissement de ce principe en édictant «les successions, testaments et toutes les dispositions à cause de mort seront régies par la loi nationale du *de cuius*, du testateur ou du disposant au moment du décès».

C a La loi de la RAU ne connaît pas un droit de prélèvement sur les biens locaux au profit des ayants droit lésés par l'application de la loi étrangère. Cependant les dispositions législatives en vigueur en matière de cessation de l'indivision par le partage admettent, conformément à l'article 837, alinéa 1 du Code civil, au cas où il s'avère au tribunal par devant lequel l'action en partage judiciaire est intentée que le partage ne peut pas être effectué sur la base de confection des lots, de fixer directement la part de chaque copropriétaire. La Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mai 1956, ainsi que la doctrine sont d'accord pour reconnaître ce moyen de partage nonobstant la non-acceptation de tous les copartageants toutes les fois que le tribunal de fond estime, à l'aide des experts, l'impossibilité ou même la difficulté de recourir au partage sur la base de la confection des lots. Quoique la question de l'existence d'une partie des biens partageables à l'étranger n'ait pas été abordée comme cause qui soulèverait l'impossibilité ou la difficulté de partage par la confection des lots et conduirait à la fixation directe de la part du copropriétaire qui serait lésé par l'application de la loi étrangère en prélevant sa part en entier dans les biens locaux, il est cependant possible d'envisager la solution susmentionnée, l'équité et la pratique militant en sa faveur.

C b Sans objet.

2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A a C'est la loi nationale du *de cuius* au moment du décès qui régit les successions; s'agissant en effet des règles qui relèvent des conceptions qui intéressent la famille et rentrent dans le domaine des statuts personnels.

A *b* et *c* Sans objet.

B *a* et *b* Sans objet.

C *a* Cette question est résolue par l'article 25 du Code civil de la RAU qui édicte «En cas d'apatridie ou de pluralité de nationalités, la loi à appliquer sera déterminée par le juge. Toutefois, la loi égyptienne sera appliquée si la personne possède, en même temps, la nationalité égyptienne, au regard de l'Égypte, et, au regard d'un ou de plusieurs États étrangers, la nationalité de ces États». Selon ce texte, le juge possède un pouvoir discrétionnaire en cas de conflits des lois sur la nationalité, sauf au cas où la nationalité de la RAU est parmi celles qui sont en conflit. En effet, le juge doit recourir, dans ce cas et pour ce qui a trait à la loi successorale, à l'application de la loi de la RAU si le *de cuius* a plusieurs nationalités dont celle de la RAU. Il est de règle en jurisprudence et en doctrine dans la RAU qu'à part la restriction ci-dessus mentionnée, le juge doit appliquer la loi de la nationalité de fait du *de cuius* en cas de pluralité de nationalités et la loi de la nationalité de son domicile s'il est apatride.

C *b* Sans objet.

D *a*, *b* et *c* En vertu de l'article 26 du Code civil de la RAU «Lorsque les dispositions relatives aux règles de rattachement prévues par les articles précédents renvoient au droit d'un État dans lequel existent plusieurs systèmes juridiques, le système à appliquer sera déterminé par le droit interne de cet État». Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de renvoi dans le sens connu en droit international privé, lequel est prohibé d'après les dispositions législatives de la RAU, mais plutôt de la détermination de la règle de fond applicable en la matière dans un système juridique plurilégislatif dû à la non-unification territoriale ou personnelle. La jurisprudence et la doctrine admettent conformément au texte susmentionné le recours aux règles internes de la loi étrangère et ce sans réserve aucune quant à la recherche de la règle qu'elles désignent pour être appliquée au litige.

3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Aux termes de l'article 27 du Code civil de la RAU «En cas de renvoi à une loi étrangère, ce sont les dispositions internes qui devront être appliquées à l'exclusion de celles du droit international privé». C'est bien dans le cadre de ce texte qu'on trouve la réponse aux questions ci-présentes.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIBERTÉ DE TESTER

Tout ce qui a trait à ces questions est résolu par la loi successorale conformément à l'article 17 du Code civil. Il va donc de soi que s'il existe dans la loi de la RAU une réserve en faveur des héritiers, cette réserve ne peut pas être envisagée si la loi applicable n'est pas celle de la RAU.

2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE, ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

C'est en principe la loi successorale qu'on applique en ces matières avec certaines réserves concernant le droit

des tierces personnes et l'application de la loi réelle pour les biens successoraux immobiliers.

Section III Compétence internationale en matière de succession

La loi de procédure qui était en vigueur dans la RAU depuis 1949 disposait en cette matière de l'article 860 qui édictait «Les tribunaux civils égyptiens sont compétents en matière de succession lorsque tous ou certains des défendeurs ont leur domicile en Égypte, lorsque tous ou certains des biens de la succession se trouvent en Égypte et que le *de cuius* est un Égyptien, ou que tous ou certains de ses hoirs sont des Égyptiens, ou lorsque tous ou certains des biens de la succession se trouvent en Égypte et que le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte n'est pas compétent selon la loi applicable». Mais ce texte a été remplacé dans la loi de procédure de 1968 par un autre qui reconnaît la compétence aux tribunaux de la RAU toutes les fois que les biens successoraux se trouvent en tout ou en partie dans la RAU sans condition aucune concernant la nationalité du *de cuius* ou ses hoirs s'ils sont ressortissants de la RAU ou étrangers.

Royaume-Uni/United Kingdom

Part A – In respect of the law of England and Wales

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A No.

B Yes – but see the criticism by Dr J. H. C. Morris (1969) 85 *Law Quarterly Review* 339–371.

C *a* Does not apply.

b 1 Generally speaking, the nature of the property at the time of the death of the deceased counts: *Re Berchtold* [1923] 1 Ch. 192, and any change in the nature of the assets in consequence of any disposition after the death of the *de cuius* is irrelevant.

Exceptionally, where a settlement of land existing prior to the death of the *de cuius* is English and the assets are in England, movables representing the proceeds of the sale of the settled land before the death may be treated as land for the purposes of the settlement *Re Sutcliffe* [1940] Ch. 565, *Re Cook* [1936] S.R. N.S.W. 186. If the settlement is foreign, the doctrine of substitution, even in this limited sense, does not apply, although the proceeds of the sale of foreign land are represented by moneys in England. *Re Middleton's Settlement* [1947] Ch. 583, affirmed [1949] A.C. 418.

2 The estate also includes benefits and income derived from it after the death of the *de cuius*. The question how this residue is finally distributed will be discussed below (§ 2).

3 In principle (subject to the observations below (ii) and (iii)) the separation of estates operates also in respect of liabilities.

The problems set out in the Commentary to the Questionnaire (*supra* p. 21 *b* last paragraph) have not yet arisen in practice.

There are good reasons for this:

As regards the distribution, it must depend upon whether the beneficiaries are the same in both countries or not.

i If there is one single will, appointing the same persons beneficiaries for both estates, no problem arises. This is also true if the same persons are beneficiaries on intestacy. If there is one will appointing different beneficiaries, or two wills appointing separate beneficiaries, or if the beneficiaries on intestacy differ according to the law applicable to the two separate estates, it is the duty of the respective personal representatives to distribute the residue as they find it after clearing off the debts. The beneficiaries are not entitled, in the latter situation, to apply to the personal representatives in the other country, where they are not entitled to a share, to indemnify them.

ii Any attempt to equalize the burden of liabilities must be made by the personal representatives before distribution to the beneficiaries, and they can do so, apparently in two circumstances only:

aa If a testator leaves property in countries A and B and provides expressly which estate is to bear the burden of particular debts, the personal representative of the estate in A, who has paid the debt which the testator wishes to be borne by the estate in B can recoup himself from the personal representative in country B in accordance with the terms of the will [*Re Scull, Scott v. Morris* (1917) 87 L.J. Ch. 59].

bb According to the *Finance Act* 1894 s. 9(1) an English personal representative who is liable to pay estate duty in respect of assets of the deceased abroad, even if their control is vested in other executors etc. abroad, is entitled to a charge on the foreign property and may recover the excess paid by him from the foreign trustees or owners (s. 9(4)). [*Re Manchester, Duncannon v. Manchester* (1912) Ch. 540].

In practice, this remedy is of little use, unless the foreign personal representative or heir is subject to the jurisdiction of English courts, or submits to it, and there is property in England on which execution can be levied, or unless the foreign assets are transferred to England. The claim as such will not be enforceable abroad, since it is based on English revenue legislation. [See *Franks* (1954) 104 *Law Journal* 563.]

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Does not arise.

B *a* 1 Yes.

2 No.

b 1 No.

2 Yes. As far as distribution (succession) is concerned.

3 Yes, as far as administration of the estate *before* distribution is concerned.

4 No.

C *a* Does not arise.

b 1 There are three types of domicile: domicile of origin, domicile of choice and domicile of dependence.

aa Domicile of origin – is acquired on birth and subsists until the person establishes a domicile of choice in the conditions set out below *bb*. The domicile of origin revives, if a domicile of choice is abandoned and no new domicile of choice is acquired.

bb Domicile of choice – can be established by a person over 18 years of age, if he resides in a country with the intention of staying there permanently or indefinitely.

cc Domicile of dependence – applies to children under age, who follow a new domicile which their parents (*i.e.* father, if legitimate, mother, if illegitimate) may acquire. It also applies to married women.

In reply to the observations in the Commentary to the Questionnaire¹ it must be pointed out that in matters of succession the legal unity of husband and wife, despite a factual separation of long standing, is likely to be respected. [See *Re Scullard* (1957) Ch. 107.] Lunatics are in a somewhat special position.

2 Yes, the domicile of origin and that of married women (above 1 *aa* and *cc*).

D In reply to the Commentary to the Questionnaire¹ and the observations on *Re O'Keefe* (1940) Ch. 124 it must be pointed out that similar cases are unlikely to arise in the future, if the parties plead their case with due observation of the applicable foreign law. *Re O'Keefe* concerned renvoi from the law of domicile (which was Italian) to the *lex patriae* (which was British). There is no British law and no uniform system of private international law applicable to British subjects. The question as to what law is applied according to the *lex causae* (Italian) if the *lex patriae* cannot be ascertained is, properly analysed, a question of Italian, and not of English private international law.

[See, *e.g.* De Nova, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi* (1940) pp. 107 ff; *Festschrift für Leo Raape* (1948) 67 ff; *Ann. dir. comp.* 26 (1950) 25 ff; *Hague Recueil* 118 (1966, II) 545–549; Lipstein, *Giur. comp. di diritto internazionale privato* 11 (1952) III.]

In the circumstances, Italian law as the law of the last habitual residence should have been applied in accordance with Italian practice. [See De Nova, *loc. cit.*]

The answer must, therefore, be –

a Does not arise directly in the United Kingdom, but see above Introductory Remarks to D for the case where Italian law refers to the national law of a British subject.

b 1 Yes. See *Casdagli v. Casdagli* (1918), p. 89 at 110, approved (1919) A.C. 145, 169, 175, 194, 202. *Bartlett v. Bartlett* (1925) A.C. 377 *Kotia v. Nahas* (1941) A.C. 403, 412 ff.

If the domiciliary law is a composite legal system, that law should be applied which forms part of the domiciliary law and governs the person concerned.

2 No – recourse to this notion has been rejected above (Introductory Remarks to D) as unnecessary in practice.

3 No – there is no need, since the law of the domicile provides a material solution by providing a special legal system for the category or type of person concerned.

4 No.

¹ See *supra* p. 25.

It is noted that the Questionnaire seems to assume that a reference to a domiciliary law consisting of a composite system of law introduces first a reference to the domiciliary law and a second reference on to the personal law. However, in this situation the respective personal law is the law of the domicile, in so far as it regulates the position of this particular category of persons, and no second choice of law is involved after the initial reference to the law of the domicile.

c According to the conclusions above D a and b the answer must be as follows –

aa If the *forum* refers to the national law and the latter consists of a territorial plurilegislative legal system without providing for a uniform (federal) scheme of private international law, the reference by the forum to the *lex patriae* fails, and a subsidiary connecting factor (such as residence, forum) is normally provided by the private international law of the forum. It is irrelevant as such that the person is domiciled elsewhere.

bb If the *forum* refers to the law of domicile, which consists of a composite interpersonal system of laws, the observations above b (1) apply. It is irrelevant that the *lex patriae* differs from the *lex domicilii*. No question of renvoi arises in either case.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A a Does not arise.

b In the law of succession the doctrine of renvoi is applied by way of a reference back (*Rückverweisung*, remission) or (probably) by way of a reference on (*Weiterverweisung*, transmission).

c Renvoi is accepted: *Re Duke of Wellington* (1948) Ch. 118; affirming (1947) Ch. 506. Although no case on the exact facts indicated in the Questionnaire has arisen as yet (reference to the law of C), it is believed that the courts will apply transmission (*Weiterverweisung*) in those circumstances.

d Yes – at least in the private international law of succession.

B a No.

b No.

C a The deceased cannot, by a declaration in his will, determine that a legal system other than that which normally applies is to govern the essential validity of his will. A testator can, however, determine whether a law other than that which is normally applicable is to determine the interpretation of his will. [*Dacey and Morris, Conflict of Laws* (8th ed. 1967) Rule 102, pp. 605–609.]

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A English courts will take cognisance of restrictions imposed by the law of the foreign domicile of the deceased, if the succession is governed by that law, *i.e.*, if it consists of movables situated in England.

In the converse case, *i.e.* where foreign courts apply English law as the law governing the succession, these

courts will labour under some difficulty, since the restrictions imposed upon the deceased are limited not only *ratione personae*, but also *ratione loci* and leave the decision in the discretion of the courts. The restrictions imposed by the *Inheritance (Family Provision) Act 1938*, the *Intestates' Estates Act 1952* and the *Family Provision Act 1966* apply only to a *de cuius* who died domiciled in England. Thus if the testator died domiciled in England leaving immovables abroad, the Acts do not apply even if the foreign *lex situs* refers to English law. And if a *de cuius* died domiciled abroad leaving immovables in England, with the result that English law applies as the *lex situs*, the English Acts do not apply either. The latter principle does not apply in some countries of the Commonwealth.

B See A.

C a This must depend upon the nature of the foreign law which is applicable as the law governing the succession. If the latter reserves proprietary interests in certain assets of the estate for the benefit of certain heirs (as the 'réserve' according to French law purports to effect) such rights will have to be respected by the English personal representatives after the debts have been cleared off. If the foreign law applicable as the law governing the succession creates claims in the nature of an obligation (such as German law does), the English personal representative will have to satisfy these claims, so it would appear, *pari passu* with the claims of the other creditors before any distribution takes place.

b The fact that the law governing the distribution of the estate (the law governing the succession) includes a 'réserve' of a proprietary character will not affect the validity of gifts *inter vivos* made by the testator in respect of movables situated in England. [*Cf. Matrimonial Causes Act 1965* s. 32(4).]

D a Does not arise.

b 1 If there are separate estates in various countries the 'réserve' and similar restrictions are apparently calculated separately for each aggregate [*Re Rea* (1902) 1 Ir.R.451; *Re Ralston* (1906) Victoria L.R. 649] and see *Morris* (1969) 85 L.Q.R. 338, at pp. 349–352 and the examples at pp. 349–352.

2 If the 'réserve' is of a proprietary character, Secundus cannot both take his interest in the immovable situated in B and claim his 'réserve' in the immovable situated in A, despite the fact that the latter had been devised exclusively to Primus.

The reason for this conclusion is that the English doctrine of election applies. If a testator makes a will disposing of immovables in England and of immovables abroad or dies domiciled in England disposing of movables in England and of immovables abroad and gives the property of Secundus to Primus, while leaving some of the testator's assets to Secundus, the latter must elect between *either* claiming his own property given by the will to Primus, or of taking the property given to him by the will, at least to the extent that the value of the testamentary gift does not exceed the value of his own (Secundus) property given by the testator to Primus, and otherwise subject to compensation. See *Dacey and Morris*, pp. 539–543 and Illustrations 2 and 4.

The same applies if he disposes of movables only, provided the law of the testator's last domicile requires election. It is clear that the doctrine of election is based on the assumption that the beneficiary's property has been given to another by the will.

Consequently it does not apply if the 'réserve' is not a proprietary interest but merely gives rise to a claim in the nature of a contractual right (as it does in German law). Thus in the case given at p. 6 b (2) of the Questionnaire¹, if there is land or movable property in England and land abroad, and Secundus, who is given the assets in England claims a legitimate portion abroad, he *aa* can claim his 'Pflichtteil' under German law against Primus, if the assets abroad are situated in Germany, and reclaim his full interest in the assets in England, since he is merely a creditor in Germany.

bb can claim his 'réserve' under French law against Primus, if the assets abroad are situated in France and is put to his election in England, or if the assets abroad recovered by Secundus exceed the value of the estate in England, pay compensation to Primus out of the English assets.

The result is not entirely satisfactory, since it depends upon the characterization of the claim to the portion abroad.

3 It determines the residue from which the 'réserve' must be calculated. In the example given in the Questionnaire¹ the law of A applies to the movable estate in A and the law of B applies to immovable estate in B.

aa If the law of England is the law of A and foreign law the law of B, the discretionary powers of English courts are limited to whatever the residue may be in England, after the debts have been cleared off in England, since English courts have no jurisdiction over land abroad, and English personal representatives as such have no standing abroad. If the latter obtain possession of assets situated abroad English courts may perhaps compel them to carry out the testator's will, once the administration abroad has ended.

In the converse case - where the English estate consists of immovables and the foreign estate of movables, no claim even to a discretionary portion, lies in England.

bb The possibility that an English court must consider the position where assets are both left in two foreign countries A and B is too remote to deserve a lengthy discussion.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS; ADMINISTRATION OF THE ESTATE

As will be shown in the present paragraph and in the Appendix to the Answers, the question posed here, namely

Which law will decide whether the estate or assets in the estate will pass to the heirs, and be subject to a direct administration by them, or whether there will be an administration judicially supervised independent of the heirs?

does not touch fully the problem, the answer to which is sought here.

Whenever there are assets of a deceased person in a common law country it is necessary to institute an administration. The person entrusted with the administration is either the executor appointed by the deceased

¹ See *supra* p. 13.

in his will or, if the deceased has failed to appoint an executor or has died intestate, an administrator. The appointment of an executor is confirmed by the Probate Division of the High Court, but the estate vests in him on the death of the testator.

An administrator is appointed by the Court, and the assets vest in him from the time of the appointment. The term 'personal representative' embraces both categories, executors and administrators.

At this stage the function of the court normally ceases, but it is possible to bring the administration into the court by the introduction of an administration action (*R.S.C. Order 85*, rules 1, 5) or by an application to determine specific matters affecting the estate (*R.S.C. Order 85*, rule 2).

In a purely English succession a beneficiary (heir) may well be entrusted with the administration of the estate either because he has been appointed executor by the deceased in his will or because he has been appointed administrator by the court. Rule 21 of the Non-Contentious Probate Rules provides that the administrators are to be appointed by the court from the following persons in this order: the surviving spouse, the children, the parents, brothers and sisters of the whole blood or their issue, brothers and sisters of the half blood or their issue, grandparents, uncles and aunts of the whole blood or their issue; uncles and aunts of the half blood or their issue, in default of these the Crown, if claiming *bona vacantia*, and finally any creditor.

Where the deceased died domiciled outside England and left a will appointing an executor or a person whose functions are comparable to those of an English executor, Probate will be granted to this person in England. Otherwise the person entrusted with the administration of the estate by the court having jurisdiction at the place where the deceased died domiciled or who is entitled to administer the estate by the law of the place where the deceased died domiciled will be appointed administrator in England (Rule 29 *a* and *b*, subject to the minor exceptions in *c* and *d*). If the estate consists exclusively of immovables situated in England, a grant limited to those assets may be made to the person entitled to the administration according to English law (Rule 29, Proviso *b*).

Thus, generally speaking, the *lex situs* of the assets, which is also the *lex fori*, must determine the form of the administration and the duties of the personal representative to collect the assets, to admit debt, and, in particular, to determine the order of priority to pay the debts and taxes and to administer the estate before distribution. (*Dacey and Morris*, Rule 92, p. 581).

But in selecting the person of the administrator the court will have regard to the law of the domicile of the deceased (which is the law governing succession to movables) when it comes to determine who is to be appointed administrator.

«The duty of administration is to be discharged by the courts of this country, though in the performance of that duty they will be guided by the law of the domicile»: *Enohin v. Wylie* (1862) 10 H.L.C. 1, at p. 19.

This means that 'where a person dies domiciled in a foreign country, the court will generally make a grant to his personal representative under the law of such foreign country' (*Dacey and Morris*, Rule 88, p. 572) and in such a case the administration in England is regarded as ancillary to the principal administration abroad (*Dacey and Morris*, p. 573).

The division of the question into A, B (application of the law governing the succession) and (application of the *lex fori* or the *lex situs*) to be answered in the alternative is, therefore, not entirely apposite in Common Law countries.

A (i) *Need for an administration*

The *lex situs* (which is also the *lex fori*) determines whether an administration must be carried out in the sense that the estate is kept as a separate mass pending the collection of the assets and the payment of the debts or, if the estate is insolvent, the institution of bankruptcy proceedings.

Thus the answer is, to the extent formulated above (i) –

c Yes.

b Yes.

(ii) *Appointment of personal representative*

In the case of an estate in England consisting of movables the *lex domicilii* of the deceased must determine in the first place who is to be entrusted with the administration either as an executor under a will, or on intestacy as a person entitled according to the law of the last domicile of the deceased to take possession of the estate.

In the case of an estate in England consisting of movables and immovables (the distribution of the latter being governed by English law) reasons of convenience have led to the same practice. [*In the goods of Meatyard* (1903), p. 125, *Dacey and Morris*, p. 574.]

In the case of an estate in England consisting of immovables only, however, the person who would have been entitled, if the deceased had died domiciled in England may obtain a grant limited to the estate consisting of immovables. [*Non Contentious Probate Rules* 1954, r. 29. Proviso b. *Dacey and Morris*, p. 574.]

Thus in general, the law governing the succession itself may be called upon to determine who is to be entrusted with the administration.

Thus the answer is to the extent formulated (ii)

a and d: Yes.

A As shown above, Preliminary Observations to § 2, the question formulated in B and C overlap to a certain extent, since according to English law the law governing the succession is relevant even if the administration of the estate is carried out in England, in order to determine who is to be appointed personal representative in England and how the estate is to be distributed. Thus the answer might be given, in part, under the heading B and in part under the heading C. For the sake of convenience they will be given under C alone.

C a 1: Yes: see § 2, A

2 No: a grant of probate or of letters of administration by an English court is required.

3 Yes.

If a testator who died domiciled abroad has appointed an executor or executors and the powers of an executor according to the foreign law governing the succession are more restricted than those of an executor to English law, the foreign executor will be granted letters of administration *cum testamento annexo* which are limited so as to approximate to the power given by the foreign law concerned. [*In the goods of Briesemann* (1894), p. 260; *In the goods of von Linden* (1896), p. 148; *In the goods of Groos* (1904), p. 269, 273.] Consequently, if by the law of the last domicile of the deceased the heir has the powers equivalent to an English personal representative, he will be given the powers of an English personal representative in England. [*In the goods of von Linden* (*supra*)].

And if a foreign testator, according to the law of whose domicile an executor has more limited powers than an

English executor, has appointed an executor with the intention of giving him the powers of an English executor (which happens in particular when he makes a separate will disposing of his estate in England), the executor will be treated on the same footing as an English executor. [*Re Goenaga* (1949), p. 367. Lipstein (1949) 26 *British Yearbook of International Law*, p. 484–490.]

4 Yes, the rights and duties of a personal representative appointed in England will be determined by the *lex fori*, English law, subject to the possible restrictions imposed on executors set out above (3).

In so far as the debts of the estate are concerned, it must be remembered that in Common Law systems the debts must be paid before distribution takes place. The heir (in the meaning of a Civil Law system) is a legatee in England. If the debts exceed the assets, the estate is administered as a bankrupt estate. Theoretically it is conceivable that creditors of the English estate could sue foreign heirs who are personally liable under the foreign law governing the succession. In practice, this is unlikely to occur, even if English courts should have jurisdiction. Either the creditors have been satisfied or the liabilities will have been discharged with the termination of the bankruptcy proceedings. Thus, in practice, the foreign law governing the succession determines the rights of the beneficiaries, but not their obligations. The (theoretical) possibility cannot be overlooked, however, that English creditors may sue the beneficiaries (heirs) abroad, if the latter are liable for the debts of the deceased under the law governing the succession.

5 If the principal administration is carried out in England because the deceased was domiciled there, the English personal representatives will distribute the estate to the beneficiaries. But if the administration in England is ancillary, either because a principal administration exists in the foreign country where the deceased died domiciled, or, in the absence of such administration, because the beneficiaries (heirs) abroad are entrusted by the law governing the succession with the functions which in England are exercised by the personal representatives, the English personal representatives will hand over the balance to the foreign domiciliary administrator or to the person or persons who according to foreign law fulfil the functions exercised in England by the personal representatives [*Re Achilopoulos* (1928) Ch. 433.]

Thus the balance of the estate transferred abroad may revert into property held in individual ownership by the heirs under the foreign *lex domicilii* of the deceased. However, the courts in England have a discretionary power to order that the estate is to be distributed by the personal representatives in England. They have done so, if at the place of the principal administration abroad the estate is administered as an insolvent estate and the claim of creditors who could have proved in England are time barred in England but not abroad, or if the English administration is based on a will which is valid in form according to English private international law but not according to the foreign *lex domicilii*. [*Re Lorillard* (1922) 2 Ch. 658; *Dacey and Morris* p. 582; *Re Manifold* (1962) Ch. 1.]

The latter situation is unlikely to occur again after the adoption of the Hague Convention on the Form of Wills.

b 1 Yes. This is primarily a problem for the law of the country where the assets are situated. From the point of view of English private international law, the powers of an English personal representative are re-

stricted to assets in England (*Dacey and Morris*, Rule 91).

2 No. The English personal representative may take steps to recover assets abroad, but the English grant of probate or of letters of administration does not purport to operate as such. It is true that an order for the judicial administration of the estate will not be normally confined to English assets. [*Stirling - Maxwell v. Cartwright* (1879) 11 Ch. D. 522; *Ewing v. Orr-Ewing* (1893) 9 App. Cas 34, 39, 46.]

But the English personal representative is not under a duty to claim the assets abroad (notwithstanding the statement in *Dacey and Morris*, pp. 578-580). The statement by Harman J. in *Re Fitz-Patrick* (1952) Ch. 86 and the authorities cited there only indicate that in certain circumstances, namely when the assets in England are insufficient to pay the debts, the personal representatives 'need . . . to satisfy themselves that they have sufficient assets to pay the debts here'. In conclusion, Harman J. said: 'I must, therefore, hold that it is not the duty of executors as such to go to the foreign country, where incidentally they have no standing at all and obtain these chattels and bring them back here. . . . ' (p. 89).

The English personal representative *can*, however, claim the assets abroad, especially if the English administration is the principal administration or if under the rules of private international law of the foreign *lex situs* English law applies and the English personal representative alone is given a *locus standi* to claim the assets abroad. In order to provide for this situation, which presented difficulties abroad when no personal representative had been appointed in England, because no assets were located in England, s. 2(1) of the Administration of Justice Act 1932 was enacted. Exceptionally, a personal representative can be appointed in England even if he has no function to exercise in England (a so called 'nil grant'). This can only mean that he requires the grant because he wishes to claim assets abroad, where the *lex situs* refers to English law as the *lex patriae* or the *lex domicilii* of the deceased and will only recognise the title of the person who can claim the estate according to English law.

Consequently the problem discussed by writers in France and Belgium and set out in the Commentary to the Questionnaire¹ is, in the first instance, one of foreign and not English law. Nevertheless the problem is a real one for a country which does not distinguish in form between administration and distribution as such. This is the main problem before the Conference (see below, Appendix).

D As far as English law is concerned, the hypothetical situation envisaged here can only arise, if land (not movables) is situated in England and the deceased died domiciled elsewhere.

As shown above (Section II, § 2, Introductory Observations and C, 2) a separate administration must be instituted in England. In these circumstances the answers must be -

a No - the *lex situs* applies to immovables. If movables were involved the law of B would apply, contrary

¹ See *supra* p. 37 and 39.

to the hypothetical situation set out in the Questionnaire.

b No - see a.

c Does not arise. English law does not know any 'indivision des biens successoraux'.

Section III International jurisdiction in matters of succession

Jurisdiction in Matters of Succession may have one of two meanings in English law. It may mean jurisdiction to institute an administration of the estate or it may mean jurisdiction to determine the distribution of the assets, namely who is to receive them after the administration (collection, payment of debts) has been terminated. The answers given below are given, firstly (A) on the assumption that jurisdiction to institute an administration and, secondly (B) that jurisdiction to determine the distribution is involved.

A Jurisdiction to institute an administration

a *Domicile of the deceased*: Yes possibly, but so-called 'Nil grants' in the absence of assets in England are rare (above Section II, § 2, C, b, 2 and below c). Domicile as such is *not* a basis for assuming jurisdiction in matters of administration of estates.

b *Situs of the assets*

1 *Immovables*: Yes. The observations in the Commentary to the Questionnaire (*supra* p. 49) to the effect that English and Scottish courts may claim jurisdiction in some cases over immovable property abroad do not concern jurisdiction to appoint a personal representative in respect of immovables abroad (which is excluded - see above Section II, § 2, C, b). They concern questions of distribution, and are restricted to cases brought by or against the personal representative appointed in England involving the validity and interpretation of wills and similar instruments which dispose of land abroad together with assets in England on the same terms. (See *Dacey and Morris*, Rule 18, Exception 2, p. 155).

2 *Movables*: Yes.

c *Nationality*: Possibly and incidentally yes in the exercise of the jurisdiction to make 'Nil grants' (see above section II, § 2, C, b). This may occur, if the foreign country where assets are situated requires a grant by the national authorities. Seen from the point of view of English courts, nationality as such is *not* a basis for assuming jurisdiction in matters of administration of estates.

In practice it is likely to arise only if the deceased had at least a domicile of origin in England, with the result that English law may have some connection with the case.

In all other situations, the principle of nationality as such (which is that of the United Kingdom and Colonies) may point to Scotland and Northern Ireland etc. with the result that the jurisdictional provisions of these legal systems may have to be examined.

d *Previous Administration*

See below B: distribution.

e *Special Basis*

Does not arise for administration - but see distribution.

f No.

B Jurisdiction to determine matters of distribution (succession)

English courts have jurisdiction if there is a defendant within the jurisdiction, or the defendant submits to

the jurisdiction, or if service out of the jurisdiction is allowed by the court (Rules of the Supreme Court, Order 11).

The personal representative as a defendant

A foreign personal representative appointed abroad or a person exercising such functions abroad cannot as such be sued in England, unless he has intermeddled with assets in England, or has brought assets to England which have been brought under the control of English courts by an action for judicial administration. (*Dacey and Morris*, Rule 94, p. 586).

An English personal representative, appointed in the exercise of the jurisdiction set out above A will normally be present in England or, if abroad, will submit to the jurisdiction, since he will have given a bond and sureties for the proper execution of his office in England. Finally, notice of writ may be served upon him abroad, subject to the discretion of the court if,

– he is domiciled or ordinarily resident in England (R.S.C.O. 11 r. 1(1) c) or

– if the whole subject matter of the action is land situated in England (R.S.C.O. 11 r. 1(1) a)

or

– if a will affecting land situated in England is sought to be construed, rectified, set aside or enforced (R.S.C.O. 11 r. 1(1) b)

or

– if the action is for the administration of the estate of a person who died domiciled in England or for any relief or remedy connected therewith (R.S.C.O. 11 r. 1(1) d)

or

– if the action is for the execution, as regards property situated in England, of the trusts of a written instrument governed by English law and of which the person to be sued is a trustee, or for any relief or remedy connected therewith (R.S.C.O. 11 r. 1(1) e).

The personal representative as a plaintiff

A foreign personal representative appointed abroad or a person exercising such functions abroad can only sue in a limited number of circumstances, of which the two most important are –

– if he acts in the exercise of a principal administration abroad, because the deceased died domiciled in the foreign country, under the law of which he acts [*Re Achillopoulos* (1928) Ch. 433 – above Section II, § 2, C a 5]

or

– if he seeks to recover movables of the deceased in England, title and possession of which had passed to him according to a previous *lex situs* abroad (*Dacey and Morris*, Rule 93, p. 583).

The action can be brought against any person in England and, in the circumstances where leave may be given to serve a writ abroad (above, R.S.C.O. 11) against a person abroad. If the administration has been carried out and the assets have already been appropriated, any person so holding them, including a foreign personal representative, can be sued since they hold the assets as trustees for the legatees and not as personal representatives. (*Dacey and Morris*, p. 587).

The answer to Section B must be, in the circumstances described in B –

a No.

b No – but see above A as regards the institution of an administration.

c No.

d Yes, but only if there is a personal representative who can be sued within the jurisdiction (above, Introductory Observations to B).

e 1 No.

2 No.

3 No.

4 Yes, within the limits indicated above B.

f Yes. Service out of the jurisdiction by virtue of the Rules of the Supreme Court, Order 11 r. 1 (above).

APPENDIX

The foregoing answers to the Questionnaire will have shown that the difference in the treatment of a succession according to Common and Civil Law systems is functional rather than structural.

I 1 In both the estate is made to vest immediately in a successor.

2 In both, the successor is charged with the duty to clear off the debts and liabilities.

3 In both, some formalities are required which indicate to the parties at large who is entitled to collect the assets and is liable for the debts – probate, letters of administration – *Erbschein* – *Besitz-einweisung* – *acte de notoriété*, *certificat de propriété*, *envoi en possession*, etc.

4 In the Common Law systems, the estate vests in the first instance in the personal representative (executor or administrator), and his liability is limited to the assets (*cum viribus*); the beneficiaries are legatees and are not liable for the debts. Unless an outsider has been appointed executor by will, the nearest beneficiaries will normally be called upon to administer the estate.

5 In the Civil Law system, the estate vests immediately in the heirs, whose liability is unlimited, unless they take steps to limit it. Unless the executor has been appointed by will, the heirs on intestacy or instituted by will, are normally called upon to administer the estate.

II 1 In successions involving assets in several countries, the first and foremost problems is to determine who is to be entrusted with the estate, with the collection of the assets and the payment of the debts.

2 At present, separate proceedings, in one form or another, must be initiated in every country where there are assets, no matter whether the country concerned adheres to the Civil Law system or the Common Law system. In some countries the device of recognising the foreign proceedings as if they were a foreign judgment may be called in aid, but even this device is not entirely effective.

3 In both types of countries the establishment of the formal validity of a will appointing an executor or the ascertainment of who is the nearest relative to be called upon to take charge of the estate – either as a beneficiary or as a formal owner only – fulfils this function.

4 It would greatly facilitate the process of winding up and distributing the estates of persons who die leaving assets in several countries, if a uniform procedure could be established whereby the same persons can be given the task of carrying out these functions in all the countries where assets of the deceased are situated. Thus a multiplication of procedures to obtain the nec-

essary legitimation to take possession of the various estates could be eliminated.

5 For this purpose it would suffice to establish a *principal jurisdiction* to determine this legitimation. Little difficulty should arise as regards *choice of law* at this stage. The acceptance of a principal jurisdiction would bring with it the acceptance of the choice of law rules of that country, at least for the purpose of conferring upon certain persons the power to take possession of the assets everywhere.

6 The effects locally of the powers conferred by the principal jurisdiction (*i.e.* whether title or possession only passes) and whether the persons so authorised are personally liable or not, as well as all questions of distribution, can be left, as at present, to the *lex situs* and its rules of private international law.

In practice, as the evidence available shows, the latter will clothe the persons authorised by the principal jurisdiction with powers as nearly as possible comparable to those conferred by the principal jurisdiction. [See the answers to the Questionnaire above, and *e.g.* for Germany, Gottheiner, *RabelsZ* 21 (1956) 36; for France, Loussouarn, *Clunet*, (1970), pp. 248 ff.]

7 Examples of solutions of the type envisaged here can be found in the resealing of grants made within the Commonwealth [*Colonial Probate Act* 1892; *Non-Contentious Probate Rules* 1954, r 41 (3); *Dacey and Morris*, Rule 89, p. 575] and in the Nordic Convention regarding Inheritance and the Settlement of the Devolution of Property of 19 November 1934, especially articles 19 ff., L.N.T.S. 164, 243, 287 ff., although the latter Convention is more comprehensive.

Part B – In respect of the law of Scotland

Section I Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A No.

B Yes. Scotland uses different connecting factors for movable and for immovable property in the law of succession. When Scots law is the one which performs the categorisation into movable and immovable, it makes a division which is similar to, but not identical with, the division made in Scottish municipal law between movables and heritage. The categorisation as either movable or immovable falls to be made according to the law of the country where the property is situated.

C a Not applicable.

b In principle, the scission is based upon the actual state of the property at the moment of death and is therefore final as at that date.

1 A change in the character of the property, *e.g.* sale of an immovable, after death but before distribution would not affect the characterization of the property as at the date of death. It would remain immovable for the purpose of selecting a connecting factor. In internal Scots law, the rights of a beneficiary may be affected by contracts for sale or purchase of heritage entered into by the deceased, or by instructions given to his executors, but these internal rules do not affect the characterization of the property for purposes of private international law. The English case of *Re*

Berchtold (1923) 1 Ch. 192 is generally accepted as authority in Scotland for the principle that characterization is effected as at the date of death irrespective of instructions by the deceased.

There is no formal doctrine of substitution or real subrogation known by either of these names but the effect of the Scottish rules would be much the same as that produced by a doctrine of substitution in that a change in the character of the property after death would be totally disregarded in settling the division of the estate. If an immovable to which a beneficiary had a specific right were sold, the beneficiary would be entitled to property to the value of the immovable, and might, under the law of trusts, be entitled to trace the actual proceeds of sale in the hands of the trustee.

If immovables in country A are purchased after the deceased's death with movable assets governed by the law of B, the question would arise in a Scottish court only if Scotland were either A or B. Despite the strong tendency to refer all matters concerning immovable property to the *lex situs*, if immovables in Scotland were purchased with movables governed by a foreign system, Scottish courts would apply the principle that characterization is fixed at the date of death and refer the succession to the foreign system.

Conversely, if foreign immovables were bought with movable property governed by Scots law, Scottish courts would take the view that the immovable should still be governed by Scots law – subjects always to the overriding power of the *lex situs* of the immovable to take and enforce a different view.

2 When Scotland is the *situs* of the property and income, and thus has to categorise it, such income as is derived from movables will clearly also be movable. Income derived from immovables will normally consist of rents, but could include interest on heritable bonds. (A heritable bond is one in which the debtor's personal obligation is subordinated to the real security over land afforded by a conveyance of the land.)

It is not clear how these forms of income would be classified for international purposes. Income already accrued at the date of death would be movable as it would have formed part of the deceased's movable estate if paid to him by then. Income arising from immovables after death might be classed as movable on the same principles, but alternatively might be treated as immovable on the basis that they would have accrued to the ultimate beneficiary had the conveyance to him been made immediately after the deceased's death. It is thought that a classification as immovable would be the more likely.

3 Liabilities are also divided into movable and immovable. The general principle would be that all debts of the estate are movable unless clearly made immovable by being secured over (made a charge on) an immovable. Thus where a real security or real burden has been validly created over land in Scotland, the liability is immovable and the beneficiary taking the land takes it subject to the burden. For example, on intestacy, a widow is entitled to the deceased's interest in the matrimonial home situated in Scotland, but takes it subject to any heritable debt secured over the interest. [*Succession (Scotland) Act* 1964 sec. 8 (6) d].

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Not applicable.

B a The law applicable to immovables in the estate is the law of the place where they are situated.

b The law applicable to movables in the estate is the domiciliary law of the deceased.

Both of these propositions are subject to the qualification that for the purpose of deciding whether a will has been validly executed, the Wills Act 1963 prescribes a variety of connecting factors including nationality and habitual residence. This Act was designated to permit the U.K. Government to ratify the Hague Convention on the Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions made on 5th October, 1961.

C a Not applicable.

b The Scottish use of domicile is virtually identical with that of England, so that Scottish cases such as *Udny v. Udny* and *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* are regularly cited as authorities in England and English authorities are cited in Scotland. It is assumed that a very brief account will suffice. Domicile can be totally divorced from habitual residence or indeed from any residence at all so as to become virtually fictitious. A domicile of origin is attributed at birth, being the domicile of the father if the child is legitimate, and this domicile of origin not only persists until changed but will revive in the interval between loss of one domicile of choice and acquisition of another. A married woman automatically has the domicile of her husband, even after judicial separation, and irrespective of her domicile of origin or of her habitual residence.

One respect in which Scots law differs from English law lies in its treatment of children. Children in pupillarity (from birth to the age of twelve for females and fourteen for males) have a domicile dependent upon that of the appropriate parent (*i.e.* the father if the child is legitimate and the mother if the child is illegitimate or the father is dead). The Scottish pupil is thus in much the same position as the infant in England.

However, between the termination of pupillarity at 12 or 14 and the acquisition of majority at 18 there is in Scots law a status of minority in which the minor has considerable contractual and other powers. In principle, this means that a minor has the capacity to acquire a domicile of choice of his own and is not automatically dependent upon his parent's domicile. However legislation imposing compulsory school education until the age of fifteen and giving courts power to award custody of a child until the age of sixteen create practical obstacles for a minor seeking to establish an independent domicile of choice.

Thus the specific question may be answered as follows –

1 In so far as one is referring to the acquisition or abandonment of a domicile of *choice* by those free to acquire such a domicile, the domicile is governed by factual notions and resembles habitual residence.

2 However, as Scotland uses the notion of a domicile of origin and of a legal domicile of married women and pupil children there are circumstances in which a domicile may be wholly fictitious and divorced from the reality of residence.

D a Not applicable, except to the extent that nationality is a connecting factor *quoad* formal validity of wills. In that case, a reference to the national law of a country with a plurilegislative legal system is clarified by treating the reference to the national law as a reference to that one of the systems in the country of nationality with which the deceased was most closely connected [*Wills Act* 1963 s. 6 (2).]

b In this situation one would refer to that one of the personal legal systems existing in the country of the domicile which that country would itself apply.

There would be no occasion to apply the law of the domicile of origin, or the national law, or the *lex fori*.

c It is not seen that this raises any problem not dealt with in *a* and *b* above.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A It is thought that a doctrine of *renvoi* might be applied by Scottish courts in the search for the law of succession, but as yet the matter has not arisen for consideration. Answers are thus purely speculative.

a Not applicable.

b 1 It seems possible that Scots law would accept the *renvoi* from the law of the domicile to Scots law as the law of the nationality.

2 *Quoad* immovable property, the only applicable law is the *lex situs*. Hence Scots law would be applied and there would be no reference to the law of the domicile at all.

3 As in 2, *quoad* immovable property there would be a direct reference to the *lex situs*, and country B would not be involved. *Quoad* movables it is not known whether Scots law (A) would give effect to a reference by the law of the domicile (B) to the law of the nationality (C), but it is possible that it might.

There would, however, be strong arguments that the reference should be to the internal law of the country of domicile and not to its rules of conflict of laws.

4 If Scots law would accept the transmission from country B to country C in the first place, it seems possible that it would apply the *renvoi* from C to B, but this can only be speculation in the total absence of authority.

c If the law of country B, as the *situs* of an immovable, refers either back to A or on to C, the respect paid to the physical control of the *situs* over an immovable would probably mean that the view taken by B would be accepted and applied by Scots law.

d It is thought that, apart from the qualification for immovable property mentioned in *c*, above, Scots law would not apply the foreign court theory.

B a No.

b No.

C a No – except to the extent that he might refer the interpretation of the terms used in his will to another system.

b In the very limited situation in which it is possible, there would be no restriction upon his choice of the system to interpret.

Section II Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A Yes.

B Not applicable.

C a In Scotland, the surviving spouse and children can choose to accept the provisions of the will or alternatively may claim their legal rights. In the latter case dispositions by the testator which exceed the portion available for disposition are simply cut down *pro rata*. If the rules of the system governing the succession cut down testamentary provisions beyond the permitted limit, effect would be given to those rules in Scotland.

b In Scots Law a gift *inter vivos*, even if expressly for the purpose of defeating legal rights, is effective as the rights exist only in the estate owned by the deceased at death. However, effect would be given to a rule in the system governing succession that *inter vivos* gifts exceeding the portion available for disposition could be ignored.

D a Not applicable.

b 1 Yes. Any 'réserves' applied by the law of the domicile to movable property and by the *lex situs* to immovable property would receive effect in Scotland.

2 Yes. In the example quoted, the very great importance attached to the *lex situs* in the succession to immovables would mean that it would be a matter for the law of country A to determine whether Secundus could both accept his testamentary provision and also claim his 'réserve' against the terms of the will.

3 In Scotland there is a clear rule that, apart from heritable debts (*i.e.* debts secured over land), the debts of the deceased are met out of his movable estate and only if the movables are exhausted may the land be brought into calculation. Scottish courts would probably assume that a similar rule exists elsewhere. If Scotland were the domicile and the place where the movables were, it would certainly calculate the legal rights on the net movable estate after payment of all debts other than those expressly secured over land.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS; ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A Scots law separates two issues here. The first is the *right* to administer the deceased's estate, and the second is the *title* to administer. The right to administer probably falls to be determined by the law of the domicile. Certainly the executor appointed by the law of the domicile, or the heir entitled under that law to administer will be regarded as having the primary right to administer in Scotland and there are reciprocal provisions within the United Kingdom for giving automatic effect to appointments by the law of the domicile in the other systems of the U.K.

However, the form the administration takes, and the *title* of the administrator are matters for the *lex situs* of the property. Thus although a German heir who would administer directly in Germany would probably be regarded as entitled to administer in Scotland, he would have to be confirmed in the office of executor by the Scottish court before he could have authority to intermit with property in Scotland.

Hence the most accurate answer seems to be that the *lex situs* of the assets is decisive on the form of administration.

B Not applicable.

C a *Hypothesis I*

1 Yes.

2 No.

3 Yes. This would be the normal practice.

4 Yes.

5 The normal practice would be to make over the net balance to the persons competent to conduct the administration according to the law of succession, but circumstances might arise – *e.g.* lack of an administrator in the country of succession through lack of assets there – in which the Scottish executor would transfer property directly to the beneficiaries.

b *Hypothesis II*

1 Yes.

2 No.

D Not applicable.

Section III International jurisdiction in matters of succession

a The deceased's domicile is irrelevant.

b The *situs* of the assets, movable or immovable, is the primary basis of jurisdiction in questions of title to administer, and in actions relating to immovables in Scotland, there is jurisdiction based solely on the situation of the immovables irrespective of *any* personal jurisdiction over the defender.

c Nationality of the deceased is irrelevant.

d If an administration takes place within the jurisdiction there may be jurisdiction to hear an action brought against the executor, but on the ground that the executor is subject to the jurisdiction, not merely because the administration is taking place there or took place there in the past.

e 1 Nationality of the parties is irrelevant.

2 Domicile of the plaintiff (or in Scotland 'pursuer') is irrelevant.

3 If the assets are placed in the hands of the court (in Scotland by the process of multiplepoinding) the court has jurisdiction irrespective of whether the defenders are personally subject to the jurisdiction. Similarly arrestment of movables *ad fundandam jurisdictionem* will create jurisdiction, but it would not necessarily be expected that other countries would recognise decrees based on this ground of jurisdiction. Sequestration in Scotland is a bankruptcy proceeding.

4 Except for the special case of itinerants with no fixed abode, mere service of a writ within the jurisdiction does not by itself create jurisdiction.

f Residence of the defender is the primary basis of jurisdiction in personal actions. This is genuine residence and not domicile.

An interest in heritage in Scotland gives jurisdiction against the possessor of that interest in the capacity in which he holds it.

Suède/Sweden

Le Questionnaire et le Commentaire traitent du droit non conventionnel des Etats membres. Pour cette raison, le Ministère de la Justice ne se prononce pas sur la très importante Convention nordique du 19 novembre 1934 relative à l'héritage et à la liquidation des successions (V. le Commentaire, section I, § 2, A, b).

La jurisprudence suédoise sur le droit international privé des successions est très limitée. Par conséquent,

les réponses se basent en premier lieu sur la loi du 5 mars 1937 relative aux rapports internationaux en matière de successions. Il y a lieu de signaler qu'une commission spéciale, constituée par le Ministère de la Justice, a présenté un avant-projet de réforme du droit international privé suédois des successions.

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A et B La Suède suit le principe de l'unité de la loi applicable à la succession.

Toutefois, en ce qui concerne certaines espèces d'immeubles, à savoir les majorats etc., le droit du lieu de la situation de l'immeuble est applicable (article 2 du chapitre 1er de la loi du 5 mars 1937).

C L'article 9 du chapitre II de la loi du 5 mars 1937 dispose que, lors de la réglementation ainsi que du partage des biens matrimoniaux et de la succession, il faut porter en compte ce qui, au cours d'une procédure analogue dans un pays étranger, a été attribué aux créanciers, à l'époux survivant ainsi qu'aux héritiers. Par conséquent, une atténuation au principe de l'unité n'est pas admise par la loi du 5 mars 1937 lorsque des biens situés à l'étranger sont dévolus d'une manière différente de celle qu'imposerait ladite loi.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A et B Selon le droit international privé suédois, la succession est soumise à la loi nationale du défunt (article premier du chapitre 1er de la loi du 5 mars 1937).

C En ce qui concerne les cas de double nationalité, les règles suivantes sont applicables. Si le défunt était ressortissant suédois, la doctrine suédoise estime en général que seule la nationalité suédoise entre en ligne de compte. Si, par contre, le défunt était ressortissant de deux pays autres que la Suède, la nationalité qui prévaut est celle du pays avec lequel le défunt avait le lien le plus effectif.

Lorsque le défunt est apatride, la jurisprudence a choisi comme point de rattachement un domicile reposant sur les notions de fait, se rapprochant de la résidence habituelle.

D Si la loi nationale d'un étranger est applicable selon la loi du 5 mars 1937 et si dans l'Etat dont il est ressortissant des systèmes juridiques différents sont en vigueur, le choix entre ces systèmes doit se faire d'après les dispositions légales de cet Etat. A défaut de telles dispositions, on applique le droit en vigueur dans le lieu du domicile de l'étranger ou, s'il n'est pas domicilié dans le pays étranger dont il est ressortissant ou s'il n'y était pas domicilié au moment de son décès, le droit du lieu où était son dernier domicile dans ce pays ou, à défaut d'un tel domicile, le droit en vigueur dans la capitale du pays en question (article premier du chapitre III de la loi du 5 mars 1937).

La règle précitée n'est pas une règle de renvoi, car on ne tient compte que des lois faisant partie du système juridique non unifié d'un seul pays.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A La jurisprudence suédoise n'accepte pas le renvoi en ce qui concerne la détermination de la loi applicable

à la succession (Cour suprême – 28 février 1939 NJA 1939, p. 96).

B Ni la nationalité ni le domicile des héritiers n'influent sur le facteur de rattachement (sauf d'après une règle tout à fait spéciale qui n'a jamais été appliquée et qui est probablement sans importance pratique).

C Selon le droit international privé suédois il n'est pas permis de soumettre sa succession, par une déclaration de volonté, à une loi autre que la loi nationale.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A et B Selon la loi du 5 mars 1937 (article 5 du chapitre 1er), la question de savoir si une disposition testamentaire est nulle quant à son contenu doit être jugée conformément à la loi du pays dont le défunt était ressortissant au moment de son décès. Par conséquent, l'existence et l'étendue d'une réserve en faveur de certains héritiers ou au contraire une liberté plus grande de disposer par testament dépendent de la loi successorale.

C Selon la loi du 5 mars 1937, les effets juridiques d'un contrat d'hérédité avec le défunt ou d'une donation à cause de mort sont régis par la loi du pays dont le défunt était ressortissant au moment de la passation de l'acte (article 7, alinéa premier, du chapitre 1er). Si un héritier a reçu du défunt de son vivant une donation, la question de savoir si cette donation doit être considérée comme une avance sur l'héritage est tranchée d'après la loi du pays dont le défunt était ressortissant au moment de la donation (article 8 du chapitre 1er). Par conséquent, la loi successorale n'est applicable, en premier lieu, ni à l'exécution d'une disposition à cause de mort ou d'un pacte successoral, ni à l'effet d'une donation antérieure entre vifs dépassant la quotité disponible. Toutefois, une disposition entre vifs peut être assimilée à une disposition testamentaire, et dans ce cas il semble que la loi successorale devrait s'appliquer.

D Les réponses aux questions sous paragraphe a, Nos 1 et 2 sont affirmatives. Cf. la réponse à la question C, sous section I, § 1.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

Il y a lieu de signaler qu'en ce qui concerne l'administration de la succession, les règles de la loi du 5 mars 1937 portent en premier lieu sur la compétence d'une administration suédoise. Quand l'administration successorale a été organisée en Suède, la loi interne suédoise (comme la *lex fori*) est applicable à cette administration. La réglementation de la succession ainsi que le partage des biens matrimoniaux et de la succession d'une personne qui au moment de son décès avait son domicile en Suède ont lieu ici conformément aux dispositions de la loi interne suédoise et embrassent aussi les biens successoraux situés à l'étranger (article premier du chapitre II de la loi du 5 mars 1937). Bien que le défunt n'eût pas son domicile en Suède, les dispositions suédoises concernant la transmission de la succession à un administrateur successoral s'appliquent si le défunt

était ressortissant suédois ou si un patrimoine situé en Suède est provenant du défunt. Si la transmission à fin d'administration a lieu, la réglementation de la succession, ainsi que le partage des biens matrimoniaux et de la succession, ont lieu conformément au droit suédois (article 2 du chapitre II). Dans ce cas, si le défunt était ressortissant suédois, la procédure s'applique également au patrimoine successoral situé à l'étranger (article 5, alinéa premier, du chapitre II). La réglementation de la succession, ainsi que le partage des biens matrimoniaux et de la succession d'un étranger qui n'avait pas de domicile en Suède portent seulement sur les biens successoraux situés en Suède ainsi que sur les dettes que les créanciers ont expressément notifiées à l'administrateur de la succession, sauf les dettes dont le défunt répondait envers des ressortissants suédois ou des personnes résidant en Suède (article 6, alinéa premier, du chapitre II).

A C'est la loi suédoise comme la *lex fori* qui décidera que les biens successoraux feront l'objet d'une administration directe par les héritiers ou passeront sous une administration judiciairement contrôlée indépendante des héritiers (si le défunt n'avait pas son domicile en Suède, seule une administration indépendante par les héritiers est admise).

B Comme la Suède soumet l'administration de la succession à la *lex fori*, il n'y a pas lieu de répondre à ces questions. Toutefois, il faut signaler à propos du Commentaire (p. 17) ¹ que le droit au maintien de l'indivision du conjoint survivant selon les lois du Danemark, de l'Islande et de la Norvège est un droit vraiment successoral (ou matrimonial) différent du droit d'usufruit réglé par certaines lois continentales. C'est pourquoi la loi suédoise du 1er mars 1935 soumet ce droit au maintien de l'indivision non pas à la *lex fori* (loi du domicile de défunt) applicable en matière d'administration mais à la loi applicable à la succession elle-même.

C a Hypothèse I:

1¹ Si le défunt était un étranger qui n'avait pas de domicile en Suède, les biens successoraux se trouvant en Suède formeront une masse séparée du point de vue de l'administration. Si le défunt avait son domicile en Suède, ou s'il était ressortissant suédois sans avoir son domicile en Suède (dans le cas où l'administration a néanmoins été organisée en Suède), la réglementation de la succession ainsi que le partage des biens matrimoniaux et de la succession embrassent aussi les biens successoraux situés à l'étranger.

2 et 3 Si le défunt avait son domicile en Suède, les ayants droit selon la loi successorale étrangère (l'époux survivant, les héritiers) peuvent être chargés de l'administration de la succession sous les conditions et selon la procédure prévues par la loi suédoise. Si le défunt n'était pas domicilié en Suède, une administration judiciairement contrôlée indépendante des héritiers est seule compétente.

4 La réponse à cette question est affirmative.

5 Selon les règles principales, l'actif net sera directement remis par l'administrateur aux héritiers désignés par la loi successorale étrangère.

Toutefois, d'après la réglementation de la succession d'un étranger domicilié en Suède, le partage des biens matrimoniaux et de la succession peuvent s'effectuer, pour autant que les intéressés sont d'accord à ce sujet, conformément à la loi nationale du défunt et la succession peut être transmise à cette fin à celui qui est compétent d'après cette loi (article premier, alinéa 2, du chapitre II de la loi du 5 mars 1937). Si le défunt n'avait pas son domicile en Suède, le tribunal peut, pour autant que cela ne porte pas préjudice aux ayants droit, à certaines conditions ordonner que la succession soit transmise totalement ou partiellement aux fins de réglementation et de partage des biens matrimoniaux et de la succession à la personne déclarée compétente par la loi du pays où le défunt avait son domicile ou, s'il était étranger, à la personne déclarée compétente par la loi nationale du défunt (article 5, alinéa 2, et article 6, alinéa 2, de la loi du 5 mars 1937).

Hypothèse II:

Il a été indiqué ci-dessus que l'administration selon le droit suédois s'applique en certains cas également à des biens successoraux situés à l'étranger. En théorie, la loi suédoise s'applique dans ces cas comme la *lex fori*, même si elle est aussi la loi successorale.

Section III Compétence internationale en matière de succession

Les tribunaux suédois sont compétents en matière de succession dans tous les cas où les biens successoraux peuvent être administrés conformément aux dispositions suédoises. En ce qui concerne les contestations relatives aux successions légales ou testamentaires ainsi que les prétentions successorales de l'époux survivant les tribunaux suédois sont compétents, si le défunt était ressortissant suédois ou domicilié en Suède ou si les contestations se rapportent aux biens successoraux situés en Suède. Ces règles ne s'appliquent pas si les contestations se rapportent aux biens successoraux qui ont été transmis à une administration de succession étrangère et qui font l'objet d'une réglementation ou d'un partage des biens matrimoniaux ou de la succession par ladite administration (article 10 du chapitre II de la loi du 5 mars 1937). Si un partage des biens matrimoniaux pour cause de décès de l'un des époux ou un partage de succession a été effectué à l'étranger par un fonctionnaire ou par un arbitre de partage spécialement nommé, ou si les contestations concernant un tel partage ou un droit successoral ont été tranchées par un tribunal étranger, le partage ou le jugement du tribunal sont reconnus en Suède, sous réserve des autres dispositions de la loi du 5 mars 1937, si le défunt était au moment de son décès ressortissant de l'Etat dans lequel le partage a eu lieu ou dans lequel le jugement a été prononcé, ou bien si le défunt avait son domicile dans cet Etat, pourvu que le partage ou le jugement ne porte pas sur le patrimoine qui a fait l'objet d'une procédure successorale en Suède ou qui aurait dû y être partagé (article 12 du chapitre II de la loi du 5 mars 1937). Selon ces règles la compétence des tribunaux suédois est en général, mais pas toujours, exclusive. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'un Suédois domicilié à l'étranger, la compétence des tribunaux suédois est exclusive seulement si la succession est transmise à un administrateur successoral en Suède. Il ne semble pas que d'autres chefs de compétence soient admis en matière de succession selon le droit international privé suédois.

¹ V. *supra* p. 40.

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A et B La Suisse suit le principe de l'unité de la loi applicable à la succession (articles 22 et 32 LRDC¹; article 28 LRDC) à une exception près:

Même lorsqu'elle est par ailleurs régie par le droit étranger, la succession d'un ressortissant suisse ayant eu son dernier domicile à l'étranger reste soumise à la loi suisse en ce qui concerne les immeubles du défunt sis en Suisse (article 28, ch. 1, LRDC).

C a En pareil cas, le droit suisse cède le pas et l'on admet que l'Etat étranger où les biens sont situés impose en fait à ces biens sa propre loi successorale.

Le droit suisse ne connaît pas de droit de prélèvement. Toutefois, des notaires suisses estiment que le calcul de la réserve dans l'hypothèse C a doit porter sur l'ensemble des biens successoraux et que l'action en réduction porte le cas échéant sur l'ensemble de ces biens (quitte à ce que le jugement ne soit exécuté que sur les biens sis en Suisse).

b *Rappel*: le cas de la scission ne peut concerner que l'exception de l'article 28, ch. 1, LRDC évoquée ad A et B: hypothèse de l'*hereditas generalis* d'un Suisse à l'étranger soumise à la loi étrangère (en vertu de la règle de conflit étrangère et de l'article 28, ch. 1, LRDC), alors que le *de cuius* possède des immeubles en Suisse qui appellent l'application de la loi successorale suisse en ce qui les concerne (*hereditas specialis*).

La scission est définitive.

1 Il y a subrogation réelle dans le cas où un immeuble serait vendu avant le partage:

2 Oui.

3 En ce qui concerne l'«obligation aux dettes», chacune des masses successorales peut, à notre avis, être appelée à supporter tout ou partie du passif; l'héritier qui n'aurait accepté la succession qu'en ce qui concerne la portion soumise à la loi et à la juridiction suisses (*hereditas specialis*) resterait en principe tenu *ultra vires successionis*. Nous supposons toutefois que selon les cas les tribunaux pourraient apporter des tempéraments ou des dérogations à ce principe.

Quant à la «contribution aux dettes», nous ne pensons pas qu'elle puisse, selon la pratique généralement suivie, donner lieu à compensation entre l'*hereditas generalis* soumise à la loi étrangère et l'*hereditas specialis* soumise à la loi suisse. Nous devons toutefois réserver la solution que donnerait la jurisprudence sur ce point.

Signalons cependant que des notaires suisses semblent favorables au système consistant à charger les immeubles suisses du passif dans la même proportion que l'ensemble des biens successoraux, selon la solution préconisée en Suisse par Voumard (*Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires*, spécialement en droit suisse, français

¹ LRDC: loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

et anglais, thèse, Lausanne 1940, p. 89/90). D'après cet auteur, toutes les législations modernes connaissant l'inventaire successoral, l'autorité suisse compétente pourra sans beaucoup de peine se renseigner sur l'état du patrimoine du défunt. Lorsque la part grevant la succession immobilière suisse aura été fixée, elle sera répartie conformément à la loi suisse entre les héritiers de cette succession, qui seront tenus des dettes solidairement et *ultra vires* s'ils acceptent purement et simplement la succession.

Selon la solution donnée à ce problème dans le pays étranger, il serait peut-être aussi possible (dans l'intérêt des héritiers de la portion suisse de la succession) d'envisager dans le cadre de l'article 28, 1er alinéa, LRDC le système suivant, qui certes n'irait pas sans soulever quelque objection (cf. par analogie les critiques de Voumard, *ibidem*, à l'égard du système des «créanciers suisses»):

Sauf insuffisance de l'*hereditas generalis*, les immeubles suisses (*hereditas specialis*) ne seraient appelés à couvrir des dettes successorales que dans l'une ou l'autre des quatre hypothèses ci-après (outre, bien entendu, les dettes garanties par gage immobilier): 1) dette afférente à l'immeuble; 2) dette qui était payable en Suisse; 3) dette contractée en Suisse; 4) fraude: le *de cuius* aurait précisément acquis des biens immobiliers en Suisse dans le dessein de soustraire aux créanciers successoraux une partie de sa succession.

En outre, on pourrait concevoir que les immeubles suisses servent, le cas échéant, à couvrir en premier lieu les dettes du défunt contractées ou payables en Suisse (et ensuite seulement à désintéresser d'autres créanciers), dans l'hypothèse où l'on admettrait que la responsabilité *ultra vires* des héritiers désignés selon le droit suisse n'est engagée que pour de telles dettes lorsque l'*hereditas generalis* est régie par le droit étranger.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A et B 1 Successions d'étrangers domiciliés en Suisse: La loi successorale est la loi du domicile du défunt (article 22, 1er alinéa, et 32 LRDC).

2 Successions de Suisses domiciliés à l'étranger:

1er cas: La loi du pays de domicile ne se tient pas pour applicable; la loi suisse est alors applicable (article 28, ch. 2, LRDC).

2e cas: La loi du domicile se tient pour applicable; en vertu de la règle de conflit suisse (article 28, ch. 1, LRDC, la loi suisse est néanmoins applicable à la dévolution des immeubles sis en Suisse (*hereditas specialis*). Pour tous les autres biens (*hereditas generalis*), la *lex domicilii* (ou éventuellement la loi d'un tiers pays appliquée par le pays du domicile) est compétente.

3 Successions d'étrangers domiciliés à l'étranger, mais laissant des immeubles en Suisse:

La règle de conflit suisse LRDC est muette à ce propos, tant en ce qui concerne la loi applicable que le for compétent. On peut se demander s'il s'agit ou non d'une lacune de la loi; quoi qu'il en soit, la jurisprudence suisse a précisé que notre système de droit international privé postule en pareil cas l'application de la *lex domicilii* et la compétence du for du domicile.

Au cas toutefois où les autorités successorales du lieu de domicile s'estimeraient incompétentes en ce qui concerne les immeubles successoraux sis en Suisse, il y aurait là matière à conflit négatif de juridiction (v. aussi ad Section III, lettre b).

C a 1 Si le défunt est double national (suisse et étranger), il est considéré comme ressortissant suisse

exclusivement, du point de vue du droit international privé suisse (cas de l'article 28, chiffre 1, LRDC). On doit toutefois réserver la solution qui pourraient donner les tribunaux suisses dans des cas d'espèce où la seconde nationalité apparaîtrait tellement plus effective que la nationalité suisse qu'il se justifierait d'en tenir compte.

2 En vertu des articles 22, 1er alinéa, et 32 LRDC, les successions de personnes ne possédant pas la nationalité suisse, mais domiciliées en Suisse, sont de toute façon soumises à la loi suisse. Au surplus, l'article 7 a LRDC prévoit que les personnes dont la nationalité ni le domicile ne peuvent être établis sont régies par le droit civil suisse.

b 1 La notion du domicile est celle des articles 23 et s. du Code civil suisse (CC). Selon l'article 23, le domicile suppose toujours le *séjour de fait* (même de courte durée) et l'intention de s'établir. Seule la notion suisse du domicile est prise en considération en Suisse pour déterminer si une personne y est domiciliée ou non. Selon l'article 24, 2e alinéa, CC, le lieu où une personne réside est considéré comme son domicile, lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse.

2 En vertu de l'article 25 CC, est considéré comme le domicile de la femme mariée celui du mari; comme le domicile des enfants sous puissance paternelle celui des père et mère; comme le domicile des personnes sous tutelle le siège de l'autorité tutélaire. La femme dont le mari n'a pas de domicile connu, ou qui est autorisée à vivre séparée, peut se créer un domicile personnel.

Comme le domicile au sens de la loi suisse doit satisfaire aux conditions des articles 23 et s. CC, il ne peut donc pas, déjà pour cette raison, s'agir simplement d'un domicile d'origine ou d'un domicile d'inscription.

D a La question ne peut guère concerner que le cas de l'étranger qui, domicilié en Suisse en dernier lieu, aurait soumis sa succession à sa loi nationale par une *professio juris*, alors que son pays d'origine connaîtrait un système juridique plurilégislatif. Il reviendrait en définitive aux règles de conflit internes du pays d'origine du *de cuius* de désigner la loi applicable à titre de loi nationale.

b On admet alors l'applicabilité de la loi nationale du *de cuius* (soit la loi suisse pour le cas des Suisses domiciliés à l'étranger).

c Sans objet (la réponse ne dépend pas du droit suisse).

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A L'article 28, ch. 2, postule-t-il en certains cas le recours au renvoi ou sa conception est-elle étrangère à la notion du renvoi?

La question reste à notre avis controversée. Comme représentant de la seconde théorie, citons Rathgeb, La loi applicable aux Suisses de l'étranger en vertu de l'article 28, ch. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, in *Festschrift Hans Lewald*, Bâle 1953. Selon Rathgeb, l'article 28, ch. 2, LRDC laisserait à la règle de conflit du pays de domicile le soin de décider (soverainement, et à titre originnaire en quelque sorte) de la loi applicable. Cette disposition conférerait à la norme de conflit étrangère le pouvoir d'accepter ou de rejeter l'application de la loi suisse.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt (ATF) 78, II, 200) il est vrai critiqué (et portant au reste sur l'action en paternité et non pas sur le droit successoral), a au contraire admis que l'article 28, ch. 2, LRDC, contenait une référence de principe à la *lex patriae* (ce qui exclurait en tout état de cause le renvoi de la *lex patriae* à la *lex domicilii*).

D'après l'une et l'autre conception, le pays (et le juge) étranger du domicile du *de cuius* suisse peut donc admettre que l'article 28, ch. 2, LRDC exclut tout renvoi à la *lex domicilii*. Si le pays du domicile prévoit l'application du droit suisse, c'est le droit suisse interne qui sera applicable (v. dans Rathgeb, *op. cit.*, No 1, la critique de l'arrêt de la *Surrogate's Court* de New York en la cause *Schneider's Estate*). A notre connaissance, aucun auteur suisse ne tient en pareil cas le renvoi pour possible.

Quant à l'aspect inverse de la question, à savoir si, lorsqu'il est appliqué à partir de la Suisse même, l'article 28, ch. 2, LRDC permet ou non le renvoi de la *lex domicilii* à la loi suisse ou à la loi d'un pays tiers, voir ci-dessous, ad A b 1.

Parmi les auteurs favorables à la construction du renvoi, mentionnons toutefois ici, en premier lieu, Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4e éd., p. 215, pour qui l'article 28, 2e alinéa, LRDC exclut cependant le renvoi au second degré. D'autres auteurs, comme Emil Beck (*Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schlusstitel*, p. 88, No 105), admettent en principe le renvoi au second degré.

a Pour la Suisse, l'hypothèse ne peut concerner que le cas de l'étranger en Suisse qui a soumis sa succession à sa loi nationale par *professio juris* (article 22, al. 2, LRDC).

Max Petitpierre, Le droit applicable à la succession des étrangers domiciliés en Suisse, dans *Recueil de travaux*, Neuchâtel 1929, p. 249, remarque que l'article 23 LRDC se rattachant au système de l'unité de la succession, les immeubles situés en Suisse devront être dévolus conformément à la loi nationale du *de cuius*; nous pensons qu'il se justifie dès lors de généraliser cette règle en l'étendant aux immeubles sis dans un pays tiers, lorsque la question se pose.

Le principe susmentionné aboutira toutefois dans certaines situations à ce résultat paradoxal qu'un testateur étranger domicilié en Suisse pourra soumettre à sa loi nationale des immeubles qui eussent été soumis à une loi étrangère à la loi nationale du testateur s'il avait été domicilié dans son pays d'origine à son décès.

1 à 4: renvoi pas accepté.

b 1 *Successions de Suisses domiciliés à l'étranger* (article 28, ch. 2, LRDC) [Immeubles successoraux en Suisse exceptés; l'article 28, ch. 1, LRDC s'appliquant alors].

1 Oui, le renvoi est accepté. Ici l'article 28, ch. 2, LRDC conduit de toute façon, dans ses conséquences pratiques, à une solution correspondant au renvoi; en effet, que l'on fasse ou non appel à la notion du renvoi (de la *lex domicilii* à la *lex patriae*), l'article 28, ch. 2, LRDC commande forcément l'application de la loi du pays A (Suisse) si la règle de conflit du pays de domicile B ne s'y oppose pas.

2 Sans objet, la loi suisse étant de toute façon applicable aux immeubles sis en Suisse, en vertu de l'article 28, ch. 1, LRDC.

3 Ici, l'application de la loi réelle d'un Etat tiers C sera admise tant selon la conception de Rathgeb que selon celle des auteurs - (cités par lui, note 27 ad No

16, p. 368) – qui se fondent en l'occurrence sur un renvoi au second degré.

Quant au Tribunal fédéral (ATF 78, II, 200 s.), après avoir posé en principe que l'article 28, ch. 2, LRDC ne prend en considération que le statut personnel (domicile ou origine) du Suisse à l'étranger, il reconnaît que l'on peut se demander s'il ne se justifierait pas dans certains cas d'appliquer la loi d'un pays tiers, p. ex. la loi du lieu de situation d'un immeuble successoral, en ce qui le concerne. Ainsi donc, croyons-nous, le Tribunal fédéral n'exclut pas qu'en matière de droit successoral la loi tenue pour finalement applicable, dans le système de l'article 28, ch. 2, LRDC, puisse être celle d'un Etat tiers.

4 A notre avis, oui. La loi tenue pour finalement applicable selon la règle de conflit de B sera réputée loi applicable en A (la Suisse), selon l'article 28, ch. 2, LRDC.

2 Successions d'étrangers domiciliés à l'étranger et laissant des biens en Suisse

1 et 2 Au cas où, en l'absence notamment d'une ouverture de la succession à l'étranger, la juridiction suisse retiendrait sa compétence quant aux biens sis en Suisse, en vue d'éviter un conflit négatif de juridiction, elle serait à notre avis fondée à appliquer la loi suisse, soit en se réclamant du renvoi législatif, soit au titre de *lex fori*.

3 et 4 Sans objet.

c Sans objet.

d Non. Lorsque la jurisprudence ou des auteurs suisses s'en réfèrent à la théorie du renvoi, c'est sans en appeler quant à eux au système de la «foreign court theory».

B a Non, en aucun cas.

b Non, en aucun cas. [Notons que l'hypothèse envisagée ici ne pourrait d'ailleurs concerner que la succession d'un étranger domicilié à l'étranger, mais ayant laissé des biens en Suisse, ou la succession d'un étranger domicilié en Suisse soumise à la loi nationale en vertu d'une *professio juris*]

C a 1 En vertu des articles 22, 2e alinéa, et 32, LRDC, les étrangers domiciliés en Suisse peuvent, par une déclaration expresse (*professio juris*) dans leurs dispositions pour cause de mort, soumettre leur succession à leur loi nationale, la succession s'ouvrant néanmoins, en vertu de l'article 23, dans tous les cas au dernier domicile du défunt.

2 D'autre part, lorsque la loi suisse est applicable à la succession d'un ressortissant suisse domicilié à l'étranger (en conséquence de la règle de conflit du pays de domicile et de l'article 28, ch. 2, LRDC), ce Suisse peut, semble-t-il, en vertu de l'article 59, alinéas 1 et 2, Titre final cc, soumettre par *professio juris* sa succession à la loi de son canton d'origine en vue d'échapper à la réserve des frères et sœurs, si ledit canton a fait usage de la faculté donnée aux cantons par l'article 472 cc de supprimer la réserve prévue à l'article 471, ch. 3, cc. Le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte (v. ATF 91, II, 457 s., not. considérant 6, p. 469 s.).

b Non. Ce choix est limité à la loi nationale du défunt pour les étrangers domiciliés en Suisse. Si l'on admet d'autre part la possibilité de la *professio juris* – quant aux dispositions relatives à la réserve des frères et sœurs – dans les successions de Suisses do-

miciliés à l'étranger régies par le droit suisse, le choix est ici limité à la loi du canton d'origine du *de cuius* (*lex patriae* «cantonale»).

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Oui.

C a Tout héritier réservataire lésé par des dispositions testamentaires dispose de l'action en réduction contre les libéralités qui excèdent la quotité disponible (article 522 cc). Faute pour les réservataires d'agir dans les délais légaux (cf. article 533 cc), le testament devra être exécuté (sauf accord contraire entre tous les héritiers intéressés).

b Article 527 CC:

«Sont sujettes à réduction comme les libéralités pour cause de mort:

1 Les libéralités entre vifs faites à titre d'avancement d'hoirie sous forme de dot, d'établissement ou d'abandon de biens, quand elles ne sont pas soumises au rapport;

2 Celles qui sont faites à titre de liquidation anticipée de droits héréditaires;

3 Les donations que le disposant pouvait librement révoquer et celles qui sont exécutées dans les cinq années antérieures à son décès, les présents d'usage exceptés;

4 Les aliénations faites par le défunt dans l'intention manifeste d'échapper aux règles concernant la réserve.»

D Pratiquement, il s'agira presque toujours, ici, du cas de successions d'étrangers domiciliés en Suisse.

a 1 Des immeubles situés dans un pays étranger seront compris dans la masse de calcul de la réserve pour autant que la loi suisse y soit tenue pour applicable.

2 Non. Si dans le cas d'une succession par ailleurs régie par le droit suisse un Etat étranger applique néanmoins sa propre loi successorale aux biens sis sur son territoire, le droit suisse n'accorde aux héritiers aucun droit de prélèvement sur les biens sis en Suisse pour le cas et dans la mesure où la loi étrangère porterait atteinte à la réserve et dépasserait la quotité disponible. Telle est du moins, croyons-nous, la solution générale de la pratique. Aboutissant en fait à traiter indépendamment les deux masses successorales, lorsque le pays étranger ne reconnaît pas l'applicabilité de la loi suisse aux biens situés sur son territoire, cette solution consacre en fait l'échec, au profit de la scission, du principe de l'unité (postulé notamment par l'article 22 LRDC. Elle a, au moins, le mérite de la simplicité.

A notre connaissance, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur la question, ni d'ailleurs les auteurs, qui se bornent généralement à constater que si la loi étrangère ne reconnaît pas l'applicabilité de la loi suisse posée par l'article 22 LRDC pour toute la succession, il en résultera des conflits de lois. En revanche, deux avis publiés dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JA), fascicules 6 (1932), No 98, p. 121, et 13 (1939), No 45, p. 65, admettent en pareil cas la solution que nous indiquons ici. Le premier de

ces avis déclare notamment que «chaque Etat soumet à sa loi les biens situés sur son territoire». D'autre part, on peut se demander si, malgré l'absence de tout «droit de prélèvement», un héritier ne pourrait pas, en Suisse, opposer l'exception d'abus de droit (article 2 cc) à celui qui, ayant obtenu à l'étranger, en vertu de la loi étrangère, une part excédant la quotité disponible, réclamerait encore en Suisse une part des biens qui y sont situés.

b Rappel: Il ne peut s'agir ici que du cas prévu à l'article 28, ch. 1er, LRDC; la succession d'un ressortissant suisse domicilié à l'étranger à son décès reste soumise au droit suisse quant aux immeubles sis en Suisse, même si elle est par ailleurs régie par la loi successorale du pays de domicile selon sa propre règle de conflit.

1 Oui.

2 Oui, selon l'opinion que nous croyons dominante en Suisse; des décisions judiciaires manquent toutefois sur cette question.

1 En cas de dualité successorale, il est en effet généralement admis que nos autorités ne s'intéressent qu'au sort de la portion de succession qui relève de leur loi et de leur juridiction – ignorant délibérément l'existence des masses étrangères –, selon le système qu'Eric Siegrist qualifie «d'appréciation distincte» dans son ouvrage *De la dévolution successorale en application de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869*, Neuchâtel/Paris 1953.

Elles pensent ainsi moins à une mise en oeuvre équitable des droits successoraux dans le cadre de la succession entière qu'à leur mise en oeuvre exacte dans la portion suisse de l'hérédité (cf. *op. cit.*, p. 97).

Dans l'exemple du questionnaire, Secundus recevrait selon cette méthode l'immeuble sis dans le pays B tout en pouvant en outre prétendre à sa réserve sur l'immeuble sis en Suisse (pays A).

2 Mais il pourrait se justifier de procéder selon une autre méthode, celle de l'«appréciation globale des parts, des lots et des réserves». Cette méthode qui vise à assurer une plus juste application internationale du droit de fond, est préconisée par Siegrist (*op. cit.*) à propos de la Convention franco-suisse, mais le procédé nous paraît applicable d'une manière générale, ainsi pour la Suisse dans le cas de l'article 28, ch. 1er, LRDC. Selon cette méthode, il convient de considérer la succession dans son ensemble, et par conséquent les deux masses comme étant complémentaires (les réserves sont calculées *in concreto* pour chacune des masses, selon les critères de la loi applicable à cette portion de la succession, puis elles sont additionnées).

Relevons qu'il n'est donc pas question de subordonner l'une des réglementations successorales à l'autre ou de modifier l'une d'elles en fonction de l'autre. Ainsi, d'après Siegrist, «une même opération de la dévolution, par exemple la formation des lots dans la succession particulière, n'est soumise, en vertu du principe de la dualité, qu'à une seule et même législation, celle du pays *rei sitae*» (v. *op. cit.*, p. 101).

En revanche, la méthode de l'«appréciation globale» repousse l'idée d'une séparation de fait entre les deux masses, séparation qui aboutit à une fiction, soit l'existence de deux successions étrangères l'une à l'autre. Aussi bien les tribunaux de chaque pays ne pourraient-ils pas, dit Siegrist, ignorer l'existence de l'autre portion successorale, ni se désintéresser de sa consistance et de sa dévolution. Non pas qu'ils désireraient exercer sur elle leur pouvoir juridictionnel ou lui appliquer leurs lois propres. Mais ils désireraient savoir quel est, dans

l'autre masse et eu égard au droit litigieux, le sort de tel héritier, pour attribuer ensuite à ce dernier, dans la masse soumise à leur juridiction, la quantité de biens nécessaire pour amener le résultat global voulu par l'application parallèle des deux législations (v. *op. cit.*, p. 94).

Selon cette méthode, l'héritier réservataire ne peut jamais prétendre recevoir, sur l'ensemble de la succession (masses additionnées), plus que l'équivalent des deux portions de réserve additionnées; il recevra au besoin dans l'une des masses le complément nécessaire pour atteindre, en sus de ce qu'il touche dans l'autre masse, la réserve globale. L'appréciation de la réserve et l'exécution de la réduction se font ainsi dans le cadre des deux masses héréditaires envisagées simultanément, soit de la succession entière (cf. *op. cit.*, p. 91).

Pour reprendre l'exemple du questionnaire, admettons que les deux immeubles successoraux sis l'un en A et l'autre en B valent chacun 100 et que la réserve des héritiers Primus et Secundus soit, pour chacun d'eux, d'un quart de la succession selon la loi du pays A, la loi de B ignorant en revanche toute réserve. Nous aurons donc la situation suivante: la succession globale vaudra 200, et la réserve globale tant de Primus que de Secundus vaudra 25 pour chacun d'eux. Avec l'attribution testamentaire, Primus recevra évidemment bien au-delà de sa réserve. Mais de son côté, Secundus, gratifié de l'intégralité de l'immeuble sis en B, recevra 100, soit, lui aussi, manifestement plus que sa réserve globale. Par conséquent, Primus pourra recevoir intégralement l'immeuble sis en A, conformément au testament.

Mais à supposer maintenant que l'immeuble sis en A vaille 200, l'immeuble sis en B seulement 50, et que la réserve de Secundus et Primus, inexistante en B, soit pour chacun d'eux des 3/8 de la succession dans le pays A. la valeur de la réserve serait donc pour chacun de 3/8 de 200 = 75, alors que la valeur de la succession serait de 250; outre l'immeuble sis en B, à lui attribué par testament, Secundus aurait donc encore droit à une part réservataire de 25 sur l'immeuble sis en A [75 (réserve globale de Secundus) – 50 (immeuble en B) = 25 (complément de réserve à prélever sur l'immeuble sis en A)].

Autre cas: si l'immeuble sis en A valait 200, l'immeuble sis en B 80, et que la réserve de chacun des héritiers soit des 3/8 de la succession selon la loi du pays A et d'1/4 de la succession selon la loi du pays B, la réserve globale de Secundus serait donc de $\frac{3 \times 200}{8} + \frac{1 \times 80}{4} = 75 + 20 = 95$. Secundus aurait donc droit en plus de l'immeuble à lui attribué par le *de cuius* en B et valant 80, à une part réservataire de 15 sur l'immeuble sis en A.

Comme le constate Siegrist (*op. cit.*, p. 95), l'«appréciation globale est techniquement moins simple que l'appréciation distincte. Car, d'une part, la mesure d'un droit héréditaire dans l'une des masses ne résulte pas directement du calcul fait dans cette masse, mais dépend de la connaissance qu'on a de la mesure donnée à ce même droit dans l'autre hérédité, connaissance qui peut être plus ou moins aisée. La considération des valeurs globales, d'autre part, nécessite la conversion de l'une des valeurs distinctes dans l'unité monétaire dans laquelle est exprimée l'autre».

Néanmoins, pour cet auteur (*op. cit.*, p. 101), «l'appréciation globale des valeurs et la liquidation non spécifique des masses constituent la solution conforme au droit. Elles permettent seules, par le moyen d'une adaptation [compensations, soultes] de prévenir ou de réparer, dans le cadre de la dévolution, les irrégularités qui pourraient se produire dans la transmission ou le

partage de l'une des masses. Elles s'imposent, éthiquement parlant, parce qu'elles respectent un fait que la dualité successorale n'a pas rejeté mais, bien au contraire, engendré: la juxtaposition des masses soumises à des régimes différents».

3 Réserves et quotité disponible se calculent sur l'actif successoral net. Donc, en pratique, ce calcul se fera, pour la portion de la succession soumise au droit suisse, après déduction des créances reconnues contre la succession et produites en Suisse. Nous devons réserver la solution que donneraient les tribunaux à des cas d'espèce tels que celui visé dans l'exemple du questionnaire et entachés de fraude à la loi (il pourrait p. ex. y avoir matière à annulation du testament).

Théoriquement, on pourrait envisager une péréquation des passifs entre les deux masses, de manière à répartir l'actif successoral entre les héritiers comme si le passif total avait grevé chacune des masses proportionnellement à son importance. Cette méthode soulèverait toutefois des difficultés pratiques. Elle supposerait à tout le moins une collaboration étroite entre les personnes chargées de liquider la succession dans les deux pays.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE - ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A I Mode d'administration

Remarques préliminaires

Il semble bien que la pratique suisse ne tienne pas l'administration de la succession pour régie par la seule loi successorale, mais qu'elle admette l'applicabilité de différentes lois, selon des domaines en jeu. Il est au demeurant difficile - faute de jurisprudence et vu les opinions très diverses de la doctrine - de dégager des règles absolues.

On peut d'ailleurs relever que la détermination du mode d'administration de la succession pose un problème de qualifications. Telle disposition peut être considérée dans un pays comme étant de procédure (par exemple la question de l'exécution testamentaire en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis), alors que dans un autre pays (par exemple en Suisse) elle serait de droit matériel.

Successions ouvertes en Suisse

I On a vu que *sauf professio juris* du *de cuius* en faveur de sa loi nationale, les successions d'étrangers domiciliés en Suisse à leur décès sont soumises à la loi suisse (article 22, 1er alinéa, LRDC). En pareil cas, ces successions sont naturellement administrées selon les règles du droit suisse; loi successorale, loi du lieu d'ouverture de la succession et *lex domicilii* se confondent en l'occurrence.

II. Si le *de cuius* a fait une *professio juris* en faveur de sa loi nationale, la pratique considère semble-t-il, en se fondant notamment sur l'article 23 LRDC, que la succession doit être néanmoins administrée et liquidée selon la loi suisse, à titre de loi du domicile et du lieu d'ouverture de la succession (c'est toutefois la loi successorale qui sera applicable à la question de savoir si un exécuteur testamentaire a été désigné).

Résumant Max Petitpierre (*op.cit.*, p. 248 et 249) et Roger Voumard (*op. cit.*), on peut, croyons-nous, poser les 3 principes suivants:

Les règles de procédure du droit suisse sont applicables de l'ouverture de la succession à la clôture du partage. Les rapports successoraux internes (soit toutes relations juridiques d'ordre successoral entre ayants droit à la suc-

cession) sont régis par la loi nationale du *de cuius* exclusivement. Si l'application du droit matériel étranger lèse les créanciers successoraux et compromet la sécurité des transactions, elle doit être écartée au profit des règles du droit suisse.

Quant aux *options des héritiers*, signalons que Petitpierre (*op. cit.*, p. 258) est d'avis que le *choix* se limite entre les quatre partis qu'offre le droit suisse (donc la *lex domicilii* et *fori*), quitte à ce que le parti choisi soit ignoré par la loi successorale (soit la *lex patriae* du *de cuius*). Voumard au contraire (*op. cit.*, p. 76) estime que la loi nationale du *de cuius* est alors compétente, à condition toutefois de ne pas léser les créanciers successoraux.

Il précise qu'en égard aux difficultés qui pourraient surgir du fait de l'enchevêtrement, en cette matière, des règles de procédure et des dispositions de droit matériel, il s'agira autant que possible d'appliquer les règles suisses de procédure au droit matériel étranger, en faisant en sorte que le résultat prévu par la loi étrangère soit atteint.

Petitpierre et Voumard sont en revanche à nouveau d'accord pour déclarer que les *effets* de l'option sur les droits successoraux de l'optant et d'autres personnes doivent être régis par la loi successorale (donc la loi nationale du *de cuius* en cas de *professio juris*). Mais alors que pour Petitpierre (*op. cit.*, p. 258) les *délais* d'option sont régis par la loi suisse (question de procédure), ils le sont par la loi nationale du *de cuius* pour Voumard (la question touchant au fond du droit et relevant de la loi qui régit l'option elle-même).

Successions ouvertes à l'étranger

1 Il semble bien que d'après la pratique suisse l'administration de la succession soit régie par la loi successorale, sous réserve pourtant de certaines adaptations du statut, des droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire à la loi suisse en tant que *lex rei sitae*.

2 On peut toutefois se demander si le droit international privé suisse ne pourrait pas postuler tout aussi bien que l'on résolve la question de la loi applicable à l'administration successorale à la lumière de la règle de conflit du pays du dernier domicile du défunt(?).

aa Ainsi, dans le cas de la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès, la loi régissant l'administration successorale serait déterminée compte tenu de l'article 28, ch. 2, LRDC, les deux questions «loi successorale applicable» et «loi applicable à l'administration de la succession» étant toutefois résolues indépendamment l'une de l'autre.

Il conviendrait alors de distinguer les cas principaux suivants, en ce qui concerne les biens (mobiliers) sis en Suisse:

1 Le pays de domicile du défunt suisse soumet tant les successions internationales que leur administration à sa propre loi, au titre de *lex domicilii*. Cela revient à dire que la loi successorale étrangère du dernier domicile du défunt déterminera le mode d'administration de la succession également quant aux biens (mobiliers) sis en Suisse (on se trouve donc ici dans l'hypothèse B du questionnaire).

2 Dans le cas toutefois où (comme dans divers pays d'Amérique latine) les autorités locales et l'administrateur de la succession se désintéressent en fait de la portion des biens sis hors de leur pays (quand bien même la *lex domicilii* leur serait applicable en principe), les biens sis en Suisse doivent être liquidés selon la procédure du droit suisse. Nous estimons du reste qu'en pareille occurrence l'article 28, ch. 2, *in fine*,

LRDC permettrait de soumettre même la dévolution de ces biens au droit suisse. On peut en effet soutenir que par suite du désistement des autorités locales le droit du pays de domicile n'est en fait plus applicable à la dévolution des biens sis en Suisse.

3 Le pays de domicile du défunt suisse soumet la succession à la *lex domicilii* et l'administration successorale à la loi réelle (exemple: Angleterre pour les biens mobiliers). Si l'administration successorale ouverte dans le pays de domicile entend néanmoins (comme c'est généralement le cas dans cette hypothèse-ci) déployer des effets extra-territoriaux et s'appliquer aussi aux biens mobiliers sis en Suisse, elle pourrait alors être invitée au besoin à se conformer, dans son activité en Suisse, à certaines exigences et limites posées par la loi interne suisse. Mais, en principe, les solutions que nous donnons plus bas sous lettre B a à d seraient valables dans ce cas-ci également.

4 Le pays de domicile soumet la succession à la loi nationale du *de cuius* (soit la loi suisse), mais donne à sa propre loi (*lex domicilii*) la compétence de fixer le mode d'administration successoral (exemple Pays-Bas). Cette dualité devra être respectée en ce qui concerne les biens successoraux (mobiliers) existant en Suisse.

bb 1 Dans le cas de la succession d'un *étranger domicilié à l'étranger* à son décès, mais laissant des biens en Suisse, la loi du domicile se trouvera être le plus souvent la loi successorale et s'appliquera aussi à l'administration des biens successoraux en Suisse.

2 Mais si l'Etat de domicile, tout en soumettant la succession à une loi autre que la sienne, considère sa propre loi comme compétente pour déterminer le mode d'administration de la succession, cette dualité devrait, là aussi, être reconnue quant aux biens sis en Suisse. En d'autres termes, l'administration de la succession en Suisse serait régie en principe par la loi du dernier domicile du défunt à l'étranger.

II Mutation de la propriété successorale

La mutation de la propriété des biens sis en Suisse dépendant d'une succession internationale paraît régie, dans tout les cas, par la loi réelle, ce qui dès lors peut n'être pas sans répercussions sur l'étendue des pouvoirs de l'administrateur successoral étranger.

Il serait au surplus contraire à l'ordre public suisse d'admettre, pour des biens suisses, une modalité de propriété résultant d'une institution complètement inconnue du droit suisse et n'y possédant pas d'équivalent, telle que le «trust» du droit anglais. Telle est du moins l'opinion soutenue en doctrine par Schreiber. *L'exécution testamentaire en droit suisse*, Lausanne 1940, p. 123. De fait, les conservateurs du registre foncier refuseraient sans doute d'inscrire un «trustee» (ou une personne qui lui serait assimilée) comme propriétaire au registre foncier (la demande du «trustee» de se faire inscrire comme propriétaire supposerait au demeurant que le «trustee» tienne pour applicable, quant à l'immeuble sis en Suisse, la *lex fori successionis* plutôt que la *lex situs*). Sur la solution pratique en pareil cas, v. ci-dessous ad B a.

Quant à la mutation de la propriété des biens à l'étranger dépendant d'une succession soumise au droit suisse (selon la *lex situs* et selon la loi suisse), le droit suisse laisse à notre avis la *lex situs* décider de sa propre application ou de l'applicabilité de la loi suisse.

B En ce qui concerne la Suisse, l'hypothèse B se rapporte à des successions ouvertes à l'étranger. (V. ad A ci-dessus, Nos 1 et 2, cas aa 1, 3 et bb 1).

a Oui (v. not. Schnitzer, *op. cit.*, vol. II, p. 531, et Frank Vischer, *Internationales Privatrecht*, dans *Schweizerisches Privatrecht*, Bâle et Stuttgart, 1969, vol. 1, p. 642 et 643, qui d'ailleurs se fonde aussi sur l'ATF 43 I 77, cité dans de commentaire, et sur l'ATF 81 II 495).

NB: Pour pouvoir disposer d'un immeuble successoral suisse dans l'exercice de ses fonctions, un «trustee» serait fondé, selon Schreiber, *ibidem*, à se faire mentionner au registre foncier comme représentant des héritiers qui, eux, seraient évidemment inscrits comme propriétaires. Bien entendu, cela ne pourrait concerner que la succession d'un étranger (vu l'article 28, ch. 1, LRDC).

b En principe, seule la loi successorale entre en considération.

c La question dépend à notre avis de la loi successorale.

d A notre avis, le régime de l'indivision successorale, qui se rattache à l'acquisition de la propriété successorale, est pour cette raison soumis à la loi réelle.

Ainsi, comme le permet le droit suisse, les héritiers pourront, par accord unanime, instituer une communauté héréditaire prolongée (v. ATF-61, II, 164).

D V. ad A ci-dessus, No 2, cas aa 4.

a Oui, sous réserve notamment des règles du droit suisse relatives à la mutation de la propriété successorale.

b Sans objet.

c Même solution qu'en B d.

Section III Compétence internationale en matière de succession

a Oui. Le domicile du défunt constitue le *forum hereditatis*. Ce for est aussi compétent en matière de juridiction gracieuse.

b Pour les successions de Suisses domiciliés à l'étranger à leur décès, l'existence d'immeubles successoraux en Suisse fonde, quant à ces immeubles, un chef de compétence exclusif en Suisse.

Toutefois, pour ces immeubles, le for n'est pas en ce cas le *forum rei sitae* (ni p. ex. celui de l'immeuble le plus important, ou le *forum situs* le premier saisi, en cas de pluralité d'immeubles, etc.), mais bien le for du lieu d'origine (v. article 28 ch. 1, LRDC), et cela pour des raisons historiques.

D'autre part, en ce qui concerne les biens en Suisse dépendant de successions d'étrangers domiciliés à l'étranger, un arrêt du Tribunal fédéral a statué que la détermination, par les Tribunaux suisses, du for des actions successorales relève uniquement du droit cantonal. Les cantons ne violeront pas le droit fédéral s'ils déclarent leurs tribunaux incompétents en raison du dernier domicile du défunt à l'étranger et du principe de l'unité de la succession, ni s'ils les déclarent compétents parce qu'il existerait dans le canton des biens compris dans la succession ou que le défendeur à l'action aurait son domicile dans le canton (ATF 62 II 20). Peut-être cette jurisprudence est-elle appelée à être modifiée une fois ou l'autre.

c Lorsque la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès n'est pas ouverte à l'étranger, le for du lieu d'origine en Suisse, prévu à l'article 28, chiffre 2, LRDC, devient alors compétent.

Conformément à l'article 28, chiffre 1, LRDC, le for du lieu d'origine est de toute façon compétent quant à la succession des immeubles laissés en Suisse par un Suisse ayant eu son dernier domicile à l'étranger.

Chaque Suisse est en effet ressortissant d'une commune d'origine et possède donc un indigénat communal, ou si l'on veut une «patrie communale». Le for du lieu d'origine est donc un véritable *forum patriae*.

d Non, sauf pour la succession d'un absent ou la succession *ab intestat* d'un *de cuius* n'ayant pas laissé de conjoint ni de parents au degré successible, ou pour les biens non réclamés avant l'expiration des délais légaux (à compter de l'ouverture de la succession à l'étranger) de prescription acquisitive.

e 1: Non.

2: Non.

3: Comme le relève le commentaire, les actions des créanciers successoraux ne sont pas considérées, en Suisse, comme des actions successorales.

4: Non.

f Non.

Tchécoslovaquie/Czechoslovakia

Section I Détermination de la loi applicable à la succession

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT

A La Tchécoslovaquie suit le principe de l'unité de la loi applicable.

B Non.

C Le droit tchécoslovaque n'en connaît pas les sanctions.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A a La loi successorale est la loi nationale du défunt: § 17 de la loi No 97/1963 Sb. sur le droit international privé et de procédure «Les rapports juridiques successoraux sont régis par la législation de l'Etat dont le *de cuius* était le ressortissant à l'époque de sa mort».

b Non.

c Non.

B Sans objet.

C a 1 Article 33, al. 1, 2 de la loi No 97/1963 Sb.: «Si un individu est citoyen tchécoslovaque à l'époque décisive alors qu'un autre Etat le considère également comme son propre ressortissant, c'est la nationalité tchécoslovaque qui prévaut. Au cas où un individu est simultanément le ressortissant de plusieurs Etats étrangers à l'époque décisive, c'est la nationalité acquise en dernier lieu qui prévaut.»

2 Article 33, al. 3 de la loi No 97/1963 Sb.:

«Celui qui, à l'époque décisive, n'est le ressortissant d'aucun Etat ou dont la nationalité ne peut être établie ou bien au sujet duquel il ne peut être constaté quelle nationalité il a acquise en dernier lieu, doit être tenu pour un ressortissant de l'Etat sur le territoire duquel il avait son domicile à l'époque décisive ou, si cela ne peut être constaté, sur le territoire duquel il séjournait. Au cas où cela ne peut être constaté non plus, il faut procéder comme s'il s'agissait d'un citoyen tchécoslovaque.»

b Sans objet.

D Quant aux successions des ressortissants tchécoslovaques, malgré que la Tchécoslovaquie soit une fédération, la loi dans le domaine du droit de succession est unique (Code civil).

Quant aux successions des étrangers: article 34 de la loi No 97/1963 Sb.: «En cas d'applicabilité de la législation d'un Etat divisé en plusieurs régions de droit, les prescriptions de cet Etat déterminent l'application de la loi de l'une de ces régions.»

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Article 35 de la loi No 97/1963 Sb.:

«En cas d'applicabilité, aux termes de la présente loi, d'une législation dont les dispositions renvoient à la loi tchécoslovaque ou, au second degré, au droit d'un autre Etat, un tel renvoi peut être accepté, si cela correspond à un règlement raisonnable et équitable du rapport concerné.»

a 1 Oui.

2 Oui.

3 Oui.

4 Oui.

.....

B a Non.

b Non.

C a Non.

b Non.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Oui.

B Sans objet

C a Régulé par § 479 du Code civil: la disposition à cause de mort dépassant la quotité disponible n'est pas valable.

b Régulé par § 484 du Code civil: on ne peut pas restreindre l'effet d'une telle donation, mais on peut la soustraire de la portion d'héritage.

D a 1 Oui.

2 Oui. Régulé par § 30 de la procédure de notariat: l'assurance d'héritage.

b Sans objet.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a Oui.

.....

B a Oui.

c Dépend de la loi successorale.

b Dépend de la loi successorale.

d Dépend de la loi successorale.

Section III Compétence internationale en matière de succession

- a Oui.
- b 1 Oui.
- 2 Oui.
- c Oui.
- d Non.
- e Sans objet.
- f Sans objet.

Réglé par l'article 45 de la loi No 97/1963 Sb.:

«1. Lorsqu'il s'agit de la succession d'un étranger, située en Tchécoslovaquie, le notariat tchécoslovaque suivra la procédure successorale a) si l'Etat dont le *de cuius* est ressortissant ne délivre pas les successions des citoyens tchécoslovaques aux notariats d'Etat tchécoslovaques et ne reconnaît pas aux décisions de ces derniers leurs effets juridiques, ou bien si l'Etat étranger refuse de s'occuper de la succession ou s'il ne se prononce pas; ou b) si le *de cuius* avait son domicile en Tchécoslovaquie et si un héritier qui y séjourne le demande; c) dans tous les cas où il s'agit de choses immobilières situées sur le territoire tchécoslovaque».

Yougoslavie/Yugoslavia

Section I Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A Le droit yougoslave suit le principe de l'unité de la loi applicable à la succession.

C a La loi sur les successions du 11 mai 1955 n'impose pas de solution particulière. Aux successions des ressortissants yougoslaves est toujours applicable la loi nationale (yougoslave) quels que soient le lieu où le décès est survenu et celui où sont situés les biens (article 154).

Toutefois, si dans un autre Etat la succession d'un ressortissant yougoslave est traitée selon la loi du pays, la succession d'un ressortissant de ce pays, située en territoire yougoslave, sera traitée selon le droit yougoslave (article 155, alinéa 2).

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A a Le droit yougoslave adopte comme loi successorale applicable celle du défunt (moyennant l'institution de renvoi).

C a 1 Si le défunt a plusieurs nationalités sera prise comme circonstance de rattachement la nationalité yougoslave (s'il la possédait) ou la nationalité active (dont il se servait) s'il n'avait pas la nationalité yougoslave.

Ces dispositions ne figurent pas dans la loi sur les successions, mais elles sont appliquées dans tous les cas où le défunt possède une double nationalité ou plusieurs nationalités.

2 Lorsque le défunt est apatride ou si sa nationalité n'est pas connue, sera applicable le droit du pays de sa dernière nationalité et, si ladite personne n'a jamais eu de nationalité, ou si sa nationalité est inconnue, la loi du pays de son dernier domicile ou, à défaut, de sa dernière résidence (article 156).

D Sera applicable le droit du pays auquel renvoient les dispositions du droit national sur le droit interterritorial ou interpersonnel, et, s'il n'en existe pas, probablement le droit qui, de l'avis du juge yougoslave, est le plus proche de la personne du défunt. La loi sur les successions ne comporte pas de dispositions expresses à cet égard, mais de telles opinions sont rencontrées en théorie.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A L'application de l'institution de renvoi est prévue à l'article 155, alinéa 1 de la loi sur les successions.

- a 1 La réponse est positive
- 2 Idem.
- 3 Idem.

4 Selon le point de vue théorique concernant l'interprétation de la disposition de l'article 155, alinéa 1, serait applicable le droit substantiel auquel renvoie le droit national; en conséquence la réponse est en principe négative.

- b et c aux deux cas est applicable la réponse sub a 4.
- d La réponse est négative.

B Il n'existe d'autres facteurs limitant le droit à la succession que l'application du principe de la réciprocité à l'article 5 de la loi sur les successions. Il convient notamment de mentionner que ce cas également peut donner lieu à une rétorsion conformément à l'article 155, alinéa 2 (voir réponse sub. § 1 C a).

- C La réponse est négative.

Section II Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

- A La réponse est positive.

C a Le testateur ne peut priver les héritiers légaux de leur droit à la réserve dans le droit yougoslave. Si le droit d'un autre pays est applicable, cette question sera appréciée conformément à ce droit.

b Est également applicable la loi selon laquelle est traitée la succession. Dans le droit yougoslave, toute donation entre vifs faite en faveur d'un héritier légal est imputée sur la réserve, sauf si le défunt a prévu expressément ou fait connaître clairement de toute autre manière qu'il ne désire pas que ce don soit compris dans la réserve. A cette occasion ne peuvent être violées les dispositions concernant la réserve légale. Les fruits et les autres avantages découlant du don ne sont pas pris en ligne de compte.

- D a 1 Voir la réponse sub C.

2 La réponse est positive si la loi yougoslave est applicable.

A a La réponse est positive. Est applicable la loi nationale du défunt. S'il s'agit de la compétence d'un tribunal étranger dont le droit connaît l'institution d'administrateur de la succession, ce tribunal pourra valablement nommer un administrateur à la succession s'il est compétent selon le droit yougoslave (articles 186-189 de la loi sur les successions).

B a La réponse est donnée sub A a.

b Est applicable le droit applicable à la succession du défunt ou le droit auquel il renvoie.

d Idem.

Section III Compétence internationale en matière de succession

b 1 Est en principe compétent le tribunal du lieu de la situation des biens immobiliers. Si les biens immobiliers d'un ressortissant yougoslave sont situés à l'étranger, le tribunal yougoslave ne sera compétent que si le tribunal étranger n'est pas compétent selon la loi de son pays.

2 Le tribunal yougoslave est toujours compétent en matière de succession mobilière d'un ressortissant yougoslave. En matière de succession mobilière d'un ressortissant étranger le tribunal yougoslave n'est compétent que dans des cas exceptionnels (article 187, alinéa 2 de la loi sur les successions). Le tribunal yougoslave est exclusivement compétent en matière de succession mobilière en Yougoslavie d'un apatride (article 188 de la loi sur les successions). Pour ce qui est des autres cas de compétence, la loi sur les successions ne prévoit aucune autre disposition expresse.

Il est donné ci-après quelques articles de la Loi yougoslave sur les successions.

Article 5

En République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, les ressortissants étrangers jouissent des mêmes droits successoraux que les nationaux, sous réserve de l'application du principe de réciprocité.

Article 154

Les dispositions de la présente loi s'appliquent à la succession des ressortissants de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, quels que soient le lieu où le décès est survenu et celui où se trouvent leurs biens.

Article 155

En ce qui concerne la succession de ressortissants étrangers, ce sont les dispositions de la loi du pays dont le défunt était ressortissant, ou bien celles de la loi à laquelle elle renvoie qui sont applicables.

Si dans l'Etat du ressortissant étranger décédé la succession d'un ressortissant étranger est traitée par ses lois, la succession de ce ressortissant étranger se trouvant en territoire de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie sera traitée conformément aux dispositions de la présente loi.

Article 156

En ce qui concerne la succession d'une personne sans nationalité, seront applicables les dispositions de la loi du pays de sa dernière nationalité, et, si ladite personne n'a jamais eu de nationalité, ou si sa nationalité est inconnue, la loi du pays de sa dernière résidence ou, à défaut, de son dernier séjour.

Article 159

Les dispositions de la loi du pays étranger ne seront pas appliquées si elles sont contraires à l'ordre public de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie. Le ressortissant étranger ne peut, en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, hériter de plus de terres agricoles que ne le peut le ressortissant yougoslave. Le ressortissant étranger a droit à une indemnité en argent pour la terre agricole qu'il ne peut posséder.

Article 186

S'il s'agit de régler la succession d'un ressortissant de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, le tribunal yougoslave sera exclusivement compétent en ce qui concerne ses biens immeubles qui se trouvent situés en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie et, en ce qui concerne ses biens mobiliers, quel que soit le pays où ils se trouvent.

Au cas où ses biens immeubles se trouvent situés à l'étranger, le tribunal yougoslave ne sera compétent que si, aux termes de la loi de l'Etat où se trouve situé le bien en question, l'organe étranger est incompétent.

Article 187

S'il s'agit de régler la succession d'un ressortissant étranger, le tribunal yougoslave est exclusivement compétent en ce qui concerne ses biens immeubles qui se trouvent situés en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie.

Le tribunal yougoslave aura compétence pour régler la succession d'un ressortissant étranger en ce qui concerne ses biens mobiliers qui se trouvent en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie.

1 s'il en a été convenu de la sorte par un traité international;

2 s'il n'y a pas réciprocité avec l'Etat où le défunt est décédé;

3 si le tribunal yougoslave est compétent en matière de règlement de la succession du ressortissant étranger aux termes de la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant, ou bien si l'Etat étranger déclare qu'il ne veut pas régler la succession;

4 si tous les héritiers qui se trouvent en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie proposent que la succession soit réglée par un tribunal yougoslave, et que les héritiers et légataires qui se trouvent à l'étranger ne font pas opposition à la compétence du tribunal yougoslave dans un délai de six mois à partir de la convocation du tribunal.

Si le tribunal éprouve des doutes quant à l'existence de la réciprocité, il s'adressera au Conseil exécutif fédéral pour lui demander les explications qu'il est tenu de fournir.

Si le tribunal yougoslave n'est pas compétent pour régler la succession du ressortissant étranger, il aura néanmoins compétence pour ordonner des mesures conservatoires de la succession et protéger les droits qu'ont vis-à-vis de la succession des personnes se trouvant en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie.

Article 188

S'il s'agit de régler la succession d'une personne sans nationalité, ou d'une personne dont la nationalité ne peut être déterminée, le tribunal yougoslave est exclusivement compétent en ce qui concerne ses biens immeubles qui se trouvent situés en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie.

De même le tribunal yougoslave sera exclusivement compétent pour régler la succession d'une pareille personne en ce qui concerne ses biens mobiliers qui se trouvent en République Fédérative Populaire de Yougoslavie, si elle était domiciliée – ou résidait – en République Fédérative Populaire de Yougoslavie à l'époque de son décès.

Article 189

Est territorialement compétent pour régler la succession le tribunal d'arrondissement sur le territoire duquel le défunt était domicilié – ou résidait à l'époque de son décès.

Au cas où le défunt n'était pas domicilié – ou ne résidait pas – en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, c'est le tribunal sur le territoire duquel se trouve la majeure partie de sa succession qui serait compétent.

Si aucune fraction de succession ne se trouve en République Socialiste Fédérative de Yougoslavie, le Conseil exécutif fédéral désignera le tribunal d'arrondissement qui sera territorialement compétent.

Les mesures provisoires de conservation de la succession pourront être ordonnées par le tribunal sur le territoire duquel le de cujus est décédé, de même que par le tribunal sur le territoire duquel se trouvent les biens du défunt.

Si le tribunal yougoslave n'est pas compétent pour régler la succession, la compétence du tribunal yougoslave autorisé à accomplir différents actes de procédure sera déterminée conformément aux alinéas précédents du présent article.

Mise à jour du Commentaire sur le droit international privé des successions

ÉTABLIE PAR HANS VAN LOON

Document préliminaire No 1 d'avril 1986

Mise à jour du Commentaire tenant compte notamment des lois et projets récents en matière de droit international privé*

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A Principe de l'unité

A ajouter au groupe des Pays membres admettant l'unité de la succession: AUTRICHE, CHILI, POLOGNE, TURQUIE (avec une exception pour les immeubles situés en Turquie). Le nouveau droit yougoslave admet désormais l'unité sans réserve de réciprocité. A ajouter aux pays qui semblent faire partie de ce groupe: SURINAME.

Les projets argentin et vénézuélien sont également basés sur l'unité de la succession. Le projet suisse renonce à l'exception, admise par le droit actuellement en vigueur, pour les immeubles suisses appartenant à des Suisses.

TRAITÉ BENELUX: le 24 juin 1975 les Gouvernements des trois pays concernés ont annoncé au Conseil interparlementaire pour le Benelux l'arrêt des procédures de ratification.

A ajouter aux Conventions multilatérales de ce groupe: CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ du 20 février 1928 (La Havane) (CODE BUSTAMANTE) (ratifié par les pays suivants: Bolivie; Brésil; Chili; Costa Rica; Cuba; République Dominicaine; Equateur; Guatemala; Haïti; Honduras; Nicaragua; Panama; Pérou; El Salvador; Venezuela): article 144 du Code.

B Principe de la scission

A ajouter au groupe des pays ayant adopté la scission (systèmes de *common law*): AUSTRALIE, CHYPRE. Autres systèmes: URUGUAY. Semble également faire partie de ce groupe: ARGENTINE.

A supprimer: AUTRICHE, TURQUIE.

Le projet québécois admet la scission.

* On trouvera en Annexe un bref exposé des dispositions en matière de droit successorale dans les codifications et projets récents en matière de droit international privé des Pays suivants – Lois: Autriche, Espagne, Pologne, Turquie, Yougoslavie; Projets soumis au Parlement: République fédérale d'Allemagne, Suisse; Projets non encore soumis au Parlement: Argentine, Canada (Québec), Venezuela.

TRAITÉ DU 12 FÉVRIER 1889 CONCERNANT LE DROIT CIVIL INTERNATIONAL (MONTEVIDEO) (ratifié par la Bolivie et le Pérou): article 45; TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU 19 MARS 1940 (MONTEVIDEO) (ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay): article 45.

C Mise en œuvre des principes

a Système de l'unité

Une tendance semble se dégager vers un renforcement du principe de l'unité: depuis 1969 l'Autriche et la Turquie ont quitté les rangs des pays scissionnistes pour rejoindre le groupe des pays admettant l'unité (la Turquie sous réserve des immeubles situés en Turquie). Les projets argentin et vénézuélien proposent la même démarche. Le principe de l'unité a été notamment confirmé dans le nouvel article 9, alinéa 8, du Titre préliminaire du Code civil espagnol; le projet suisse, renonçant à l'exception pour les immeubles suisses appartenant à des Suisses, et la loi yougoslave, renonçant à la condition de réciprocité, viennent également renforcer ce principe. Cette constatation rejoint celle, basée sur des données plus générales, de M. F. Boulanger, *Les successions internationales, Problèmes contemporains* (1981), p. 45, selon qui «un nombre d'Etats plus important que dans le passé sont sensibles au caractère unitaire du règlement successoral».

Ceci étant, il est frappant que la question de la sanction possible du principe de l'unité semble rester sans réponse claire – positive ou négative – dans la plupart des nouveaux systèmes. Le projet allemand, il est vrai, retient la réponse négative de l'article 28 EGBGB, mais la réponse n'est pas sans ambiguïté et il faut s'attendre à ce que cette disposition continue de soulever des questions difficiles dans le futur. Le projet suisse cherche une solution par le biais du règlement de la compétence internationale des tribunaux. Pour le droit de prélèvement sur les biens locaux au profit des héritiers lésés par l'application de la loi étrangère, cf. *infra*, § 3, B Influence de la nationalité ou du domicile des héritiers.

b Système de la scission

3 Règlement du passif. Dans son arrêt du 19 juillet 1976, (*Revue critique de droit international privé* 1978, p. 338, note B. Ancel), la Cour de Cassation française a confirmé l'opinion dominante de la doctrine selon laquelle la loi successorale régit l'étendue de l'obligation des héritiers au passif comme le droit de poursuite des créanciers. Cet arrêt, rejetant la compétence de la situation effective des meubles pour régler le droit de poursuite des créanciers, conforte l'opinion selon laquelle on ne doit pas, en cas de pluralité de lois successorales, proportionner l'obligation des héritiers sur chaque masse à la valeur de cette masse par rapport à l'ensemble de l'actif (cf. Batiffol-Lagarde, 7e éd., No 659). Il importe de signaler, toutefois, qu'en l'espèce la succession n'était composée que de meubles; la Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée dans un cas où il s'agit également d'immeubles. Dans un pareil cas, le tribunal civil de première instance de Papeete (7 mars 1975), tout en précisant que le calcul de la réserve était distinct pour chaque masse, s'est prononcé nettement en faveur d'une loi unique pour le passif (voir notes approbatives de B. Ancel à la *Revue critique de d.i.p.*, 1976, p. 674 et de G. Droz au *Journal des Notaires*, 1976, p. 1763).

Update of the Commentary on succession in private international law

DRAWN UP BY HANS VAN LOON

Preliminary Document No 1 of April 1986

Update of the Commentary with special reference to recent laws and drafts concerning private international law*

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A The unity principle

Added to the group of Member Countries accepting the unity of the law applicable to the estate are: AUSTRIA, CHILE, POLAND, TURKEY (except for immovables located in Turkey). The new Yugoslavian law has adopted unity with no requirement of reciprocity. To the countries which appear to be part of this group may be added: SURINAME.

The Argentine and Venezuelan drafts are also based on the unity of the law applicable to the estate. The Swiss draft would give up the exception which is accepted by the law currently in force, for immovables in Switzerland belonging to Swiss nationals.

THE BENELUX TREATY: on 24 June 1975 the three countries concerned announced to the Inter-parliamentary Council for Benelux that procedures for ratification had been stopped.

To be added to the multilateral Conventions of this group are: THE CODE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW of 20 February 1928 (Havana) (BUSTAMANTE CODE) (ratified by the following countries: Bolivia; Brazil; Chile; Costa Rica; Cuba; the Dominican Republic; Ecuador; Guatemala; Haiti; Honduras; Nicaragua; Panama; Peru; El Salvador; Venezuela): article 144 of the Code.

B The scission principle

To be added to the group of countries which have adopted scission are (common law systems): AUSTRALIA, CYPRUS. Other systems: URUGUAY. ARGENTINA seems also to be a part of this group.

To be *deleted*: AUSTRIA, TURKEY.
The Quebec draft accepts scission.

THE TREATY OF 12 FEBRUARY 1889 DEALING WITH INTERNATIONAL CIVIL LAW (MONTEVIDEO) (ratified by Bolivia and Peru): article 45; THE TREATY ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF 19 MARCH 1940 (MONTEVIDEO) (ratified by Argentina, Paraguay and Uruguay): article 45.

C Operation of these principles

a The unity system

A tendency seems to be emerging towards a *reinforcement* of the unity principle; since 1969 *Austria* and *Turkey* have left the ranks of the countries accepting scission in order to join the group of countries adopting the principle of unity (Turkey however with an exception for immovables located in Turkey). The *Argentine* and *Venezuelan* drafts propose the same solution. The unity principle has been confirmed in particular in a new article 9, paragraph 8 of the Preliminary Title to the *Spanish Civil Code*; the *Swiss* draft, abandoning the exception for immovables in Switzerland belonging to Swiss nationals, and the *Yugoslavian* law, abandoning the requirement of reciprocity, also join in reinforcing this principle. The foregoing determination concurs with that based on more general data of Mr F. Boulanger in *Les successions internationales, Problèmes contemporains* (1981), p. 45, according to whom 'a larger number of States than in the past are sympathetic to a unitary system for dealing with succession'. (translation by the Permanent Bureau)

This being so, it is striking that the question of the possible *sanction* supporting the unity principle seems to remain without a clear reply – positive or negative – in most of the new systems. The German law, it is true, retains the negative response of article 28 EGBGB, but the response is not without ambiguity and it must be expected that this provision will continue to raise difficult questions in the future. The Swiss draft searches for a solution through its handling of the international jurisdiction of the courts. For the right of heirs who are disadvantaged by the application of the foreign law to recoup their losses from local properties, *cf. infra*, § 3, B Influence of the heirs' nationalities or domiciles.

b The scission system

3 How are the estate's liabilities handled? In its judgment of 19 July 1976 (*Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 338, note by B. Ancel), the French Court of Cassation confirmed the dominant opinion among the French legal writers according to which the law governing the succession governs the scope of the heirs' liability for the decedents' debts, as well as the rights of creditors to sue the heirs. This judgment, rejecting the application of the law of the place where the movables are located in order to determine the rights of the creditors to sue, gives comfort to the opinion according to which, in case there is more than one law applicable to the succession, the liability of the heirs should not be apportioned to each segment of property in the proportion that such segment bears to the totality of the assets (*cf. Batiffol/Lagarde*, 7th edition, No 659). It is important to point out, however, that in the particular case the succession was composed only of movables; the Court of Cassation has not yet decided a case in which immovables were also involved. In such a case, the civil district court of Papeete (7 March 1975), although it stated that the calculations of indefeasible shares were distinct for each segment of property, declared that it was clearly in favour of a single law to govern the estate's liabilities (see the approving notes by B. Ancel in the *Revue critique de droit international privé*, 1976, p. 674 and by G. Droz in the *Journal des Notaires*, 1976, p. 1763).

* Annexed hereto are brief accounts of the provisions on the law of succession contained in recent codifications and drafts dealing with the private international law of the following countries – Laws: Austria, Poland, Spain, Turkey, Yugoslavia; Drafts submitted to Parliament: Federal Republic of Germany, Switzerland; Drafts not yet submitted to Parliament: Argentina, Canada (Quebec), Venezuela.

Dans les pays de *common law*, le règlement du passif fait partie des devoirs de l'*administrator* ou *executor*, agissant en général sous contrôle des tribunaux. Aussi, les questions de savoir si une dette est «admissible» et dans quel ordre les dettes doivent être payées sont-elles considérées comme des questions de procédure et c'est donc la *lex fori* qui les régit (et ce n'est qu'après que le passif ait été réglé que la loi successorale intervient pour déterminer la distribution de l'actif). (Cf. Dicey & Morris, 10e éd., 1980, *Rule* 91.) L'autonomie territoriale des administrations locales qui peut en résulter dans une succession à caractère international est contrebalancée par certains éléments introduisant l'unité du règlement du passif, tel le système hiérarchique instaurant un administrateur principal, à qui les administrateurs auxiliaires locaux doivent remettre le surplus éventuel de la liquidation locale, et l'égalité des créanciers étrangers et locaux. Cf. à l'égard de la *paritas creditorum* le *Restatement of Conflict of Laws 2nd* 1971, § 342 et suiv. dont le § 344 dispose que :

«Tous les créanciers d'un défunt ayant prouvé leurs créances devant un tribunal compétent saisi d'une procédure d'administration de la succession du défunt, ont droit à partager au pro rata tout paiement de créances par l'executor ou administrateur local des biens, sans égard à la source des biens, ou de la résidence, du siège des affaires, du domicile ou de la nationalité des créanciers, sous réserve des actions justifiées contre ou des privilèges portant sur des fonds spécifiques ou des rangs préférentiels attribués aux créanciers d'une catégorie spéciale.» (traduction du Bureau Permanent.)

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A Pays qui suivent le principe de l'unité

a Succession soumise à la loi nationale du défunt

Si aux *Pays-Bas* l'application de la loi nationale reste la règle principale, la jurisprudence a admis certaines exceptions, notamment en l'absence d'un lien réel entre le défunt et le pays de sa nationalité et ceci non seulement dans les cas de plurinationalité, mais également lorsqu'il s'agit d'une personne ayant une seule nationalité (*Rechtbank Middelburg*, 12 juin 1974, *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)*, 1977, No 326, note J.C. Schultsz) et afin d'établir une coordination entre systèmes de conflits (par exemple *Rechtbank Rotterdam*, 6 février 1967, *NJ* 1967, No 480; cf. W. Ebke, «Die Anknüpfung der Rechtsnachfolge von Todes wegen nach niederländischem Kollisionsrecht», in: *Rabels Zeitschrift* (1984), p. 319 et suiv.); (cf. également l'article 11, alinéas 2 et 3 du *Traité Benelux* et cf. l'article 2 de la *Convention de La Haye* du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile).

b Succession soumise à la loi du domicile du défunt

A ajouter: *Chili* (art. 955 du Code civil); *Argentine* (projet); *Venezuela* (projet).

B Pays qui suivent le principe de la scission

a Loi applicable aux successions immobilières

1 Loi du lieu de la situation de l'immeuble

Canada (*Québec*): le système décrit est confirmé par le projet, article 44. Il est rappelé que la *Turquie* a maintenant adopté le système de l'unité.

2 Autre loi

Les observations concernant l'*Autriche* gardent leur intérêt nonobstant le fait que l'*Autriche* a adopté le principe de l'unité. Il est rappelé que le projet *suisse* abroge l'article 28 L.R.D.C.

b Loi applicable à la succession mobilière

3 Soumission à la *lex fori*. Au lieu de l'exemple de l'*Autriche*, devenue un pays unitariste, on peut citer celui de l'état américain du *Mississippi*. Selon l'article premier, alinéa premier du Titre 91 du *Mississippi Code* de 1972, entré en vigueur le premier novembre 1973, «tous les biens mobiliers situés au *Mississippi* sont dévolus et transmis selon les lois de cet état en matière de dévolution et transmission de tels biens, sans égard aux droits matrimoniaux qui ont pu naître dans d'autres états, ou sans tenir compte du fait que le domicile du défunt ait été situé dans un autre état ou que les héritiers ou autres ayants droit à la succession se trouvaient ou non dans l'état. La veuve du défunt participe à la succession conformément aux lois du *Mississippi*» (traduction du Bureau Permanent). Le *Mississippi* est d'ailleurs le seul état des Etats-Unis à avoir admis ce principe, les autres états appliquant le droit du domicile aux meubles et le droit du lieu des immeubles pour les successions immobilières.

C Questions générales concernant les facteurs de rattachement

a Succession soumise à la loi nationale du défunt

Généralement c'est la loi nationale du défunt au moment de son décès qui régit la succession. Cependant, les lois *espagnole* et *polonaise* prévoient que pour les testaments et les pactes successoraux la nationalité au moment de la rédaction de l'acte est déterminante (la loi espagnole fait une exception pour la réserve qui est toujours calculée par référence à la loi nationale au moment de la mort du *de cuius*). La loi *autrichienne* favorise la validité matérielle des actes de dernière volonté en les soumettant alternativement au statut personnel au moment de la rédaction et au moment du décès.

1 Double nationalité. La tendance dominante selon laquelle si la nationalité du for est concernée, seule celle-ci doit être prise en considération, est confirmée par la loi *autrichienne* (article 9, alinéa premier); *espagnole* (article 9, alinéa 9); *polonaise* (article 2); *turque* (article 4); *yougoslave* (article 11); projet de la *République fédérale d'Allemagne* (article 5).

Pour les étrangers de double nationalité, on applique généralement la loi de la nationalité avec laquelle les liens sont les plus étroits (*Autriche*, *Pologne*, *Turquie*); parfois il est précisé que si le défunt avait la nationalité du pays où il se trouvait au moment du décès, c'est cette loi qu'il faut appliquer (*Espagne*, avec une précision pour le cas où le défunt n'avait pas de résidence habituelle: on applique alors la loi de la dernière nationalité acquise; *Yougoslavie*).

2 Apatrides. La nouvelle loi *yougoslave* a simplifié la règle pour les apatrides: c'est maintenant le droit du domicile qui est appliqué, et à défaut le droit de la résidence (et si celle-ci n'est pas déterminable, la loi *yougoslave*).

Réfugiés. Une disposition spéciale est incorporée dans la loi *autrichienne* (article 9, alinéa 3) qui définit le concept de réfugié par référence aux conventions interna-

In the common law countries the settlement of the estate's debts is a part of the duties of the administrator or the executor who, in most cases acts under the control of the courts. Thus the issues of whether a debt is 'allowable' and in what order debts are to be paid are considered to be questions of procedure, which are therefore governed by the *lex fori* (and it is only after the debts have been paid that the law governing the estate intervenes in order to determine the distribution of the assets). (Cf. Dicey & Morris, 10th edition, 1980, Rule 91.) The territorial autonomy of local administrations which may result, in an estate of an international character, is counter-balanced by certain elements introducing the unity of the settlement of debts, such as the hierarchical system installing a principal administrator to whom the local ancillary administrators must remit any surplus resulting from the local liquidation, and the equality of foreign and local creditors. Cf. in regard to the equality of creditors the Restatement of Conflict of Laws 2nd 1971, § 342 *et seq.* the text of § 344 providing that:

'All creditors of a decedent who have proved their claims in a competent court in which there are administration proceedings of the estate of the decedent are entitled to share pro rata in any application of the assets of the local executor or administrator to the payment of claims irrespective of the source of such assets or of the residence, place of business, domicile or citizenship of the creditors, subject to valid claims against or liens on specific funds and to valid preferences given to creditors of a particular class.'

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Countries which follow the unity principle

a Inheritance governed by the national law of the deceased

Although in the *Netherlands* the application of the national law remains the principal rule, the case law has admitted certain exceptions, in particular in the absence of a real connection between the decedent and the country of his nationality, this not only in cases of multiple nationality but also when the person involved had only one nationality (*Rechtbank* of Middelburg, 12 June 1974, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1977, No 326, note by J. C. Schultsz) and in order to establish co-ordination between conflicts systems (for example the decision of the *Rechtbank* of Rotterdam, 6 February 1967, *NJ*, 1967, No 480; cf. W. Ebke, 'Die Anknüpfung der Rechtsnachfolge von Todes wegen nach niederländischem Kollisionsrecht', in: *Rabels Zeitschrift* (1984), p. 319 *et seq.*); (cf. also article 11, paragraphs 2 and 3 of the Benelux Treaty and cf. article 2 of the Hague Convention of 15 June 1955 to regulate conflicts between the laws of nationality and domicile).

b Inheritance governed by the law of domicile of the deceased

To be added: *Chile* (art. 955 of Civil Code); *Argentina* (draft); *Venezuela* (draft).

B Countries which follow the scission principle

a The law applicable to the immovable estate

1 The applicable law is the law of the situs of the immovable property

Canada (Quebec): the system described is confirmed by the draft article 44. It should be recalled that *Turkey* has now adopted the unity system.

2 Another law governs

The observations concerning *Austria* continue to be of interest, despite the fact that *Austria* has adopted the unity principle. It should be recalled that the *Swiss* draft abrogates article 28 of the L.R.D.C.

b The law applicable to the movable estate

3 Application of the *lex fori*. In place of the example of *Austria*, which has become a unity country, may be mentioned that of the American state of *Mississippi*. Under article 1, first paragraph, of Title 91 of the *Mississippi Code* of 1972, which entered into force 1 November 1973, '*All personal property situated in this state shall descend and be distributed according to the laws of this state regulating the descent and distribution of such property, regardless of all marital rights which may have accrued in other states, and notwithstanding the domicile of the deceased may have been in another state, and whether the heirs or persons entitled to distribution be in this state or not. The widow of such deceased person shall take her share in the personal estate according to the laws of this state*'. *Mississippi* is moreover the sole state of the United States which has adopted this principle, the other states applying the law of the domicile to movables and the law of the place where immovables are located to the succession to such immovables.

C General questions concerning the connecting factor

a Inheritance governed by the national law of the deceased

Generally it is the decedent's national law at the time of his death which governs the succession. However, the *Polish* and *Spanish* laws provide that, for wills and contracts concerning succession, the nationality at the time when the instrument is executed is determinative (the *Spanish* law makes an exception for indefeasible shares, which are always calculated with reference to the national law at the time of the decedent's death). The *Austrian* law favours the substantive validity of testamentary dispositions, referring them alternatively to the laws governing personal status at the time when the instrument is executed and at the time of death.

1 Dual nationality. The dominant tendency according to which, where the forum's nationality is involved, only that nationality should be taken into consideration, is confirmed by the *Austrian* law (article 9, first paragraph); *Polish* law (article 2); *Spanish* law (article 9, paragraph 9); *Turkish* law (article 4); *Yugoslavian* law (article 11); draft of the *Federal Republic of Germany* (article 5).

For foreigners with dual nationality, generally the law of the nationality with which the decedent had the closest connection is applied (*Austria*, *Poland*, *Turkey*); sometimes it is provided that, if the decedent had the nationality of the country where he was at the time of his death, this law should be applied (*Spain*, with a special provision for the case where the decedent had no habitual residence, in which case the law of the last nationality acquired would be applied; *Yugoslavia*).

2 Stateless persons. The new *Yugoslavian* law has simplified the rule for stateless persons; it is now the law of the domicile which is to be applied, and if there is no domicile, the law of the residence (and if this is not determinable, *Yugoslavian* law).

Refugees. A special provision has been incorporated into the *Austrian* law (article 9, paragraph 3) which defines the concept of refugee by reference to the interna-

tionales auxquelles l'Autriche est partie et dans le projet *suisse* (article 22, alinéa 3, définition basée sur la loi suisse de 1979 sur l'asile, article 22, alinéa 2). Sur le problème du statut des réfugiés, cf. Raape/Sturm, IPR Band I, 1977, p. 144 et suiv.

b Succession soumise à la loi du domicile

Comme c'est le cas pour le rattachement à la loi nationale, on prend généralement en considération le *dernier* domicile du défunt. Mais ici également, on constate que certains projets récents tiennent compte des problèmes spéciaux des testaments et des pactes successoraux. Ainsi, le projet *suisse* dispose que le pacte successoral est régi par le droit de l'Etat dans lequel le disposant est domicilié au moment de la conclusion du pacte et, si dans le pacte le disposant soumet toute sa succession à son droit national, par ce dernier droit. Les dispositions réciproques *mortis causa* sont valables si elles sont conformes au droit du domicile de chacun des disposants ou à un droit national commun qu'ils ont choisi (article 93). Le projet *argentin* admet la validité matérielle d'un testament, régi en principe par la loi du dernier domicile, si elle est conforme à la loi du lieu de l'accomplissement de l'acte. La référence au droit contemporain de la rédaction du testament se retrouve aux Etats-Unis pour autant qu'il s'agisse de la succession mobilière, par exemple article 3-5.1.(d) de l'*Estates, Powers and Trusts Law* de 1966 de l'état de *New York*: un changement ultérieur de domicile n'affecte pas la validité du testament au moment de sa rédaction.

Un phénomène intéressant que l'on peut constater dans plusieurs projets de lois de droit international privé récents est que l'on détache la notion du domicile de celle du droit civil interne. Le projet *suisse* en fournit un exemple (article 19), le projet *argentin* (définition très détaillée, article 8) un autre. Le projet *québécois* fait même preuve d'une influence du droit civil par le droit international privé: la nouvelle définition du domicile, de l'article 60 du premier Livre des Personnes du projet de réforme du Code civil québécois, à savoir la «résidence habituelle», semble être empruntée à la notion correspondante des conflits de lois (Livre 9, article 7).

On voit d'ailleurs que les projets *suisse* et *québécois* suivent des voies opposées: alors que le premier estime qu'en matière successorale la résidence habituelle est trop faible comme critère et préfère un facteur de rattachement plus stable, le projet *québécois* considère que l'inclusion comme élément essentiel de l'intention de s'établir du défunt amène à des incertitudes, et préfère donc la notion de la résidence habituelle.

Il est à signaler que le Conseil de l'Europe a adopté le 28 janvier 1972 une Recommandation relative à l'unification des concepts juridiques de «domicile» et de «résidence» (Résolution 72(1) du Comité des Ministres). Cette Recommandation a incité notamment les législateurs français et britanniques à supprimer le concept du domicile légal de la femme mariée.

Selon la règle ancienne du *common law*, la femme, au moment du mariage, acquérait automatiquement le domicile de son mari. Cette règle a été abrogée complètement en *Angleterre, Pays de Galles et Ecosse* par l'article premier du *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* 1973, entré en vigueur le premier janvier 1974. Elle a été partiellement abrogée en *Australie* (*Family Law Act* 1975, article 4) et au *Canada* (*Divorce Act* 1968, article 6). Pour les *Etats-Unis*, l'article 21 du *Restatement Conflict of Laws 2nd* retient le principe, mais l'atténue à plu-

sieurs égards. L'article 9 du projet *vénézuélien* stipule que la femme mariée a toujours un domicile propre. En *France* l'article 108 du Code civil (Loi du 11 juillet 1975) a supprimé le domicile légal de la femme mariée.

Il convient de préciser que si le nouveau Code judiciaire *belge* (article 36) a détaché le domicile au sens du Code, à savoir «le lieu où la personne est inscrite à titre principal sur les registres de la population» du domicile civil, celui-ci est toujours défini selon les articles 102 à 108 du Code civil belge. Selon F. Rigaux, *Droit international privé*, Vol. I, 1977, (Nos 341-343), la solution correcte à donner à la détermination du domicile ou de la résidence dépend de la matière: pour ce qui est des conflits d'autorités et de juridictions, l'on peut se référer à la définition du domicile prévue par le droit judiciaire interne; en revanche, une référence unilatérale et impérative à des règles de nature administrative, comme les mentions inscrites sur les registres de la population, n'est pas compatible avec le caractère multilatéral de la règle de conflit.

D Défaillance du facteur de rattachement

a Succession soumise à la loi nationale du défunt mais le pays de la nationalité du défunt est un système territorialement plurilégislatif.

Plusieurs codifications et projets récents préconisent le renvoi au système plurilégislatif: *Autriche* (article 5, alinéa 3); *Espagne* (article 11, alinéa 5); *Yougoslavie* (article 10); projet de la *République fédérale d'Allemagne* (article 4, alinéa 3). Parfois il a été prévu une disposition pour le cas où le système fédéral en question ne contient pas une règle de conflit fédérale – comme c'est le cas des Etats-Unis: la nouvelle loi *autrichienne* (article 5, alinéa 3) et le projet *allemand* (article 4, alinéa 3); on appliquera alors la loi de l'unité avec laquelle le cas présente les liens les plus étroits. Cela revient à un rejet de l'application subsidiaire de la loi du domicile (cf. Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, Vol. VI, USA, Rdz 37 a-c).

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Renvoi

Le renvoi au premier degré, qui favorise l'application de la *lex fori*, est admis dans les codifications et projets suivants: *Autriche* (article 5); *Espagne* (article 12, alinéa 2); *Pologne* (article 4, alinéa premier); *Turquie* (article 2, alinéa 3); *Yougoslavie* (article 6); projet de la *République fédérale d'Allemagne* (article 3); projet *suisse* (dans le cas exceptionnel prévu à l'article 89, alinéa premier); projet *argentin* (article 5); projet *vénézuélien* (article 4). En revanche le renvoi est expressément rejeté par le projet *québécois* (article 4).

Les systèmes admettant le renvoi au premier degré ne sont pas tous aussi favorables au renvoi au deuxième degré. La loi *espagnole* exclut tout simplement le renvoi au deuxième degré. La loi *polonaise* n'admet le renvoi au second degré qu'une fois; la conséquence en est qu'il ne peut conduire à la *lex fori*. La loi *turque* conduit au même résultat. La loi *autrichienne* donne une réglementation très détaillée du problème, sans qu'elle n'ait pu en résoudre tous les aspects (cf. M. Schwimann, *Grundriss des internationalen Privatrechts*, Vienne 1982, p. 40). Sur l'ensemble du problème du renvoi dans les législations et projets récents, cf. A. E. von Overbeck, Cours

tional conventions to which Austria is a party, and there is also a special provision on this point in the *Swiss* draft (article 22, paragraph 3, definition based on the *Swiss* law of 1979 on asylum, article 22, paragraph 2). On the problem of the status of refugees, cf. Raape/Sturm, IPR Band I (1977), p. 144 *et seq.*

b Inheritance governed by the law of domicile

As is the case for the linkage with the national law, it is generally the *last* domicile of the decedent which is to be taken into consideration. But here also one may see that certain recent drafts take into account special problems of wills and contracts concerning the succession. Thus the *Swiss* draft provides that contracts concerning succession are governed by the law of the State in which the person making the disposition is domiciled at the time of the conclusion of the contract and, if in the contract the decedent has submitted all of his estate to his national law, then by this latter law. Reciprocal dispositions in case of death are valid if these are in conformity with the laws of the domiciles of each of the persons making dispositions or in conformity with a common national law chosen by them (article 93). The *Argentine* draft accepts the substantive validity of a will, governed in principle by the law of the last domicile, if it is in conformity with the law of the place where the will is executed. The reference to the law of the place where the will has been executed is found again in the United States in so far as the succession to movables is involved, for example in article 3-5.1.(d) of the Estates, Powers and Trusts Law of 1966 of the state of *New York*; a subsequent change of domicile does not affect the validity of the will as of the time when it has been executed.

An interesting phenomenon which may be found in several recent draft laws on private international law is that the concept of domicile is being detached from that of domestic civil law. The *Swiss* draft furnishes an example of this (article 19), the *Argentine* draft (very detailed definition in article 8) furnishes another. The *Quebec* draft even shows evidence of an influence exercised on the civil law by the private international law; the new definition of domicile of article 60 of the First Book on persons of the draft reform of the Quebec Civil Code as the 'habitual residence' seems to be borrowed from the corresponding notion in the conflict of laws (Book 9, article 7).

It also can be seen that the *Swiss* and *Quebec* drafts follow opposite routes; while the former considers that in matters of decedents' estates the habitual residence is too weak as a criterion and prefers a more stable connecting factor, the *Quebec* draft considers that the inclusion as an essential element of the decedent's intention to settle leads to uncertainty, and thus it prefers the concept of habitual residence.

It should be pointed out that the Council of Europe adopted on 28 January 1972 a Recommendation dealing with the unification of the legal concepts of 'domicile' and of 'residence' (Resolution 72(1) of the Council of Ministers). This Recommendation led the French and British legislators in particular to eliminate the concept of the legal domicile of the married woman.

Under the old rule of the common law, the wife, at the time of marriage, automatically acquired her husband's domicile. This rule was abrogated completely in *England, Wales and Scotland* by article 1 of the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973, which entered into force 1 January 1974. It has been partially abrogated in *Australia* (Family Law Act 1975, article 4) and in *Canada* (Divorce Act 1968, article 6). For the *United States* article 21 of the Restatement Second Conflict of Laws maintains this principle, but mitigates it in several

respects. Article 9 of the *Venezuelan* draft provides that a married woman always has her own domicile. In *France* article 108 of the Civil Code (Law of 11 July 1975) eliminated the legal domicile of the married woman.

It should be pointed out that, although the new *Belgian* Judicial Code (article 36) detached the domicile for purposes of that Code, which is 'the place where the person has made his or her primary registration on the population registers' (translation by the Permanent Bureau) from the civil domicile, the civil domicile is still defined under articles 102 to 108 of the Belgian Civil Code. According to F. Rigaux, *Droit international privé*, Vol. I (1977), (Nos 341-343), the correct solution to give to the determination of the domicile or of the residence depends on the topic; where conflicts of authorities or of jurisdiction are involved, reference may be made to the definition of domicile provided by the domestic judicial law; on the other hand, a unilateral and imperative reference to rules of an administrative character, such as the entries made in the population registers, is not compatible with the multilateral character of conflicts rules.

D Failure of the connecting factor

a The inheritance is governed by the decedent's national law but the country of the decedent's nationality is a system with multiple territorial legal systems

Several recent codifications and drafts favour renvoi to the territorial system designated by the rules of the system with multiple legislative units, these being as follows: *Austria* (article 5, paragraph 3); *Spain* (article 11, paragraph 5); *Yugoslavia* (article 10); draft of the *Federal Republic of Germany* (article 4, paragraph 3). Sometimes a provision has been inserted for the case in which the federal system in question does not have a federal conflicts rule – as is the case of the United States – these being: the new *Austrian* law (article 5, paragraph 3) and the *German* draft (article 4, paragraph 3); in these circumstances the law of the unit with which the case posed has the closest connection would be applied. This amounts to rejection of the subsidiary application of the law of the domicile (cf. Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, Vol. VI, USA, Rdz 37 a-c).

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Renvoi

Renvoi to the first degree, which favours the application of the *lex fori*, is accepted in the following codifications and drafts: *Austria* (article 5); *Poland* (article 4, first paragraph); *Spain* (article 12, paragraph 2); *Turkey* (article 2, paragraph 3); *Yugoslavia* (article 6); draft of the *Federal Republic of Germany* (article 3); *Swiss* draft (in the exceptional case provided for in article 89, first paragraph); *Argentine* draft (article 5); *Venezuelan* draft (article 4). On the other hand, renvoi is expressly rejected by the *Quebec* draft (article 4).

The systems accepting renvoi to the first degree are not all as favourable to renvoi in the second degree. The *Spanish* law quite simply excludes renvoi in the second degree. The *Polish* law allows renvoi to the second degree only one time; the consequence of this is that it cannot lead to the *lex fori*. The *Turkish* law leads to the same result. The *Austrian* law gives a very detailed set of rules for the problem, without being able to resolve all its aspects (cf. M. Schwimann, *Grundriss des internationalen Privatrechts*, Vienna 1982, p. 40). On the entirety of the problem of renvoi in recent legislation and drafts, cf. A. E. von Overbeck, 'Cours général de

général de droit international privé, *Recueil des Cours* 1982, Vol. III, p. 9 (p. 127 et suiv.).

B Influence de la nationalité ou du domicile des héritiers

Le droit de prélèvement. La règle de l'article premier de la loi néerlandaise du 7 avril 1869 admettant le droit de prélèvement au profit de l'héritier néerlandais exclu par la loi étrangère en cas de l'ouverture d'une succession aux Pays-Bas ne s'applique guère dans la pratique (cf. P. W. van der Ploeg, in: M. Verwilghen éd. *Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités*, Vol. II, 1979, p. 214). En Belgique la règle analogue de l'article 912 du Code civil, introduite en 1865, avait gardé une plus grande importance (Bruxelles, 9 janvier 1974, *Pasicrisie belge*, 1975, Vol. II, p. 67; Civ. Dinant, 16 octobre 1974, *Jur. Cours de Liège*, 1975-1976, p. 29), bien qu'elle eût été sévèrement critiquée par la doctrine. Celle-ci avait d'ailleurs observé que le droit de prélèvement, dans la mesure où il établit une discrimination entre les héritiers belges et des cohéritiers ayant la nationalité d'un autre Etat membre de la Communauté Economique Européenne, doit être jugé incompatible avec l'article 7 du Traité CEE (cf. F. Rigaux, *Droit international privé*, Vol. II, 1979, p. 451 et 452). On pourrait d'ailleurs s'interroger si le droit de prélèvement, dans la mesure où il favorise certaines personnes au seul motif de leur nationalité, soit compatible avec les dispositions des conventions internationales interdisant la discrimination pour ce motif (par exemple le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, article 26). La loi du 15 décembre 1980 a modifié l'article 912 du Code civil belge: le privilège de nationalité a été atténué par l'extension du droit de prélèvement à tous les cohéritiers, sauf ceux qui ont la nationalité de l'Etat étranger sur le territoire duquel se trouve la portion de biens dont la dévolution donne lieu à la mise en œuvre du prélèvement. Sur l'actualité du droit de prélèvement en France, cf. Y. Lequette, Note sous Ordonnance du Président du Tribunal de grande instance de Paris, 24 novembre 1983, et Cour d'appel de Paris, 12 juillet 1984, *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 514 et suiv.; *idem*, Note sous Cour de Cassation, 20 mars 1985, *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 66 et suiv. et G. Droz, Note sous Cour d'Appel d'Aix en Provence, 9 mars 1982, *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 282.

Il est stipulé dans le projet vénézuélien (article 35) qu'un droit de prélèvement est reconnu au profit de ceux à qui la loi vénézuélienne accorde une réserve héréditaire, sans égard à leur nationalité ou domicile.

C Influence de la volonté du défunt sur le facteur de rattachement

La *professio juris* a été considérée, mais finalement rejetée, dans la nouvelle loi autrichienne; elle figurait dans le projet Schwind. Le projet allemand la rejette également, malgré les plaidoyers en faveur de son admission – limitée il est vrai – tant par la doctrine (voir récemment S. Grundmann, «Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch italienische Ehegatten in Deutschland», in: *Praxis der Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, p. 94-95 avec réf.) que par les notaires. Le projet suisse retient la *professio juris* déjà admise par le droit en vigueur au profit des étrangers ayant leur dernier domicile en Suisse et y ajoute la

possibilité pour les Suisses de l'étranger de soumettre tout ou partie de leur succession suisse au droit suisse. Aux Pays-Bas la doctrine semble être plutôt favorable à la *professio juris* (cf. P. W. van der Ploeg, in Verwilghen, *op. cit.*, p. 208); il semble qu'en droit grec elle soit déjà admise, limitée au choix entre le droit du domicile et celui de sa résidence habituelle au moment de la mort du testateur (réponse du notaire N. Paraskevopoulos à un questionnaire établi par le Comité des Affaires Européennes de l'Union internationale du Notariat latin en 1985); ce même questionnaire, qui sera examiné dans une étude prospective ultérieure, révèle d'ailleurs que les notaires consultés allemands, italiens, autrichiens, espagnols et grecs favorisent tous une admission limitée de la *professio juris*. Le projet québécois admet la *professio juris*, dans la mesure où elle est acceptée par la loi successorale applicable. Aux Etats-Unis, elle a été prévue dans plusieurs états: par exemple *New York Estates, Powers and Trusts Act* 1966, article 3-5.1.(h); le testateur peut soumettre sa succession mobilière au droit interne de New York, pour autant qu'il s'agisse de la validité matérielle d'une telle disposition, y compris sa capacité de tester, les effets, l'interprétation, la modification et la révocation de ces dispositions.

Dans l'affaire *Renard*, les tribunaux de l'état de New York ont récemment dû interpréter cette disposition (56 N.Y. 2nd 973 (1982) confirmant 108 Misc. 2nd 31, 437 N.Y. S. 2nd 860 (Surr. ct., N.Y. County 1981)). La défunte, de nationalité américaine, et ayant été domiciliée pendant une trentaine d'années à New York, était morte domiciliée en France. Elle laissait à la fois un testament new yorkais, par lequel elle disposait de sa succession mobilière constituant la plus importante partie de sa succession et située aux Etats-Unis, en faveur de tierces personnes et un testament français qui stipulait que son fils adoptif devait hériter de son appartement parisien. Le testament new yorkais précisait que la loi de New York devait régir tant la validité que les effets du testament. La loi française donnait au fils, domicilié en Californie et ayant la double nationalité française et américaine, du fait du décès de sa mère domiciliée en France droit à la réserve héréditaire; la loi de New York ne lui assurait aucun droit semblable. Se fondant d'une part sur la lettre et l'histoire de l'article 3-5.1.(h) du *Estates, Powers and Trusts Law*, d'autre part sur une évaluation des intérêts respectifs de l'état de New York demandant le respect de la liberté du testateur, et de la France demandant le respect de la limitation de cette liberté au profit des descendants, les tribunaux de New York ont rejeté les prétentions du fils visant à ce que la *professio juris* pour la loi new yorkaise soit ignorée.

Une règle analogue à celle de la loi de New York se trouve dans l'article 896 du *Probate Act* de l'Illinois. L'article 38 du *Virgin Islands Code* (1957) prévoit que les ressortissants américains ou étrangers peuvent soumettre la validité et l'effet de leurs dispositions testamentaires à leur droit national. Sans distinguer entre succession mobilière et immobilière, l'article 27.5133 du *Revised Probate Code* de 1979 du Michigan stipule: l'interprétation et l'effet d'une disposition testamentaire sont déterminés par la loi interne du pays choisi par le testateur, à moins que l'application de cette loi ne soit contraire aux dispositions relatives à l'*elective share* du conjoint survivant, à l'*exempt property* et aux aliments prévus dans cette loi, ou à l'ordre public. Au Mexique, le Code civil de l'état de Puebla (article 3127) permet aux étrangers et aux Mexicains, dès lors qu'ils ne sont pas domiciliés dans l'état de Puebla, de choisir pour la

droit international privé', *Recueil des Cours* 1982, Vol. III, p. 9 (p. 127 *et seq.*).

B Influence of the heirs' nationalities or domiciles

The right of a national to recover his or her indefeasible share from local property. The rule of article 1 of the *Netherlands* law of 7 April 1869, granting to a Dutch heir the right to recoup his or her indefeasible share of the decedent's estate in its entirety from the property located in the Netherlands when such heir has been excluded from the succession under a foreign law, is scarcely applied in practice (*cf.* P. W. van der Ploeg, in: M. Verwilghen ed. *Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités*, Vol. II (1979), p. 214). In Belgium the analogous rule of article 912 of the Civil Code, introduced in 1865, had retained more importance (Brussels, 9 January 1974, *Pasicrisie belge* (1975), Vol. II, p. 67; *Civ. Dinant*, 16 October 1974, *Jur. Cours de Liège* (1975-1976), p. 29), although it had been severely criticized by the legal writers. These had, moreover, observed that this prior right to the extent to which it establishes discrimination between the Belgian heirs and co-heirs having the nationality of another Member State of the European Economic Community, should be found to be incompatible with article 7 of the E.E.C. Treaty (*cf.* F. Rigaux, *Droit international privé*, Vol. II (1979), pp. 451 and 452). It might also be asked whether this right to recoup from local property, to the extent to which it favours certain persons for the sole reason of their nationalities, is compatible with the provisions of international conventions forbidding discrimination for this reason (for example, the International Covenant on civil and political rights of the United Nations, article 26). The law of 15 December 1980 modified article 912 of the Belgian Civil Code; the privilege of nationality has been mitigated by extending the right to recoup from local property to all the co-heirs, except those who have the nationality of the foreign State on the territory of which is located the portion of the property, the inheritance of which gives rise to the right of recoupment. On the current situation concerning the right of recoupment in *France*, *cf.* Y. Lequette, Note sous Ordonnance du Président du Tribunal de grande instance de Paris, 24 November 1983, Cour d'appel de Paris, 12 July 1984, *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 514 *et seq.*; *idem*, Note sous Cour de Cassation, 20 March 1985, *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 66 *et seq.* and G. Droz, Note sous Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 9 March 1982, *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 282.

It is set out in the *Venezuelan* draft (article 35) that a right to recoup from local property is recognized for the benefit of those to whom Venezuelan law grants an indefeasible share, without regard to their nationalities or domiciles.

C Influence of the decedent's intentions on the connecting factor

The choice of law by the testator was considered, but finally rejected, in the new *Austrian* law; it appeared in the *Schwind* draft. The *German* draft also rejected it, despite the arguments in favour of its admission – limited it is true – both by the legal writers (see most recently S. Grundmann, 'Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch italienische Ehegatten in Deutschland', in: *Praxis der Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, pp. 94-95 with references) and by the notaries. The *Swiss* draft retains the *professio juris* already allowed by the law in force for the benefit of foreigners having their last domicile in Switzerland

and adds to it the possibility for Swiss nationals abroad to subject all or part of their Swiss succession to Swiss law. In the *Netherlands* the legal writers seem to be rather favourable to allowing choice of law by the testator (*cf.* P. W. van der Ploeg, in: Verwilghen, *op. cit.*, p. 208); it seems that in *Greek* law it is already accepted, limited to the choice between the law of the domicile and that of the habitual residence at the time of the testator's death (reply of notary N. Paraskevopoulos to a questionnaire established by the Committee on European Affairs of the International Union of the Latin Notariat in 1985); this same questionnaire, which will be examined in a subsequent prospective study, also reveals that the German, Italian, Austrian, Spanish and Greek notaries consulted all favoured a limited acceptance of choice of law by the testator. The *Quebec* draft accepts choice of law by the testator to the extent to which it is accepted by the law applicable to the succession. In the *United States* this practice has been provided for in several states: *e.g.* New York Estates, Powers and Trusts Act 1966, article 3-5.1.(h); the testator may subject the succession to his *movable* property to the internal law of New York, in so far as what is involved is the substantive validity of a disposition of such movables, including his capacity to make a will and the effects, the interpretation, the modification and the revocation of these dispositions.

In the *Renard* case, the courts of the state of New York recently had to interpret this provision (56 N.Y. 2nd 973 (1982), confirming 108 Misc. 2nd 31, 437 N.Y.S. 2nd 860 (Surrogate court, N.Y. County, 1981)). The decedent, who was a citizen of the United States and had been domiciled for thirty years in New York, died domiciled in France. She left both a New York will, by which she disposed of her movable property which constituted the most important part of her estate and was located in the United States in favour of third persons, and a French will that provided that her adoptive son was to inherit her apartment in Paris. The New York will specified that the law of New York was to govern both the validity and the effects of the will. French law gave to the son, who was domiciled in California and had dual citizenship of France and the United States, because his mother died domiciled in France, a right to an indefeasible share; the law of New York gave him no similar right. Grounding itself, on the one hand, on the text and the history of article 3-5.1. (h) of the Estates, Powers and Trusts Law and, on the other hand, on a weighing of the respective interests of the state of New York which called for respect for the testator's freedom and of France calling for respect for the limitation of this freedom for the benefit of the descendants, the New York courts rejected the son's claim to the effect that the choice of New York law by the testatrix should be ignored.

A rule analogous to that of the New York law is found in article 896 of the Probate Act of Illinois. Article 38 of the Virgin Islands Code (1957) provides that citizens of the United States or of other countries may subject the validity and the effect of their testamentary dispositions to their national laws. Without distinguishing between the succession to movables and that to immovables, article 27.5133 of the 1979 Revised Probate Code of Michigan provides that the meaning and legal effect of a disposition in a will shall be determined by the local law of a particular state selected by the testator in his instrument, unless the application of that law is contrary to the Michigan's provisions relating to the elective share of a surviving spouse, exempt property and allowances described in the Code or public policy. In *Mexico* the Civil Code of the state of *Puebla* (article 3127) allows foreigners or Mexicans, whenever they are not

loi applicable à leur succession entre leur loi nationale et la loi mexicaine; toutefois, la forme du testament est obligatoirement régie par la loi de Puebla (cf. S.A. Bayitch et J. L. Siqueiros, *Conflict of Laws: Mexico and the United States*, Miami, Florida 1968, p. 161).

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

Si les lois et projets de droit international privé récents s'efforcent de régler de manière plus ou moins détaillée la détermination de la loi applicable à la succession, ils sont nettement moins détaillés en ce qui concerne l'étendue et les limites du champ d'application de la loi successorale.

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

Depuis les années soixante, on peut constater dans les droits internes des Etats membres une certaine convergence vers une assimilation en ce qui concerne la vocation, et partant la réserve héréditaire des enfants naturels et adoptifs aux enfants légitimes (par exemple en République fédérale d'Allemagne, France, Pays-Bas, etc.). Cependant les techniques employées sont souvent différentes et des problèmes difficiles subsistent, et sont peut-être même devenus plus sérieux, quant à la délimitation du statut de la filiation et la dévolution successorale. Certains droits, comme le droit français, font une distinction nette entre l'établissement de la filiation et la dévolution successorale (cf. Cass. 3 janvier 1980, *Revue critique de droit international privé* 1980, p. 332, note H. Batiffol). La situation est plus confuse aux *Etats-Unis*. Alors que certains arrêts ont soumis la question à la loi personnelle de l'enfant, il paraît que la tendance dominante favorise l'application de la loi successorale (en ce sens, *Restatement 2nd*, § 237, 238, 261, 262). Les systèmes qui font la distinction entre l'établissement de la filiation et la dévolution successorale se verront parfois forcés, par le biais de l'ordre public, de ne pas appliquer une loi successorale qui excluerait des enfants illégitimes ou adoptifs.

Des problèmes de délimitation peuvent également se présenter pour les droits du conjoint survivant, renforcés récemment dans plusieurs législations nationales (par exemple, le *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* adopté en Angleterre et Pays de Galles en 1975; le projet de réforme du Code civil québécois propose de limiter la liberté, jusqu'à présent illimitée, du testateur par l'introduction d'une réserve en faveur du conjoint survivant). Les droits successoraux des femmes d'un mariage polygamique (cf. Cass. 3 janvier 1980, cité *supra*) et ceux du conjoint ayant partagé la vie du défunt sans être uni par le mariage – reconnus sous certaines conditions de durée ou de présence d'enfants par certains pays: *Canada (Ontario, Succession Law Reform Act 1977*, art. 64, sous condition d'une durée de cinq ans et présence d'enfants); *Australie (Australie de l'Ouest, Inheritance (Family and Dependents Provision) Act 1972*, No 57, art. 7, 1, f; *Australie du Sud, Administration and Probate Act Amendment Act (No 2)*, 1975, No 99, Partie III a, art. 72 h, qui va jusqu'à prévoir le concours à parts égales du concubin et du conjoint survivant; *Mexique*, Code civil, art. 1635 (et plusieurs

autres pays latino-américains); *Yougoslavie*, notamment en Slovénie (*Loi sur les successions* de 1976, art. 10-2) et Kosovo, (*Loi sur les successions* de 1974, art. 20); *Israël (Succession Act 1965*, art. 55, jugé comme n'étant pas contraire à l'ordre public de la République fédérale d'Allemagne par la *Oberlandesgericht* de Bavière, 22 juin 1976, *NJW* 1976, p. 2076) – risquent également de soulever des questions quant au domaine de la loi successorale (cf. P.-Y. Gauthier, *L'union libre en droit international privé (étude de droit positif et prospectif)*, thèse, Paris 1986, p. 51 et suiv. et p. 266 et suiv.). Sur l'ensemble de la question, cf. F. Boulanger, *op. cit.*, No 44 et suiv. et No 56 et suiv.

En ce qui concerne la sanction de la réserve, on se référera aux remarques sur le droit de prélèvement, *supra*, Section I, § 3, B. Comme on l'a vu, le projet vénézuélien introduit une règle de droit international privé spéciale en vue de protéger la réserve reconnue aux ascendants, aux descendants et au conjoint survivant par la loi vénézuélienne (article 35). On en rapprochera la nouvelle disposition de la loi du *Mississippi (supra*, p. 108) qui réserve la «forced share» du conjoint survivant.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions n'est pas encore entrée en vigueur, faute de la troisième ratification requise. Elle a été ratifiée par le Portugal et la Tchécoslovaquie, et signée par l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Turquie (état au premier mai 1986). Lors du dernier échange d'informations sur l'état des Conventions, qui a eu lieu à l'occasion de la XV^e Session en 1984, plusieurs Etats ont déclaré l'éventualité d'une signature ou ratification de la Convention; il a toutefois été souligné par certains pays de droit civil que leur accord était lié à celui des pays de *common law* puisque la Convention serait surtout utile dans les relations entre pays appartenant aux deux groupes de systèmes. Le Délégué du Canada a d'ailleurs observé que le *Ontario Law Reform Commission* avait recommandé l'adoption de la Convention et exprimé l'espoir que d'autres provinces suivent cette démarche.

Sur le plan du droit interne un rapprochement très intéressant avec les systèmes «continentaux» prévoyant la transmission successorale directe aux héritiers se dessine aux *Etats-Unis*. Jusqu'à 1982 seul l'état de Louisiane connaissait la saisine. Or, en 1982, la Conférence nationale des Commissaires sur les lois uniformes a proposé un amendement du Code uniforme des homologations (*Uniform Probate Code*), modèle de législation adopté par quinze états, pour faire place à un régime de succession sans administration. Selon cet amendement les héritiers *ab intestat* ou les légataires universels peuvent devenir «successeurs» universels lorsqu'ils assument la responsabilité personnelle: 1) des impôts et taxes, 2) des dettes du défunt, 3) des droits et recours du défunt ou de son patrimoine et 4) des distributions à faire aux autres héritiers, légataires, et, en général, à toute personne habilitée à recevoir des biens du défunt en vertu d'autres dispositions du Code uniforme des homologations. Un accord commun des héritiers capables et compétents est exigé, et une demande officielle doit être faite auprès d'une autorité compétente. Si un exécuteur testamentaire avait été antérieurement nommé ou si une demande pour nomination d'un «personal representa-

domiciled in the state of Puebla, to choose for the law applicable to their succession between their national law and Mexican law; however, the form of the will is mandatorily governed by the law of Puebla (cf. S. A. Bayitch and J. L. Siqueiros, *Conflict of Laws: Mexico and the United States*, Miami, Florida, 1968, p. 161).

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

Although the recent private international law legislation and drafts endeavour to deal in a more or less detailed way with the determination of the law applicable to succession, they are clearly less detailed in respect of the extent and limits of application of such law.

§ 1 INDEFEASIBLE SHARES, THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

Since the sixties there can be seen in the domestic laws of the Member States a certain convergence towards an assimilation of inheritance rights, and therefore the right to an indefeasible share, of children born out of wedlock and adopted children to children born in wedlock (for example, in the Federal Republic of Germany, France and the Netherlands, etc.). However, the techniques employed are often different, and difficult problems remain which have perhaps even become more serious, as to the line to be drawn between the establishment of the parent/child relationship and the devolution of the inheritance. Certain legal systems, such as the French legal system, make a clear distinction between the establishment of the parent/child relationship and the devolution of the inheritance (cf. Cassation, 3 January 1980, *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 332, note by H. Batiffol). The situation is more confused in the *United States*. While certain judgments have submitted the issue to the child's personal law, it appears that the dominant tendency favours the application of the law of succession (in this line, see Restatement 2nd, § 237, 238, 261, 262). The systems which make the distinction between the establishment of the parent/child relationship and the devolution of the inheritance sometimes find themselves forced, by the use of public policy, not to apply a law to the succession which would exclude children born out of wedlock or adopted children.

Problems of delimitation may also arise for the rights of a surviving spouse, which have been reinforced recently in several national legislations (for example, the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act adopted in *England and Wales* in 1975; the draft reform of the *Quebec Civil Code* proposes to limit the freedom, unlimited up until the present, of the testator by the introduction of an indefeasible share for the surviving spouse). The inheritance rights of the wives of a polygamous marriage (cf. Cassation, 3 January 1980, cited above) and those of the companion who has shared the decedent's life without being united with him by marriage – recognized under certain conditions of duration or of the presence of children in certain countries: *Canada (Ontario, Succession Law Reform Act 1977*, article 64, on condition of a duration of five years and the presence of children); *Australia (Western Australia, Inheritance (Family and Dependents Provision) Act 1972*, No 57, article 7, 1, f; *South Australia, Administration and Probate Act Amendment Act (No 2)*, 1975, No 99, Part III a, article 72 h, which even goes so far as to provide for sharing in equal part by the concubine and

by the surviving spouse; *Mexico*, Civil Code, article 1635 (and several other Latin-American countries); *Yugoslavia*, in particular in Slovenia (*Law on Succession of 1976*, article 10-2) and Kosovo (*Law on Succession of 1974*, article 20); *Israel (Succession Act 1965*, article 55, determined not to be contrary to the public policy of the Federal Republic of Germany by the *Oberlandesgericht of Bavaria*, 22 June 1976, *NJW 1976*, p. 2076) – may also raise questions as to the scope of the law governing the succession (cf. P.-Y. Gauthier, *L'union libre en droit international privé (étude de droit positif et prospectif)*, dissertation, Paris 1986, p. 51 *et seq.* and p. 266 *et seq.*). On the entirety of the question, cf. F. Boulanger, *op. cit.*, No 44 *et seq.* and No 56 *et seq.*

As concerns the *sanctions* for the enforcement of the indefeasible share, reference may be made to the remarks on the right of recoupment from national assets, *supra*, Section I, § 3, B. As has been seen, the Venezuelan draft would introduce a special rule of private international law, with a view to protecting the indefeasible share recognized for ascendants, descendants and the surviving spouse by Venezuelan law (article 35). This may be compared with the new provision of the *Mississippi law (supra*, p. 109) which preserves the 'forced share' of the surviving spouse.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

The Hague Convention of 2 October 1973 on the International Administration of the Estates of Deceased Persons has not yet entered into force, for lack of a third ratification as required. It has been ratified by Portugal and Czechoslovakia and signed by Italy, Luxembourg, the Netherlands, the United Kingdom and Turkey (status as of 1 May 1986). During the latest exchange of information on the status of the Conventions, which took place at the XVth Session in 1984, several States stated that there was a possibility that they would sign or ratify this Convention; it was however emphasized by certain civil law countries that their acceptance of this Convention was tied to that of the common law countries, since the Convention would above all be useful in relations between countries belonging to the two groups of systems. The Canadian Delegate moreover observed that the Ontario Law Reform Commission had recommended the adoption of the Convention and expressed the hope that other Provinces would follow this lead.

On the level of domestic law, a very interesting rapprochement with the 'continental' systems which provide for direct transmission of the inheritance to the heirs is taking form in the *United States*. Until 1982 only the state of Louisiana had the system by which the heirs received the property directly. Now in 1982 the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws proposed an amendment to the Uniform Probate Code, a uniform law which has been adopted by fifteen states, in order to make room for the possibility of succession without administration. Pursuant to this amendment the heirs of an intestate or the residuary devisees under a will may become universal 'successors' to the decedent's estate by assuming personal liability for: (1) taxes, (2) debts of the decedent, (3) claims against the decedent or the estate, and, (4) distributions due other heirs, devisees and persons entitled to property of the decedent. Agreement of all of the heirs other than minors and incapacitated, protected, or unascertained persons, or agreement of all residuary devisees, is required, and an official application must be directed to the competent authority. If a testamentary executor or an administrator has previously taken office, or if a petition for

tive» est pendante devant le tribunal, la succession pourra alors être retardée, soit exclue, comme ce sera le cas si des créanciers ou des légataires soulèvent des objections (voir «Uniform Laws, Annotated», Vol. 8, *Uniform Probate Code*, sections 3-312 – 3-322, avec commentaire; C. A. Samuel, «Successions et libéralités», *Annuaire de législation française et étrangère* 1983, Vol. 30, p. 192).

A Loi applicable

b et c *Lex fori* et loi réelle

Comme on le sait, les pays de *common law* considèrent la question de l'«admissibilité» des dettes et de la détermination de leur ordre de priorité comme une question de procédure qui, par conséquent, doit être soumise à la *lex fori*; en revanche, la distribution aux héritiers et légataires de l'actif qui reste après le paiement des dettes, est considérée comme la succession propre, soumise, elle, à la loi successorale. Le morcellement de la transmission qui risquerait de résulter d'une application stricte de la *lex fori* est atténué par plusieurs facteurs: la hiérarchie entre administrateur principal et administrateurs locaux, les derniers étant, sauf exception, sous l'obligation de remettre le surplus éventuel de la liquidation locale à l'administrateur principal; la possibilité pour celui-ci de se voir investir de la qualité d'administrateur auxiliaire (voir aussi *infra*, C Pays faisant application de la *lex fori* ou de la loi réelle) (*cf.* Boulanger, *op. cit.*, p. 381).

Le système de la nouvelle loi autrichienne revient à soumettre l'administration d'une succession ouverte en Autriche à la *lex fori* qui se confond alors avec la loi réelle (article 28, alinéa 2).

La loi turque soumet les questions d'ouverture, d'acquisition et de partage à la *lex rei sitae* (voir l'exposé consacré à cette loi, *infra*).

B Pays qui soumettent en principe la transmission héréditaire à la loi successorale

a, b et c *France*. Le Tribunal de Bayonne, dans une décision importante du 28 avril 1975, *Revue critique de droit international privé* 1976, p. 330, note A. Necker, s'est prononcé pour une large reconnaissance des pouvoirs d'un administrateur-trustee anglais nommé en Angleterre, en appliquant la loi anglaise au lieu de la loi française qui devrait en principe s'appliquer, assurant ainsi en fait l'administration unifiée de la succession. En effet, selon le Tribunal, l'application de «deux lois distinctes suivant que les biens sont situés dans un pays ou dans un autre [risque] de ruiner l'équilibre de la loi successorale anglaise, en privant l'administrateur de la possibilité de régler, avec les biens de l'actif, les créanciers de la succession, de tronçonner les pouvoirs de l'exécuteur que le défunt a désigné et d'aller contre la volonté de ce dernier». Ensuite le Tribunal de Paris a vu dans l'ordonnance anglaise de *grant of probate* l'équivalent de la procédure d'envoi en possession française. En accordant l'exequatur à la décision anglaise relative à la sincérité d'un testament olographe portant sur un immeuble français, sans exiger l'envoi en possession de l'article 1008 du Code civil français, le tribunal a franchi une autre étape vers la simplification et l'unification de l'administration internationale des successions (Tribunal de grande instance de Paris, 22 avril 1976, *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 324, note G. A. L. Droz).

C Pays faisant application de la *lex fori* ou de la loi réelle

2 et 3 Dans certains pays de *common law*, on peut constater une tendance à atténuer les conséquences les plus excessives de l'application du principe selon lequel les personnes compétentes pour administrer ou gérer la succession selon la loi étrangère n'ont pas en cette qualité compétence pour administrer les biens locaux ou agir au nom du défunt. La *Supreme Court* de l'état de *New York*, dans son jugement du 7 décembre 1970, *Revue critique de droit international privé* 1971, p. 311, note P. Herzog, a fait droit à une action en revendication d'un administrateur provisoire nommé, il est vrai, par une juridiction française. En *Australie*, la *Law Reform Commission of Western Australia* a proposé en 1985 une législation uniforme sur la reconnaissance des «*grants of probate and administration*» d'autres états australiens et étrangers. Le projet institue une reconnaissance automatique des *grants* délivrés par un autre état australien et facilite la reconnaissance des *grants* étrangers (*Commonwealth Law Bulletin*, avril 1985, p. 418).

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Il est rappelé que tant la Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (entrée en vigueur le 20 août 1979, ratifiée par Chypre, les Pays-Bas et le Portugal) que la Convention de Bruxelles (CEE) du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile ou commerciale excluent de leur domaine les matières successorales. Le Rapport Fragistas sur la Convention de La Haye, observant qu'il existe dans les différents droits une grande divergence dans les règles de conflits en matière de succession, fait remarquer que la reconnaissance des jugements étrangers rendus en ces matières, sans contrôle des règles de conflit appliquées, aurait abouti à l'admission de solutions profondément différentes de celles que les tribunaux du pays requis auraient données (*Actes et documents de la Session extraordinaire*, 1966, p. 368 et 369). Dans le même sens, le Rapport Jenard sur la Convention de Bruxelles se ralliant à l'avis de l'Union internationale du Notariat latin estime «qu'il était nécessaire ... de faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus en matière successorale ...», mais «qu'il était primordial d'unifier au préalable les règles de conflits de lois» (*Journal Officiel des Communautés Européennes*, No C 59 du 5 mars 1979, p. 11; voir également Rapport Schlosser, *ibid.*, No 52, p. 89).

Alors que les lois et projets polonais, turc, yougoslave, suisse, argentin, québécois et vénézuélien incluent ou sont accompagnés d'une réglementation de la compétence internationale, les lois autrichienne et espagnole et le projet allemand se taisent sur ce point.

a Tribunal du domicile du défunt

Le tribunal du domicile du défunt est admis en Pologne, Turquie, dans le projet suisse (art. 84-87) avec certains assouplissements par rapport au système actuel, et le projet québécois.

Il convient de signaler que dans son arrêt du 26 octobre 1984, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985, No 696, note J. C. Schultsz, le *Hoge Raad* néerlandais, en modifiant sa jurisprudence antérieure, a admis la compétence du juge néerlandais lorsque la succession a été ouverte à

appointment of a personal representative of the decedent is pending in court, the granting of the application for succession without administration may be delayed or even excluded, as would be the case if creditors or legatees raise an objection (see 'Uniform Laws, Annotated', Vol. 8, *Uniform Probate Code*, Sections 3-312 – 3-322), with commentary; C. A. Samuel, 'Successions et libéralités', *Annuaire de législation française et étrangère* 1983, Vol. 30, p. 192).

A Applicable law

b and c The *lex fori* and the *lex situs*

As is known, the common law countries consider the question of the 'allowability' of debts and the determination of their order of priority as a question of procedure, which consequently must be submitted to the *lex fori*; on the other hand, the distribution to the heirs and legatees of the assets which remain after the payment of debts is considered as being the succession itself and therefore is submitted to the law governing the devolution of the estate. The parcelling out of the transmission of assets which might result from a strict application of the *lex fori* is mitigated by several factors, one of which is the hierarchy between the principal administrator and the ancillary administrators, the latter being normally under the obligation to remit any surplus arising from the liquidation of local assets to the principal administrator; there is moreover the possibility that the principal administrator may also qualify as ancillary administrator (see also *infra*, C Countries applying the *lex fori* or the *lex situs*) (cf. Boulanger, *op. cit.*, p. 381).

The system of the new *Austrian* law consists of submitting the administration of a succession opened in Austria to the *lex fori*, which thus coincides with the *lex situs* (article 28, paragraph 2).

The *Turkish* law submits the questions of opening, of acquisition and of division to the *lex rei sitae* (see the commentary devoted to this law, *infra*).

B Countries which as a rule apply the law of succession to the direct transmission of the estate to the heirs

a, b and c *France*. The District Court of Bayonne in an important decision dated 28 April 1975, *Revue critique de droit international privé*, 1976, p. 330, note by A. Necker, decided in favour of a broad recognition of the powers of an English administrator-trustee appointed in England, applying English law instead of French law which ought in principle to have applied, thus assuring in fact unified administration of the whole succession. According to the Court, the application of 'two different laws, according to whether the property is located in one country or another [might] ruin the equilibrium of the English law of succession by depriving the administrator of the possibility of paying the creditors of the estate with the property constituting its assets, thus carving up the powers of the executor named by the decedent and going against the latter's intentions'. (translation by the Permanent Bureau) Subsequently the District Court of Paris saw in the English order granting probate the equivalent of the French procedure of '*envoi en possession*'. Granting enforcement of an English decision concerning the regularity of a holographic will disposing of French immovables without requiring a court order placing the legatee in possession, which is required under article 1008 of the French Civil Code, the Court cleared another step towards the simplification and the unification of the international administration of estates (Tribunal de grande instance de Paris, 22 April 1976, *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 324, note by G. A. L. Droz).

C Countries applying the *lex fori* or the *lex situs*

2 and 3 In certain common law countries a tendency may be observed toward mitigating the most excessive consequences of the application of the principle according to which the persons authorized to administer or manage an estate under foreign law are not authorized in this capacity to administer local property or to act in the name of the decedent. The Supreme Court of the state of *New York*, in its judgment of 7 December 1970, *Revue critique de droit international privé*, 1971, p. 311, note by P. Herzog, entertained an action based on the claim of a temporary administrator appointed by a French jurisdiction. In *Australia*, the Law Reform Commission of Western Australia proposed in 1985 uniform legislation on the recognition of 'grants of probate and administration' of other Australian states and foreign countries. The draft would provide for automatic recognition of grants issued by other Australian states and would facilitate the recognition of foreign grants (*Commonwealth Law Bulletin*, 1985, p. 418).

Section III – International jurisdiction in matters of succession

It should be recalled that both the Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (entry into force on 20 August 1979; ratified by Cyprus, the Netherlands and Portugal) and the Brussels Convention (EEC) of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters exclude from their scope of application questions of succession. The Fragistas Report on the Hague Convention, observing that there is in different legal systems great divergence in the conflict rules concerning succession, notes that the recognition of foreign judgments rendered in these matters, with no check on the conflict rules applied by the courts handing them down, would have amounted to the acceptance of results which were profoundly different from those which the courts of the country asked to recognize the judgment would have given (*Actes et documents de la Session extraordinaire*, 1966, pp. 368 and 369). Along the same lines, the Jenard Report on the Brussels Convention, endorsing the opinion of the International Union of the Latin Notariat, thought 'that it was ... desirable for the six Member States to conclude a convention on the subject ...' but 'that it was essential first to unify the rules of conflict of laws' (*Official Journal of the European Communities*, No C 59 dated 5 March 1979, p. 11; see also Schlosser Report, *ibid.*, No 52, p. 89).

While the Polish, Turkish and Yugoslavian laws and the Argentine, Quebec, Swiss and Venezuelan drafts include or are accompanied by rules governing international jurisdiction, the Austrian and Spanish laws and the draft of the Federal Republic of Germany are silent on this point.

a The courts of the domicile of the deceased

The jurisdiction of the courts of the decedent's domicile is accepted in Poland and Turkey and in the Swiss draft (articles 84-87) the latter with the addition of a certain amount of flexibility in comparison with the current system, as well as by the Quebec draft.

It should be pointed out that in its judgment of 26 October 1984, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1985, No 696, note by J. C. Schultsz, the Supreme Court of the Netherlands, modifying its previous case law, affirmed the jurisdiction of the Dutch court where the succession has

l'étranger et qu'il y a des biens immeubles aux Pays-Bas ou bien que le défendeur est domicilié aux Pays-Bas. Cependant, le *Hoge Raad* a fait remarquer qu'afin de promouvoir l'harmonie internationale des décisions une exception pourrait être admise si l'action avait un lien insuffisant avec les Pays-Bas.

b Tribunal de la situation des biens

Selon les lois polonaise, turque et yougoslave et les projets argentin et québécois, la situation des biens peut fonder la compétence successorale.

e Cas spéciaux de compétence

Influence de la volonté du testateur

L'article 85, alinéa 2, du projet suisse déclare les tribunaux suisses compétents pour régler la part de la succession sise en Suisse si, par testament ou pacte successoral, le défunt avait soumis l'ensemble ou la part suisse de sa succession à la compétence du droit suisse.

Annexe

Dispositions en matière de droit successoral dans les lois et projets récents concernant le droit international privé des États membres de la Conférence de La Haye

Lois

- 1 Autriche
- 2 Espagne
- 3 Pologne
- 4 Turquie
- 5 Yougoslavie

Projets

- A Projets soumis au Parlement
- 6 République fédérale d'Allemagne
 - 7 Suisse
- B Projets non encore soumis au Parlement
- 8 Argentine
 - 9 Canada (Québec)
 - 10 Venezuela

Autriche

Introduction

Le premier janvier 1979, une loi fédérale sur le droit international privé (*Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR Gesetz)*) est entrée en vigueur en Autriche¹. Elle est basée sur un avant-projet établi par le professeur Schwind². La loi ne règle que la loi applicable, elle ne vise pas la compétence internationale ni la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. L'idée de régler ces matières conjointement dans une codification complète, comme le fait le projet suisse, s'est avérée irréalisable; il n'a même pas été possible de régler dans une nouvelle loi la matière de la procédure civile internationale et on a décidé de procéder par étapes³.

Le chapitre 4 de la nouvelle loi (articles 28-31) est consacré au droit successoral. Les nouvelles règles ne s'appliquent qu'aux successions des défunts décédés après son entrée en vigueur, donc après le premier janvier 1979. La loi n'affecte pas les conventions bilatérales qui ont trait au droit successoral telles les Conventions avec l'Iran (1959); la Yougoslavie (1954); la Pologne (1963, Protocole 1973); la Hongrie (1965).

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

A A la différence du droit antérieur (voir *supra*, p. 58) qui suivait le principe de la scission – et ceci tant pour les immeubles que pour les meubles (sauf lorsqu'il s'agit d'un défunt de nationalité autrichienne) – la nouvelle loi consacre le principe de l'unité de la succession (article 30). La situation se complique par la règle de l'article 28, alinéa 2, selon laquelle le droit autrichien s'applique obligatoirement à l'acquisition (*Erwerb*) de la succession et à la responsabilité des dettes de celle-ci en cas d'une procédure de règlement de succession en Autriche (voir *infra*, Section II).

§ 2 Circonstances de rattachement

A Le critère de rattachement est désormais le statut personnel du défunt au moment de son décès (article 30), c'est-à-dire sa nationalité (article 9), sous réserve du mécanisme du renvoi (article 5), qui dans certaines circonstances substituera la nationalité par le domicile du défunt, notamment lorsqu'il s'agit d'un défunt possédant la nationalité d'un pays appliquant le critère du domicile pour le statut personnel.

Selon l'article 30, la capacité de tester et les autres conditions de validité (matérielle) d'une disposition de dernière volonté, d'un pacte successoral ou d'une renonciation contractuelle à la succession sont régis par le statut personnel du défunt au moment de la rédaction de cet acte. Si la validité n'est pas garantie d'après ce droit, mais qu'elle l'est d'après le statut personnel du défunt au moment de son décès, celui-ci est applicable.

¹ Publiée au *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 1978, No 304, p. 1729. Traduction française publiée à la *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 178, avec introduction par F. Schwind, p. 176. Traduction anglaise publiée à l'*American Journal of Comparative Law*, Vol. 28, 1980, p. 222, avec introduction par Edith Palmer (*ibid.*, p. 197).

² Publié à la *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1971, p. 161.

³ Cf. R. Loewe, «Erneuerung des österreichischen internationalen Zivilverfahrensrechts», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1983, p. 180.

been opened abroad and there is immovable property in the Netherlands or else the defendant is domiciled in the Netherlands. However, the Supreme Court pointed out that, in order to promote international harmony of judicial decisions, an exception might be made if the cause of action was not sufficiently connected with the Netherlands.

b Courts of the situs of assets

Under Polish, Turkish and Yugoslavian laws and the Argentine and Quebec drafts, the location of the property may provide a basis for jurisdiction over the succession.

e Special cases of jurisdiction

Influence of the testator's intentions

Article 85, paragraph 2, of the Swiss draft states that the Swiss tribunals have jurisdiction to deal with the part of the succession which is located in Switzerland if, by will or by contract concerning the succession, the decedent had submitted the entirety of the Swiss part of his estate to the jurisdiction of Swiss law.

Annex

Provisions on testate and intestate succession in the laws and recent drafts dealing with the private international law of the Hague Conference's Member States

Laws

- 1 Austria
- 2 Spain
- 3 Poland
- 4 Turkey
- 5 Yugoslavia

Drafts

A Drafts submitted to Parliament

- 6 Federal Republic of Germany
- 7 Switzerland

B Drafts not yet submitted to Parliament

- 8 Argentina
- 9 Canada (Quebec)
- 10 Venezuela

Austria

Introduction

On the first of January 1979 a federal law on private international law (*Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR Gesetz)*) entered into force in Austria.¹ It was based on a preliminary draft drawn up by Professor Schwind.² This law deals only with the applicable law, covering neither international jurisdiction nor recognition and enforcement of foreign judgments. The idea of dealing jointly with these matters in a complete codification, as the Swiss draft does, turned out to be unattainable; it was not even possible to deal in a new law with the subject of international civil procedure, and thus it was decided to proceed in stages.³

Chapter 4 of the new law (articles 28-31) deals with succession upon death. The new rules apply only to the estates of persons who have died after its entry into force, thus after the first of January 1979. The law does not affect bilateral conventions dealing with decedents' estates, such as the Conventions with Iran (1959); Yugoslavia (1954); Poland (1963, protocol 1973); Hungary (1965).

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

A Contrary to the prior law (see *supra*, p. 58) which followed the principle of scission – for movables as well as for immovables (except when the decedent was of Austrian nationality) – the new law adopts the principle of *unity* of the estate (article 30). The situation is complicated by the rule of article 28, paragraph 2, under which Austrian law applies mandatorily to the *acquisition (Erwerb)* of the inheritance and to the liability for the estate's debts in case of proceedings concerning the estate initiated in Austria (see *infra*, Section II).

§ 2 The connecting factor

A The criterion for determining the applicable law will henceforth be the decedent's personal law at the time of his death (article 30), which is the law of his nationality (article 9) subject to the mechanism of *renvoi* (article 5), which in certain circumstances will substitute the law of the decedent's domicile for that of his nationality, in particular where the decedent had the nationality of a country which employs the criterion of domicile to determine the personal law.

Under article 30 the capacity to make a will and the other requirements for the (substantive) validity of a final bequest, of a contract concerning succession, or of a contractual renunciation of succession are governed by the decedent's personal law at the time when the instrument is drawn up. If the validity of such an instrument is not accepted according to this law, but is accepted by the decedent's personal law at the time of his or her death, this latter law is applicable.

¹ Published in the *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 1978, No 304, p. 1729. French translation published in the *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 178, with an introduction by F. Schwind, p. 176. English translation published in the *American Journal of Comparative Law*, Vol. 28, 1980, p. 222, with an introduction by Edith Palmer (*ibid.*, p. 197).

² Published in the *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1971, p. 161.

³ Cf. R. Loewe, 'Erneuerung des Österreichischen internationalen Zivilverfahrensrechts', *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1983, p. 180.

C Pour les réfugiés, on appliquera le droit du domicile, ou à défaut celui de la résidence habituelle sans correctif du renvoi (article 9, alinéa 3). Les apatrides sont soumis à la loi de leur résidence habituelle (sous réserve du renvoi). La solution pour les cas de plurinationalité reste en principe la même qu'avant (la nationalité autrichienne prévaut; pour le reste on applique la nationalité effective, article 9, alinéa premier).

D L'article 5, alinéa 3, indique la solution à appliquer dans le cas d'un ordre juridique non unifié; il faudra appliquer les règles prévues par cet ordre juridique, à défaut de celui-ci la loi de l'unité avec laquelle le cas présente les liens les plus étroits.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A Comme il a été relevé, la nouvelle loi admet le renvoi au premier et au deuxième degré (article 5).

C L'avant-projet du professeur Schwind connaissait l'autonomie de la volonté du testateur⁴; la loi fédérale n'a cependant pas repris cette notion.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 2 Transmission héréditaire – Administration de la succession

Il est rappelé qu'en droit autrichien le principe «le mort saisit le vif» est inconnu et que l'intervention d'un tribunal dans une procédure spéciale gracieuse dite de «règlement de succession» est en principe toujours obligatoire. Cette procédure se clôt normalement par un acte formel, l'envoi en possession judiciaire (*gerichtliche Einantwortung*), indispensable à la transmission des droits et obligations à l'héritier.

L'article 28, alinéa 2, précise maintenant que lorsqu'une procédure de règlement de succession est ouverte en Autriche, l'acquisition (*Erwerb*) et la responsabilité des dettes de la succession sont régies par le droit autrichien. Il importe en outre de faire remarquer que, selon l'article 31, l'acquisition et la perte des droits réels aux biens corporels y compris la possession, sont régies par le droit autrichien et la classification juridique des biens et le contenu des droits réels s'y rapportant par le droit de l'Etat du lieu des biens. L'article 32 précise que l'article 31 doit être appliqué aux droits réels sur les immeubles même si ces droits tombent dans le domaine d'application d'une autre règle de rattachement interne.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Voir le schéma *supra*, page 58, pour les cas où les tribunaux autrichiens ont une compétence internationale en matière de succession.

⁴ Voir Schwind (note 2), p. 165, art. 9 qui stipule que sauf disposition contraire dans la suite, les actes juridiques en matière de droit des obligations, les contrats de mariage et les dispositions de dernière volonté sont régis par la loi que les parties ont expressément ou tacitement désignée. En cas de doute, le choix de la loi applicable ne s'étend pas au droit international privé.

Espagne

Introduction

En Espagne, à l'exemple du Code civil français, les règles de droit international privé se trouvent dans le Titre préliminaire du Code civil de 1889. Le quatrième chapitre du Titre préliminaire (articles 8-12) est consacré aux normes de droit international privé. Par décret-loi du 31 mai 1974, ces règles ont été réformées⁵. L'article 9, paragraphe 8, et l'article 11 contiennent des dispositions en matière successorale. Un projet récent publié par le Ministère de la Justice⁶ propose de modifier de nouveau certains articles du Titre préliminaire, notamment les articles 9, paragraphe 8, et 11. En outre, on trouve des règles en matière testamentaire dans d'autres articles du Code civil⁷.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

A La disposition de l'article 9, paragraphe 8 reste fidèle au principe de l'unité. En effet, cette disposition précise maintenant que «la succession à cause de mort est régie par la loi nationale du défunt ... quels que soient la nature des biens successoraux et le pays où ils se trouvent».

§ 2 Critères du rattachement

A Le critère du rattachement reste la loi nationale du défunt au moment de sa mort. Il convient de signaler toutefois la règle de conflit mobile suivante: les dispositions testamentaires et les pactes successoraux conclus conformément à la loi nationale du testateur ou du disposant au moment de leur formation, conserveront leur validité bien que la loi qui régit la succession soit différente, à l'exception des réserves héréditaires qui seront calculées par référence à la loi régissant la succession au moment de la mort du *de cuius* (article 9, paragraphe 8).

C En cas de double nationalité, dont une est la nationalité espagnole, celle-ci prévaut. Si le défunt possédait plusieurs nationalités étrangères, la nationalité de l'Etat dans lequel il avait sa résidence habituelle est retenue. Faute de résidence habituelle, c'est la dernière nationalité acquise qui sera préférée (article 9, paragraphe 9). La loi personnelle des apatrides et de ceux dont la nationalité est indéterminée est la loi du lieu de la résidence habituelle.

D L'article 11, paragraphe 5, stipule que pour les Etats où coexistent plusieurs systèmes législatifs, on se référera à la législation de cet Etat pour déterminer la loi applicable.

⁵ Traduction française publiée in *l'Annuaire suisse de droit international*, 1976, p. 400, avec introduction par J. A. Carrillo, *ibid.*, p. 9. Voir également J. L. Iglesias Buigues, «Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol», *Revue critique de droit international privé*, 1976, p. 397. Texte espagnol avec traduction allemande in: *Rabels Zeitschrift*, 1975, p. 725; voir également B. von Hoffmann et A. Ortiz-Arce, «Das neue Spanische Internationale Privatrecht», *ibid.*, p. 647.

⁶ *Boletín de información*, 25 décembre 1985, No 1405.

⁷ Cf. Simó Santonja, in M. Verwilghen ed. *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, 1979, p. 684 et 685.

C For refugees the laws of their domiciles are applied, and if they have none, the laws of their habitual residences, without the application of renvoi (article 9, paragraph 3). Stateless persons are subject to the laws of their habitual residence (subject to renvoi). The solution for cases of multiple nationality remains in principle the same as it was before (Austrian nationality prevails; but if there is none, the effective nationality is applied – article 9, paragraph 1).

D Article 4, paragraph 3, indicates the solution to be applied where a non-unified legal system is involved; the rules employed by that legal system are to be applied, but if there are none, the law of the unit with which the case has the closest connection shall be applied.

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A As was pointed out, the new law accepts renvoi to the first and second degrees (article 5).

C Professor Schwind's preliminary draft would have recognized a choice of law by the testator;⁴ the federal law did not however adopt this concept.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 2 Direct transmission to the heirs – Administration of the estate

It should be recalled that in Austrian law the principle 'the deceased vests the property in the survivor' is unknown and that the intervention of a court in a special type of proceeding for 'handling of the succession' is in principle always mandatory. This proceeding is normally closed by a formal order, the judicial vesting of possession of the property (*gerichtliche Einantwortung*), which is indispensable for the transmission of rights and obligations to the heir.

Article 28, paragraph 2, now sets it forth that when a proceeding for handling of the succession is initiated in Austria, the acquisition (*Erwerb*) of the property and the responsibility for the estate's debts are governed by Austrian law. It is important moreover to note that under article 31 the acquisition and loss of property rights in tangible property including its possession are governed by Austrian law, and the legal classification of the property and the content of the rights attached to it are governed by the law of the State where the property is located. Article 32 sets it out that article 31 is to be applied to property rights in immovables, even if these rights fall within the scope of application of another conflict rule.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

See the table *supra*, page 58, for the situation in which the Austrian courts assume international jurisdiction in matters of succession.

⁴ See Schwind (note 2), p. 165, article 9, which states that, except as otherwise provided hereafter, undertakings made in connection with contracts or torts, marriage contracts and dispositions upon death are governed by the law which the parties have expressly or impliedly chosen. In case of death, the choice of the applicable law does not extend to private international law rules.

Spain

Introduction

In Spain, following the example of the French Civil Code, the rules of private international law are to be found in the Preliminary Section of the Civil Code of 1889. The fourth chapter of the Preliminary Section (articles 8-12) is devoted to private international law rules. Under the decree-law of 31 May 1974 these rules were reformed.⁵ Article 9, paragraph 8, and article 11 contain provisions concerning decedents' estates. A recent draft published by the Ministry of Justice⁶ would again change certain articles of the Preliminary Section, in particular article 9, paragraph 8, and article 11. In addition, rules concerning wills are set out in other articles of the Civil Code.⁷

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

A The provision set out in article 8, paragraph 8, remains faithful to the principle of unity. Indeed, this provision states now that 'succession upon death is governed by the national law of the decedent ... whatever may be the nature of the property in the estate and whatever may be the country in which it is located.'

§ 2 The connecting factor

A The connecting factor remains the nationality of the decedent at the time of his death. However it should be pointed out that the following rule governs conflicts resulting from a change of nationalities: testamentary dispositions and contracts concerning succession, entered into in conformity with the national law of the testator or of the person making a disposition at the time when the will or other disposition is made, will retain their validity even though the law which governs the succession is different, with the exception of indefeasible shares of the heirs which will be calculated with reference to the law governing the succession at the time of the decedent's death (article 9, paragraph 8).

C In case of dual nationalities, one of which is Spanish nationality, the latter will prevail. If the deceased had several foreign nationalities, the nationality of the State in which he had his habitual residence is employed. If he had no habitual residence, then it is the last nationality acquired which gains the preference (article 9, paragraph 9). The personal law of stateless persons and of those whose nationality is undetermined is the law of the place of their habitual residence.

D Article 11, paragraph 5, sets it out that for States where several legislative systems co-exist, reference will be made to the respective State's legislation to determine the applicable law.

⁵ French translation published in *Annuaire suisse de droit international*, 1976, p. 400, with introduction by J. A. Carrillo. *ibid.*, p. 9. See also J. L. Iglesias Buigues, 'Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol'. *Revue critique de droit international privé*, 1976, p. 397. Spanish text with German translation in: *Rabels Zeitschrift*, 1975, p. 725; see also B. von Hoffmann and A. Ortiz-Arce, 'Das neue Spanische Internationale Privatrecht'. *ibid.*, p. 647.

⁶ *Boletín de información*, 25 December 1985, No 1405.

⁷ Cf. Simó Santonja, in M. Verwilghen ed. *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, 1979, pp. 684 and 685.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A L'article 12, deuxième paragraphe, exclut le renvoi à l'exception du renvoi fait par le droit étranger au droit espagnol (renvoi au premier degré).

Il convient de signaler que le projet publié en décembre 1985 propose d'introduire une exception à la règle de l'article 9, paragraphe 8, dont la teneur est la suivante: les droits attribués par la loi au conjoint survivant seront régis par la loi régissant les effets du mariage; cependant la réserve des descendants est respectée.

C La *professio juris* n'est pas admise en droit espagnol.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 Réserve, quotité disponible, limitations, liberté de tester

Il s'ensuit du nouvel article 9, paragraphe 8 du Code civil que la loi successorale s'étend à toutes ces questions.

§ 2 Transmission héréditaire – Administration de la succession

La loi successorale est compétente pour ce qui est de la transmission héréditaire et de l'administration de la succession (article 9, paragraphe 8 du Code civil).

Pologne

Introduction

La Pologne était parmi les premiers pays à adopter une loi sur le droit international privé, à savoir en 1926. Cette loi du 2 août 1926 a été révisée par la nouvelle loi du 12 novembre 1965, entrée en vigueur le premier juillet 1966 qui, toutefois, maintient plusieurs solutions de l'ancienne loi⁸. La nouvelle loi consiste en douze chapitres dont le onzième concerne le droit successoral.

La loi ne contient pas de règles de procédure internationale; celles-ci se trouvent dans le Code de procédure civile du 17 novembre 1964 entré en vigueur le premier janvier 1965⁹. La loi réserve les conventions internationales dont font partie notamment les conventions bilatérales avec la République démocratique allemande, la Hongrie, la Yougoslavie, la Tchécoslovaquie et l'URSS qui contiennent des dispositions en matière de droit successoral.

⁸ Traduction française établie par M. Sośniak dans son ouvrage *Précis de droit international privé polonais*. Cracovie, 1976: une traduction moins précise a été publiée à la *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 323, suivie par une note de T. Wyrwa (p. 327). Traduction allemande de certaines dispositions in: Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, sous *Polen*.

⁹ Traduction allemande des dispositions concernant les matières successorales in: Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, sous *Polen*.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

A L'ancienne loi de 1926 avait adopté le principe de l'unité suivant à cet égard le projet de Convention de La Haye de 1900¹⁰. La nouvelle loi maintient et accentue ce principe; les limitations de l'ancienne loi concernant la capacité des héritiers et concernant certains types de succession ont été abandonnées¹¹.

Tandis que les conventions bilatérales avec la République démocratique allemande, la Hongrie, la Yougoslavie et la Tchécoslovaquie consacrent également l'unité de la succession et le rattachement à la loi nationale du défunt, la Convention entre la Pologne et l'URSS est basée sur une scission de la succession; si la loi nationale s'applique à la succession mobilière, la succession immobilière est régie par la *lex rei sitae*.

§ 2 Circonstances de rattachement

A La nouvelle loi maintient le rattachement à la *lex patriae* au moment du décès.

L'article 35 précise que la validité (tant formelle que matérielle) du testament et des autres actes juridiques *mortis causa* est régie par la loi nationale du testateur au moment de l'accomplissement des actes y relatifs. En ce qui concerne la *forme*, il suffit qu'elle soit conforme à la *lex loci actus*.

C Le problème de la pluralité des nationalités est résolu de la manière suivante: s'il s'agit d'un Polonais de double nationalité, la nationalité polonaise prévaut; en ce qui concerne le défunt ayant plusieurs nationalités étrangères, celui-ci est soumis à la loi de l'Etat avec lequel il est le plus étroitement lié (article 2). En revanche, lorsque le défunt est apatride ou que la loi prévoit l'application de la loi nationale et qu'il est impossible d'établir cette nationalité, on applique la loi de l'Etat de son domicile (article 3).

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A La loi de 1965 apporte une précision en matière de renvoi. En effet, une distinction est faite entre le renvoi au premier degré et au second degré. Le renvoi au premier degré est admis sans aucune restriction (article 4, premier alinéa); en revanche, le renvoi au second degré est admis seulement dans le cas où la loi étrangère déclarée compétente est compétente en tant que *loi nationale* (au regard de la loi de 1965). Ce renvoi au second degré n'intervient jamais plus d'une fois, puisqu'on applique toujours la loi matérielle du troisième Etat, même si les règles de conflit de cet Etat renvoient à la loi polonaise.

¹⁰ Voir E. Lasok, «The Polish system of private international law», *The American Journal of Comparative Law*, 1967, p. 330.

¹¹ Voir Jan Balicki, «Some problems of Polish Private International Law», *Netherlands International Law Review*, 1966, p. 19 (p. 23).

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A Article 12, second paragraph, excludes renvoi with the exception of renvoi made by the foreign law to Spanish law (renvoi in the first degree).

It should be pointed out that the draft published in December 1985 would introduce an exception to the rule of article 9, paragraph 8, to the following effect: the rights granted by law to the surviving spouse would be governed by the law governing the effects of the marriage; however, infeasible shares of descendants would be respected.

C A choice of applicable law for matters of succession upon death is not accepted in Spanish law.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 Infeasible shares, the portion of the inheritance available for disposition, and the restrictions on the freedom of the testator to dispose of his property by will

It follows from the new article 9, paragraph 8, of the Civil Code that the law applicable to the succession extends to all these questions.

§ 2 Direct transmission to the heirs – Administration of the estate

The law applicable to the succession governs the question of the direct transmission to the heirs and of the administration of the estate (article 9, paragraph 8, of the Civil Code).

Poland

Introduction

Poland was among the first countries to adopt a law on private international law, which it did in 1926. The law of 2 August 1926 was revised by the new law of 12 November 1965 which entered into force the first of July 1966, retaining however several solutions of the old law.⁸ The new law consists of twelve chapters, the eleventh of which deals with the law of decedents' estates.

The law contains no rules of international procedure; these are to be found in the Code of Civil Procedure of 17 November 1964 which entered into force the first of January 1965.⁹ The law makes exception for international conventions, among these being in particular the bilateral conventions with the German Democratic Republic, Hungary, Yugoslavia, Czechoslovakia and the USSR, which contain provisions dealing with the law of decedents' estates.

⁸ French translation by Mr Sośniak in his work *Précis de droit international privé polonais*, Cracow, 1976; a less precise translation was published in the *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 323, followed by a note written by T. Wyrwa (p. 327). There is a German translation of certain provisions in: Ferid – Firsching, *Internationales Erbrecht, unter Polen*.

⁹ German translation of the provisions concerning decedents' estates in: Ferid – Firsching, *Internationales Erbrecht, unter Polen*.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

A The former law of 1926 had adopted the principle of unity, following in this regard the draft Hague Convention of 1900.¹⁰ The new law maintains and accentuates this principle; the restrictions of the former law concerning the capacity of the heirs and concerning certain types of inheritance have been abandoned.¹¹

While the bilateral conventions with the German Democratic Republic, Hungary, Yugoslavia and Czechoslovakia also provide for unity of the estate and applicability of the national law of the decedent, the Convention between Poland and the USSR is based on a scission of the estate; while the national law applies to the succession to movables, the succession to immovables is governed by the *lex rei sitae*.

§ 2 The connecting factor

A The new law maintains the link to the *lex patriae* at the time of death.

Article 35 sets it out that the validity (both formal and substantive) of the will and of other transfers *causa mortis* is governed by the national law of the testator at the time when the will is executed or such other transfer is effected. As for *formal* requirements, it is sufficient that the will or transfer be in conformity with the *lex loci actus*.

C The problem of multiple nationality is resolved in the following manner: if a Pole has dual nationalities, Polish nationality prevails; if the decedent had several foreign nationalities, his estate is subject to the law of the State to which he was most closely connected (article 2). However, where the decedent was stateless, or where the law provided for the application of the national law and it is impossible to determine the nationality, then the law of the State of the decedent's domicile is applied (article 3).

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The 1965 law brought more precision as regards renvoi. A distinction was made between renvoi to the first degree and to the second degree. Renvoi to the first degree is accepted without any restriction (article 4, first paragraph); however, renvoi to the second degree is accepted only where the foreign law declared applicable is applicable as the *national law* under the 1965 law. This renvoi in the second degree never occurs more than one time, since the substantive law of the third State is always applied, even if the conflict rules of that State refer back to Polish law.

¹⁰ See E. Lasok, 'The Polish system of private international law', *The American Journal of Comparative Law*, 1967, p. 330.

¹¹ See Jan Balicki, 'Some problems of Polish Private International Law', *Netherlands International Law Review*, 1966, p. 19 (p. 23).

C La *professio juris* n'a pas été prévue.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

La loi de 1965 ne s'occupe pas de la réalisation des successions laissées à l'étranger par les ressortissants polonais et étrangers ni des successions vacantes. A cet égard des solutions subsidiaires se trouvent dans le nouveau Code de procédure civile de 1964.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

La compétence internationale des tribunaux polonais en matière de succession est fondée sur le dernier domicile du défunt et à défaut sur la situation de tout ou partie des biens successoraux en Pologne (article 628 du Code de procédure civile).

Turquie

Introduction

Jusqu'à 1982, le droit international privé en Turquie n'était que très partiellement codifié par la loi provisoire sur les droits et les devoirs des étrangers se trouvant en Turquie, datée de 1914; pour la compétence internationale des tribunaux et pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, on se référait aux dispositions du Code de procédure civile qui avait acquis une application sur le plan international. La nouvelle loi du 20 mai 1982 (*Gazette officielle* 22 mai 1982/17701)¹² est une codification complète en trois chapitres: droit international privé, procédure internationale et dispositions finales.

L'article 22 est consacré aux successions; l'article 30 contient une règle de procédure internationale pour les actions successorales. Il y a une réserve expresse des dispositions des conventions internationales auxquelles la Turquie est partie dont on peut relever notamment la Convention germano-turque du 28 mai 1929 en matière de successions¹³.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

A La loi de 1914 était basée sur le principe de la scission; pour les meubles on appliquait la loi nationale, pour les immeubles la *lex rei sitae*. L'article 21, premier alinéa, de la nouvelle loi introduit en principe l'unité de la loi successorale et soumet la succession à la loi nationale du défunt¹⁴. Toutefois l'article 22, deuxième alinéa, fait une exception pour les immeubles situés en Turquie qui sont toujours soumis à la loi turque.

§ 2 Circonstances de rattachement

A Comme il a été évoqué, la nouvelle loi maintient le principe de la nationalité.

C En cas de double nationalité d'un Turc, la loi turque prévaut, dans les autres cas la loi du pays avec lequel le défunt possède les relations les plus étroites sera appliquée (article 4, alinéas b et c).

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A La nouvelle loi a introduit le renvoi au premier et au deuxième degrés; le renvoi se limite aux dispositions matérielles du droit auquel il est fait renvoi (article 2, troisième alinéa)¹⁵.

C La *professio juris* n'a pas été prévue.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

Selon l'article 22, deuxième alinéa, l'ouverture, l'acquisition et le partage des successions sont soumis à la loi du lieu où les biens sont situés¹⁶.

Il est à noter que selon l'article 22, troisième alinéa, à défaut d'héritiers, les successions situées en Turquie sont dévolues à l'Etat.

A noter également que la capacité de disposer à cause de mort est régie par la loi du testateur au moment de l'acte de disposition (article 22, cinquième alinéa).

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Selon l'article 30, les actions concernant la succession doivent être portées devant le tribunal du dernier domicile du défunt en Turquie, et à défaut devant le tribunal du lieu de situation des biens de la succession.

Yougoslavie

Introduction

La loi yougoslave du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions d'autres Etats dans certaines matières (*Journal Officiel Yougoslave*, Sluzbeni list, SFRG, No 43-525, 1982) entrée en vigueur le premier janvier 1983, est la plus récente des nouvelles lois sur le droit international privé¹⁷.

Il s'agit d'une codification complète du droit international privé divisée en six chapitres, dont le premier couvre les dispositions générales, le deuxième la loi applicable, le troisième la compétence internationale et quelques questions de procédure et le quatrième la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères (les chapitres 5

¹² Voir *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 141 avec note de Mme Nihal Uluocak; traduction allemande publiée dans *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1982, p. 254, précédée par une introduction de H. Krüger, p. 252. Voir aussi (sur le projet de loi) G. Tekinalp, «Das türkische Gesetzentwurf über internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht», *Rabels Zeitschrift*, 1982, p. 26.

¹³ Sur cette Convention, voir G. Kremer, «Die Bedeutung des deutsch-türkischen Konsularvertrages für Nachlassverfahren in der Bundesrepublik Deutschland», *IPRax*, 1981, p. 205.

¹⁴ Voir Tekinalp (note 12), p. 45, 46.

¹⁵ Voir N. Uluocak (note 12), p. 150; Krüger (note 12), p. 254, note 17.

¹⁶ L'étendue de cette disposition, notamment en ce qui concerne l'acquisition de la succession, semble être controversée; voir dans des sens différents: Uluocak, p. 151, Tekinalp, p. 45, 46.

¹⁷ Traduction française suivie d'une note par le professeur S. Cigoj in: *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 353; traduction anglaise avec une note introductive du professeur Matić in: *Netherlands International Law Review*, 1983, p. 220; traduction allemande par le professeur M. Pak avec une note introductive du professeur K. Firsching in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1983, p. 1. Voir aussi Peter Sarcević, «The New Yugoslavian Private International Law Act», *The American Journal of Comparative Law*, 1985, p. 283.

C The possibility of a choice of the applicable law by the decedent has not been provided for.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

The 1965 law deals neither with the obtaining of inheritances left abroad by Polish nationals and foreigners, nor with heirless estates. In these respects subsidiary solutions are found in the new Code of Civil Procedure of 1964.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

The international jurisdiction of Polish courts over a decedent's estate is based on the last domicile of the decedent, but if there is none, then on the location of all or part of the property of the estate in Poland (article 628 of the Code of Civil Procedure).

Turkey

Introduction

Until 1982 private international law in Turkey was only partially codified by the provisional law on the rights and duties of foreigners in Turkey, dated from 1914; for the international jurisdiction of courts and for the recognition and enforcement of foreign decisions one looked to the provisions of the Code of Civil Procedure, which had taken on an application in the international context. The new law of 20 May 1982 (*Official Gazette* 22 May 1982/17701)¹² is a complete codification in three chapters: private international law, international procedure and final provisions.

Article 22 is devoted to decedents' estates; article 30 contains a rule of international procedure for proceedings concerning decedents' estates. There is an express exception made for the provisions of international conventions to which Turkey is a Party, and among these may be noted in particular the German-Turkish Convention of 28 May 1929 concerning decedents' estates.¹³

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

A The 1914 law was based on the principle of scission; for movables the national law was applied, for immovables it was the *lex rei sitae*. Article 21, first paragraph, of the new law introduced in principle the unity of the law of succession and it subjects the inheritance to the national law of the decedent.¹⁴ However article 22, second paragraph, makes an exception for immovables located in Turkey, which are always subject to Turkish law.

¹² See *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 141 with note by Mrs Nihal Uluocak; German translation published in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1982, p. 254, preceded by an introduction by H. Krüger, p. 252. See also (on the draft law) G. Tekinalp, 'Das türkische "Gesetzesentwurf über internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht"', *Rebels Zeitschrift*, 1982, p. 26.

¹³ On this Convention see G. Kremer, 'Die Bedeutung des deutsch-türkischen Konsularvertrages für Nachlassverfahren in der Bundesrepublik Deutschland', *IPRax*, 1981, p. 205.

¹⁴ See Tekinalp (note 12), pp. 45, 46.

§ 2 The connecting factor

A As has been mentioned, the new law maintains the principle of nationality.

C In case of double nationality of a Turk, Turkish law prevails; in other cases the law of the country with which the decedent had the closest connection will be applied (article 4, paragraphs *b* and *c*).

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The new law introduced *renvoi* to the first and second degrees; the *renvoi* is limited to the substantive provisions of the law to which the *renvoi* is made (article 2, third paragraph).¹⁵

C Choice of the applicable law by the testator has not been provided.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

Under article 22, second paragraph, the opening, the acquisition and the division of inheritances are subject to the law of the place where the property is located.¹⁶ It should be noted that under article 22, third paragraph, where there are no heirs, decedents' estates located in Turkey escheat to the State.

It should also be noted that the capacity to dispose of property in case of death is governed by testator's law at the time of making of the disposition (article 22, fifth paragraph).

Section III – International jurisdiction in matters of succession

Under article 30, proceedings concerning a decedent's estate must be brought before the court of the decedent's last domicile in Turkey, or if there is no such domicile, before the court of the place where the property of the estate is located.

Yugoslavia

Introduction

The Yugoslavian Act of 15 July 1982 concerning the resolution of conflicts of laws with the provisions of other countries in certain matters (*Official Gazette of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia*, Sluzbeni list, SFRG, No 43-525 1982) which entered into force the first of January 1983, is the most recent of the new laws on private international law.¹⁷

This is a complete codification of private international law divided into six chapters, the first of which covers basic provisions, the second the applicable law, the third international jurisdiction and some questions of procedure and the fourth the recognition and enforcement of foreign decisions (chapters 5 and 6 being devoted to

¹⁵ See N. Uluocak (note 12), p. 150; Krüger (note 12), p. 254, note 17.

¹⁶ The scope of this provision, in particular as concerns the acquisition of the inheritance, seems to be controverted: see for differing interpretations Uluocak, p. 151, Tekinalp, pp. 45, 46.

¹⁷ English translation with an introductory note by Professor Matic in: *Netherlands International Law Review*, 1983, p. 220; French translation followed by a note by Professor S. Cigoj in: *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 353; German translation by Professor M. Pak with an introductory note by Professor K. Firsching in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1983, p. 1. See also Peter Sarcević, 'The New Yugoslavian Private International Law Act', *The American Journal of Comparative Law*, 1985, p. 283.

et 6 étant consacrés à des dispositions spéciales, concernant le droit consulaire, transitoires et finales). Un des aspects originaux de la loi consiste en une réglementation fort détaillée de la procédure internationale. L'application des conventions internationales est réservée (article 3).

Les articles 30 et 31 du deuxième chapitre sont consacrés au droit successoral. Ils maintiennent l'essentiel des dispositions de conflits de lois contenues dans la Loi sur les successions de 1955, citées *supra*, pages 103-105; la Loi de 1955 n'est plus en vigueur suite aux réformes constitutionnelles de 1974. Les nouvelles dispositions apportent quelques précisions par rapport à la situation décrite *supra*, pages 103-105.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

A La nouvelle loi maintient le principe de l'unité.

C La rétorsion résultant de l'article 155, alinéa 2, de la Loi de 1955 selon laquelle la succession d'un ressortissant d'un Etat appliquant sa propre loi à la succession d'un Yougoslave est régie par la loi yougoslave, a été abrogée. Dans un pareil cas, la loi nationale de l'étranger est désormais applicable sans restriction¹⁸.

§ 2 Circonstances de rattachement

A La nationalité du défunt est maintenue comme facteur de rattachement.

C La nouvelle loi contient des règles spécifiques pour les cas de pluralité de nationalités. La priorité de la nationalité yougoslave en cas de double nationalité est maintenant consacrée à l'article 11, premier alinéa. Dans les autres cas on applique la loi de la nationalité de l'Etat avec lequel le défunt a les liens les plus étroits et, plus précisément, une personne qui se trouve dans un des Etats dont elle possède la nationalité sera considérée comme ressortissante de cet Etat (article 11, alinéas 2 et 3).

La loi simplifie les règles concernant les apatrides et les personnes dont la nationalité n'est pas déterminable: c'est le droit du domicile qui est appliqué, et faute de domicile, le droit de la résidence. Si la résidence n'est pas déterminable, c'est la loi yougoslave qui sera appliquée (article 12).

D L'article 10 précise la solution à trouver dans le cas où la loi applicable est celle d'un Etat dont l'ordre juridique n'est pas unifié.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A A la suite de vives discussions la loi consacre le mécanisme du renvoi au premier et au deuxième degré (article 6)¹⁹.

C La *professio juris* n'a pas été prévue.

¹⁸ Voir A. Polajnar-Pavénič et D. Wedam-Lukić, «Erbrechtliche Verhältnisse mit auf fremdes Recht weisenden Elementen», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1985, p. 264 (265).

¹⁹ Voir S. Cigoj, *ibid.*, p. 377; Matić, *ibid.*, p. 221.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

La nouvelle loi a apporté quelques nuances au système décrit *supra*, page 104. Si la compétence internationale exclusive des tribunaux yougoslaves est maintenue pour les immeubles successoraux situés en Yougoslavie, le *situs* des meubles, dans la mesure où ils appartiennent à un ressortissant yougoslave, ne fonde plus une compétence internationale exclusive des tribunaux yougoslaves (articles 71, 72 et 73)²⁰.

Le projet de la République fédérale d'Allemagne

Introduction

Un projet de loi de réforme de droit international privé (*Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Privatrechts*) a été soumis au Parlement par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne le 20 mai 1983²¹. Le projet entend modifier la loi d'introduction du Code civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, EGBGB) en vigueur depuis le premier janvier 1900. Le projet s'inspire d'une part de sources internationales, notamment de la Convention de Rome (CEE) sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 et des Conventions de La Haye, telles celles du 5 octobre 1961 et du 2 octobre 1973 respectivement sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires et concernant la loi applicable aux obligations alimentaires, et d'autre part des projets établis en RFA depuis les années 1950, notamment par le *Deutscher Rat für internationale Privatrecht*, et le projet établi par le professeur G. Kühne.

Le projet n'envisage qu'une réforme partielle, dont particulièrement les règles en matière de droit applicable et revise notamment celles concernant les dispositions générales de d.i.p., le droit des personnes et de la forme des actes juridiques, le droit de famille et des successions. Les changements qu'il propose concernant la procédure civile internationale sont modestes et ne visent pas la succession internationale. Les articles 25 du projet (succession à cause de mort) et 26 (dispositions à cause de mort) (chapitre 4 du projet) règlent la succession.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

A Le projet maintient le principe de l'unité de la succession. Toutefois, comme le mécanisme du renvoi est également préservé (article 4), il se présentera comme actuellement des cas où en conséquence du jeu d'un renvoi partiel, différentes lois sont appliquées aux différentes parties d'une succession (voir l'exemple donné *supra*, page 53, § 1, A, du défunt français domicilié en France, laissant des meubles et immeubles en RFA; la succession mobilière est régie par la loi française; les immeubles sont dévolus selon la loi allemande).

²⁰ Voir D. Wedam-Lukić, p. 267 et suiv.

²¹ Texte publié dans *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, p. 254 (1983) avec introduction de J. Pirrung, *ibid.*, p. 201; voir aussi: «Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung», in: *IPRax* 1984, p. 54. Cf. B. Dickson, «The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany», in: *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, Vol. 34, p. 231.

special provisions concerning consular law and transitional and final provisions). One of the original features of the law is that it contains a very detailed treatment of international procedure. Exception is made for the application of international conventions (article 3).

Articles 30 and 31 of the second chapter are devoted to the law governing succession upon death. They retain the essence of the conflict of laws provisions contained in the 1955 Law on succession, cited *supra*, pages 103-105; the 1955 Law is no longer in force as a result of the constitutional reforms of 1974. The new provisions have brought certain refinements to the situation as it was described *supra*, pages 103-105.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

A The new law maintains the principle of unity.

C The retaliatory rule of article 155, paragraph 2, of the 1955 Law, under which the estate of a citizen of a State which applied its own law to the succession upon death of a Yugoslavian was governed by Yugoslavian law, has been abrogated. In such a case the foreigner's national law is applicable without restriction.¹⁸

§ 2 The connecting factor

A The nationality of the decedent is retained as the connecting factor.

C The new Act provides special rules for cases of multiple nationalities. The priority of Yugoslavian nationality in case of dual nationality is now set out in article 11, first paragraph. In other cases, application is made of the law of the nationality of the States with which the decedent's ties were the closest, and the Act specifies that a person who is domiciled in one of the States of which he has the nationality will be considered to be a citizen of that State (article 11, paragraphs 2 and 3).

The Act simplifies the rules concerning stateless persons and persons whose nationality is not determinable; the law of the domicile is applied and, if there is no domicile, the law of the residence. If the residence cannot be established, it is the Yugoslavian law which will be applied (article 12).

D Article 10 sets forth the solution to be sought in cases where the applicable law is that of a State the legal order of which is not uniform.

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A Following lively discussions, the Act adopted the mechanism of renvoi to the first and second degrees (article 6).¹⁹

C No provision has been made for a choice of the applicable law by the testator.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

The new law brought several refinements to the system described *supra*, page 104. Although exclusive international jurisdiction of the Yugoslavian courts is maintained for those immovables of the estate which are located in Yugoslavia, the situs of movables, to the extent to which they belong to a Yugoslavian citizen, no longer is the basis for exclusive international jurisdiction of the Yugoslavian courts (articles 71, 72 and 73).²⁰

The draft law of the Federal Republic of Germany

Introduction

A bill for reform of the private international law rules (*Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Privatrechts*) was submitted to the Parliament by the Government of the Federal Republic of Germany on 20 May 1983.²¹ The bill would modify the introductory articles of the Civil Code (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, EGBGB) which has been in force since the first of January 1900. The draft law drew its inspiration in part from international sources, in particular the Rome Convention (EEC) on the law applicable to contractual obligations, dated 19 June 1980, and Hague Conventions such as those of 5 October 1961 and 2 October 1973 respectively on Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions and on the Law Applicable to Maintenance Obligations, as well as in part from drafts drawn up in the FRG since the 1950s, particularly by the *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* and a draft drawn up by Professor G. Kühne.

The bill contemplates only a partial reform, particularly as to the applicable law, and would amend in particular rules dealing with the general principles of private international law, the law of persons and of formal requirements for contracts and other legal instruments, family law and succession upon death. The changes which the bill proposes concerning international civil procedure are modest and do not touch upon decedents' estates which have an international element. Articles 25 (succession upon death) and 26 (testamentary dispositions) (chapter 4 of the draft) deal with decedents' estates.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

A The draft would maintain the principle of unity of the succession. However, since the mechanism of renvoi is also preserved (article 4), some cases will arise as at present in which as a result of a partial renvoi different laws will be applied to different parts of an estate (see the example given *supra*, page 53, § 1, A, of the French decedent domiciled in France, leaving movables and immovables in the Federal Republic of Germany: the succession to the movables is governed by French law; the immovables will descend according to German law).

¹⁸ See A. Polajnar-Pavčnik and D. Wedam-Lukić, 'Erbrechtliche Verhältnisse mit auf fremdes Recht weisenden Elementen', *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1985, p. 264 (265).

¹⁹ See S. Cigoj, *ibid.*, p. 377; Matić, *ibid.*, p. 221.

²⁰ See D. Wedam-Lukić, p. 267 *et seq.*

²¹ Text published in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1983, p. 254 with introduction by J. Pirrung, *ibid.*, p. 201; see also: 'Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung', in: *IPRax*, 1984, p. 54. Cf. B. Dickson, 'The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany', in: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985, p. 231.

C a Le projet abrogera l'article 25 (deuxième phrase) EGBGB, le *Privilegium Germanicum*, en vertu duquel un Allemand peut faire valoir ses droits successoraux à l'occasion d'une succession dévolue selon une loi étrangère, bien que ces droits ne soient fondés que sur la loi allemande (*supra*, p. 53, § 1, C). Par contre, le projet maintient dans son article 3, alinéa 3, l'essentiel de la règle controversée²² de l'article 28 EGBGB, selon laquelle certaines règles de conflits, y compris celles en matière de succession, ne s'appliquent pas aux biens qui ne se trouvent pas sur le territoire d'un Etat dont la loi successorale devrait s'appliquer selon les règles de conflits du projet, mais qui sont soumis à des dispositions spéciales de la loi du pays où ces biens se trouvent. A comparer les exemples donnés *supra*, page 53, § 1, C a, qui gardent leur actualité: dans le cas d'une succession d'un Allemand dont les biens comprennent des immeubles en Angleterre, le droit allemand cède pour ce qui est des immeubles devant la *lex rei sitae*, déclarée compétente par la loi anglaise. Par contre, si un Allemand meurt domicilié au Danemark, la loi allemande sera appliquée à la succession entière, bien que selon le d.i.p. danois, la loi danoise, en tant que loi du domicile, est considérée comme loi successorale pour toute la succession, où que les biens soient situés; la raison en est que dans ce dernier cas il ne s'agit pas d'une disposition spéciale mais d'une règle générale du d.i.p. danois.

b Dans le cas d'une scission résultant du jeu du renvoi spécial (voir plus haut), la position restera également la même (*cf. supra*, p. 53, § 1, C b). Chaque loi successorale détermine si une certaine dette fait partie du passif. Comme actuellement la veuve d'un défunt français domicilié en France et laissant des immeubles en Allemagne ne pourra réclamer des aliments en vertu de l'article 205 du Code civil français qu'à la masse soumise à la loi française et non à la masse immobilière se trouvant en RFA.

De même, s'il est établi qu'une dette fait partie du passif successoral selon toutes les lois successorales en cause²³, le créancier peut demander paiement sans distinction des masses, à l'exception des dettes, comme les dettes foncières, qui sont purement attachées à une masse particulière.

§ 2 Circonstances de rattachement

A Le projet retient la règle générale selon laquelle la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt était ressortissant au moment de sa mort (article 25).

C Le cas des doubles nationalités est réglé par l'article 5, alinéa premier du projet. Contrairement à la tendance en jurisprudence relevée *supra*, page 54, pour les personnes mixtes avec nationalité allemande, la loi allemande prévaudra, même dans le cas où cette nationalité n'est pas la nationalité effective (article 5, deuxième alinéa). Comme actuellement, la loi de la résidence (habituelle) s'appliquera aux apatrides.

D L'article 4, alinéa 3, codifie la règle jurisprudentielle pour le cas où la loi applicable consiste en un système plurilégislatif: on appliquera les règles de conflits internes en vigueur dans cet Etat ou à défaut la loi du sys-

tème avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A Le projet continue d'admettre le renvoi aux premier et second degrés en matière successorale (sauf pour la forme des testaments), mais, à la différence de la loi autrichienne, s'abstient de donner des règles détaillées (article 4).

B Comme il a déjà été relevé, l'article 25 (deuxième alinéa) EGBGB sera abrogé.

C Le projet n'admet pas le choix par le défunt de la loi applicable, choix qu'il admet pourtant dans le domaine des régimes matrimoniaux en s'inspirant de la Convention de La Haye de 1978. Tant le projet du *Deutscher Rat* que le projet Kühne avaient proposé l'introduction de la *professio juris*. L'exposé des motifs émet la crainte que le choix de la loi applicable, même limité, pourrait mener à une violation des droits des enfants illégitimes du défunt, d'autres réservataires ou des créanciers de la succession. Cette décision de ne pas admettre la *professio juris* a été approuvée par le Bundestag²⁴.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 Réserve, quotité disponible, limitations, liberté de tester

La situation reste en principe la même que décrite *supra*, pages 55 et 56, où il est souligné que selon les règles de fond en vigueur en RFA, il n'y a ni réserve proprement dite, ni quotité disponible, mais que certains parents très proches peuvent réclamer aux héritiers institués une somme d'argent qui consiste en la moitié de la valeur de leur part héréditaire *ab intestat*. Par conséquent, les problèmes de la réserve et des quotités disponibles ne se présenteront, comme actuellement, que dans les cas où la loi successorale est une loi étrangère dont les règles de fond sont basées sur la réserve et la quotité disponible.

§ 2 Transmission héréditaire – Administration de la succession

La situation reste inchangée: la transmission héréditaire reste en principe soumise à la loi successorale. Le certificat d'héritier et le certificat constatant la qualité d'exécuteur testamentaire, délivrés par un tribunal allemand de succession, continueront de jouer un rôle essentiel. Comme il a été expliqué *supra*, page 56, ces certificats sont exigés des héritiers et des exécuteurs testamentaires sans distinction de la loi applicable. Pour les successions

²² Voir notamment G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5e éd., 1985, p. 250.
²³ Cf. Staudinger-Firsching, *Kommentar zum BGB*, Vorbem. zu Art. 24-26, 12e édition, Rz. 374.

²⁴ Pour une proposition précise visant à compléter l'article 25 du projet par un deuxième alinéa introduisant la *professio juris*, voir «Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983», *Rabels Zeitschrift*, 1983, p. 595 (p. 656).

C a The new draft will abrogate article 25 (second sentence) EGBGB, the *Privilegium Germanicum*, under which a German may assert his inheritance rights in an estate which descends according to a foreign law, even though these rights are founded only on German law (*supra*, p. 53, § 1, C). On the other hand, the bill maintains in its article 3, paragraph 3, the essential of the controversial rule²² of article 28 EGBGB, under which certain conflict rules including those dealing with decedents' estates do not apply to property which is not located on the territory of a State, the successorial law of which would apply under those conflict rules, but which are subject to special provisions of the law of the country where the property is located. A comparison may be made with the examples given *supra*, page 53, § 1, C a, which remain current: in the case of the estate of a German whose property includes immovables in England, German law yields as to the immovables before the *lex rei sitae*, which is applicable under the English law. To the contrary, if a German dies domiciled in Denmark, German law will be applied to the entire succession, although under Danish private international law Danish law as the law of the domicile is considered as the law applicable to the entire succession, wherever the property is located; the reason for this is that in this latter case what is involved is not a special provision but rather a general rule of Danish private international law.

b In the case of a scission resulting from the effects of a special renvoi (see above), the position will also remain the same (*cf. supra*, p. 53, § 1, C b). Each law of succession will determine whether a certain debt is an obligation of the estate. As at present, the widow of a French decedent domiciled in France and leaving immovables in Germany will be able to claim maintenance under article 205 of the French Civil Code only as to the property subject to French law, and not as to the immovable property located in the FRG.

Likewise, if it is established that a debt is an obligation of the estate under all of the laws of succession which are involved,²³ the creditor may demand payment without distinction as to the categories of property, except for debts, such as a debt secured by real estate, which are purely attached to a particular parcel.

§ 2 The connecting factor

A The draft retains the general rule according to which succession is governed by the law of the State of which the decedent was a citizen at the time of his death (article 25).

C Cases of dual nationality are governed by article 5, first paragraph, of the draft. Contrary to the tendency in the case law, which was pointed out *supra*, page 54, for dual nationals who have German nationality, German law will prevail, even in cases where this nationality is not the effective nationality (article 5, second paragraph). As at present, the law of the (habitual) residence will apply to stateless persons.

D Article 4, third paragraph, codifies the rule developed in the case law for cases in which the applicable law is that of a system with multiple legislative units; the internal conflict rules in force in that State will be

applied, but if there are none, then the law of the unit with which the deceased had the closest connection will be applied.

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The draft continues the acceptance of renvoi to the first and second degrees in matters of succession upon death (except for formal requirements for wills) but, unlike the Austrian law, it does not provide detailed rules (article 4).

B As has already been pointed out, article 25 (second paragraph) EGBGB will be abrogated.

C The draft does not allow the choice by the decedent of the applicable law, although it accepts such a choice in the realm of matrimonial property where it draws its inspiration from the 1978 Hague Convention. Both the draft drawn up by the *Deutscher Rat* and the Kühne draft had proposed the introduction of the *professio juris*. The commentary on the draft expressed the fear that the choice by the testator of the applicable law, even if it were restricted, might lead to a violation of the rights of the decedent's illegitimate children, of other persons entitled to indefeasible shares, or of creditors to the estate. This decision not to accept a choice of law by the testator has been approved by the Bundestag.²⁴

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 Indefeasible shares, the portion of the inheritance available for disposition and the restrictions on the freedom of the testator to dispose of his property by will

The situation remains in principle the same as it was described *supra*, pages 55 and 56, where it is emphasized that, under the substantive rules in force in the FRG, there is neither an indefeasible share properly speaking, nor a portion of the inheritance made available for disposition, but that certain very close relatives may reclaim from the vested heirs a sum of money which amounts to half of the value of their shares by intestacy. Consequently the problems of indefeasible shares and available portions will be posed, as at present, only in cases where the law applicable to the succession is a foreign law, the substantive rules of which are based on indefeasible shares and a portion available for free disposition.

§ 2 Direct transmission to the heirs – Administration of the estate

The situation remains unchanged: the administration of the estate remains in principle subject to the law governing succession upon death. The certificate of heirship and the certificate determining that a person is a testamentary executor, delivered by a German 'probate' court, will continue to play an essential role. As was explained *supra*, page 56, these certificates are required of heirs and of testamentary executors without any dis-

²² See in particular G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5th ed. (1985), p. 250.
²³ Cf. Staudinger-Firsching, *Kommentar zum BGB*, Vorbem. zu Art. 24-26, 12th ed., Rz. 374.

²⁴ For a precise proposal which would complement article 25 of the draft by a second paragraph introducing the *professio juris*, see 'Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983', *Rabels Zeitschrift*, 1983, p. 595 (p. 636).

soumises à une loi étrangère, on continuera d'exiger le certificat d'héritier restreint aux objets situés en Allemagne.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Comme il a été relevé, le projet ne vise pas la compétence internationale des tribunaux allemands en matière de successions. On se réfère donc à l'exposé *supra*, page 57. Le tribunal allemand de succession est toujours compétent: (1) à prendre des mesures conservatoires, et (2) à délivrer sur demande un certificat d'héritier ou d'exécuteur testamentaire; dès lors qu'il s'agit d'autres mesures en matière gracieuse, la situation reste incertaine; en pratique les tribunaux ont tendance à ne se considérer compétents que dans la mesure où la loi allemande régit la succession, mais cette pratique est vivement critiquée. En matière contentieuse, la compétence internationale coïncide généralement avec la compétence territoriale interne (domicile du défendeur, ouverture de la succession)²⁵.

Le projet de la Suisse

Introduction

Par Message du 10 novembre 1982 le Conseil fédéral suisse a soumis au Parlement un projet de loi fédérale sur le droit international privé²⁶. La nouvelle loi remplacera la Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (L.R.D.C.), qui était principalement destinée à résoudre les conflits entre les cantons de la Suisse. Pour établir le projet on a fait appel à un grand nombre d'experts et l'avant-projet publié en 1978 a été soumis à une large consultation, même internationale²⁷. Le projet ne se limite pas seulement aux questions de la loi applicable, mais règle aussi les problèmes de compétence internationale et les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères en Suisse. Ces trois questions ne font pas l'objet de trois parties distinctes de la loi, mais sont posées dans chacun des domaines abordés par le projet. La nouvelle loi consiste en douze chapitres dont le chapitre 6 est consacré au droit successoral. L'article premier, deuxième alinéa, prévoit que les traités internationaux sont réservés.

A la différence de la L.R.D.C., le projet détermine le droit applicable en fonction de la compétence suisse de l'ouverture: le statut successoral n'est réglé que dans la mesure où les autorités suisses de l'ouverture sont compétentes pour la dévolution de la succession.

Le chapitre 6 du projet vise essentiellement à perfectionner les solutions actuelles, dont les grands principes sont les suivants: unité de la succession, rattachement au domicile, admission de la *professio juris* et division en trois statuts: statut successoral, statut de l'ouverture de la succession et statut de la forme testamentaire. La réglementation de la compétence internationale a été renouvelée et de plus une nouvelle disposition sur la recon-

naissance de décisions ou de mesures étrangères a été introduite.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

Le projet maintient le principe de l'unité de la succession²⁸. La L.R.D.C. fait exception à ce principe: même lorsqu'elle est par ailleurs régie par le droit étranger, la succession d'un Suisse ayant eu son dernier domicile à l'étranger, reste soumise à la loi suisse en ce qui concerne les immeubles du défunt sis en Suisse (article 28, chapitre premier, voir *supra*, p. 96, § 1 A et B). Au lieu de cette règle stricte le projet introduit une exception formulée de manière plus souple en fonction de la compétence internationale éventuelle des autorités suisses. Celle-ci est donnée lorsqu'il s'agit d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès, dans la mesure où les autorités étrangères ne s'occupent pas de la succession ou que le défunt avait, par testament ou pacte successoral, soumis l'ensemble ou une partie de sa succession à la compétence ou au droit suisse, quant à la part de la succession sise en Suisse (article 85). Dans un pareil cas c'est le droit suisse qui régit la succession (article 89, deuxième alinéa).

Le projet tient également compte du cas où l'Etat du lieu de la situation des immeubles revendique la compétence exclusive pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux, en appliquant – le plus souvent pourra-t-on supposer – sa propre loi. Dans cette hypothèse, les autorités suisses doivent céder le pas (article 84, deuxième alinéa).

§ 2 Circonstances de rattachement

A Il importe de souligner qu'à la différence des dispositions du droit de famille et des obligations, le projet dans le chapitre sur le droit successoral n'emploie que le concept *domicile*, à l'exclusion de celui de la résidence habituelle, le rapport donné par la résidence habituelle ayant paru trop faible pour les exigences du droit successoral. Si le dernier domicile d'une personne était en Suisse, sa succession est régie par le droit suisse (article 88, premier alinéa); si le dernier domicile était à l'étranger, le projet part de l'idée que la Suisse ne s'occupe qu'exceptionnellement du déroulement de la succession. Pour ces rares cas, deux règles différentes sont prévues selon qu'il s'agisse d'un Suisse ou d'un étranger. Lors de successions de Suisses défunts domiciliés à l'étranger, comme on l'a vu plus haut, les autorités suisses (en dehors des cas d'une *professio juris*) ne sont compétentes que dans la mesure où les autorités étrangères ne s'occupent pas du règlement de la succession (article 89, alinéa 2). S'agit-il d'un étranger, les autorités suisses ne sont compétentes que dans la mesure où il existe des biens successoraux en Suisse délaissés par les autorités étrangères (article 86, premier alinéa); elles appliqueront alors le droit désigné par les règles de conflit du dernier domicile du *de cuius*.

²⁵ Pour une proposition visant à introduire une règle de compétence internationale dans le FGG (Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit), voir «Stellungnahme zum IPR – Regierungsentwurf», note 24 *supra*, à la page 688.

²⁶ Texte publié à la *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 185; *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1978, p. 716. Voir S. McCaffrey, «The Swiss Draft Conflicts Law», in: *American Journal of Comparative Law*, 1980, p. 235.

²⁷ Voir Colloque de Fribourg relatif au Projet suisse de la Loi fédérale sur le droit international privé, 27-28 avril 1979. *Etudes suisses de droit international*, Vol. 14, 1979.

²⁸ Cf. A. Heini, «Der Grundsatz der Nachlasseneinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz», in: *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern 1986, p. 187.

inction as to the applicable law. For estates which are subject to a foreign law, the certificate of heirship will continue to be required, but only for property located in Germany.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

As has been pointed out, the draft does not deal with the international jurisdiction of German courts in respect of decedents' estates. Reference therefore is made to the account which is given *supra*, page 57. The German 'probate' court always has jurisdiction: (1) to take provisional measures, and (2) to deliver upon request a certificate of heirship or of qualification as a testamentary executor; if other measures are requested in uncontested proceedings, the situation remains uncertain; in practice the courts have a tendency to consider that they have jurisdiction only to the extent to which German law governs the succession to the estate, but this practice is sharply criticized. In contested proceedings, international jurisdiction generally coincides with territorial jurisdiction under domestic law (domicile of the defendant, the opening of the succession).²⁵

The Swiss draft

Introduction

By Message dated 10 November 1982 the Swiss Federal Council submitted to Parliament a draft federal law of private international law.²⁶ The new law will replace the Federal Law of 25 June 1891 on the relationships under civil law of citizens who have a settled abode or are visiting (L.R.D.C.), which was primarily intended to resolve conflicts among the Swiss cantons. A great number of experts were called upon in order to draw up the bill, and the preliminary draft published in 1978 had been subjected to very broad consultation, even on the international level.²⁷ The bill is not limited merely to questions of applicable law but deals also with the problems of international jurisdiction and the requirements for recognition and enforcement of foreign judgments in Switzerland. These three questions do not make up three distinct parts of the bill, but are posed in connection with each of the fields dealt with by the draft. The new bill consists of twelve chapters, chapter 6 of which is devoted to the law of decedents' estates. Article 1, paragraph 2, makes exception for international treaties. Unlike the L.R.D.C., the draft would determine the applicable law as a function of Swiss jurisdiction over the estate; the succession to property of a decedent is only dealt with to the extent to which the Swiss authorities dealing with the estate have jurisdiction to determine how the property of the estate devolves. Chapter 6 of the bill looks essentially to perfecting the current solutions, the leading principles of which are as follows: unity of the succession, domicile as the connecting factor, acceptance of a choice of law by the testator, and division of the subject-matter into three sets of regulations, these being those governing testate and intestate succession, those dealing with the opening of the succession and those dealing with the formal require-

ments for testamentary dispositions. The rules for international jurisdiction have been renewed, and there is now a new provision on the recognition of foreign decisions or other measures.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

The draft maintains the principle of unity of the succession.²⁸ The L.R.D.C. makes one exception to this principle: even where it is otherwise governed by foreign law, the estate of a Swiss having had his last domicile abroad remains subject to Swiss law in so far as the decedent's immovables located in Switzerland are concerned (article 28, chapter 1, see *supra*, p. 96, § 1, A and B). In place of this strict rule, the draft will introduce an exception formulated in a more flexible manner as a function of the possible international jurisdiction of the Swiss authorities. Such jurisdiction is granted when a Swiss person is domiciled abroad at the time of his death to the extent to which the foreign authorities do not deal with the inheritance, or to the extent to which the deceased had by will or agreement concerning the inheritance subjected all or part of his estate to Swiss jurisdiction or law, as to the part of the estate which is situated in Switzerland (article 85). In both such cases Swiss law governs the succession (article 89, second paragraph). The bill also takes into account the case in which the State where immovables are situated claims exclusive jurisdiction to take the measures which are necessary for dealing with the succession and to entertain proceedings concerning the estate applying – one may suppose most often – its own law. In this hypothesis the Swiss authorities must yield (article 84, second paragraph).

§ 2 The connecting factor

A It should be emphasized that, unlike the provisions on family law and on obligations, the draft in the chapter on the law of succession employs only the concept of *domicile* to the exclusion of that of habitual residence, since the connection offered by habitual residence appeared to be too weak for the requirements of inheritance law. If the last domicile of a person was in Switzerland, his estate is governed by Swiss law (article 88, first paragraph); if the last domicile was abroad, the draft starts from the idea that Switzerland will only exceptionally be involved with the handling of the succession to the estate. For these rare cases two different rules are provided, depending on whether the decedent was a Swiss or a foreigner. Where Swiss have died domiciled abroad, as was seen above, the Swiss authorities (except in cases of choice of law by the testator) have jurisdiction over the succession only to the extent to which the foreign authorities are not dealing with the handling of the estate (article 89, second paragraph). Where a foreigner has died abroad, the Swiss authorities have jurisdiction only to the extent to which property of the estate in Switzerland is disclaimed by the foreign authorities (article 86, first paragraph); they then apply the law designated by the conflict rules of the decedent's last domicile.

²⁵ For a proposal which would introduce a rule of international jurisdiction into the FGG (Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit), see 'Stellungnahme zum IPR – Regierungsentwurf', note 24 *supra*, at p. 688.

²⁶ Text published in the *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 185; *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1978, p. 716. See S. McCaffrey, 'The Swiss Draft Conflicts Law', in: *American Journal of Comparative Law*, 1980, p. 235.

²⁷ See the proceedings of the Fribourg Colloquium dealing with the Swiss Draft Federal Law on Private International Law, 27-28 April 1979, *Etudes suisses de droit international*, Vol. 14, 1979.

²⁸ Cf. A. Heini, 'Der Grundsatz der Nachlasseneinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz', in: *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern 1986, p. 187.

C Si le défunt est double national, seule la nationalité effective sera prise en considération, même lorsqu'une des nationalités est la nationalité suisse (article 21, deuxième alinéa). Toutefois, pour déterminer la compétence des autorités dans ce dernier cas, seule la nationalité suisse sera retenue (article 21, premier alinéa). L'article 22 du projet définit les concepts d'apatride et de réfugié. Pour les apatrides et les réfugiés, le rattachement au droit du domicile est substitué au rattachement au droit national.

La notion du domicile ne sera plus celle du Code civil (article 19, deuxième alinéa *in fine*). Selon l'article 19, premier alinéa, au sens de la nouvelle loi, une personne physique a son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A Le projet n'admet qu'exceptionnellement le renvoi au premier et au deuxième degrés (article 13, deuxième alinéa). En matière successorale, une telle exception est prévue à l'article 89, premier alinéa, selon laquelle la succession d'un défunt décédé à l'étranger est régie par le droit désigné par les règles de conflit de l'Etat dans lequel il était domicilié. En effet, cette règle ne vise que les étrangers, étant donné que, comme nous l'avons vu, le deuxième alinéa du même article prévoit l'application du droit suisse aux Suisses décédés à l'étranger. Rappelons d'ailleurs que pour ouvrir la succession d'étrangers domiciliés à l'étranger en dernier lieu, les autorités suisses ne seront compétentes que dans la mesure où il existe des biens successoraux en Suisse délaissés par les autorités étrangères (article 86, premier alinéa). Pour ces cas rares, le projet admet donc le renvoi en vue de renforcer l'unité de la succession²⁹.

Le projet maintient la possibilité, déjà connue de la L.R.D.C. (articles 22, deuxième alinéa et 32), pour les étrangers ayant leur dernier domicile en Suisse, de soumettre leur succession au droit de l'Etat dont ils étaient ressortissants au moment de la *professio iuris* (article 88, deuxième alinéa). Il y ajoute en outre la possibilité pour le Suisse de l'étranger de soumettre toute sa succession ou du moins la partie sise en Suisse au droit suisse (article 85, concurremment avec l'article 89, deuxième alinéa)³⁰.

La *professio iuris* indique toujours le droit matériel de l'Etat désigné; le renvoi est exclu. Elle doit être contenue dans une disposition de dernière volonté³¹.

L'avant-projet contenait des dispositions spéciales afin de protéger d'une part le conjoint survivant et les descendants et d'autre part les créanciers. Les réservataires, même si le droit applicable était un droit étranger,

auraient toujours pu se réclamer de la réserve selon le droit suisse si leur expectative légitime n'était pas respectée. Cette disposition n'a pas été reprise car aucune des variantes proposées en faveur des réservataires n'emportait la conviction. De même, la disposition de l'avant-projet réservant une plus large responsabilité du patrimoine successoral que celle accordée par le droit du dernier domicile du *de cuius* à un créancier a été supprimée³².

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 2 Transmission héréditaire – Administration de la succession

Comme la L.R.D.C., le projet distingue entre le droit successoral et le droit de l'ouverture de la succession. Tandis que le droit successoral peut être déterminé par la *professio iuris*, l'ouverture de la succession est toujours régie par le droit du siège de l'autorité compétente pour l'ouvrir. Par ouverture au sens du projet, il faut entendre toutes les mesures formelles qui visent à la sauvegarde de la succession et de la dévolution, de même qu'à la liquidation de la succession et à son déroulement formel, y compris l'exécution testamentaire.

En effet, l'article 90 précise: «Le droit applicable à la succession détermine quelles mesures peuvent être ordonnées en matière d'administration successorale et à quelles conditions.

Les modalités d'exécution sont régies par le droit de l'autorité compétente. Ce droit régit également les mesures conservatoires et la liquidation, y incluse l'exécution testamentaire.»

Le projet contient un article spécial sur la capacité de disposer (article 92). Le projet retient le rattachement normal en droit international privé suisse du lieu où le testateur avait son domicile au moment de tester, «mais l'éventail des droits applicables est quelque peu élargi, car en ce qui concerne la capacité de tester également une certaine faveur testamenti se justifie, même limitée par rapport à ce qu'elle est en matière de forme des testaments»³³.

L'article 93 du projet détermine la validité et les effets du pacte successoral.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

A Dans la ligne de ce qui précède, l'article 84, premier alinéa, du projet retient la compétence internationale

²⁹ Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, p. 121.

³⁰ Le projet justifie l'admission de la *professio iuris* dans les termes suivants: «En faveur de l'admission de la *professio iuris* militent – comme en matière de régimes matrimoniaux – tous arguments susceptibles d'être invoqués en faveur d'une certaine liberté de disposition des parties en matière patrimoniale. A cela s'ajoutent les aspects spécifiques au droit successoral, en particulier la possibilité d'éliminer les conflits entre le principe du domicile et celui de la nationalité. Par la *professio iuris* le disposant peut décider à quel droit il veut soumettre sa succession. Certes, on ne saurait exclure que le disposant désigne, non pas toujours le droit qui lui est le plus proche, mais bien celui qui favorisera le mieux ses desseins. La *professio iuris* permet en outre une coordination souhaitable entre statut du régime matrimonial et statut successoral. Par éléction de droit pour le régime matrimonial et *professio iuris* pour le droit successoral, il est possible d'assurer qu'au décès, la répartition des biens matrimoniaux et des biens successoraux se fasse selon le même droit. Cette possibilité de coordination correspond incontestablement à un besoin de la pratique.» (Message, précité, p. 121-122.)

³¹ Message, précité, p. 122.

³² Message, précité, p. 123.

³³ Message, p. 126-127.

C If the decedent was a dual national, only the effective nationality would be taken into consideration, even where one of those nationalities is Swiss (article 21, second paragraph). However, to determine the jurisdiction of the authorities in this latter case, only Swiss nationality will be considered (article 21, first paragraph).

Article 22 of the draft defines the concepts of statelessness and refugee. For stateless persons and refugees the application of the law of the domicile is substituted for application of the law of the nationality.

The concept of domicile will no longer be that of the Civil Code (article 19, second paragraph, at the end). Under article 19, first paragraph, for purposes of the new law, a physical person has his domicile in the State in which he resides with the intention of being settled there.

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The bill would admit only exceptionally renvoi in the first and second degrees (article 13, second paragraph). For matters of succession upon death such an exception is provided in article 89, first paragraph, according to which the estate of a decedent who died abroad is governed by the law designated by the conflict rule of the State in which he was domiciled. Indeed this rule applies only to foreigners, given the fact, as we have seen, that the second paragraph of the same article provides for the application of Swiss law to Swiss who die abroad. We should remember moreover that, in order to entertain proceedings concerning the estates of foreigners who had their last domicile abroad, the Swiss authorities will have jurisdiction only to the extent to which property of the estate located in Switzerland has been disclaimed by the foreign authorities (article 86, first paragraph). For these rare cases the draft would therefore accept renvoi, with a view to reinforcing the unity of the succession.²⁹

The bill maintains the possibility already known under the L.R.D.C. (articles 22, second paragraph, and 32) for foreigners who had their last domicile in Switzerland to subject their estates to the law of the States of which they were citizens at the time when the choice of law was made (article 88, second paragraph). It would add further the possibility for a Swiss living abroad to subject all of his estate, or at least the part situated in Switzerland, to Swiss law (article 85 concurrently with article 89, second paragraph).³⁰

A choice of law by the testator always indicates the substantive law of the State designated; renvoi is excluded. The choice must be contained in a testamentary disposition.³¹

The preliminary draft contained special provisions intended to protect, on the one hand, the surviving spouse and the descendants and, on the other hand, the creditors. Those who were entitled to indefeasible shares,

even if the applicable law were a foreign law, would always have been able to claim their shares under Swiss law, if their reserved portion had not been respected. This provision was not retained because none of the variants proposed in favour of persons entitled to indefeasible shares was sufficiently convincing. Likewise, the provision of the preliminary draft reserving a broader responsibility of the decedent's estate to creditors than that which was granted by the law of the decedent's last domicile was deleted.³²

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 2 Direct transmission to the heirs – Administration of the estate

As did the L.R.D.C., the draft distinguishes between the law governing the succession and the law governing the opening of the succession. While the law governing the succession may be determined by a choice of law by the testator, the opening of the succession is always governed by the law of the place where the authority sits who has jurisdiction to open such succession. By 'opening' within the meaning of the draft should be understood all the formal measures which look to the preservation of the estate and of its transmission, as well as to the liquidation of the estate and its formal proceedings, including the carrying out of testamentary dispositions. Article 90 sets it forth as follows: '*The law applicable to the succession determines what measures may be ordered in connection with administration of the estate and under what conditions.*

The modes of effectuating the succession are governed by the law of the authority having jurisdiction over them. This law also governs measures of conservation and liquidation, including the carrying out of testamentary dispositions.' (translation by the Permanent Bureau)

The draft contains a special article on the capacity to make a will (article 92). The draft retains the normal connecting factor in Swiss private international law, the place where the testator had his domicile at the time of making the will '*but the range of applicable laws is somewhat broadened for, as concerns the capacity to make a will, also a certain favor testamenti is justified, even though it is limited in comparison to the favour which is given to the will as regards formal requirements.*'³³ (translation by the Permanent Bureau)

Article 93 of the draft determines the law applicable to the validity and the effects of agreements concerning succession upon death.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

A Along the lines of the foregoing, article 84, first paragraph, of the draft provides for international juris-

²⁹ Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, p. 121.

³⁰ The draftsmen justify the acceptance of a choice of law by the testator in the following terms: 'As is the case with matrimonial property, all of the arguments which may be invoked in favour of a certain freedom of disposal by the parties in dealing with their estates work in favour of the admission of a choice of law by the testator. To this are added the aspects which are specific to the law of succession, in particular the possibility of eliminating conflicts between the principle of domicile and that of nationality. By making a choice of law the testator may decide which law he wants to govern his estate. Certainly, it could not be excluded that he might not always designate the law which is closest to him, but rather that which is most favourable to his intentions.

A choice of law by the testator will allow in addition desirable co-ordination between the sets of rules governing matrimonial property and those governing the inheritance. By choosing the law which governs matrimonial property and by making a choice of law to govern the succession, it is possible to assure that upon death the division of matrimonial property and that of the inheritance will be made under the same law. This possibility for co-ordination corresponds incontestably to a practical need'. (Message, cited above pp. 121-122 – translation by the Permanent Bureau.)

³¹ Message, cited above, p. 122.

³² Message, cited above, p. 123.

³³ Message, pp. 126-127.

du dernier domicile du défunt tout en réservant la compétence exclusive revendiquée par l'Etat du lieu de situation des biens immobiliers.

B Lorsque le défunt avait son dernier domicile à l'étranger et laisse des biens – mobiliers ou immobiliers – en Suisse, les autorités suisses du lieu de situation de ces biens seront toujours compétentes pour prendre toutes mesures conservatoires utiles (article 87). Dans la mesure où les autorités étrangères ne s'occupent pas de tels biens, les autorités judiciaires ou administratives du lieu de situation seront compétentes (article 86).

C Les autorités judiciaires ou administratives du lieu d'origine seront compétentes pour régler la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès, dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas. Elles seront toujours compétentes pour régler la part de la succession sise en Suisse si, par testament ou pacte successoral, le défunt suisse avait soumis l'ensemble ou la part suisse de sa succession à la compétence ou au droit suisse (article 85).

Le projet contient une disposition spéciale concernant la reconnaissance des décisions, mesures et certificats étrangers relatifs à une succession, article 94:

«1 Les décisions, les mesures ou les documents relatifs à une succession, de même que les droits découlant d'une succession ouverte à l'étranger, sont reconnus en Suisse:

a Lorsqu'ils ont été rendus, dressés ou constatés dans l'Etat du dernier domicile du défunt ou dans l'Etat au droit duquel le défunt a soumis sa succession ou s'ils sont reconnus dans un de ces Etats, ou

b Lorsqu'ils se rapportent à des immeubles et ont été rendus, dressés ou constatés dans l'Etat dans lequel ces biens sont situés ou s'ils sont reconnus dans cet Etat.

2 Dans le cas d'un immeuble sis dans un Etat qui revendique une compétence exclusive, seules les décisions ou mesures émanant de cet Etat sont reconnues.»

Le projet de l'Argentine

Introduction

En 1974 le Ministère de la Justice a approuvé un projet de loi nationale de droit international privé³⁴. Le projet a été élaboré par le professeur W. Goldschmidt, qui s'est inspiré entre autres des Conventions de Montevideo, du Code Bustamante, du Code civil portugais de 1966, et du projet vénézuélien (voir *infra*). Le projet est constitué d'une partie générale et d'une partie spéciale divisée en deux chapitres: droit international privé en matière civile et commerciale et droit international privé en matière de questions de procédure. Ce projet est complété par un projet de loi de procédure internationale en matière civile et commerciale. Le projet réserve les conventions internationales (article 1).

Les articles 30-33 ont trait au droit successoral. C'est dans ce domaine que le projet introduit une importante

innovation: alors que le Code civil en vigueur est interprété par la jurisprudence et la doctrine dans ce sens que la succession immobilière est régie par la *lex situs* et la succession mobilière par la *lex domicilii*³⁵, le projet énonce le principe de l'unité.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

L'article 30 dispose que la succession est régie par la loi du dernier domicile du défunt, quels que soient la nature ou le lieu des biens laissés. L'unité de la succession est donc établie sans équivoque. La règle aura un effet rétroactif: elle s'appliquera même aux litiges pendants lors de l'entrée en vigueur de la loi.

§ 2 Circonstances de rattachement

Comme il s'ensuit de l'article 30 du projet, le dernier domicile du défunt sera le facteur de rattachement à prendre en considération. L'article 8 du projet définit le concept de manière très précise: le domicile d'une personne physique sera déterminé par les critères suivants, et dans l'ordre indiqué: 1) résidence fixe dans un endroit avec l'intention d'y rester, à défaut 2) résidence fixe, dans un seul endroit, d'un groupe familial constitué du conjoint et des enfants mineurs ou incapables, ou dans l'endroit où la personne concernée vit avec son conjoint; ou, en l'absence de conjoint, avec les enfants mineurs ou incapables; 3) le lieu d'affaires principal de la personne concernée; 4) faute de toutes ces circonstances, la simple résidence. Nul ne peut être sans domicile; une personne ne peut avoir en même temps plus qu'un des domiciles tels que définis.

Il convient de signaler que selon l'article 32 du projet, si la validité matérielle d'un testament est régie par la loi du lieu du dernier domicile du défunt, il suffit que le testament soit valable quant au fond, selon la loi du lieu où le testateur était domicilié lors de la rédaction du testament.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A Le projet, en prévoyant dans son article 5 que si une loi étrangère est applicable à la cause, elle devrait être appliquée, dans la mesure du possible, de la même manière qu'elle aurait été appliquée par le juge du pays dont la loi s'applique, s'il se déclarait compétent, adopte le «*foreign court theory*». Dans ce système, l'acceptation par le juge argentin du renvoi opéré par la loi étrangère dépendra du point de savoir si le juge étranger accepterait lui-même le renvoi opéré par la loi argentine. La jurisprudence et la doctrine argentines sont généralement favorables au renvoi³⁶.

C Le projet ne prévoit pas la *professio juris*.

³⁴ Texte original en espagnol in: W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 1982, 4e éd., p. 687. Traduction anglaise in: *International Legal Materials*, 1985, Vol. XXIV, No 2, p. 272, avec introduction de E. Dahl, *ibid.*, p. 269. Voir également A. M. Makarov, in: *Quellen des internationalen Privatrechts*, 1978, 3e éd., p. 405.

³⁵ W. Goldschmidt (note 34), p. 326; E. Dahl (note 34), p. 270.

³⁶ Cf. J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika* 1979, p. 233.

diction based on the decedent's last domicile, but preserves the exclusive jurisdiction claimed by the State of the place where immovables are situated.

B Where the decedent had his last domicile abroad and leaves property – movables or immovables – in Switzerland, the Swiss authorities of the place where the property is situated will always have jurisdiction to take any necessary measures of conservation (article 87). To the extent to which the foreign authorities do not deal with such property, the judicial or administrative authorities of the place where the property is located will have jurisdiction (article 86).

C The judicial or administrative authorities of the place of origin will have jurisdiction to handle the estate of a Swiss domiciled abroad at the time of his death, to the extent to which the foreign authorities do not deal with such estate. The same Swiss authorities will always have jurisdiction to handle the part of the estate which is situated in Switzerland if, by will or by agreement concerning the succession, the Swiss decedent had subjected the entirety of the Swiss part of the estate to Swiss jurisdiction or law (article 85).

The draft contains a special provision concerning the recognition of foreign decisions, measures and certificates concerning an estate, which is article 94:

'1 *The decisions, measures or documents concerning an estate, as well as rights derived from an estate opened abroad, are recognized in Switzerland:*

a Where they have been rendered, drawn up or determined in the State of the decedent's last domicile or in the State to the law of which the deceased has submitted his estate or if they are recognized in one of these States, or

b Where they concern immovables and have been rendered, drawn up or determined in the State in which such property is situated, or if they are recognized in that State.

2 *In the case of an immovable situated in a State which claims exclusive jurisdiction, only the decisions or measures emanating from that State are recognized.*' (translation by the Permanent Bureau)

The Argentine draft

Introduction

In 1974 the Ministry of Justice approved a draft national code of private international law.³⁴ The draft was prepared by Professor W. Goldschmidt, who drew inspiration from various sources, including the Montevideo Conventions, the Bustamante Code, the Portuguese Civil Code of 1966 and the Venezuelan draft (see *infra*). The Argentine draft consists of a part containing general rules and a special part divided into two chapters: private international law as it relates to civil and commercial matters and private international law related to procedural issues. The draft is complemented by a proposed federal act of civil and commercial international procedural law. The draft applies in the absence of applicable international conventions (article 1).

Articles 30-33 deal with the law of succession upon death. It is in this field that the draft introduces an im-

portant innovation: although the Civil Code in force is interpreted in the case law and by the legal writers in such a way that succession to immovables is governed by the *lex situs* and succession to movables by the *lex domicilii*,³⁵ the draft sets for the principle of *unity*.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

Article 30 provides that inheritance is governed by the law of the decedent's last domicile, regardless of the kind or situs of the property he leaves. The unity of the estate is therefore established unambiguously. The rule will have retroactive effect; it will apply even in litigation pending at the time when the act enters into force.

§ 2 The connecting factor

As follows from article 30 of the draft, the last domicile of the decedent will be the connecting factor to be taken into consideration. Article 8 of the draft defines this concept in a very precise manner; the domicile of a physical person will be determined by the following criteria, in the order indicated: (1) stable residence in a place with intent to remain there; (2) stable residence, in one place, of a family group composed of the spouse and the minor and/or incompetent children, or of the spouse with whom said person lives or, in the absence of a spouse, of the minor or incompetent children with whom the person lives; (3) the person's principal place of business; (4) absent all of these circumstances, mere residence. No person may be without a domicile nor may he have more than one – of the kind specified above – at a time.

It should be pointed out that under article 32 of the draft, although the substantive validity of a will is governed by the law of the place where the testator had his last domicile, it is sufficient that the will be essentially valid according to the law of the testator's domicile at the time of execution of the will.

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The draft provides in article 5 that, if a foreign law is determined to be applicable to a controversy, it should be treated in so far as is possible in the same way as it would have been treated by a court of the country, the law of which has been determined to be applicable, if such court were to determine that it had jurisdiction; thus the draft adopts the 'foreign court theory'. Under this system the acceptance by the Argentine court of a renvoi made by the foreign law will depend on whether the foreign court would itself accept a renvoi made under Argentine law. The Argentine case law and legal writings are generally favourable to renvoi.³⁶

C The draft does not provide for a choice of law by the testator.

³⁴ Original text in Spanish in: W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 4th ed., 1982, p. 687. English translation in: *International Legal Materials*, 1985, Vol. XXIV, No 2, p. 272, with introduction by E. Dahl, *ibid.*, p. 269. See also A. M. Makarov, in: *Quellen des internationalen Privatrechts*, 1978, 3rd ed., p. 405.

³⁵ W. Goldschmidt (note 34), p. 326; E. Dahl (note 34), p. 270.

³⁶ Cf. J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, 1979, p. 233.

Les articles 52-62 du projet portent sur la compétence internationale. La prorogation de juridiction en matière de droits patrimoniaux et personnels est admise; le projet déclare également compétents (même internationalement semble-t-il) les tribunaux d'un pays où se trouve une partie du patrimoine du défendeur et ceux du domicile du défendeur. En matière de droits réels c'est le tribunal du ou des lieux où se trouvent les biens qui est compétent. Une règle spéciale pour les actions successoriales n'est pas prévue dans le projet.

Canada: le projet du Québec

Introduction

En 1975 l'Office québécois de Revision du Code civil a publié un projet de codification du droit international privé en 96 articles, qui fait partie, en tant que Livre neuvième, de la réforme prévue du Code civil québécois. Le projet tend d'une part à établir une certaine harmonie entre l'inspiration du droit français, dont le d.i.p. québécois tire son origine et l'influence considérable du *common law* qui règne dans les autres provinces du Canada, et d'autre part s'inspire des projets élaborés à l'étranger et des conventions internationales, notamment celles de La Haye³⁷.

Le Code civil québécois présent ne contient qu'une réglementation partielle des conflits de lois, qui a été complétée par la jurisprudence. Le projet vise à mettre sur pied une codification complète du droit international privé, y compris les conflits de juridictions et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Les articles 43 et 44 s'adressent spécifiquement à la loi applicable aux successions.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères du rattachement: unité – scission

Suite à une discussion ardue entre partisans du régime scissionniste et ceux du rattachement unitaire au sein du comité des rédacteurs du projet, le projet a finalement retenu le principe de la scission «dans un esprit pragmatique, convaincu que la dévolution des immeubles ne pouvait s'exercer efficacement qu'en suivant la loi du lieu de leur situation réelle³⁸». On a tenu compte notamment du fait que toutes les autres provinces du Canada et tous les états des Etats-Unis d'Amérique suivent le système de la scission³⁹.

³⁷ Voir E. Groffier, «Le projet de codification du droit international privé québécois», in: *Journal du droit international (Clunet)*, 1977, p. 827.

³⁸ E. Groffier, *ibid.*, p. 841; cf. J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, 1980, p. 375 et suiv.

³⁹ J.-G. Castel, *op. cit.*, p. 377.

§ 2 Circonstances de rattachement

B/C Pour la succession immobilière la *lex situs* est retenue comme critère de rattachement (article 44). En ce qui concerne les meubles, le projet redéfinit – de manière générale (article 9)⁴⁰ – le critère de domicile comme la *résidence habituelle* du défunt, donc sans référence aux intentions du défunt (article 43) (cf. *supra*, p. 62-63).

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A Le projet, en s'écartant de la jurisprudence québécoise (Ross v. Ross (1893) 2 B.R. 413, confirmé par (1896) 25 S.C.R. 307), rejette résolument le renvoi «sous toutes ses formes et dans tous les cas»⁴¹. En effet, l'article 4 énonce:

«Lorsqu'en vertu des règles du droit international privé, le droit d'un Etat étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet Etat.»

C L'article 21 du projet qui s'applique au fond des actes juridiques y compris le testament stipule:

«les actes juridiques présentant un caractère international sont régis par la loi de l'Etat désignée expressément par les parties. En l'absence de désignation expresse, les tribunaux appliquent la loi de l'Etat qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, avait au moment de sa passation, le meilleur titre à régir.»

Cependant, comme nous l'avons vu, les articles 43 et 44 stipulent que les successions portant sur les meubles sont régies par la loi du domicile du défunt et celles portant sur les immeubles par la loi de leur situation réelle. Il semble s'ensuivre que l'autonomie de la volonté est admise dans la mesure où la loi applicable en vertu des articles 43 et 44 l'admet, étant entendu qu'elle sera de toute façon admise, pour les meubles, lorsque le défunt avait son domicile au Québec ou, pour les immeubles, dans la mesure où ceux-ci se trouvent au Québec.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

L'article 51 du projet prévoit:

«En matière de succession, les tribunaux du Québec ont compétence générale dans les cas suivants:

- 1 la succession s'est ouverte au Québec;
- 2 les biens du défunt sont situés en tout ou en partie au Québec, ou
- 3 le défendeur ou l'un des défendeurs a son domicile⁴² au Québec.»

L'article correspond à l'article 74 du Code de procédure civile et à l'article 694 du Code civil.

⁴⁰ Le Commentaire (Office de Revision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, Commentaire, tome 2, 1977, p. 980-989, précise que c'est notamment en matière successorale que les tribunaux québécois ont eu les plus grandes difficultés à résoudre pour déterminer avec certitude quelle était l'intention du *de cuius* quant à son domicile. «Les tribunaux doivent se livrer à une analyse serrée et toujours compliquée d'une intention qui, en fin de compte, se manifeste avant tout par des actes extérieurs, sans pouvoir prétendre à une certitude quant à l'intention véritable du *de cuius*» (p. 988). «[L'adoption de la résidence habituelle] ne veut pas dire que l'intention ne joue aucun rôle dans la recherche de la résidence habituelle. On a simplement voulu éliminer l'intention comme élément essentiel du domicile pour la ramener au rang des multiples éléments dont la présence éventuelle peut faciliter la détermination du domicile.» (p. 989).

⁴¹ J.-G. Castel, *op. cit.*, p. 62.

⁴² Au sens de la résidence habituelle, cf. *supra* Section I, § 2.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

Articles 52-62 of the draft deal with international jurisdiction. Voluntary submission to jurisdiction in matters concerning personal and property rights is accepted; the draft also declares that there is jurisdiction (even on an international basis, it would seem) in the courts of a country where a part of the defendant's property is located, and in those of the defendant's domicile. Where rights *in rem* are involved, the courts of the place or places where the property is located have jurisdiction. A special rule for proceedings concerning succession upon death is not provided in the draft.

Canada: the draft of Quebec

Introduction

In 1975 the Quebec Office for the Revision of the Civil Code published a draft codification of private international law set out in 96 articles, which constitutes a part, as Book 9, of the projected reform of the Civil Code of Quebec. The draft endeavours on one hand to establish a certain harmony between the ideas of French law, from which Quebec private international law draws its origins, and the considerable influence of the common law, which holds sway in the other Provinces of Canada, and on the other hand the draft derives inspiration from texts drawn up abroad and international conventions, in particular Hague Conventions.³⁷

The Civil Code of Quebec at present contains only a partial set of rules for conflicts of laws, which has been complemented by the case law. The draft attempts to set up a complete codification of private international law, including conflicts of jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments. Articles 43 and 44 deal specifically with the law applicable to decedents' estates.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

Following an arduous discussion between partisans of a system of scission and those who favoured a unitary connecting factor within the committee of draftsmen, the draft finally adopted the principle of scission '*in a pragmatic spirit, convinced that the succession to immovables could only be carried out efficiently by following the law of the place where they were actually located*'.³⁸ Notice had been taken in particular of the fact that all of the other Provinces of Canada and all the states of the United States of America follow the system of scission.³⁹

³⁷ See E. Groffier, 'Le projet de codification du droit international privé québécois', in: *Journal du droit international (Clunet)*, 1977, p. 827.

³⁸ E. Groffier, *ibid.*, p. 841 (translation by the Permanent Bureau). Cf. J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, 1980, p. 375 *et seq.*

³⁹ J.-G. Castel, *op. cit.*, p. 377.

§ 2 The connecting factor

B/C For the succession to immovables the *lex situs* is adopted as the connecting factor (article 44). As regards movables, the draft redefines – in a general way (article 9)⁴⁰ – the criterion of domicile as the *habitual residence* of the deceased, thus without reference to the decedent's intentions (article 43) (*cf. supra*, pp. 62-63).

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The draft, departing from the case law of Quebec (Ross v. Ross (1893) 2 B.R. 413, confirmed by (1896) 25 S.C.R. 307), resolutely rejects renvoi 'in all its forms and in all cases'.⁴¹ Indeed article 4 announces: '*Where under the rules of private international law the law of a foreign State applies, the rules to be applied are those of the international law of that State.*' (translation by the Permanent Bureau)

C Article 21 of the draft, which applies to the essential validity of legal undertakings and dispositions, including wills, states that

'legal instruments having an international character are governed by the law of the State designated expressly by the parties. In the absence of an express designation, the courts shall apply the law of the State which, taking into account the nature of the instrument and the diverse circumstances which surround it, had at the time of its execution the best claim to govern.' (translation by the Permanent Bureau)

However, as we have seen, articles 43 and 44 state that succession to movables is governed by the law of the decedent's domicile, and that to immovables by the law of their actual location. It would seem to follow that choice of law by the testator is accepted to the extent to which the law applicable under articles 43 and 44 accepts it, it being understood that such a choice will be in any case accepted for movables where the decedent had his domicile in Quebec or, for immovables, to the extent to which these are located in Quebec.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

Article 51 of the draft provides:

'In matters concerning decedents' estates the courts of Quebec have general jurisdiction in the following cases:

- 1 the succession has opened in Quebec;
 - 2 the property of the decedent is located in whole or in part in Quebec, or
 - 3 the defendant or one of the defendants has his domicile⁴² in Quebec.'
- (translation by the Permanent Bureau)

This article corresponds to article 74 of the Code of Civil Procedure and to article 694 of the Civil Code.

⁴⁰ The Commentary (Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, Commentaire, tome 2, pp. 980-989 (1977)) points out that it is particularly in connection with decedents' estates that the courts of Quebec have had the greatest difficulties to resolve, in order to determine with certainty what was the decedent's intention as to his domicile. '*The courts must enter into detailed and always complicated analysis of an intent which in the end manifests itself above all by external acts, without being able to purport to have any certainty as to the decedent's true intent*' (p. 988). '*[The adoption of the habitual residence] does not mean that intent plays no role in the search for the habitual residence. We simply wanted to eliminate intent as an essential element of domicile in order to bring it back into the ranks of the multiple elements, the possible presence of which may facilitate determination of the domicile.*' (p. 989) (translation by the Permanent Bureau)

⁴¹ J.-G. Castel, *op. cit.*, p. 62.

⁴² In the sense of habitual residence: *cf. supra* Section I, § 2.

Le projet du Venezuela

Introduction

Au Venezuela un comité d'experts, composé des professeurs R. Goldschmidt, G. Parra-Aranguren et J. Sánchez-Covisa, a été chargé par le Ministère de la Justice d'établir un projet de loi de droit international privé. Une première version d'un projet de loi a été publiée en 1963, une deuxième version en 1965⁴³.

La situation actuelle concernant les conflits de lois en matière successorale est peu claire. Selon l'article 10 du Code civil, la loi vénézuélienne s'applique en principe aux biens, meubles et immeubles, sis au Venezuela, mais une règle de conflit statutaire ou autre régissant les successions des biens situés à l'étranger semble inexistante. Le Venezuela a ratifié le Code Bustamante en 1932, mais a fait une réserve à l'article 144, lequel prévoit que la loi personnelle du défunt régit les principaux aspects du droit successoral⁴⁴.

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 Caractères de rattachement: unité – scission

Le projet consacre le principe de l'*unité* de la succession en soumettant les successions à la loi du domicile du défunt (article 34).

§ 2 Circonstances de rattachement

En s'alignant sur la plupart des systèmes latino-américains et de *common law*, le projet prévoit l'application de la loi du domicile du *de cuius*⁴⁵. Le concept de domicile a été défini à l'article 7 du projet: il s'agit de la résidence principale.

Il a été expressément prévu que la femme mariée a un domicile propre et distinct de celui de son mari – article 9.

§ 3 Correctifs susceptibles d'être apportés au rattachement

A Le projet admet le renvoi au premier et au second degrés (article 4).

L'article 35 du projet prévoit que les descendants, les ascendants et l'époux survivant non divorcé ne pourront en aucun cas être privés de la réserve que leur accorde la loi vénézuélienne, sans égard à la nationalité ou au domicile de ceux-ci⁴⁶.

L'article 37 introduit une règle spéciale pour les *bona vacantia*: dans la mesure où la loi applicable prévoit que les biens sont dévolus à l'Etat ou que les héritiers n'existent pas ou sont inconnus, les biens situés au Venezuela sont dévolus à la République du Venezuela.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Une règle spéciale pour la compétence internationale en matière successorale n'est pas prévue par le projet. Actuellement la loi vénézuélienne prévoit que le tribunal du lieu d'ouverture de la succession (c'est-à-dire du dernier domicile du défunt) est compétente pour entendre la plupart des litiges concernant la succession, étant entendu que lorsque la succession est ouverte à l'étranger le tribunal vénézuélien du lieu où se trouvent la plupart des biens vénézuéliens est toujours compétent au même titre que le tribunal étranger du dernier domicile⁴⁷.

⁴³ Voir G. Parra-Aranguren, «Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado» in: *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado* 1984, p. 173. Voir également P. H. Neuhaus, «Proyecto Venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho Comparado», traduction par T. B. de Maekelt in: *Libro-Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Vol. 1, 1970, p. 55.

⁴⁴ Voir G. Lombard, *American-Venezuelan Private International Law* 1965, p. 53.

⁴⁵ Voir Parra-Aranguren, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁶ Cf. Neuhaus (note 43), p. 58; cette disposition reflète la situation actuelle, voir Lombard (note 44), p. 54.

⁴⁷ Lombard (note 44), p. 60.

The Venezuelan draft

Introduction

In Venezuela a committee of experts, composed of Professors R. Goldschmidt, G. Parra-Aranguren and J. Sánchez-Covisa, was given the task by the Ministry of Justice of drawing up a draft law on private international law. The first version of a draft law was published in 1963 and a second version in 1965.⁴³

The current situation concerning conflicts of laws in respect of decedents' estates is not very clear. Under article 10 of the Civil Code, Venezuelan law applies in principle to property, both movable and immovable, located in Venezuela, but no conflict rule, whether statutory or otherwise, dealing with succession to property situated abroad, seems to exist. Venezuela ratified the Code Bustamante in 1932, but made a reservation under article 144, which provides that the personal law of the decedent governs the principal aspects of the law of succession.⁴⁴

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 The particular nature of the choice of law connection: unity – scission

The draft adopts the principle of *unity* of the estate subjecting the succession to the law of the decedent's domicile (article 34).

§ 2 The connecting factor

Aligning itself on the majority of the Latin-American and common law systems, the draft provides for the application of the law of the decedent's domicile.⁴⁵ The concept of domicile has been defined in article 7 of the draft; this refers to the principal residence.

It has been expressly provided that a married woman has her own domicile which is distinct from that of her husband – article 9.

§ 3 Correctives capable of modifying the connecting factor

A The draft accepts *renvoi* to the first and second degrees (article 4).

Article 35 of the draft provides that the descendants, ascendants and the surviving spouse whose property has not been legally separated from the decedent's property may in any case claim the indefeasible share granted by Venezuelan law against property situated in Venezuela, without regard to the nationality or domicile of the claimant.⁴⁶

Article 37 introduces a special rule for escheats; to the extent to which the applicable law provides that the property passes to the State or to the extent to which the heirs do not exist or are unknown, property situated in Venezuela passes to the Republic of Venezuela.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

No special rule for international jurisdiction over decedents' estates is provided in the draft. At present Venezuelan law provides that the court where the succession is opened (in other words, the court of the decedent's last domicile) has jurisdiction to entertain most forms of litigation concerning the succession to the estate, it being understood that where the succession is opened abroad, the Venezuelan court of the place where the majority of the Venezuelan property is located always has jurisdiction concurrently with the foreign court of the last domicile.⁴⁷

⁴³ See G. Parra-Aranguren, 'Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado' in: *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado* 1984, p. 173. See also P. H. Neuhaus, 'Proyecto Venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho Comparado', translation by T. B. de Maekelt in: *Libro-Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Vol. I, 1970, p. 55.

⁴⁴ See G. Lombard, *American-Venezuelan Private International Law* (1965), p. 53.

⁴⁵ See Parra-Aranguren, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁶ Cf. Neuhaus (note 43), p. 58; this provision reflects the current situation, see Lombard (note 44), p. 54.

⁴⁷ Lombard (note 44), p. 60.

Droit international privé des successions

Etude prospective

ÉTABLIE PAR HANS VAN LOON

Document préliminaire No 2 de septembre 1986

Table des matières

	page
CHAPITRE I – TRADITION ET CHANGEMENT EN MATIÈRE DE LOI SUCCESSORALE	140
A <i>Le caractère traditionaliste de la loi successorale</i>	140
B <i>Les modifications de la structure familiale affectant la loi successorale</i>	144
C <i>Les modifications de la structure des relations patrimoniales affectant la loi successorale</i>	148
CHAPITRE II – L'INTERNATIONALISATION CROISSANTE DE LA LOI SUCCESSORALE	150
A <i>Causes et aspects de la multiplication des problèmes internationaux de succession</i>	150
B <i>Le caractère de plus en plus vulnérable de la nationalité comme facteur de rattachement</i>	152
CHAPITRE III – CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES	152
Annexe – UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN – COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES (CAE)	
Résumé des discussions de la Sous-commission de la CAE sur les successions internationales, Vienne, 22 mai 1986	158

A *Le caractère traditionaliste de la loi successorale*

La loi successorale¹ remplit dans la société bien des fonctions qui peuvent être considérées sous des perspectives différentes: celle de la personne qui laisse des biens à son décès; celle des parents qui lui survivent; enfin celle de la société dans son ensemble².

A l'individu nanti de biens et confronté à sa propre mort, la loi successorale offre le moyen de transmettre son patrimoine à autrui une fois que son existence physique aura pris fin. La loi successorale détermine jusqu'à quel point il est libre de disposer de ses biens, et en particulier de quelle manière il peut les répartir entre ceux dont il se sent responsable et d'autres à qui va sa préférence. Dans la mesure où elle assure la liberté de disposition du propriétaire, elle lui fournit les moyens d'organiser sa succession après sa disparition physique; et elle règle la transmission et le partage de ses biens en l'absence d'une telle disposition.

Du point de vue de ceux qui sont attachés au défunt par des liens familiaux et qui, à ce titre, hériteront souvent au moins une partie de sa succession, la loi successorale établit un rapport avec le *de cuius* au-delà de sa mort; elle peut aider les intéressés à préserver un lien psychologique avec lui; et elle peut maintenir ou consolider leur position économique dans la société et améliorer leurs perspectives d'éducation³.

Du point de vue de la société dans son ensemble⁴, la principale fonction sociale de la loi applicable aux successions est de «transmettre le patrimoine de génération en génération d'une manière ordonnée»⁵. Elle a en outre une incidence importante sur la répartition des richesses dans la société et elle renforce les types d'organisation familiale existants. Si l'intérêt de la société à une transmission ordonnée des biens après un décès semble bien être universel, ce qui explique l'existence de lois régissant la succession presque en tout lieu et à toute époque connus⁶, la définition de ce qui constitue une succession ordonnée et les considérations sous-jacentes sur les objectifs socialement désirables qu'il s'agit d'atteindre diffèrent d'une société à l'autre et d'une période à l'autre, à la faveur de l'évolution des valeurs religieuses, morales, politiques et idéologiques, et de celle des structures sociales et des systèmes économiques.

Les trois perspectives – celles de l'individu, de la famille et de la société – sont interdépendantes: la liberté de disposer de l'individu peut se trouver en contradiction avec les droits des membres de sa famille dans la mesure où des droits successoraux étendus existant en faveur de ces derniers impliqueront des limites à sa volonté. Réciproquement, un testateur jouissant d'une large liberté de disposer pourra décider de réduire, pour sa famille, les conséquences patrimoniales de son décès, mais il pourra aussi, s'il est d'humeur contrariante, déjouer complètement les prévisions normales de sa parenté. De

¹ Dans le présent Rapport, les expressions «loi successorale» et «loi applicable aux successions» seront employées indifféremment.

² Au sujet de cette triple perspective, voir par exemple L. Raucent, *Les Successions*, tome I, Louvain-la-Neuve, 1981, p. 28 et suiv.

³ Voir U. Kangas, «The functions and the order of inheritance» dans *Scandinavian Law Studies*, 1985, p. 81 et suiv. (en particulier p. 85-88 et 91-92).

⁴ Bien entendu, la société comprend la catégorie (ouverte) des créanciers, dont fait partie l'Etat, à l'égard desquels la loi successorale a la fonction particulière d'assurer le règlement ordonné des dettes laissées par le défunt.

⁵ Voir M. Rheinstein et M. A. Glendon, *The Law of Decedents' Estates*, Mineola, N.Y., 1971, p. 3.

⁶ Bien entendu, il ne peut y avoir de loi successorale que quand l'humanité a «dépassé le stade auquel les possessions d'un individu sont détruites ou enterrées avec lui à sa mort», Rheinstein et Glendon, *op. cit.* (note 5), p. 1.

Succession in private international law Prospective study

DRAWN UP BY HANS VAN LOON

Preliminary Document No 2 of September 1986

Table of contents

page

CHAPTER I – TRADITION AND CHANGE REGARDING THE LAW OF INHERITANCE	141
A <i>The tradition-bound character of the law of succession</i>	141
B <i>Changes in the family structure affecting the law of succession</i>	145
C <i>Changes in the structure of property relationships affecting the law of succession</i>	149
CHAPTER II – GROWING INTERNATIONALIZATION OF THE LAW OF INHERITANCE	151
A <i>Causes and aspects of the multiplication of international problems of succession</i>	151
B <i>Increased vulnerability of nationality as a connecting factor</i>	153
CHAPTER III – CONCLUSIONS AND PERSPECTIVES	153
Annex – INTERNATIONAL UNION OF THE LATIN NOTARIAT – COMMISSION OF EUROPEAN AFFAIRS (CEA)	
Summary of the discussions of the CEA's Sub-Committee on international estates of deceased persons, Vienna, 22 May 1986	159

CHAPTER I – TRADITION AND CHANGE REGARDING THE LAW OF INHERITANCE

A *The tradition-bound character of the law of succession*

The law of inheritance¹ serves many functions in society which may be considered from different perspectives: from that of the individual leaving property upon his or her death; of his or her family relatives whom he or she leaves behind; and of society as a whole.²

From the point of view of the individual owner of property faced with his death, the law of succession provides a means for the transfer of his property to others after termination of his physical existence. It defines his freedom to dispose of such property, and in particular the way in which he may distribute his wealth among those he feels responsible for and others of his preference. To the extent that it accords a freedom of disposition to the property owner, it offers tools for the organization of his estate after his physical disappearance; and it provides for the transfer and distribution of his goods in the absence of such disposition.

From the perspective of those who are in a family relationship with the deceased and who in that capacity will normally inherit at least part of his estate, the law of inheritance provides a link with the decedent beyond his death; it may help them to preserve a psychological relationship with the deceased; and it may maintain or strengthen their economic position in society, and favour their educational opportunities.³

From the point of view of society as a whole,⁴ the principal social function of the law of decedents' estates is that of 'transferring wealth from generation to generation in an orderly fashion'.⁵ In addition, it has an important effect on the distribution of wealth in society, and it reinforces existing patterns of family organization. While the interest of society in an orderly transfer of property upon death seems to be universal, which accounts for the existence of laws governing succession at nearly all places and times known,⁶ the definition of what is an orderly succession, and underlying thoughts on what socially desirable goals it should achieve differ from one society to another and from time to time, following the development of religious and ethical, political and ideological values, social structures and economic patterns.

The three perspectives – of the individual, the family and society – are interrelated: the individual's freedom to dispose of his property may compete with the rights of members of his family in that extensive rights of the latter with respect to the inheritance will imply limitations on his freedom. Conversely, a testator enjoying a large freedom of testation may choose to minimize the effects of his death in respect of his property upon his family, but he may also, when he has a cross-grained temper, completely overturn the normal expectations of his relatives. Moreover, society as a whole may either

¹ Throughout this Report the terms 'law of inheritance', 'law of succession' and 'law of decedents' estates' will be used interchangeably.

² For this triple perspective, cf. e.g. L. Raucant, *Les Successions*, tome I, Louvain-la-Neuve 1981, p. 28 *et seq.*

³ See U. Kangas, 'The functions and the order of inheritance', in: *Scandinavian Law Studies* 1985, p. 81 *et seq.* (in particular pp. 85-88 and 91-92).

⁴ To be sure: within society there is the (open) category of creditors, including the State, in relation to which the law of succession has the special function of providing for an orderly payment of the decedent's outstanding debts.

⁵ See M. Rheinstein and M. A. Glendon, *The Law of Decedents' Estates*, Mineola, N.Y. 1971, p. 3.

⁶ Of course, a law of succession could only exist when mankind had 'passed the state in which a man's belongings are destroyed or buried along with him at his death', Rheinstein and Glendon, *op. cit.* (note 5), p. 1.

plus, la société dans son ensemble peut ou bien mettre principalement l'accent sur la liberté de l'individu de disposer de ses biens après sa mort ou, au contraire, attacher la plus grande importance aux droits et attentes de la famille afin d'assurer la transmission ordonnée du patrimoine d'une génération à l'autre. En outre, dans la plupart des sociétés, l'Etat revendique des droits propres, soit sur la succession elle-même, soit par la perception de taxes à l'occasion de la transmission ou de l'envoi en possession des biens après décès⁷, ce qui à la fois limite la liberté individuelle de disposer de biens *post mortem* et les droits de la famille et influe sur la répartition sociale de la fortune⁸.

Le droit romain offre, au moins dans les derniers temps de la République et au début de l'Empire, un exemple d'un système juridique qui accordait tout son poids à la liberté et à la responsabilité de l'individu d'organiser la préservation de son patrimoine au-delà de sa mort. Aucun citoyen romain respectable ne serait mort intestat. Les règles relatives à la succession *ab intestat* avaient surtout un caractère supplétif, et les réserves n'existaient pas; dans cette philosophie, reposant sur un droit absolu de propriété individuelle, pour pouvoir invalider un testament qui décevait l'attente légitime des proches parents il fallait recourir à la fiction qu'au moment de sa rédaction le testateur n'était pas en possession de toutes ses facultés (*quasi non sanae mentis* ou *quasi furiosus*)⁹. Dans les systèmes juridiques anglo-américains modernes, la liberté de disposer par testament revêt aussi une importance primordiale; l'interdiction de déshériter en totalité est exceptionnelle – la seule personne qui soit protégée dans presque toutes les juridictions est le conjoint survivant – le trust, en particulier, offre au propriétaire le moyen d'organiser la transmission et le partage de son avoir d'une manière socialement admise. Une différence essentielle avec l'époque romaine résulte cependant bien évidemment des limites que les lois fiscales contemporaines fixent aux dispositions testamentaires.

Contrairement au droit romain de l'époque républicaine, les lois et coutumes des peuples germaniques reposaient sur le concept de propriété familiale ou tribale. C'était la tribu ou la famille, plutôt que l'individu, qui possédait des biens, lesquels, bien sûr, à l'origine consistaient essentiellement en terrains. La succession concernait plus le transfert de l'administration des biens que celui de leur propriété. Il n'est pas surprenant dans ces conditions que les testaments aient été inconnus des anciennes sociétés germaniques: «*et nullum testamentum*» écrivait Tacite dans sa *Germania*, chapitre 20, et les systèmes juridiques dans lesquels la tradition germanique

a conservé son influence, y compris le droit coutumier de la France septentrionale, ont résisté longtemps à l'introduction de la faculté de disposer par testament, sauf pour les legs «*ad pias causas*» qui furent autorisés sous l'influence de l'Eglise¹⁰. Cela allait jusqu'à interdire d'instituer un héritier par testament; le Code civil français lui-même évite d'appeler héritier la personne à qui le testament transfère la succession ou une partie de celle-ci: il préfère la qualifier de légataire universel (art. 1003). Et quand la liberté de tester a été reconnue, certains biens, «les propres»¹¹, ont continué virtuellement d'appartenir à la famille patrilinéaire du testateur sa vie durant, de sorte qu'il ne pouvait pas en disposer librement. Qui plus est, dans cette loi successorale «féodale, agnative, liée au sang et dominée par la terre», il n'y avait aucune place pour un droit d'héritage quelconque de la femme d'un sang différent; elle représentait un élément étranger au lignage de son mari et au patrimoine de celui-ci dont la continuité devait être préservée avant tout¹². Les legs et même les donations entre vifs étaient interdits entre conjoints¹³.

La Révolution française, mettant l'accent sur l'égalité et, à un degré moindre, sur la liberté en matière successorale, a supprimé la distinction entre les biens qui pouvaient et ceux qui ne pouvaient pas être transmis par héritage, éliminé la primogéniture et introduit l'égalité des héritiers. En revanche, l'épouse survivante a perdu même le peu de chose que le droit féodal lui reconnaissait comme son «douaire» (d'où vient le «*dower*» en *common law*), considéré comme trop marqué par un mode de pensée féodal. Le Code civil français de 1804 a cherché à faire la synthèse de l'ancien droit coutumier et des idées nouvelles de la Révolution. De l'ancienne coutume il a retenu l'idée que la succession devrait être régie avant tout par la loi et non par la libre disposition du *de cuius*. L'ordre successoral ne devait cependant plus être déterminé par le rang dans la famille, mais par l'ordre présumé des préférences du défunt. Dans cette mesure, le Code reprenait les concepts du droit romain, bien qu'en réalité il se souciait moins des volontés du défunt que d'une politique destinée à renforcer la situation économique des jeunes générations dans la société¹⁴. Comme à la fin de l'époque romaine, les enfants et, à défaut d'enfants, les parents survivants, étaient protégés en tant qu'héritiers «réservataires», par l'institution d'une part légitime ou obligatoire, institution qui s'est perpétuée en droit moderne dans de nombreux pays n'appartenant pas au monde de la *common law*. L'épouse survivante, si elle était presque négligée, n'était pourtant pas complètement oubliée: elle jouissait d'un droit d'héritage *ab intestat*, intervenant uniquement

⁷ Il est intéressant de noter que «la contribution financière des taxes sur l'héritage et sur les donations aux recettes fiscales d'un pays est en général extrêmement faible» et que les pourcentages atteignent ou dépassent 1,5 sont exceptionnels. Voir W. D. Goodman, Rapport général, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXX b, Deventer, 1985, p. 18. La faiblesse des recettes fiscales constitue l'une des raisons pour lesquelles, récemment, certains pays ont totalement supprimé l'imposition des dons et legs (Argentine 1976, Mexique 1962 et 1964, Uruguay 1974). Voir M. A. G. Caballero, «Latin America: Taxation of Gifts and Inheritances, a practical approach» dans *Bulletin, International Bureau of Fiscal Documentation*, 1985, p. 55 et suiv.

⁸ En ce qui concerne l'évolution historique du droit fiscal, voir par exemple P. J. A. Adriani et J. van Hoorn Jr., *Het Belastingrecht*, partie I, Amsterdam, 1954, p. 317 et suiv., qui relèvent l'existence d'impôts sur les successions dès la période égyptienne, mais soulignent que, si l'on retrouve dans l'Antiquité la plupart des types modernes de droits de succession ou d'impôts sur l'héritage, ceux-ci ont principalement leur origine dans le système féodal de l'Europe médiévale.

⁹ Dig. 5.2.2.3.5 et 19. Plus tard, la liberté de tester a été limitée à nouveau en faveur de la famille du testateur (grâce à des fractions fixes, la *pars legitima* ou «légitime», que pouvaient revendiquer les parents par une action en pétition d'héritage au cours de laquelle le plaignant s'efforçait de démontrer que le testament attaqué était contraire aux devoirs fondés sur l'affection que le *de cuius* avait envers ses proches parents – *querela inofficiosi testamenti*. Voir par exemple R. W. Lee, *The Elements of Roman Law*, 4e éd., Londres, 1956, p. 213 et suiv.); c'est précisément «cette apparition d'un système de parts d'héritage réservées qui a facilité la propagation dans le continent [européen] du droit romain de la succession et sa fusion avec les coutumes locales qui, semble-t-il, ne reconnaissaient nulle part une liberté illimitée de disposer», Rheinstein et Glendon, *op. cit.*, (note 5), p. 81.

¹⁰ Voir par exemple Asser-Meijers-Van der Ploeg (Erfrecht), 9e éd., Zwolle, No 5. Il existe encore à notre époque des systèmes juridiques où le testament est inconnu; la coutume des provinces islamiques du Tchad donne l'exemple d'un système dans lequel la succession a lieu presque entièrement *ab intestat*. Voir S. Melone c.s., *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan, Dakar, Lomé, 1982, Tome VI, Chap. XXVII (A.-D. Tjouen), p. 440.

¹¹ Par opposition aux «acquêts» dont le testateur pouvait disposer librement, en particulier en faveur de l'épouse survivante.

¹² Voir V. Bolgár, analyse de l'ouvrage «The Legal Status of the Surviving Spouse in the Law of Succession, Historical Evolution and Trends of Progress», par Emilia Weiss, Budapest, 1984 (en hongrois), dans: *American Journal of Comparative Law*, 1985, p. 756 et suiv.

¹³ Voir Rautent, *op. cit.* (note 2), p. 46.

¹⁴ Voir Rautent, *op. cit.* (note 2) p. 47. Pour qu'on ne puisse tourner l'interdiction des donations, les ventes entre époux étaient également interdites. Dans les régimes matrimoniaux, le principe de l'immutabilité a été adopté pour prévenir toute atteinte aux biens de famille.

rely primarily on individual freedom of disposition of property upon death, or, on the contrary, attach prime importance to the rights and expectations of family members in order to preserve an orderly transfer of wealth from one generation to another. In addition, in most societies the State has claimed rights of its own, either by imposing rights in the decedent's estate in its favour or by levying taxes upon the transfer or reception of property on succession,⁷ thus limiting both the individual's freedom to arrange for his property upon death and the rights of the family, and influencing the distribution of wealth in society.⁸

Roman law, at least in late Republican and early Imperial times, offers an example of a legal system which placed full emphasis on the individual's freedom and responsibility to organize the continuation of his personal wealth after death. No decent Roman citizen would die without having made a will. The law regulating succession *ab intestat* was mainly of a supplementary character and infeasible shares did not exist; in this philosophy, based upon absolute individual property, a will which did not respect legitimate expectations of near relatives could only be invalidated through the fiction that the testator was mentally disturbed (*quasi non sanae mentis* or *quasi furiosus*) when he made the will.⁹ In modern Anglo-American legal systems, the individual's freedom of disposition in matters of succession is likewise of prime importance; provisions against complete disinheritance are exceptional – the only person who is protected in nearly all jurisdictions is the surviving spouse – and the trust, in particular, offers a device which enables a property owner to organize transfer and distribution of his wealth in a socially accepted manner. One major difference with Roman times, however, stands out, which is of course the limitations which modern tax laws impose on estate planning.

Contrary to Roman law in Republican times, the laws and customs of the Germanic peoples were based on family or tribal property. The tribe or family rather than the individual owned property, which of course originally consisted essentially of land. Succession was a matter of transfer of administration of property rather than of its ownership. Not surprisingly, wills were unknown in the old Germanic society: '*et nullum testamentum*' wrote Tacitus in his *Germania*, Ch. 20, and legal systems in which the Germanic traditions retained their influence, including the *droit coutumier* in Northern France,

have long resisted the introduction of the possibility of testamentary disposition, except for legacies '*ad pias causas*' which were allowed under the influence of the Church.¹⁰ This went so far that it was not even possible to institute an heir by will and even the present French Civil Code avoids the term heir for a person to whom the will transfers the estate or a portion of it; it prefers to denote him as a *légataire universel* (art. 1003). When freedom of testation came to be recognized, certain goods, '*les propres*',¹¹ still virtually belonged to the testator's agnate male line family during his lifetime and consequently could not freely be disposed of by the testator. More particularly, in this 'feudal, agnate, blood-line-related, land-governed' law of succession there was no room for any rights of inheritance for the non-blood related wife; she represented an element foreign to the lineage family of her husband and its patrimony whose continuity should be preserved above all.¹² Wills and even gifts *inter vivos* between spouses were forbidden.¹³

The French Revolution, emphasizing *égalité* and to a lesser extent *liberté* in matters of succession, abolished the distinction between goods which were and goods which were not capable of transfer by inheritance, eliminated primogeniture and installed equality of heirs. The surviving spouse, however, lost even the little she had under the feudal laws, as her '*douaire*' (from which comes the common law 'dower') was thought to be linked up too much with feudal thinking. The French *Code civil* of 1804 sought to establish a synthesis between the old *droit coutumier* and the new ideas of the Revolution. From the old customs it took the idea that the law and not the free disposition of the decedent should primarily govern succession. The order of succession, however, was no longer to be determined by the ranking in family, but by the presumed order of preference of the decedent. In so far the Code reverted to Roman law concepts, although in reality the Code was less concerned with the wishes of the decedent than with a policy to further the economic position of the young generations in society.¹⁴ As in late Roman times, the children, and if there were no children, the surviving parents, were protected as '*réservataires*' by a *légitime* or infeasible share which has survived into modern law in many countries outside the common law world. The surviving spouse was not completely forgotten although almost neglected: she had a right of inheritance *ab intestat* only after relatives of the twelfth degree of co-sanguinity! Illegitimate children, who under the *droit*

⁷ Interestingly, 'the financial contribution made by inheritance and gift taxes to a country's tax revenues is generally extremely small', percentages equal to or exceeding 1.5 are exceptional, see W. D. Goodman, General Report, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXX b, Deventer 1985, p. 18. Low fiscal revenues are one reason why recently certain countries have abolished inheritance and gift tax altogether (Argentina 1976, Mexico 1962 and 1964, Uruguay 1974). See M. A. G. Cabellero, 'Latin America: Taxation of Gifts and Inheritances, a practical approach', in: *Bulletin, International Bureau of Fiscal Documentation*, 1985, p. 55 *et seq.*

⁸ For the historical development of tax law see e.g. P. J. A. Adriani and J. van Hoorn Jr., *Het Belastingrecht*, Deel I, Amsterdam 1954, p. 317 *et seq.*, who refer to the existence of inheritance taxes as early as in Egyptian times, but emphasize that while most modern types of estate duty or inheritance tax can be found in antiquity, their main origin lies in the feudal system of medieval Europe.

⁹ Dig. 5.2.2.3.5 and 19. Later, freedom of testation was again subjected to limitations in favour of the testator's family (through fixed fractions, the *pars legitima* or '*légitime*', which could be claimed by descendants and parents in the procedure known as *plaint of the undutious will* – *querela inofficiosi testamenti*, see e.g. R. W. Lee, *The Elements of Roman Law*, 4th ed., London 1956, p. 213 *et seq.*); it was precisely 'this development of a system of forced heirship which facilitated the reception of the Roman Law of succession upon the continent [of Europe] and its fusion with those local customs which, it seems, nowhere recognized an owner's unlimited freedom of testation', Rheinstein and Glendon, *op. cit.* (note 5), p. 81.

¹⁰ See e.g. Asser-Meijers-Van der Ploeg (Erfrecht), 9th ed., Zwolle, No 5. Systems of law which do not have wills still exist in our times; the customs of Islamic provinces of Tchad provide an example of a system in which succession takes place entirely *ab intestat*. See S. Melone c.s., *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Abidjan, Dakar, Lomé 1982, tome VI, Ch. XXVII (A.-D. Tjouen), p. 440.

¹¹ As opposed to '*les acquêts*' in respect of which the testator had freedom of testation in particular in respect of the surviving spouse.

¹² See V. Bolgár, book review of 'The Legal Status of the Surviving Spouse in the Law of Succession, Historical Evolution and Trends of Progress', by Emilia Weiss, Budapest 1984 (in Hungarian), in: *American Journal of Comparative Law* 1985, p. 756 *et seq.*

¹³ See Rautent, *op. cit.* (note 2), p. 46.

¹⁴ See Rautent, *op. cit.* (note 2), p. 47. In order to prevent circumvention of the prohibition on gifts, also sales between spouses were forbidden. In marital property law the principle of immutability was installed to prevent any prejudice to the family capital.

après les parents consanguins au douzième degré! Les enfants illégitimes, qui, dans le droit coutumier, ne pouvaient prétendre qu'à une pension alimentaire, sous certaines conditions, se voyaient désormais reconnaître une vocation limitée à l'héritage.

Le dix-neuvième siècle, avec le développement de l'industrie et du commerce et les profonds changements des structures familiales et des rapports patrimoniaux qui l'ont marqué, a lui aussi influé sur le droit des successions, mais seulement de manière graduelle, le plus souvent seulement au cours de ce siècle et à un rythme remarquablement lent qui souligne le caractère traditionaliste des lois successorales¹⁵. Après la Révolution russe, par exemple, la faculté d'hériter avait été totalement supprimée en 1918, mais, comme ce fut le cas après la Révolution française, quelques années plus tard il fallut rétablir en la matière les droits pré-révolutionnaires¹⁶. Le caractère traditionnel de la loi successorale explique aussi pourquoi, dans la plupart des systèmes, on peut dire qu'elle présente une structure «stratifiée» en ce que, tout en absorbant de nouvelles idées et de nouveaux principes, elle préserve souvent des notions et des méthodes très anciennes, qui sont parfois en conflit avec les principes et règles ultérieurs¹⁷. En d'autres termes, les diverses lois successorales ne sont pas en général unidimensionnelles ni parfaitement rationnelles, mais elles révèlent une structure complexe qui, en général, a survécu aux grands changements. Cela ne signifie cependant pas que l'on ne puisse discerner certaines évolutions communes dans les droits successoraux de nombreux systèmes. Il semblerait à vrai dire que, à mesure que le monde approche du vingt-et-unième siècle, on relève de plus en plus d'indices de tendances convergentes entre divers systèmes, explicables par les nouvelles structures de la famille et de la propriété dans le monde contemporain. Nous nous proposons d'examiner maintenant de façon plus détaillée les convergences qui se manifestent de la sorte.

B Les modifications de la structure familiale affectant la loi successorale

Dans un essai sur le droit de la famille et des successions, le grand spécialiste du droit de la famille, Max Rheinstein, a dégagé deux tendances principales de la vie familiale moderne qui ont une incidence sur les successions¹⁸. Il y a eu tout d'abord «la propagation du type européen de vie familiale, et donc de droit de la famille, parmi les peuples dont la civilisation avait auparavant élaboré des types d'organisation familiale essentiellement différents»¹⁹. L'introduction d'une législation séculière, ou réglementation de la famille par l'Etat, a signifié «presque toujours ... le passage de la polygamie à la monogamie; et aussi, à des degrés divers, la diminution ou l'abolition complète de l'assujettissement des femmes à la domination mâle. Cela impliquait un affaiblissement plus ou moins radical du pouvoir patriarcal

exercé sur les enfants adultes. Il en est résulté, ou il a commencé à en résulter en bien des lieux, la dissolution de la propriété collective familiale ainsi qu'un début de recul de fait de la famille qui, du vaste groupe clanique initial, a évolué vers la petite famille nucléaire composée du mari, de la femme et des enfants mineurs»²⁰. Le changement a été parfois radical, par exemple en Turquie où l'ordre familial traditionnel a été remplacé en 1924 par un code moderne s'inspirant du Code civil suisse; ou en Union Soviétique à la suite de la Révolution de 1917; ailleurs, par exemple au Japon, le changement s'est fait plus graduellement; et, ainsi que l'éminent auteur, écrivant en 1965, l'avait déjà relevé, la sécularisation des règles régissant la famille a été plus hésitante dans bien des pays islamiques. Comme nous le savons, le retour à des valeurs islamiques fondamentales dans certaines parties du monde musulman a effacé des développements antérieurs.

La seconde tendance observée par le professeur Rheinstein est celle «qui a résulté de la transformation que la vie sociale en général, et la structure de la famille en particulier, ont subi dans les nations qui ont connu une industrialisation et une urbanisation intensives». A l'époque du Code Napoléon, la «famille» au sens étroit désignait le foyer, dominé par le mari/père, mais dans un sens plus large «le vaste cercle de personnes vivant sous différents toits qui étaient liées les unes aux autres par le fait qu'elles descendaient d'un ancêtre commun ... Ce sentiment d'être uni par un lien commun s'étendait au moins jusqu'aux oncles, tantes, neveux, nièces et cousins. Le Code civil de 1804 respectait cette réalité de la «famille large» dans ses règles relatives aux successions *ab intestat*, dans l'institution du conseil de famille et le soin qu'il prenait d'éviter que par le biais de la descendance la terre ne passe de la famille d'un homme à celle de sa femme»²¹. L'idée de la famille élargie continue à imprégner les règles concernant les successions *ab intestat* de la plupart des Etats²². Au cours du dix-neuvième siècle, la famille linéaire a commencé à perdre progressivement de son ancienne importance, et la famille nucléaire composée du mari, de la femme et des enfants mineurs, fondée moins sur le rang social et la situation économique que sur l'affection personnelle, a commencé à prendre corps. Des changements démographiques de la plus vaste portée se sont en outre produits. On estime qu'entre 1500 et 1800, en raison des taux de mortalité élevés, un tiers environ de tous les mariages ne durait pas plus de 15 ans ce qui, par parenthèse, a permis de dire que les seconds mariages et les familles reconstituées étaient à cette époque à peu près aussi fréquents qu'ils le sont aujourd'hui²³. L'amélioration des soins médicaux et la mortalité plus faible qui en est résulté ont eu aussi un effet important. L'âge moyen des descendants directs survivant à leurs parents est devenu de plus en plus élevé et atteindrait, dit-on, près de quarante ans (dans les sociétés occidentales)²⁴. L'héritage n'a pas seulement perdu une grande partie de son rôle économique; sa fonction éducative, en ce

¹⁵ Voir Bolgár, *op. cit.* (note 12).

¹⁶ Voir Raucent, *op. cit.* (note 2), p. 32. La liberté de tester a été réinstaurée en 1962.

¹⁷ Un exemple, parmi beaucoup d'autres, d'un tel conflit devenant apparent est celui qu'offre le Chapitre 8, paragraphe 2, de la loi successorale finlandaise de 1965: un conjoint survivant se trouvant dans la gêne peut prétendre recevoir en une seule fois une somme prélevée sur la masse successorale ou une partie de celle-ci. Sauf justification sérieuse, cela ne doit cependant pas porter atteinte à la réserve des héritiers *ab intestat*.

¹⁸ M. Rheinstein, «The Law of Family and Succession», dans N. Athanassios, rédacteur, *Civil Law in the Modern World*, Louisiane, 1965, p. 27 et suiv., réimprimé dans les *Collected Works* de Max Rheinstein, Vol. 2, Tübingen, 1979, p. 212 et suiv. Les références concernent ce dernier ouvrage.

¹⁹ *Ibid.*, p. 212, 213.

²⁰ *Ibid.*, p. 216.

²¹ *Ibid.*, p. 217.

²² Il existe fondamentalement deux types de dévolution, l'un fondé sur des rangs ou «ordres» différents, système qui prévaut dans des pays comme la Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et l'Espagne, où le degré de consanguinité avec le défunt joue un rôle décisif. Le second système, existant dans les pays scandinaves, en Autriche, dans la République fédérale d'Allemagne, en Grèce, en Suisse et en Turquie, est fondé sur les parentèles, c'est-à-dire - si l'on excepte les descendants du défunt - avec une génération d'ascendants et les descendants qui en sont issus. Dans les systèmes anglo-américains, on trouve un mode de dévolution *sui generis* qui se rapproche cependant davantage de celui du rang que de celui des parentèles. Voir M. Verwilghen, éd., *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Vol. I, Nos 101 et suiv.

²³ Voir M. A. Glendon, «The New Marriage and the New Property», dans J. M. Eekelaar et S. N. Katz, éd., *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto, 1980, p. 59 et suiv. (p. 63 et 64).

²⁴ Voir Kangas, *op. cit.* (note 3), p. 92.

coutumier had only had certain rights of alimony, were now given a limited capacity to inherit.

The nineteenth century with its expansion of industry and commerce and its profound changes of family structures and property relationships, also affected the law of inheritance but only gradually, and often as late as in this century, at a pace which is remarkably slow and shows the tradition-bound character of the laws of succession.¹⁵ Following the Russian Revolution, for example, the right of inheritance was totally abolished in 1918 but as in the case of the aftermath of the French Revolution, a few years later pre-revolutionary rights of inheritance had to be restored.¹⁶ The tradition-bound character of the law of succession also explains why the laws of inheritance of most systems may be said to have a 'stratified' structure in that, while absorbing new principles and ideas, they have often retained age-old concepts and devices, which sometimes conflict with the principles and rules which were later adopted.¹⁷ In other words, the laws of succession are generally not of a one-dimensional, purely rational nature but show a complicated structure, which generally has resisted major changes. This does not mean, however, that one cannot detect certain common developments in the laws of succession of many systems. Indeed, it would seem that as the world approaches the twenty-first century there are growing indications of certain convergent trends in many systems. They relate to the changing structures of both family and property in the modern world. It is to these developing convergences that we will now turn in some more detail.

B Changes in the family structure affecting the law of succession

In an essay on The Law of Family and Succession, the great scholar on family law Max Rheinstein has identified two major trends in modern family life affecting succession.¹⁸ First 'the spread of the European pattern of family life, and thus of family law, to those peoples whose civilization had formerly developed essentially different types of family organization'.¹⁹ The introduction of secular legislation, or governmentalization, of family regulation has meant 'in almost all cases ... the shift from polygamy to monogamy; it has also meant, in varying degrees, a mitigation or complete abolition of the subjection of women to male domination. It has implied a more or less radical lessening of patriarchal power over adult children. In many places it has resulted, or has begun to result, in the dissolution of joint

property holding by family groups, and it has begun to reflect the factual shrinkage of the family from the large clan group to the small nuclear family, husband, wife, and minor children.'²⁰ The change has been radical in some cases, such as in Turkey where the traditional family order was replaced in 1924 by a modern code inspired by the Civil Code of Switzerland; or in the Soviet Union as a result of the 1917 Revolution; in other cases as in Japan, the change has had a more gradual character; and as the learned author, writing in 1965, already noticed the secularization of family regulation has been more hesitant in many Islamic countries – since that time the reversion to fundamental Islamic values in some parts of the Islamic world has undone previous developments.

The second trend noticed by Professor Rheinstein is that 'which has resulted from the transformation which social life in general, and family life and structure in particular, have undergone in the nations of intensive industrialization and urbanization'. At the time of the Napoleonic Code, 'family' in a narrow sense referred to the household, dominated by the husband/father, but in a wider sense 'to the wide circle of people of different households who were related to each other by descent from a common ancestor ... That feeling of being united by a common tie extended at least as far as the circle of uncles, aunts, nephews, nieces, and cousins. The French *Code civil* of 1804 paid respect to this reality of the 'great-family' in its rules of intestate succession, the institution of the family council and the care it took to see to it that in the course of descent land would not be shifted from a man's family to that of his wife.'²¹ The concept of the extended family is still reflected in the rules of intestate succession of most States.²² In the course of the nineteenth century the lineal family began gradually to lose its former importance, and the nuclear family of husband, wife, and of minor children, less based on social status and economic position and more on personal affection, began to emerge. Far-reaching demographic changes also took place. It is estimated that in the period from 1500 to 1800, because of high mortality rates, about a third of all marriages did not last more than fifteen years which, incidentally, has led to the observation that second marriages and reconstituted families in those days were about as common as they are today.²³ The improvement of health care and the resulting lower mortality have had another important effect. The average age of the direct descendants surviving their parents has become higher and higher and is said to be almost forty years (in Western societies).²⁴ Not only has inheritance lost a great deal of its economic function, its educational function, at least in respect of the direct descendants, has also become less important. The trend towards the nuclear family of hus-

¹⁵ See Bolgár, *op. cit.* (note 12).

¹⁶ See Raucourt, *op. cit.* (note 2), p. 32. Freedom of testation was restored in 1962.

¹⁷ One example, out of many, where such a conflict becomes visible is that of Chapter 8, paragraph 2, of the Finnish law of Succession of 1965: a surviving spouse who is in straitened circumstances has a right to receive once a sum of money out of the estate, or some part of the estate. However, this should not impair the indefeasible shares of the intestate heirs unless there is a serious justification for such impairment.

¹⁸ M. Rheinstein, 'The Law of Family and Succession', in: N. Athanassios edit., *Civil Law in the Modern World*, Louisiana 1965, p. 27 *et seq.*, reprinted in Max Rheinstein, *Collected Works*, Vol. 2, Tübingen 1979, p. 212 *et seq.* References are to the latter work.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 212, 213.

²⁰ *Ibid.*, p. 216.

²¹ *Ibid.*, p. 217.

²² There are basically two patterns of devolution here, one being the system based on different ranks ('*ordres*'), which is the system which prevails in countries such as Belgium, France, Italy, the Netherlands, Portugal and Spain, here the degree of co-sanguinity with the decedent is decisive. The second system which prevails in the Scandinavian countries, Austria, the Federal Republic of Germany, Greece, Switzerland and Turkey, is that based on parentage ('*parentèles*'), i.e. – except for the descendants of the decedent – a generation of ascendants and the descendants of that generation. In the Anglo-American systems one finds a *sui generis* system which however comes closer to that of the ranks than that of the parentage. See M. Verwilghen, ed., *Régimes matrimoniaux. Successions et Libéralités*, Vol. 1, Nos 101 *et seq.*

²³ See M. A. Glendon, 'The New Marriage and the New Property', in: J. M. Eekelaar and S. N. Katz, ed., *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto 1980, p. 59 *et seq.* (at pp. 63, 64).

²⁴ See Kangas, *op. cit.* (note 3), p. 92.

qui concerne au moins les descendants directs, s'est également réduite. La tendance en faveur de la famille nucléaire composée du mari, de la femme et des enfants²⁵ influe sur les taux de succession, qui souvent augmentent fortement à mesure que le lien familial se fait plus éloigné²⁶.

Vers une protection accrue du conjoint survivant

L'émancipation de la femme a en outre débuté durant le dix-neuvième siècle, et lui a ouvert progressivement un plus large accès à la vie publique et au travail rémunéré tout en renforçant ses droits par rapport à son mari. Les répercussions de cette évolution sur la loi successorale ont été également très lentes et, semble-t-il, ne sont pas encore parvenues à leur aboutissement. Bien entendu le lien est ici étroit avec la situation de la femme dans les régimes matrimoniaux, comme le démontre l'évolution intervenue en France et en République fédérale d'Allemagne²⁷. En vertu du Code Napoléon, si un contrat de mariage n'en disposait pas autrement, l'épouse survivante avait droit à la moitié des biens meubles du couple comme part des avoirs du ménage. Ce n'est qu'en 1891 que lui a été accordé l'usufruit d'une partie de la succession du conjoint prédécédé; depuis lors, les droits de l'épouse survivante ont été élargis à diverses reprises, sans pourtant qu'elle (ou le veuf le cas échéant) se voie reconnaître une place parmi les réservataires. Dans le Code allemand de 1896, en l'absence d'une communauté dont le conjoint survivant aurait pu revendiquer sa part, en cas de succession *ab intestat*, le conjoint survivant avait droit à une fraction de la masse comprise entre un quart s'il existait des descendants et la totalité de la succession s'il ne subsistait que des parents éloignés. Le survivant a droit à une réserve représentant la moitié de la valeur de ce qui constituerait sa part si son conjoint était mort *intestat*. En outre, en vertu de la loi régissant les régimes matrimoniaux, il a droit à une moitié de la communauté d'acquêts (*Zugewinnsgemeinschaft*). Au lieu de prélever la moitié de ces acquêts sur le *Zugewinn*, il lui est loisible de prendre un quart de la succession nette en plus de sa part d'héritier *ab intestat*, et il peut revendiquer ce quart supplémentaire même s'il n'y a pas de *Zugewinn* du tout ou si le *Zugewinn* du survivant est plus important que celui du défunt²⁸.

Dans certains pays, ce n'est que tout récemment que les lois ont été modifiées afin de protéger le conjoint survivant – le veuf comme la veuve, car le développement vers l'égalité des sexes s'est manifesté également en matière successorale. En Italie, les réformes de 1975 ont renforcé la position *ab intestato* du conjoint survivant au détriment des collatéraux éloignés et a transformé son droit d'usufruit en pleine propriété d'une fraction de la succession²⁹. La réforme de 1981 du Code civil belge, en ce qui concerne les descendants, reconnaît au conjoint survivant un droit d'usufruit sur toute la succession. Il introduit cependant aussi la possibilité d'une

conversion judiciaire de cet usufruit, à la demande du conjoint survivant ou des descendants, soit en pleine propriété d'une partie de la succession ou en paiement d'un montant en espèces, soit à des versements périodiques à taux d'intérêt fixe³⁰. On peut rapprocher ce développement aux «*family provision acts*» qui ont été promulgués en Nouvelle-Zélande, Australie, Canada et au Royaume-Uni et qui donnent le pouvoir au juge d'attribuer à la charge de la masse successorale des compensations à titre d'aliments au conjoint (ou aux parents indigents) à qui le testateur n'avait pas attribué d'allocation suffisante³¹. Aux Etats-Unis le conjoint survivant est protégé du fait qu'il a droit ou bien à un *dower* qu'il peut convertir en une part des biens matrimoniaux définie par la loi ou bien à une part obligatoire de la succession – représentant des réserves du droit civil. Dans un certain nombre d'états des Etats-Unis, les droits du conjoint survivant à la résidence familiale et à son mobilier ont aussi été renforcés. Dans neuf états, on aboutit en pratique à assurer au conjoint survivant une réserve sur les avoirs du défunt par le jeu de la communauté³².

L'universalité de cette évolution vers un renforcement de la situation du conjoint survivant est frappante et contraste nettement avec celle du conjoint divorcé qui est généralement exclu de la succession et pour lequel la tendance est en général de réduire la durée de la période pendant laquelle il ou elle peut réclamer des aliments à son ex-conjoint³³.

La famille informelle

Tandis que la tendance vers la famille nucléaire composée de la ménagère et du soutien de famille, dont l'origine remonte au dix-neuvième siècle, en est encore à chercher à se concrétiser dans le droit successoral moderne, un nouveau facteur est déjà intervenu qui bouleverse les anciennes habitudes matrimoniales. Le nouveau ménage «se compose de deux personnes disposant d'un revenu et mutuellement tributaires de leurs ressources combinées, la femme gagnant moins que le mari. Les gains de la femme, bien que modestes, paraissent, en même temps que les possibilités qui leur sont ouvertes, constituer un élément majeur permettant aux maris comme aux femmes de sortir plus aisément de l'état matrimonial»³⁴. D'où l'augmentation aussi bien du taux du divorce que du nombre des unions de fait³⁵.

Aux Etats-Unis, le pourcentage des personnes de 18 ans et plus qui ne se sont jamais mariées est passé de 16,2 en 1970 à 21,8 en 1984, et celui des personnes actuellement divorcées de 3,2 en 1970 à 7,3 en 1984³⁶. En Europe occidentale, il est probable que les chiffres exprimeraient des taux comparables³⁷. Le nombre des enfants nés hors mariage est lui aussi en croissance rapide, ce qui n'est guère surprenant. Les statistiques récentes

²⁵ Il convient de noter que cette tendance ne se rencontre pas partout. La famille élargie est restée par exemple un «élément important de l'ordre social chinois». Au Japon également, il est fréquent que trois générations vivent sous le même toit. Aux Etats-Unis, on estime que près de 10% de tous les foyers de Noirs américains comprennent six personnes ou plus, alors que le chiffre correspondant est inférieur à 5% pour les foyers blancs; voir W. Müller-Freienfels, «The New Family and the New Property», dans *American Journal of Comparative Law*, 1985, p. 733 et suiv. (à la p. 736).

²⁶ Voir «A Comparative Study of Inheritance and Gift Taxes in Western Europe», dans *European Taxation*, 1984, *passim*.

²⁷ Voir Rheinstein, *op. cit.* (note 18), p. 236 et suiv.

²⁸ Voir Rheinstein, *op. cit.* (note 18), p. 237.

²⁹ L'importance de la réserve dépend de la présence d'enfants (un tiers quand il y a un enfant, un quart quand il y en a deux ou plus, légitimes ou non) ou d'ascendants, auquel cas la fraction représente la moitié de la succession. Voir G. Impallomeni, «Die Reform des italienischen Familienrechts im Bereich der Erbfolge», dans *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1979, p. 182 et suiv.

³⁰ Pour plus de détails, voir «Chronique de Législation», *Revue de droit international et de droit comparé*, 1982, p. 381, 382.

³¹ Voir Rheinstein et Glendon, *op. cit.* (note 5), p. 81 et suiv.

³² Voir Rheinstein et Glendon, *op. cit.* (note 5), p. 87 et suiv.

³³ Dans bien des sociétés modernes des taux de divorce de 25% ou de 30% de la totalité des mariages ne constituent plus des exceptions, ce qui a entraîné notamment la «prolifération des familles mono-parentales dont le chef est une femme et qui bénéficie d'une assistance publique», voir Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 61.

³⁴ Voir Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 62.

³⁵ Le concubinage n'est pas un phénomène nouveau; il était répandu par exemple dans l'Angleterre victorienne parmi les populations pauvres des grandes villes et des campagnes; voir Müller-Freienfels, *op. cit.* (note 25), p. 735, note 8 de bas de page.

³⁶ Voir R. H. Gamble, «Estate Planning for the Unmarried Person», dans *Trusts and Estates*, avril 1986, p. 25.

³⁷ *Eurostat* 1985. Cette publication des Communautés Européennes donne, aux pages 70 et 71, des chiffres comparant les taux de divorce pour 1960, 1970, 1980, 1983, qui indiquent de fortes augmentations dans neuf pays des Communautés sur dix.

band, wife and children²⁵ is reflected by the tax inheritance rates which often increase sharply as the family relationship becomes more remote.²⁶

Towards more protection of the surviving spouse

Also during the nineteenth century the emancipation of women took a start, giving them gradually more access to public life and gainful activity as well as more rights vis-à-vis their husbands. The impact of the latter development on the law of succession has again been very slow and has not yet, it would seem, reached its completion. Of course there is a close relationship with the position of the spouse in respect of marital property. Here, the developments in France and the Federal Republic of Germany are illustrative.²⁷ Under the Napoleonic Code, in the absence of a marriage contract providing a different position, the surviving spouse was entitled to one half of the married couple's movable wealth as her share in the marital property. Only in 1891 was the surviving spouse given the usufruct in a fraction of the estate of the predeceasing spouse; since then the rights of the surviving spouse have been successively enlarged, but she, or he, as the case may be, still has found no place among the *réservataires*. The German Code of 1896, in the absence of a community fund in which the surviving spouse would be entitled to a share, already assigned to the surviving spouse an intestate share which varied from one-fourth in the case of survivorship of descendants to the entire estate in the case of survivorship of remote blood relatives. (S)he is entitled to an indefeasible share amounting to one half of the value of what would be that of her/his intestate share. In addition, under marital property law, (s)he is entitled to one half of the community of increase (*Zugewinnngemeinschaft*). Instead of taking half of this increase or *Zugewinn*, the survivor may elect to take one-fourth of the net estate in addition to her, or his, as the case may be, intestate share and she or he can claim this additional one-fourth even if there has been no *Zugewinn* at all or if the survivor's *Zugewinn* surpasses that of the decedent.²⁸

In some countries it is only quite recently that the laws have been changed in order to protect the surviving spouse – widow or widower alike, because the trend towards equality of the sexes has also manifested itself in the field of succession. In Italy, the 1975 reforms have strengthened the *ab intestato* position of the surviving spouse at detriment of remote collateral heirs, and upgraded her right of usufruct into a full-fledged right of ownership of a fraction of the decedent's estate.²⁹ The 1981 reform of the Belgian Civil Code in the case of descendants assigns a right of usufruct to the surviving spouse in respect of the entire estate. However, it also

introduces a possibility of judicial conversion of this usufruct, at the request of the surviving spouse or the descendants, either into full property of a part of the estate or into a fixed sum of money, which may be payable periodically at a fixed rate of interest.³⁰ Here one is reminded of the family provision acts which have been enacted in New Zealand, Australia, Canada and the United Kingdom and which empower the court to order adequate provisions for maintenance out of the estate of any testator who had not made such provisions for his or her spouse (or another needy family member).³¹ In the United States the surviving spouse is protected either by a right of dower, which she or he may elect to convert into a statutory share of the marital property or by an indefeasible share of the estate – the equivalent of forced heirship of the civil law. At the same time, in a number of states of the United States, in addition the surviving spouse's rights to the family house and its household goods have been strengthened. In nine states, the effect of securing the surviving spouse an indefeasible share in the property acquired by the decedent is achieved through the operation of community property.³²

The universality of this development towards strengthening of the position of the surviving spouse is striking and contrasts sharply with the position of the previous spouse who is generally excluded from the succession and in respect of whom the trend is generally to reduce the period during which she, or he, can claim maintenance from the ex-spouse.³³

The informal family

While the trend towards the nuclear family of the housewife-breadwinner pattern, which originated in the nineteenth century, is still in the process of finding its translation into the modern law of succession, a new development has already emerged which defies formal marriage patterns. The new marriage 'has two earners, mutually dependent on their combined source of income, the wife earning less than the husband. The wife's earnings, though low, seem, together with her earning potential, to be a major factor that makes it easier for husbands as well as wives to depart from marriage.'³⁴ Hence the rise both of the divorce rate and of the number of *de facto* marriages.³⁵

In the United States the percentage of persons of 18 and over who never married rose from 16.2 in 1970 to 21.8 in 1984, of persons who are currently divorced from 3.2 in 1970 to 7.3 in 1984.³⁶ In Western Europe figures are likely to show a comparable trend.³⁷ The number of children born out of wedlock, not surprisingly, is also growing fast. Recent statistics show that for ten E.C. countries the number of illegitimate births has on the

²⁵ It should be noted that this is a trend which cannot be established everywhere. The extended family has e.g. remained a 'substantive component of the Chinese social order'. In Japan also three generations commonly live under one roof. In the U.S. it is estimated that almost 10% of all black American households encompass six or more persons, whereas the respective number in white households is below 5%; see W. Müller-Freienfels, 'The New Family and the New Property', in: *American Journal of Comparative Law* 1985, p. 733 *et seq.* (at p. 736).

²⁶ See 'A Comparative Study of Inheritance and Gift Taxes in Western Europe', in: *European Taxation* 1984, *passim*.

²⁷ See Rheinstein, *op. cit.* (note 18), p. 236 *et seq.*

²⁸ See Rheinstein, *op. cit.* (note 18), p. 237.

²⁹ The size of the indefeasible share depends on whether there are children (a third where there is one child, a fourth when there are two or more children, legitimate or not) or ascendants, in which case the fraction amounts to half of the estate. See G. Impallomeni, 'Die Reform des italienischen Familienrechts im Bereich der Erbfolge', in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1979, p. 182 *et seq.*

³⁰ For more details see 'Chronique de Législation', *Revue de droit international et de droit comparé* 1982, pp. 381, 382.

³¹ See Rheinstein and Glendon, *op. cit.* (note 5) p. 81 *et seq.*

³² See Rheinstein and Glendon, *op. cit.* (note 5), p. 87 *et seq.*

³³ In many modern societies divorce rates of 25% or 30% of all marriages are no exception any more, which has given rise *inter alia* to a 'proliferation of female-headed one-parent families receiving public assistance'; see Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 61.

³⁴ See Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 62.

³⁵ Cohabitation is not a new phenomenon; it was e.g. widespread in Victorian England among the poor populations of the big cities as well as the country population; see Müller-Freienfels, *op. cit.* (note 25), p. 735, fn. 8.

³⁶ See R. H. Gamble, 'Estate Planning for the Unmarried Person', in: *Trusts and Estates*, April 1986, p. 25.

³⁷ *Eurostat* 1985, a publication of the European Communities gives at pp. 70/71 figures comparing the divorce rates in 1960, 1970, 1980, 1983, showing sharp rises in nine out of ten E.C. countries.

montrent que pour dix des pays de la Communauté européenne, le nombre de naissances illégitimes a en moyenne plus que doublé entre 1960 et 1982-1983³⁸. On a noté que si, comme nous le verrons, la loi tend de plus en plus à légitimer les enfants du couple non marié, elle se montre plus hésitante à légitimer le lien dont ils sont issus: «Un conjoint illégitime n'est pas un conjoint du tout, mais un enfant illégitime est bel et bien un enfant.»³⁹ Ce n'est peut-être cependant qu'une question de temps car, comme nous l'avons vu dans le Document préliminaire No 1, *supra*, page 114, de nombreux Etats ont déjà introduit une législation destinée à protéger la compagne ou le compagnon qui a partagé la vie du défunt sans lui être uni par les liens du mariage.

Amélioration de la situation des enfants illégitimes et des enfants adoptifs

Il existe une nette tendance à reconnaître aux enfants illégitimes des droits successoraux égaux à ceux des enfants légitimes. Une égalité complète existe à présent, en particulier au Danemark, en France à la suite des réformes de 1972, en République fédérale d'Allemagne depuis 1969, en Italie depuis les réformes de 1975 déjà mentionnées et aux Pays-Bas depuis 1982. Dans d'autres systèmes l'enfant illégitime a des droits analogues à ceux d'un enfant légitime, mais avec certaines restrictions, par exemple il peut n'avoir de droits qu'à l'égard de l'un des parents et de la famille de celui-ci (dans certaines provinces canadiennes, en Grèce, en Suède, en Suisse, en Turquie, en Autriche) ou avoir des droits soit limités à la succession des parents eux-mêmes sans remonter au-delà (Royaume-Uni, Norvège, Autriche, Suisse, Turquie), soit sujets à des restrictions en faveur des enfants légitimes (Autriche, France, Grèce, Portugal, Suisse et Turquie)⁴⁰. L'arrêt de 1979 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Marckx*, condamnant les discriminations existant en droit belge en matière d'héritage entre les enfants légitimes et illégitimes⁴¹, a déjà incité le législateur néerlandais à mettre les enfants illégitimes sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes avec effet rétroactif à la date de l'arrêt *Marckx*⁴². L'arrêt pourrait fort bien amener d'autres législateurs à s'engager dans la même voie. Une tendance comparable se manifeste par rapport aux enfants adoptifs; cependant leur situation peut donner lieu à des difficultés particulières, les effets de l'adoption en matière d'héritage variant au plus haut point⁴³.

C Les modifications de la structure des relations patrimoniales affectant la loi successorale

Le processus de régression de l'importance de la famille linéaire entamé au dix-neuvième siècle s'est accompagné d'un déclin du rôle du patrimoine familial et du passage du patrimoine de la famille large à celui de la famille réduite. La transmission «verticale» de la propriété des capitaux fonciers féodaux au long des générations a été remplacée par le mode de transmission plus horizontal, aux descendants directs surtout⁴⁴, des capitaux (matériels et aussi de plus en plus immatériels) procurés par l'industrie ou le commerce. L'apparition de «la grande entreprise ... constituée en société ... dirigée non pas par des propriétaires mais par des spécialistes de la gestion se succédant à la manière de fonctionnaires»⁴⁵, a conduit à dépersonnaliser les droits de propriété et à leur donner une forme collective. Les membres d'une même famille sont moins liés que par le passé sur le plan économique, et l'on a soutenu que le fait que, dans le mariage moderne, le lien principal est plus affectif qu'économique, explique à la fois son intensité et son instabilité⁴⁶. L'expression «*new property*» a été introduite dans les années 60 pour exprimer l'idée que, «aujourd'hui, pour la plupart des gens, l'emploi ou la profession, et les avantages liés au travail tels que les pensions, représentent les formes principales de la richesse, et pour bien d'autres les subsides du gouvernement sont le principal moyen de subsistance»⁴⁷. On «s'intéresse désormais aux possessions familiales de groupes de la population dont les richesses principales se composeront bien souvent d'éléments tels que les salaires, les droits à pension, le mobilier et un bail ou, éventuellement, des droits de propriété acquis par l'amortissement progressif d'un emprunt hypothécaire»⁴⁸.

Un autre fait nouveau est que l'Etat en est venu à intervenir dans le partage des successions, pour des raisons essentiellement économiques. Une part préférentielle est parfois accordée à l'un des héritiers pour empêcher le morcellement d'entreprises industrielles, commerciales ou agricoles. Il est parfois tenu compte du rôle joué antérieurement par le bénéficiaire dans l'exploitation; mais il arrive que le critère soit plutôt sa capacité de faire tourner l'entreprise. Des dispositions semblables existent par exemple en République fédérale d'Allemagne, en Belgique, en France, en Grèce, en Italie, en Norvège, en Suisse et en Turquie. Exceptionnellement, la jouissance d'une habitation bénéficie d'un traitement préférentiel (Belgique, France, Italie)⁴⁹.

³⁸ Naissances illégitimes pour un total de 1000 naissances

	1960	1982-1983
Allemagne (République fédérale d')	63,3	88,3
Belgique	20,7	51,6
Danemark	78,2	406,0
France	60,7	142,2
Grèce	12,4	15,5
Irlande	15,9	67,6
Italie	24,2	48,1
Luxembourg	31,7	63,3
Pays-Bas	13,6	69,8
Royaume-Uni	52,2	154,1
Moyenne	45,5	102,3

Source: Eurostat 1985, *op. cit.* (note 37), p. 70-71.

³⁹ Voir Gamble, *op. cit.* (note 36), p. 26.

⁴⁰ Voir Verwilghen, *op. cit.* (note 22), p. 122-123.

⁴¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 13 mars 1979, Série A, No 31; voir par exemple M. Bossuyt, «De publiekrechtelijke aspecten van het arrest *Marckx*», dans *Rechtskundig Weekblad* 1979/80, p. 929 et suiv. L'arrêt a été critiqué par F. Rigaux, «La loi condamnée», *Journal des Tribunaux*, 1979, p. 513 et suiv. Voir aussi Commission Européenne des droits de l'homme, décision du 13 mai 1986 dans l'affaire No 10961/84 (De Mot c. la Belgique) (pas encore publiée).

⁴² Voir Asser-Meijers-Van der Ploeg, *op. cit.* (note 10), Nos 58 et suiv.

⁴³ Voir Verwilghen, *op. cit.* (note 22), p. 123, 124.

⁴⁴ Voir Bolgár, *op. cit.* (note 12), p. 757.

⁴⁵ Voir Rheinstein et Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 4.

⁴⁶ Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 64.

⁴⁷ Ch. Reich, «The New Property», *Yale Law Journal*, 1964, p. 733.

⁴⁸ Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 65.

⁴⁹ Voir Verwilghen, *op. cit.* (note 22), p. 134, 135.

average more than doubled between 1960 and 1982/3.³⁸ It has been observed that, while as we shall see, the law tends more and more to legitimize the children of unwed couples, it has shown more reluctance to legitimize the relationship that produced them: 'An illegitimate spouse is no spouse at all, but an illegitimate child is indeed a child'.³⁹ This may well be only a matter of time, though, because, as we have seen in Preliminary Document No 1, *supra*, p. 115, many States have already introduced legislation to protect the companion who has shared the decedent's life without being united with him or her by marriage.

Improvement of the position of illegitimate and adoptive children

There is a definite trend towards equalization of the successorial rights of illegitimate children to those of legitimate ones. Complete equality now exists in particular in Denmark, France as a result of the reforms of 1972, the Federal Republic of Germany since 1969, Italy as a result of the reforms of 1975 referred to above and the Netherlands as a result of a 1982 reform. In other systems the illegitimate child has similar rights as a legitimate one but with certain limitations, *e.g.* only in respect of one of the parents and that parent's family (certain Canadian Provinces, Greece, Sweden, Switzerland, Turkey, Austria), or limited to the estate of the parents only and not to that of their parents (the United Kingdom, Norway, Austria, Switzerland, Turkey) or with restrictions in favour of legitimate children (Austria, France, Greece, Portugal, Switzerland and Turkey).⁴⁰ The 1979 judgment of the European Court of Human Rights in the *Marckx*-case condemning discrimination in Belgian law between legitimate and illegitimate children in respect of inheritance⁴¹ has already prompted the Netherlands legislator to put illegitimate children on the same footing as legitimate children with retroactive effect to the date of the *Marckx* judgment.⁴² The judgment may well inspire other legislators to take similar steps.

A similar trend may be noticed in respect of adoptive children; their position may present special difficulties, however, because the effects of adoption in respect of rights of inheritance vary considerably.⁴³

C Changes in the structure of property relationships affecting the law of succession

Hand in hand with the diminishing significance of the lineage family starting in the nineteenth century went a decline of the role of family property and its transformation from the large to the small family property. The 'vertical' transfer of ownership or feudal capital in land through generational succession gave way to the more horizontal transfer of capital (tangible and increasingly also intangible) acquired by industry or commerce largely to the direct descendants.⁴⁴ The rise of 'large-scale enterprise ... carried on in corporate form, ... directed not by owners but by specialists in management succeeding each other in the manner of office-holders',⁴⁵ led to a depersonification of property rights in respect of companies. Less than in the past members of family are linked by economic bonds and it has been said that the fact that the principal bond in modern marriage is affective rather than economic explains both the intensity and the instability of modern marriage.⁴⁶ The term 'new property' was introduced in the 1960s to suggest that 'today, for most people, one's employment or profession, and work-related benefits such as pensions, are the principal forms of wealth, and that, for many others, claims against government are the main source of subsistence'.⁴⁷ There is a 'new concern for the family property of groups of the population whose principal wealth is apt to be composed of such things as wages, pension rights, household goods and a lease or, perhaps, the property rights that are accumulated through payments on a mortgaged house'.⁴⁸

In another development, the State has come to intervene with respect to the distribution of decedents' estates, mainly for economic reasons. Sometimes a preferential portion is given to one of the heirs in order to prevent the parcelling out of industrial, commercial or agricultural enterprises. Sometimes account is taken of any previous participation of the beneficiary in the economic exploitation, sometimes the criterion is rather that of his capacity to keep the enterprise going. Such provisions exist, *e.g.* in Belgium, France, the Federal Republic of Germany, Greece, Italy, Norway, Switzerland, Turkey. Exceptionally, preferential treatment is extended to the use of a home (Belgium, France, Italy).⁴⁹

³⁸ Illegitimate births per 1,000 of total births

	1960	1982/3
Belgium	20.7	51.6
Denmark	78.2	406.0
France	60.7	142.2
Germany (Fed. Rep. of)	63.3	88.3
Greece	12.4	15.5
Ireland	15.9	67.6
Italy	24.2	48.1
Luxembourg	31.7	63.3
Netherlands	13.6	69.8
United Kingdom	52.2	154.1
Average	45.5	102.3

Source: *Eurostat* 1985, *op. cit.* (note 37), pp. 70/1.

³⁹ See Gamble, *op. cit.* (note 36), p. 26.

⁴⁰ See Verwilghen, *op. cit.* (note 22), pp. 122/123.

⁴¹ European Court of Human Rights, Judgment of 13 March 1979, Series A, No 31, see *e.g.* M. Bossuyt, 'De publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx', in: *Rechtkundig Weekblad* 1979/80, p. 929 *et seq.* The judgment has been criticized by F. Rigaux, 'La loi condamnée', *Journal des Tribunaux* 1979, p. 513 *et seq.* See also European Commission on Human Rights, decision of 13 May 1986 in case no 10961/84 (*De Mot v. Belgium*) (not yet published).

⁴² See Asser-Meijers-Van der Ploeg, *op. cit.* (note 10), No 58 *et seq.*

⁴³ See *e.g.* Verwilghen, *op. cit.* (note 22), pp. 123, 124.

⁴⁴ See Bolgár, *op. cit.* (note 12), p. 757.

⁴⁵ See Rheinstejn and Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 4.

⁴⁶ Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 64.

⁴⁷ Ch. Reich, 'The New Property', *Yale Law Journal* 1964, p. 733.

⁴⁸ Glendon, *op. cit.* (note 23), p. 65.

⁴⁹ See Verwilghen, *op. cit.* (note 22), pp. 134, 135.

A Causes et aspects de la multiplication des problèmes internationaux de succession

Nous avons comparé jusqu'ici les évolutions des lois successorales internes. Nous aborderons maintenant la dimension internationale, qui revêt une importance de plus en plus grande dans la société moderne. Le Rapport annexé de la réunion de mai 1986 de la Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin énumère succinctement diverses causes – et donne des illustrations – de cette internationalisation grandissante de l'héritage. Le déplacement de plus en plus fréquent d'individus qui franchissent des frontières – à la fois effet et cause de l'interdépendance économique des Etats – et celui des biens et des capitaux, contribuent à augmenter le nombre des problèmes internationaux de succession selon une progression qui n'est plus linéaire, mais qui, comme les notaires le soulignent, risque d'atteindre des proportions géométriques.

Le démantèlement des barrières juridiques entre bien des pays, en particulier ceux des Communautés Européennes, accélère le libre établissement de ressortissants d'un pays dans un autre pays pour une période plus ou moins longue. Le Luxembourg, mentionné dans le Rapport des notaires, fournit peut-être l'illustration la plus spectaculaire de cette situation, la plupart des résidents étrangers (89 000 en 1981) y étant des ressortissants des Communautés européennes. Mais la Belgique (590 000 résidents des Communautés Européennes), la France (1 579 000), la République fédérale d'Allemagne (1 433 000), l'Irlande (196 000), les Pays-Bas (175 000), le Royaume-Uni (716 000), comptent aussi sur leur territoire de nombreux résidents ressortissants de pays des Communautés⁵⁰. Deux directives récentes de la CEE exonèrent les biens personnels hérités par un résident d'un Etat membre de la taxe à la valeur ajoutée précédemment exigible à l'exportation et à l'importation d'objets provenant d'une succession⁵¹.

L'effet d'attraction des travailleurs étrangers, les relations particulières avec les anciennes colonies, l'afflux des réfugiés, l'expansion des sociétés internationales et la prolifération des organisations internationales sont également des causes d'intensification du mouvement des étrangers. De grands nombres de Turcs (plus de 1,5 million en République fédérale d'Allemagne, près de 125 000 en France, plus de 150 000 aux Pays-Bas) et de Yougoslaves ont été attirés vers l'Europe occidentale; des centaines de milliers de Mexicains sont entrés aux Etats-Unis; venant des anciennes colonies belges, françaises et britanniques d'Afrique, des nombres importants de personnes sont arrivées dans l'ancienne métropole (plus de 1 150 000 en France, 90 000 au Royaume-

Uni); en outre, des travailleurs des pays du Maghreb, en particulier des Marocains, se sont établis en France, en Belgique (115 000), aux Pays-Bas (113 000); il y a plus de 80 000 citoyens des Etats-Unis en République fédérale et près de 70 000 au Royaume-Uni⁵².

L'afflux des travailleurs immigrés dans de nombreux pays à la suite de l'essor rapide de l'industrie dans les années 50 et 60 a eu des conséquences imprévues. Les immigrants n'ont pas en général regagné leur pays d'origine, mais ils se sont installés en permanence, ont fait venir leur famille, de sorte qu'une nouvelle génération est née et a grandi dans le nouveau pays d'établissement. Des problèmes d'héritage et des questions délicates de droit international privé y relatives commencent à se faire jour, en particulier dans les pays qui font de la nationalité un critère d'application de la loi successorale, car bien souvent les seconde et troisième générations ne conservent pas la nationalité d'origine de la première⁵³.

Les réfugiés constituent un problème à part⁵⁴, du fait qu'ils regagneront souvent leur Etat d'origine – il en a été ainsi par exemple pour de nombreux réfugiés d'Amérique latine qui ont quitté leur pays dans les années 70 et y retournent à présent. Des problèmes de succession ont alors peu de chance de se poser. Dans d'autres cas, par exemple pour ce qui concerne les réfugiés vietnamiens, cambodgiens ou d'ethnie chinoise, après une période transitoire d'asile, ces personnes s'installent souvent en permanence dans des pays très éloignés de leur terre natale. Au 30 juin 1986 un nombre total de 1 047 661 réfugiés avaient été réinstallés, surtout dans les Etats membres de la Conférence de La Haye⁵⁵. S'il leur faut souvent commencer une nouvelle vie avec peu ou prou de biens, ces personnes en acquerront vraisemblablement dans les pays de réinstallation, ce qui pourra donner lieu pour finir à des problèmes de succession.

Il est vrai que l'article 12 de la Convention largement ratifiée relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951⁵⁶, prévoit ce qui suit:

«Statut personnel

1. *Le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence.*

2. *Les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout Etat Contractant, sous réserve le cas échéant, de l'accomplissement des formalités prévues par la législation dudit Etat, étant entendu, toutefois que le droit en cause doit être de ceux qui auraient été reconnus par la législation dudit Etat si l'intéressé n'était devenu un réfugié.»⁵⁷*

⁵⁰ Chiffres tirés d'Eurostat 1985, *op. cit.* (note 37), où l'on trouve surtout des statistiques de 1983: les ressortissants espagnols et portugais sont inclus. Aucun chiffre n'a été fourni pour l'Italie et l'Espagne.

⁵¹ Voir les directives du Conseil 81/181/CEE et 83/183/CEE du 28 mars 1983 (*Journal officiel des Communautés Européennes* No L 105, p. 38 et 64). Citation extraite de «A Comparative Study of Inheritance and Gift Taxes in Western Europe», *op. cit.* (note 26), p. 212, note 5 de bas de page.

⁵² Même source que pour la note 50.

⁵³ Ces problèmes se posent en particulier lorsque la loi nationale qui devrait normalement s'appliquer est considérée comme contraire à l'ordre public, *cf. Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts*, Zürich, 1984, p. 156 (obs. F. Sturm).

⁵⁴ D'après les statistiques fournies par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (au sens de la Convention de Genève), au premier janvier 1985 les Etats membres de la Conférence de La Haye avaient accueilli les nombres suivants de réfugiés: Argentine: 11 500; Australie: 89 000; Autriche: 20 500; Belgique: 36 400; Canada: 353 000; Chili: 2500; Danemark: 8500; Egypte: 5500; Finlande: 500; France: 167 300; République fédérale d'Allemagne: 126 600; Grèce: 4100; Irlande: 500; Italie: 15 100; Japon: 1500; Mexique: 175 000; Pays-Bas: 15 000; Norvège: 10 000; Portugal: 600; Espagne: 9900; Suède: 90 600; Suisse: 31 200; Turquie: 2600; Royaume-Uni: 135 000; Etats-Unis d'Amérique: 1 000 000; Venezuela: 1400; Yougoslavie: 1600.

⁵⁵ A cette date, l'Australie, le Canada, les Etats-Unis et la France avaient accueilli chacun plus de 100 000 réfugiés indochinois, mais d'autres Etats membres de la Conférence de La Haye en avaient aussi accepté des nombres importants.

⁵⁶ *N.U.R.T.*, Vol. 139, p. 137.

⁵⁷ Voir aussi le Protocole relatif au statut des réfugiés, New York, 31 janvier 1967, *N.U.R.T.*, Vol. 606, p. 267; une disposition presque identique figure à l'article 12 de la Convention relative au statut des apatrides, New York, 28 septembre 1954, *N.U.R.T.*, Vol. 360, p. 117.

A Causes and aspects of the multiplication of international problems of succession

So far, we have compared developments in the internal law of inheritance. We will now turn to the international dimension which is becoming of ever more importance in modern society. The attached report of the meeting of May 1986 of the European Commission of the International Union of Latin Notaries succinctly lists several causes and provides illustrations of this growing internationalization of inheritance. Rapidly increasing movement of individuals across frontiers due to, and at the same time cause of, growing economic interdependence of States, and of their goods and capital are contributing to a progression of the number of international problems of inheritance at a tempo which is no longer linear but, as the notaries stress, is likely to take geometrical proportions.

The removal of legal barriers between many countries, in particular the countries of the European Communities, has provoked an accelerating rhythm of settlement of nationals of one country in another country for a shorter or longer period of their choice. Luxembourg, mentioned in the notaries' report, perhaps provides the most spectacular illustration of this development, the great majority of foreign residents (89 000 in 1981) being nationals of E.C. countries. But Belgium (590 000 E.C. residents), France (1 579 000), the Federal Republic of Germany (1 433 000), Ireland (196 000), the Netherlands (175 000), the United Kingdom (716 000), also have substantial numbers of E.C. nationals residing on their territories.⁵⁰ Two recent E.E.C. directives exempt personal property acquired by inheritance by an individual resident in a Member State from Value Added Tax, which was previously payable on export and import of objects out of a decedent's estate.⁵¹

The attraction of foreign workers, special relations with former colonies, the influx of refugees, the expansion of international companies and the mushrooming of international organizations are other causes of increased movement of foreign nationals. Large numbers of Turks (more than 1.5 million in the Federal Republic of Germany, almost 125 000 in France, more than 150 000 in the Netherlands) and Yugoslavians were drawn to Western Europe; many hundreds of thousands of Mexicans have gone to the United States; from the former Belgian, French and English colonies in Africa substantial numbers of people have come over to the former mother country (more than 1 150 000 for France, 90 000 for the U.K.); in addition, workers from the Mahgreb coun-

tries, in particular Moroccans, have settled in France, Belgium (115 000), the Netherlands (113 000); there are more than 80 000 U.S. citizens in the Federal Republic and almost 70 000 in the U.K.⁵²

The flow of immigration of foreign workers as a result of the rapid expansion of industry in the 1950s and 1960s in many countries has had unforeseen consequences. The immigrants did not generally return to their country of origin, but settled permanently, brought their families, and a new generation was born and grew up in the new country of permanent settlement. Problems of inheritance and difficult questions of private international law relating thereto are now emerging, particularly in those countries which apply citizenship as a criterion for the application of the law of succession, as the second and third generations more often than not retain the nationality of origin of the first generation.⁵³

Refugees form a problem apart.⁵⁴ In a number of cases refugees will return to their country of origin – this has happened for instance with many refugees from Latin America who fled their countries in the 1970s and who are now returning. Problems of inheritance are then unlikely to present themselves. In other cases, for instance as far as present Vietnamese, Cambodian and Ethno-Chinese refugees are concerned, they are, after a transitional period of asylum, often permanently resettled in countries far remote from their country of origin. As of 30 June 1986 a total number of 1 047 661 had been resettled, mostly in Member States of the Hague Conference.⁵⁵ While they have often to begin a new life starting without much or any property, they are likely to build up wealth in the resettlement countries which ultimately may pose problems in respect of their inheritance.

It is true that article 12 of the widely ratified Convention relating to the statutes of refugees concluded at Geneva on 28 July 1951⁵⁶ provides in its article 12 as follows:

'Personal status

1. *The personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence.*
2. *Rights previously acquired by a refugee and dependent on personal status, more particularly rights attaching to marriage, shall be respected by a Contracting State, subject to compliance, if this be necessary, with the formalities requested by the law of that State, provided that the right in question is one which would have been recognized by the law of that State had he not become a refugee.*⁵⁷

⁵⁰ Figures compiled from Eurostat 1985, *op. cit.* (note 37), providing statistics mostly of 1983 – nationals of Spain and Portugal have been included. No figures were given for Italy and Spain.

⁵¹ See Council Directives 83/181/EEC and 83/183/EEC, both of 28 March 1983 (*Official Journal of the European Communities* No L 105 at 38 and 64). Citation from 'A Comparative Study of Inheritance and Gift Taxes in Western Europe', *op. cit.* (note 26), at p. 212, fn. 5.

⁵² Same source as in footnote 50.

⁵³ Such problems arise in particular when the national law which normally should be applied is thought to be in conflict with public order, cf. *Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts*, Zurich 1984, p. 156 (obs. F. Sturm).

⁵⁴ According to statistics provided by the U.N. High Commission for Refugees, as of 1 January 1985, Hague Conference Member States had received the following numbers of refugees (within the meaning of the Geneva Convention): Argentina: 11 500; Australia: 89 000; Austria: 20 500; Belgium: 36 400; Canada: 353 000; Chile: 2500; Denmark: 8500; Egypt: 5500; Finland: 500; France: 167 300; Germany (Fed. Rep. of): 126 600; Greece: 4100; Ireland: 500; Italy: 15 100; Japan: 1500; Mexico: 175 000; Netherlands: 15 000; Norway: 10 000; Portugal: 600; Spain: 9900; Sweden: 90 600; Switzerland: 31 200; Turkey: 2600; United Kingdom: 135 000; United States of America: 1 000 000; Venezuela: 1400; Yugoslavia: 1600.

⁵⁵ As of that date Australia, Canada, France and the United States had each received more than 100 000 Indo-Chinese refugees, but other Hague Conference Member States had accepted substantial numbers as well.

⁵⁶ *U.N.T.S.*, Vol. 139, p. 137.

⁵⁷ See also the Protocol relating to the status of refugees, New York, 31 January 1967, *U.N.T.S.*, Vol. 606, p. 267; an almost identical provision in article 12 of the Convention relating to the status of stateless persons, New York, 28 September 1954, *U.N.T.S.*, Vol. 360, p. 117.

Bien qu'il ne soit pas fait mention expresse des successions, on peut supposer, peut-être, que cet article s'applique lorsque le *de cuius* était au moment de son décès un réfugié au sens de la Convention et de son Protocole. Il n'est cependant pas évident qu'il en aille de même lorsqu'il n'avait pas le statut de réfugié. En pareil cas, les règles normales du droit privé pourraient fort bien être applicables et des questions délicates de droit successoral et problèmes connexes pourraient alors se poser.

Ainsi que les notaires l'ont relevé, les multinationales et les organisations internationales contribuent aussi à l'augmentation des cas de successions internationales. Leurs employés et fonctionnaires, de même que les diplomates qui, au cours de leur carrière, sont souvent en poste dans plusieurs pays, acquièrent souvent des biens à l'étranger et, à leur décès, peuvent laisser des parents et des avoirs dans plus d'un Etat.

L'acquisition dans les pays méditerranéens de résidences pour les vacances et la retraite par des ressortissants ou résidents des pays européens septentrionaux, ainsi que des Etats-Unis, constitue un autre facteur qui conduit d'ores et déjà à une multiplication des problèmes internationaux en matière d'héritage. Un article récemment paru⁵⁸ énumère plusieurs des difficultés que les principes et conceptions très différents qui inspirent les législations française, espagnole, portugaise et italienne posent aux citoyens britanniques, dont 45 000 – chiffre considéré comme relativement faible par comparaison avec celui des citoyens des pays scandinaves, de la République fédérale d'Allemagne et d'autres pays – posséderaient actuellement à l'étranger une résidence pour leurs vacances ou leur retraite. Il n'est même pas besoin de songer ici à des modes de propriété très complexes. «Cas caractéristique: celui d'une villa ou appartement propriété commune du mari et de la femme qui maintiennent en banque un faible solde créditeur servant à assurer les paiements afférents à l'entretien de la propriété. Dans cette situation personnellement et matériellement agréable, surviennent des péripéties très semblables à celles que rencontrent des gens restés chez eux – décès, divorces, différends familiaux, etc. – mais ces événements prévisibles donnent naissance à certains problèmes très particuliers sur le plan international.» Pour commencer, aucune des législations de ces pays méditerranéens ne prévoyant le trust, la reconnaissance de celui-ci, en attendant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du premier juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, peut rester problématique. En second lieu, le système d'administration des successions est radicalement différent, en ce sens qu'il prévoit toujours la dévolution directe des droits, actions et obligations du défunt à ses héritiers ou à ses légataires. En outre, les législations en cause «ne reconnaissent pas l'existence d'une gamme de droits en matière de propriété aussi large qu'en droit anglais. Vous trouverez des droits d'usufruit, mais non pas les droits conditionnels si fort prisés pour lesquels le bénéficiaire doit avoir atteint un âge spécifié, par exemple 21 ou 25 ans. ... Les titres collectifs sont aussi traités de façon très différente et la situation légale est que des biens possédés en commun sont considérés, pour reprendre l'expression anglaise, comme *tenants in common* ou, pour employer l'expression continentale *pro*

indiviso.» «Une différence plus dramatique» est qu'il n'y a de pleine liberté de tester dans aucun de ces pays et que «les principes réservataires peuvent avoir des effets saisissants dans une situation qu'un juriste anglais pourrait confortablement considérer comme essentiellement anglaise». Pour finir, l'article cité fait mention des attitudes différentes en ce qui concerne la taxation des successions. «Alors qu'au Royaume-Uni les structures fiscales sont totalement axées sur la valeur monétaire d'une succession, en Espagne, en France et au Portugal elles épaulent la philosophie réservataire et font dépendre le niveau d'imposition de l'étroitesse du lien entre le défunt et le bénéficiaire.»⁵⁹

B Le caractère de plus en plus vulnérable de la nationalité comme facteur de rattachement

A mesure que les problèmes internationaux de succession se multiplient, l'un des facteurs considéré depuis longtemps comme un critère idéal pour déterminer la loi applicable à la succession, à savoir la nationalité, a perdu certains de ses attraits.

La nationalité avait coutume d'être un facteur stable et dépourvu d'ambiguïté. De fait, les premiers projets de conventions multilatérales sur la loi applicable à la succession, rédigés au début du siècle par la Conférence de La Haye, reposent entièrement sur ce critère⁶⁰. La nationalité demeure bien entendu un facteur relativement stable, bien que son acquisition par le mariage et l'introduction récente de mécanismes de naturalisation plus souples, destiné à faciliter l'intégration des générations nouvelles de descendants des travailleurs immigrés dans les pays d'établissement permanent, compliquent un tant soit peu le tableau. Quoi qu'il en soit, la nationalité acquiert un caractère de plus en plus ambigu en tant que facteur de rattachement. Dernièrement, plusieurs codes de nationalité ont été refondus, en vue d'assurer l'égalité entre les sexes pour ce qui est de la transmission de la nationalité aux enfants⁶¹. Désormais le père ne sera plus seul à donner sa nationalité à ses enfants; ceux-ci acquerront de plus en plus souvent celles des deux parents, malgré les efforts internationaux destinés à réduire par voie de traité les cas de plurinationalités⁶². Ainsi que nous l'avons vu, la tendance dominante des codifications et projets récents en droit international privé est que, lorsqu'une des nationalités est celle du for, cette nationalité seule doit être prise en considération⁶³. Certes les choses se trouvent ainsi simplifiées à court terme pour les autorités du for, mais les risques de conflit avec l'Etat de l'autre nationalité (ou des autres nationalités) n'en sont qu'augmentés. Bien entendu, les observations qui précèdent ne visent pas à remettre en cause le recours au facteur de nationalité, mais simplement à attirer l'attention sur certaines difficultés nouvelles qui se posent dans son application et qui n'existaient pas autrefois – du moins pas dans la même mesure.

CHAPITRE III – CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

Quelles conclusions pouvons-nous tirer des chapitres qui précèdent ainsi que du Document préliminaire No 1, et

⁵⁸ Voir K. F. C. Baker «International Wills for U.K. Citizens», dans *International Legal Practitioner*, décembre 1985, p. 115 et suiv.

⁵⁹ Voir Baker, *op. cit.* (note 58), p. 116.

⁶⁰ Voir par exemple l'article premier du «Projet de convention sur les conflits de lois et de juridictions en matière de successions et de testaments», *Actes de la Sixième session* (1928), p. 64.

⁶¹ Voir M. Verwilghen, éd., *Nationalité et statut personnel*, Louvain 1984.

⁶² Voir P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2e éd., Alphen aan den Rijn, 1979, p. 190 et suiv.

⁶³ Voir Document préliminaire No 1, *supra*, p. 108.

Although inheritance is not specifically mentioned, one may perhaps presume that this article covers the case where the deceased person himself was at the time of his death a refugee in the sense of the Convention and its Protocol. But it is not evident that one may make the same presumption where the decedent did not have the status of a refugee. In those cases, the normal rules of private law may well claim application and difficult questions of succession law and incidental questions could arise.

As the notaries observe, multinational companies and international organizations are also contributing to an increase in the number of cases of international inheritance. Their employees and officials, as well as diplomats, who in the course of their careers are frequently posted in a number of countries, often acquire property in countries other than their own, and, upon dying, may leave relatives and property in more than one country. The acquisition of holiday and retirement homes in Mediterranean countries by citizens and domiciliaries of more northern European countries and the United States is another factor which is already leading to a multiplication of problems of international inheritance. A recent article⁵⁸ lists a number of these difficulties, arising from the very different principles and conceptions underlying the laws of France, Spain, Portugal and Italy, in respect of U.K. citizens, 45 000 of whom – a figure which is estimated to be relatively low in comparison to citizens of Scandinavian countries, the Federal Republic of Germany and others – are now estimated to own a holiday or retirement home overseas. One need not even think of very complicated ownership structures. 'A typical profile is that of joint ownership by husband and wife of a villa or apartment and a small balance in a bank account maintained largely to service payments for the upkeep of the property. This cosy personality and asset profile undergoes very much the same experiences as the wholly domestic equivalent, *i.e.* death, divorce, family quarrels, etc., but the occurrence of these predictable events does create some very special problems at an international level.' First of all none of these Mediterranean countries has the trust in its laws and the recognition of a trust, pending the entry into force of the Hague Trust Convention of 1 July 1985, may remain problematical. Second, the system of administration of estates fully differs in that all of these systems provide for the direct transmission of rights, actions and obligations of the deceased to his heirs or legatees. In addition, these laws 'do not acknowledge the existence of such a diverse range of proprietary interests as is possible under English law. You will find the life interest and remainder, but not such well-loved contingent interests as a device conditional upon the devisee attaining some specific age such as 21 or 25. ... Joint interests are also dealt with differently and the statutory position is that jointly-owned property is held, to use an English term, as tenants in common or as they call it, *pro indiviso*.' 'A more dramatic difference' is that full testamentary freedom does not exist in any of these countries and 'the mandatory inheritance principles can have a starting effect upon a situation that an English lawyer might cosily think of as being essentially English'. Finally, the different attitudes to inheritance tax are mentioned. 'Whereas in the U.K., the structure

is related totally to the monetary worth of an estate, in Spain, France and Portugal the tax structure backs up the mandatory inheritance philosophy and relates the level of taxation to the degree of relationship between the deceased and the beneficiary.'⁵⁹

B Increased vulnerability of nationality as a connecting factor

While problems of international inheritance multiply, one of the factors long thought of as an ideal criterion for determining the applicable law governing succession, *i.e.* nationality or citizenship, has lost some of its charm.

Nationality used to be the stable and unambiguous factor. Indeed, the first drafts for a multilateral convention on the law applicable to decedents' estates, drawn up in the beginning of this century by the Hague Conference, are based entirely on the nationality criterion.⁶⁰ Nationality of course is still a comparatively stable factor, although its acquisition by marriage and the recent introduction of more flexible naturalization devices to facilitate the absorption of new generations born out of immigrant workers in the countries of permanent settlement complicate the picture somewhat. However, nationality is becoming increasingly more ambiguous as a connecting factor. Recently a number of nationality laws have been reformed in order to provide for equality between the sexes in respect of the transfer of nationality to their children.⁶¹ No longer will solely the father transfer his nationality to his children; increasingly children will acquire the nationality of both their parents, despite international efforts to reduce cases of plural nationality by treaty.⁶² As we have seen, the dominant tendency in recent codifications and drafts concerning private international law, where one of the nationalities is that of the forum, is to take only that nationality into consideration.⁶³ This of course facilitates matters for the authorities of the forum, in the short term, but it increases the chance of possible conflict with the State of the other nationality (nationalities). Of course, the purpose of the above comments is not to question the use of the nationality factor but merely to draw attention to some new difficulties which arise in respect of its application which did not or did not to that extent exist in the past.

CHAPTER III – CONCLUSIONS AND PERSPECTIVES

What conclusions can be drawn from the foregoing chapters as well as from Preliminary Document No 1,

⁵⁸ See K. F. C. Baker, 'International Wills for U.K. Citizens', in: *International Legal Practitioner*, December 1985, p. 115 *et seq.*

⁵⁹ See Baker, *op. cit.* (note 58), at p. 116.

⁶⁰ See e.g. article 1 of the 'Projet de convention sur les conflits de lois et de juridictions en matière de successions et de testaments', *Actes de la Sixième session* (1928), p. 64.

⁶¹ See M. Verwilghen, ed., *Nationalité et statut personnel*, Louvain 1984.

⁶² See P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn 1979, p. 190 *et seq.*

⁶³ See Preliminary Document No 1, *supra*, p. 109.

plus généralement des travaux antérieurs de la Conférence en matière de succession, et quelles suggestions pouvons-nous présenter à propos d'une convention sur la loi applicable en cette matière? Si nous avançons maintenant quelques réflexions sur la direction que pourrait emprunter le travail à accomplir, ce n'est que pour essayer d'aider les experts et les délégués dans leurs préparatifs. Il ne s'agit en aucune façon de limiter la gamme possible des options entre lesquelles experts et délégués pourraient vouloir choisir.

1 Le caractère traditionaliste de la loi successorale (*supra*, Chapitre I) contraste avec l'internationalisation croissante des problèmes de succession (*supra*, Chapitre II), laquelle fait de l'unification du droit une nécessité pratique urgente. Le caractère traditionnel de la loi successorale risque néanmoins de ralentir l'unification au niveau du droit matériel. Cela voudrait dire que, dans un proche avenir au moins, il n'y aurait d'autre solution que l'unification au niveau des conflits de lois, qui par suite constituerait un besoin pressant.

2 Les différences entre les lois successorales internes sont en partie techniques – peut-être même en va-t-il ainsi de la différence entre la dévolution directe de la succession et son administration par une personne désignée à cet effet⁶⁴ – et reflètent en partie des conceptions différentes au sujet des intérêts méritant d'être protégés⁶⁵. Pour ce qui est de ces derniers, il semble y avoir: (1) un consensus de plus en plus grand sur la nécessité de protéger, d'une façon ou d'une autre, le conjoint survivant; (2) une tendance nouvelle à étendre cette protection au concubin survivant⁶⁶ et (3) dans les systèmes qui prévoient une protection légale des enfants, une tendance de plus en plus nette à mettre les enfants illégitimes et adoptés (en cas d'adoption plénière) sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes. Il semble cependant que des différences marquées subsistent entre les pays qui prévoient une réserve, un *Pflichtteil*, etc., pour les enfants (et parfois pour d'autres parents) et ceux qui ne le font pas.

3 Ces différences deviennent évidentes quand il apparaît qu'un testateur, dans ses dernières volontés, a privé, ou essayé de priver, son conjoint, un enfant ou un autre parent protégé par la loi A en disposant d'une façon autorisée par la loi B; la différence des lois régissant les successions *ab intestat* ne semble pas être une source majeure de conflits.

4 En ce qui concerne les droits du conjoint survivant, comme nous l'avons vu (*supra*, p. 146), on les considère pratiquement partout comme devant être protégés. Dans le cas où néanmoins la loi applicable ne lui donne pas la protection nécessaire, on pourrait concevoir que le for, s'il le désire, prévienne une mesure de compensation à titre divers et sous des formes qui pourraient varier d'un système à un autre (par exemple à titre d'aliments ou successoral). Evidemment un tel système ne devrait pas mettre en cause l'application normale des règles de conflits et ne devrait pas avoir comme conséquence une sorte de dépeçage. L'idée pourrait même être appliquée au concubin survivant.

⁶⁴ Voir l'«Annexe relative à la réponse du Royaume-Uni au Questionnaire de 1969», *supra*, p. 90, 91.

⁶⁵ Se pourrait-il que le manque apparent d'enthousiasme suscité jusqu'ici par la Convention de 1973 sur l'administration internationale des successions s'explique au moins en partie par le fait que celle-ci s'efforce de résoudre le problème technique des systèmes différents d'administration des successions sans s'attaquer aux divergences sous-jacentes d'intérêts, en matière de partage en particulier?

⁶⁶ Cf. Doc. pré-l. No 1, *supra*, p. 114.

5 Les réserves, *Pflichtteile*, etc. servant à protéger les enfants, représentent des techniques législatives qui sont souvent regardées d'un air désapprobateur par les juristes de *common law*. Cependant, on ne devrait pas fermer les yeux sur le fait que la légitime dans les pays de droit civil a rempli dans une large mesure le même rôle que le trust dans les pays de *common law* – ce qui est probablement l'une des raisons pour lesquelles le trust établi aux fins d'accommodements successoraux n'a pas été admis en droit civil⁶⁷. Ce qui amène à se demander si certains pays de *common law* qui éprouvent aujourd'hui des difficultés à accepter la réserve ne pourraient pas se montrer plus souples à l'égard de cette institution, notamment lorsqu'il n'y a pas de conflit avec les droits du conjoint survivant.

6 Comme nous l'avons vu (Document préliminaire No 1, *supra*, p. 112 et 114), certains systèmes juridiques connaissent une liberté limitée du testateur de choisir la loi applicable à sa succession⁶⁸. Il est évident qu'une liberté illimitée de choix pourrait inciter certains testateurs à choisir une loi qui permettrait d'échapper aux réserves attribuées aux parents proches, notamment aux enfants, par la loi qui serait applicable en l'absence d'une telle liberté de choix⁶⁹. D'un autre côté on ne devrait pas sous-estimer les avantages considérables que la *professio juris* offre également, notamment (1) la possibilité qu'une seule loi régisse la totalité de la succession, ce qui éviterait toutes les difficultés résultant de la scission; (2) la possibilité d'harmoniser la loi applicable au régime matrimonial et la loi régissant la succession; si une seule loi régit tant les relations patrimoniales entre les époux que la loi applicable aux droits successoraux du conjoint survivant, les problèmes complexes qui peuvent résulter de l'application de lois différentes à chacune de ces questions peuvent être évités.

7 Comme les notaires le suggèrent dans le rapport annexé, il pourrait être recommandable de limiter la liberté de choix du testateur à certaines possibilités, par exemple à la loi nationale du *de cuius* ou à la loi de son dernier domicile; mais il est aussi fait mention d'un choix en faveur de la loi du pays où les immeubles ou les meubles sont situés. On pourrait rapprocher ici l'article 3 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

La difficulté que les notaires perçoivent quant à la définition du dernier domicile du testateur ne paraît pas insoluble: l'article 3, alinéa 2 de la Convention de 1973 sur l'administration des successions pourrait servir d'exemple: le fait d'exiger une résidence habituelle de cinq ans au moins (ou de toute autre durée) précédant immédiatement le décès du testateur pourrait exclure toute manipulation des lois applicables.

Pour ce qui est de la notion de «domicile», la Convention devrait de toute évidence employer un concept autonome, les notions de domicile variant entre les différents systèmes. Il est probable que le choix se portera essentiellement sur la résidence habituelle avec ou sans élément stabilisateur complémentaire (voir Doc. pré-l. No 1, *supra*, p. 110). Dans cette dernière hypothèse,

⁶⁷ Voir W.F. Fratcher, *Int. Enc. of Comp. Law*, Vol. VI, Chap. 11, «Trust», No 110.

⁶⁸ Aux exemples donnés au Document préliminaire No 1, on peut ajouter maintenant la nouvelle loi en matière de droit international privé entrée en vigueur le premier septembre 1986 en République fédérale d'Allemagne et qui, à l'encontre du projet de loi, admet une *professio juris* très limitée. En effet, selon l'article 25, alinéa 2, le testateur peut (1) en ce qui concerne ses immeubles (2) situés en République fédérale d'Allemagne. (3) désigner la loi allemande comme loi régissant la succession (voir E. Jayme, «Das neue IPR-Gesetz – Brennpunkte der Reform», *IPRax* 1986, p. 265, aux p. 267-268).

⁶⁹ Par parenthèse, la liberté du choix de la loi compétente peut même aboutir à l'applicabilité d'une loi prévoyant une réserve qui n'existerait pas en vertu de la loi objectivement applicable. Cf. les observations de Beitzke dans *Lausanner Kolloquium*, *op. cit.* (note 53), p. 153.

and more generally from previous work of the Conference in the matter of decedents' estates, and what suggestions might be made with respect to a convention on the law applicable to decedents' estates? If we now submit a few reflections on a possible direction of the work to be done, it is merely in order to try to be of assistance to the experts and delegates in their preparations. In no way do these comments intend to limit the possible range of options from which experts and delegates may wish to choose.

1 The tradition-bound character of the law of inheritance (*supra*, Chapter I) contrasts with the growing internationalization of problems of inheritance (*supra*, Chapter II). The latter development makes unification of law an urgent practical necessity. The traditional character of the law of inheritance is, however, likely to resist unification at the level of substantive law. This suggests that, in the near future at least, there is no alternative but unification at the level of conflicts of laws, for which there is consequently an urgent need.

2 The differences between internal laws of succession are in part of a technical nature – perhaps even the difference between direct transmission of the estate and administration by a personal representative could be qualified as such⁶⁴ – in part they reflect different views on interests worthy of being protected.⁶⁵ As far as the latter are concerned, there seems to be (1) a growing consensus to protect, in some way or another, the surviving spouse, (2) an emergent trend to extend this protection to the surviving unmarried companion,⁶⁶ and (3) in those systems which provide for a statutory protection of children, a clear and growing tendency to put illegitimate and adopted children (in the case of full adoption) in an equal position to that of legitimate children. Sharp differences however seem to continue to exist between countries which do and which do not provide for a forced share, *Pflichtteil*, etc., for children (and sometimes for other relatives as well).

3 These differences become manifest when it appears that a testator, by testamentary disposition, has deprived, or intended to deprive, his spouse, a child or other relative protected under law A by disposing of property in a way permitted under law B; differences in intestate laws do not seem to cause any major source of conflicts.

4 To the extent that the rights of the surviving spouse are concerned, as we have seen (*supra*, p. 147), they are considered virtually everywhere to be in need of protection. If nevertheless the applicable law were not to protect him or her (sufficiently), one could imagine that the forum, if it so desires, accords some sort of compensation on grounds and in a form which might vary from system to system (for example, as maintenance, as right in the estate, etc.). Obviously, such a system should not disrupt the normal application of the conflicts rules and should not result in some form of *dépeçage*. Possibly the idea could be extended to the surviving non-married companion.

5 Indefeasible shares, *Pflichtteile*, etc., to protect children are statutory techniques which are sometimes frowned upon by common law lawyers as unduly restrictive of the testator's full freedom of disposition. It should not be overlooked, however, that to a certain extent the *légitime* in civil law countries has fulfilled the functions which the trust has fulfilled in common law countries – which has probably been one reason why the trust for purposes of estate planning was not received in the civil law.⁶⁷ This makes one wonder whether some common law countries which presently have difficulties in accepting the *légitime* for children could not be somewhat more open towards this institution, particularly in those cases where there is no conflict with the rights of the surviving spouse.

6 As we have seen (Preliminary Document No 1, *supra*, pp. 113 and 115), a number of jurisdictions admit a limited freedom for the testator to choose the law applicable to his succession.⁶⁸ It is obvious that unlimited freedom of choice might invite some testators to choose a law which would make it possible to escape indefeasible shares accorded to close relatives, in particular children, by the law which would be applicable in the absence of such freedom.⁶⁹ On the other hand, one should not ignore the considerable advantages which the *professio juris* also presents and which include (1) the possibility for one single law to govern the whole of the estate, thus avoiding all the complexities resulting from scission; (2) the possibility of harmonizing the law applicable to the matrimonial property regime and the law governing succession; if one single law governs both the marital property relations of the spouses and the law applicable to the rights of the surviving spouse upon death, the complex problems which may result from the application of different laws to each of these questions can be avoided.

7 As the notaries in the annexed report suggest, it may be advisable to limit the freedom of choice of the testator in certain respects, for example to the national law of the deceased or the law of his last domicile; but a choice for the situs of immovables or movables is also mentioned. One may compare here article 3 of the Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes.

The difficulty which the notaries see in defining the last domicile of the testator would not seem to be insoluble; article 3, paragraph 2, of the 1973 Convention on the Administration of Estates of Deceased Persons could serve as an example here: a requirement of habitual residence of not less than five years (or any other period) immediately prior to the testator's death should exclude manipulation with applicable laws.

As far as the concept of 'domicile' is concerned, the Convention would probably have to use an autonomous concept as the concepts of domicile in various systems differ one from another. Probably the basic choice will have to be between habitual residence with or habitual residence without a further element adding stability, *cf.* Preliminary Document No 1, *supra*, p. 111. In the latter

⁶⁴ See 'Appendix to the Reply of the United Kingdom to the 1969 Questionnaire', *supra*, pp. 90, 91.

⁶⁵ Could it be that the apparent lack of enthusiasm shown thus far for the 1973 Convention Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons is at least partially to be explained by the fact that it attempts to solve the technical problem of differences in machinery for the administration of decedents' estates without dealing with the underlying differences in interests of distribution in particular?

⁶⁶ *Cf.* Preliminary Document No 1, *supra*, p. 115.

⁶⁷ *Cf.* W. F. Fratcher, *Int. Enc. of Comp. Law*, Vol. VI, Ch. 11, 'Trust', No 110.

⁶⁸ To the examples mentioned in Preliminary Document No 1, one may now add the new Statute on Private International Law which entered into force on 1 September 1986 in the Federal Republic of Germany and which, contrary to the Draft, allows for a – very limited – *professio juris*. According to article 25, paragraph 2, the testator may (1) in respect of his immovable property (2) located in the Federal Republic of Germany, (3) choose German law as the law governing the succession (see E. Jayme, 'Das neue IPR-Gesetz – Brennpunkte der Reform', *IPRax* 1986, p. 265, at pp. 267-268).

⁶⁹ Incidentally, freedom of choice of the applicable law may even result in the applicability of a law providing for a forced share which would not exist under the objectively applicable law, *cf.* obs. Beitzke in: *Lausanner Kolloquium*, *op. cit.* (note 53), p. 153.

un choix complémentaire pourrait s'opérer entre l'adjonction d'un élément subjectif concernant l'intention de demeurer en un certain lieu pendant une période indéterminée ou un élément objectif⁷⁰.

8 La nouvelle Convention, tout comme les Conventions de La Haye modernes en général, aura probablement un caractère universel, c'est-à-dire ses règles s'appliqueront même si la loi désignée n'est pas la loi d'un Etat contractant. Ceci impliquerait qu'en fonction de la nationalité ou du domicile du testateur ou même du lieu de la situation des biens, un testateur pourrait désigner la loi d'un Etat qui n'est pas Partie à la Convention. Certains Etats, y compris ceux qui viennent d'introduire une forme limitée de *professio juris* dans leur système de conflit de lois, pourraient, au moins à cette étape des travaux, préférer limiter la liberté de choix aux seules lois des Etats contractants de la Convention. Une telle limitation, par réserve ou déclaration, est tout à fait concevable et paraît techniquement possible.

9 Dans la mesure où aucun choix de loi applicable n'est fait ou autorisé, il a été suggéré que, lorsque le défunt se rattache à un certain pays par sa nationalité et son dernier domicile – cas le plus fréquent dans la pratique – il y aurait avantage à appliquer la loi interne de succession dudit pays⁷¹. Cette proposition est appuyée dans un long Rapport fondé sur un Questionnaire établi par le notaire espagnol V. L. Simó Santonja, et semble également être accepté par la Commission des Affaires Européennes de l'Union internationale du Notariat latin. Une telle solution obligerait les Etats dont la loi prévoit le principe de scission à admettre une exception pour le cas où la loi nationale et celle du dernier domicile coïncident. Toutefois, le plus souvent les biens immeubles situés dans lesdits Etats constitueraient une masse successorale distincte (des résidences de vacances et de retraite etc.), de sorte que le sacrifice ne serait pas très grand.

10 Dans le cas où le pays de la nationalité et celui du dernier pays ne coïncident pas, le Mémoire Droz suggérerait de s'inspirer de la Convention de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile⁷². Lorsque l'Etat du dernier domicile prescrit l'application de la loi nationale, mais que l'Etat de la nationalité prescrit celle de la loi du domicile, la loi interne du dernier domicile l'emporterait. Elle l'emporterait aussi lorsque aussi bien l'Etat du dernier domicile que celui de la nationalité prescrivent l'application de la loi du domicile. Quand les deux Etats prescrivent l'application de la loi nationale, la loi interne de la loi nationale s'appliquerait.

M. Simó Santonja propose une autre solution qui est, d'une certaine façon, moins ambitieuse, parce qu'elle repose sur le respect des règles de conflit existantes; selon lui le conflit entre les systèmes devrait être résolu en assignant la part de succession située dans le pays de la nationalité aux règles de conflit du pays de la nationalité, la part située dans le pays du dernier domicile aux règles de conflit de ce pays, et la part située dans un pays tiers aux règles de conflit du pays de la nationalité du testateur.

⁷⁰ Comme exemple de celui-ci, nous pourrions citer l'article 65 du *Civil Jurisdiction and Judgments Act* du Royaume-Uni, 1982, section 41, qui définit le domicile d'une personne au Royaume-Uni aux fins de cette loi comme sa résidence au Royaume-Uni, pour autant que «le caractère et les circonstances de sa résidence indiquent qu'elle a un lien de rattachement substantiel avec le Royaume-Uni».

⁷¹ Voir G. A. L. Droz, «Orientation des études relatives à certains problèmes du droit des successions», *Actes et documents de la Douzième session*, p. II-7 et suivantes (à la p. II-10-12).

⁷² Voir *Actes et documents de la Douzième session*, p. II-12-13.

Si ce système présente l'avantage de n'exiger que peu d'aménagements des règles de conflit existantes, il présente l'inconvénient évident de conduire à un morcellement de la succession alors que, comme nous l'avons vu, la tendance en droit comparé des conflits est plutôt en faveur de l'unité⁷³.

C'est là, manifestement, le domaine où les décisions les plus délicates devront être prises non pas néanmoins dans l'abstrait, mais compte tenu des intérêts qui sous-tendent les lois applicables se trouvant en conflit.

Par ailleurs, une limitation du champ d'application de la Convention au cercle des Etats contractants, pour les Etats qui le désirent (*cf. supra*, No 8), pourrait également être envisagée pour la loi objectivement applicable.

11 Un problème qui demande une réflexion spéciale est celui de la délimitation entre la loi successorale et les lois régissant d'autres sujets qui peuvent empiéter sur la loi successorale, notamment la loi régissant la dévolution de la succession et la loi applicable au régime matrimonial⁷⁴. Au cas où le mariage prend fin suite à la mort d'un conjoint et la partition des biens matrimoniaux coïncide avec la dévolution de la succession ou d'une partie de celle-ci au conjoint survivant, des problèmes difficiles peuvent se présenter par rapport à la question de savoir comment séparer les deux opérations si des lois différentes s'appliquent. Comme nous l'avons suggéré, ceci constitue un argument majeur en faveur de l'admission d'un choix limité par le testateur, parce que ceci lui permet de relier la loi successorale à la loi régissant le régime matrimonial⁷⁵.

⁷³ Voir Document préliminaire No 1, *supra*, p. 106. On peut noter que le 10 septembre 1986 la *Scottish Law Commission* a publié un Mémoire No 71, sur la réforme de la loi successorale en Ecosse qui inclut également des propositions en matière de droit international privé. Ce qui est surtout intéressant, c'est la proposition de la Commission (à la p. 108) selon laquelle «la loi du dernier domicile du *de cuius* devrait régir la dévolution de la totalité de sa succession (meubles et immeubles) où qu'elle soit située».

⁷⁴ Voir Document préliminaire No 1, *supra*, p. 114.

⁷⁵ De même d'ailleurs que la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, dans les limites de l'autonomie de la volonté des époux, leur permet au cours du mariage de faire coïncider leur régime matrimonial avec une loi successorale prévisible.

case, a further choice may have to be made between adding either a subjective requirement of intention to stay in a certain place for an indefinite period or any objective requirement.⁷⁰

8 The new Convention, like modern Hague Conventions generally, is likely to be of a universal character, *i.e.* its rules will apply even if the law designated is not the law of a Contracting State. This would mean that, depending on the nationality of domicile of the testator or, possibly, the situs of the property, a testator might designate the law of a State which is not a Party to the Convention. Some States, including those which have only recently introduced a limited form of *professio juris* into their conflicts system, might, at least at this stage, prefer not to extend freedom of choice beyond the laws of the Contracting States to the Convention. Such a limitation, by a reservation or a declaration, is conceivable and would seem technically feasible.

9 To the extent that no valid choice of law is made or permitted, it has been suggested earlier that where the decedent is connected both by his nationality and his last domicile with a certain country – the case which occurs most frequently in practice – there would be much to be said for the application of that country's internal law of succession.⁷¹ This proposal is supported in an extensive report based upon a questionnaire drawn up by the Spanish notary, Dr V. L. Simó Santonja, and would seem also to be accepted by the Commission for European Affairs of the International Union of Latin Notaries. This solution would require States which adhere to the scission principle to make an exception for the case where nationality and last domicile of the testator coincide. More often than not, however, the immovable estate situated in those States would constitute an isolated object (a holiday or retirement home, etc.), so that the sacrifice would not be substantial.

10 Where the country of nationality and that of the last domicile do not coincide, the Droz Memorandum suggested to draw inspiration from the 1955 Convention to regulate conflicts between the law of nationality and the law of domicile.⁷² Where the State of the last domicile prescribes the application of the decedent's national law, but the State of his nationality designates the law of his last domicile, the internal law of the State of the last domicile would prevail. The latter would also prevail when both the State of the last domicile and the State of nationality prescribe the application of the law of the last domicile. When both prescribe the application of the national law, the internal national law should apply.

Mr Simó Santonja proposes another solution which is in a way less ambitious, because it is based on respect for existing conflict rules, the conflict between systems, in his view, should be solved by assigning the part of the estate situated in the country of nationality to the conflict rules of the country of the nationality, the part situated in the country of last domicile to the conflict rules of the country of last domicile, and the part situated in a third country to the conflict rules of the country of the testator's nationality.

While this system has the advantage of requiring little in terms of modification of existing conflict rules, it has the obvious drawback of leading to a fragmentation of the estate – and as we have seen the trend in comparative conflicts law is rather towards unity.⁷³ Obviously, this is the area where most difficult decisions must be taken, not *in abstracto*, however, but by taking into account the interests which lie behind the conflicting applicable laws.

Moreover, a limitation of the Convention's scope to the circle of Contracting States, if a State so desires (*cf. supra*, No 8), could also be envisaged for the law which is applicable in the absence of a choice.

11 A problem requiring special attention is that of delimitation between the laws of inheritance and laws governing other subject-matters which may interfere with the law of succession, in particular between the law governing the devolution of the estate and the law governing the matrimonial property regime.⁷⁴ When the marriage ends as a result of the death of one spouse and the dissolution of marital property coincides with the devolution of the (part of the) estate which devolves upon the surviving spouse, difficult problems may arise as to how one should draw the line between the two operations if different laws apply to them. This is, as we have suggested, a major argument in favour of admission of a limited choice of law by the testator, as this allows him to key the law of succession to the law governing the matrimonial property regime.⁷⁵

⁷⁰ As an example of the latter, we could cite article 65 of the U.K. Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, section 41, which defines a person's domicile in the U.K. for the purposes of the Act as his being resident in the U.K. provided that 'the nature and circumstances of his residence indicate that he has a substantial connection with the U.K.'

⁷¹ See G. A. L. Droz, 'Preliminary investigation into some problems arising in the Law of Succession', *Actes et documents de la Douzième session*, p. II-7 *et seq.* (at pp. II-10-12).

⁷² See *Actes et documents de la Douzième session*, pp. II-12-13.

⁷³ See Preliminary Document No 1. *supra*, p. 107. It may be noted that on 10 September 1986 the Scottish Law Commission published a Memorandum, No 71, on Reform of the Law of Succession in Scotland which also contains proposals on private international law. Of particular interest is the Commission's proposal (at p. 108) that 'the law of the deceased person's last domicile should regulate the devolution of his or her whole estate (immovables and movables) wherever situated'.

⁷⁴ See Preliminary Document No 1. *supra*, p. 115.

⁷⁵ Just as the 1978 Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, to the extent that it permits the spouses to choose the applicable law, makes it possible for them even during the marriage to ensure that the law governing their marital property relations coincide with a previsible law of succession.

Union Internationale du Notariat Latin – Commission des Affaires Européennes (CAE)

RÉSUMÉ DES DISCUSSIONS DE LA SOUS-COMMISSION DE LA CAE SUR LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES, VIENNE, 22 MAI 1986

Présents: les notaires suivants:

Mes J. Aussedat et P. Chardon, France
V. L. Simó Santonja, Espagne
A. Necker et P. Zahnd, Suisse
H. H. Hellge et R. Hoffmann, Allemagne (République fédérale)
F. Clamote, Portugal
U. Caprara et L. Milone, Italie
M. Iatrou, Grèce
R. A. D. Urquhart, Londres
R. Bertram, Ecosse
A. H. M. de Jong et A. L. G. A. Stille, Pays-Bas, et
J. H. A. van Loon, secrétaire au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé

Sous la présidence de Me Simó Santonja, un tour de table a été fait sur les sujets suivants:

A *La fréquence des problèmes de dévolution successorale avec éléments d'extranéité, l'augmentation prévue de ces problèmes, et la nécessité d'arriver à des règles uniformes de droit international privé*

1 L'augmentation des successions pour lesquelles des règles de droit international privé doivent être appliquées est manifeste, cette augmentation se produira à l'avenir avec une progression géométrique.

Elle est due à

- la migration des travailleurs (tous les pays, soit comme pays d'origine, soit comme pays d'accueil). Par exemple, au Luxembourg, 28% de la population est de nationalité étrangère.
- les mariages internationaux et les acquisitions de double nationalité.
- les frontières politiques divisant les régions de cohérence économique ou d'unité linguistique des autochtones: le territoire de la Sarre (Allemagne-France), la plaine alsacienne-rhénane (*id.*), les régions des Flandres et de la Campine (Belgique-Pays-Bas).
- l'acquisition de résidences primaires ou secondaires dans les pays à climat favorable (Espagne, France, Italie et Portugal): 75% des appartements aux îles Canaries sont la propriété d'étrangers, surtout allemands et scandinaves; à la Costa del Sol il y a beaucoup de propriétaires anglais et arabes, aux Baléares des propriétaires anglais et allemands. Les acquisitions ont été faites à partir de 1960; les premiers acheteurs sont déjà âgés, leur mortalité va s'accroître.
- le désir de diversifier le lieu des placements (Allemagne, Angleterre, Pays-Bas), même si ce placement a été en infraction aux prescriptions sur les devises étrangères (France).

Ces placements échappent à toutes les statistiques officielles, s'ils sont faits en meubles: titres, créances, dépôt en comptes-épargne. Les notaires les rencontrent fréquemment.

- les postes de travail en pays étrangers créés par les sociétés multinationales, et par les autorités supra-nationales comme la CEE, l'ONU, le Conseil de l'Europe, et leurs bureaux affiliés. Si en matière de domicile fiscal, ces fonctionnaires jouissent d'un statut spécial, leur domicile civil se trouve très souvent dans le pays où la fonction est exercée.

2 Les problèmes de conflit de lois se présentent notamment si le *de cuius* a fait des dispositions testamentaires qui sont incompatibles avec le droit applicable, notamment en ce qui concerne

- la réserve des descendants et
- une limitation de la part successorale d'une épouse en secondes noces, s'il y a des descendants d'un mariage antérieur;
- la réserve du conjoint survivant
- ou les «*Pflichtteile*» et autres droits à une provision alimentaire

puisque en ces matières les différences entre les législations nationales sont les plus grandes.

Le désir des testateurs de déroger à une dévolution *ab intestat* est stimulé par l'augmentation du nombre de mariages consécutifs, et par là les nuances dans les liens familiaux entre parents et enfants.

Sans règles adéquates de droit international privé, il y aura inégalités ou incertitudes.

3 Quelques autres exemples pris directement de la pratique.

a Un Néerlandais domicilié en Australie laisse des biens en Australie et des biens mobiliers aux Pays-Bas. La veuve habite en Australie, les enfants habitent aux Pays-Bas. Par testament le défunt a institué son épouse légataire universelle.

La réserve du droit néerlandais ne peut pas être invoquée par-devant le juge australien. Cependant, le certificat de notoriété établi par le notaire néerlandais applique le droit néerlandais et la réserve du droit néerlandais.

b Un Néerlandais, domicilié aux Etats-Unis, a des biens meubles aux Etats-Unis, et en divers pays d'Europe, dont les Pays-Bas et la Suisse. L'existence de ses placements hors des Etats-Unis n'y est pas connue. Par deux testaments séparés il institue son fils habitant également les Etats-Unis comme légataire universel de ses biens aux Etats-Unis, il institue sa fille résidant en Europe légataire universelle de ses biens dans le reste du monde.

Le legs des biens situés aux Etats-Unis sera effectif sans recours de la fille puisque la loi américaine ne connaît pas de réserve.

Dans les pays où la dévolution est soumise à la loi nationale du testateur, le fils pourrait faire valoir sa réserve et déjouer les intentions du testateur.

Annex

International Union of the Latin Notariat – Commission of European Affairs (CEA)

SUMMARY OF THE DISCUSSIONS OF THE CEA'S SUB-COMMITTEE ON INTERNATIONAL ESTATES OF DECEASED PERSONS, HELD IN VIENNA 22 MAY 1986

Present: the following notaries:

J. Aussedat and P. Chardon, France
V. L. Simó Santonja, Spain
A. Necker and P. Zahnd, Switzerland
H. H. Hellge and R. Hoffmann, Germany (Federal Republic)
F. Clamote, Portugal
U. Caprara and L. Milone, Italy
M. Iatrou, Greece
R. A. D. Urquhart, London
R. Bertram, Scotland
A. H. M. de Jong and A. L. G. A. Stille, Netherlands, and J. H. A. van Loon, Secretary at the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law

Under the chairmanship of Mr Simó Santonja, a round-table discussion was held on the following subjects:

A The frequency of problems of succession upon death with foreign elements, the expected increase of these problems, and the necessity of achieving uniform rules of private international law

1 The increase of the number of estates of deceased persons for which rules of private international law must be applied is clear and this increase will continue in the future with a geometrical progression.

The increase is due to

– migration of workers (every country, either as a country of origin or as a receiving country).

For example, in Luxembourg, 28% of the population is of foreign nationality.

– international marriages and acquisitions of dual nationality.

– political frontiers dividing regions which are economically coherent or which have linguistic unity among the indigenous people: the territory of the Saar River (Germany-France), the Rhine-Alsatian plain (*id.*), the regions of Flanders and the Campine (Belgium-the Netherlands).

– the acquisition of primary or secondary residences in countries with a favourable climate (France, Italy, Portugal and Spain): 75% of the apartments in the Canary Islands are owned by foreigners, particularly Germans and Scandinavians; on the Costa del Sol there are many English and Arabian property owners, in the Balearics English and German property owners.

The acquisitions have been made beginning in 1960; the first buyers are already elderly and their mortality rate will increase.

– the desire to diversify the locations of investments (Germany, England, the Netherlands), even if these investments have been made in violation of currency exchange regulations (France).

These investments do not show up in the official statistics if they are made in movables such as: stocks, bonds, savings account deposits. Notaries come across them frequently.

– postings for employment in foreign countries created by the multinational companies and by supranational authorities such as the EEC, the United Nations, the Council of Europe and their associated offices. Although these officials have a special status as regards their domicile for tax purposes, their domiciles for the purpose of civil law are often located in the country where the official functions are exercised.

2 Problems of conflicts of laws arise in particular if the decedent has made testamentary dispositions which are incompatible with the applicable law, in particular as concerns

– the indefeasible shares reserved for his descendants and

– a limitation on the share of the estate which may pass to the wife of a second marriage if there is issue surviving from a previous marriage;

– the indefeasible share of the surviving spouse

– or the '*Pflichtteile*' and other rights to a maintenance allowance,

since in these matters the difference between national legislations are the greatest.

The desire of testators to derogate from the devolution of the estate by intestacy is stimulated by the increase in the number of consecutive marriages and by the resulting nuances in the family ties between parents and children.

Without adequate rules of private international law there will be inequality or uncertainty.

3 Some other examples taken directly from practice:

a A Dutchman domiciled in Australia leaves property in Australia and movable property in the Netherlands. The widow lives in Australia, the children live in the Netherlands. By will the decedent has left everything to his wife.

The children's indefeasible share cannot be relied upon before the Australian court. However, the certificate of heirship drawn up by the Dutch notary will apply Dutch law and the indefeasible shares of Dutch law.

b A Dutchman domiciled in the United States has movable property in the United States and in various European countries, including the Netherlands and Switzerland. The existence of his investments outside of the United States is not known there. By two separate wills he leaves to his son, who also lives in the United States, all of his property in the United States and he leaves to his daughter, who lives in Europe, all of his property in the rest of the world.

The legacy of the property located in the United States will be effective and the daughter will have no rights in it, since American law does not provide an indefeasible share for children.

In the countries where the succession to the property is governed by the testator's national law, the son may claim his indefeasible share and defeat the testator's intentions.

4 Il s'agit en grande majorité de personnes dont le volume de la succession ne permettra pas d'avoir recours aux autorités judiciaires pour faire décider en plusieurs instances quel droit est applicable et quelle solution s'ensuit de l'application de ce droit; d'autant plus qu'une telle procédure doit souvent être introduite dans plusieurs pays, et que les différents for nationaux peuvent en arriver à une solution différente qui n'est pas reconnue dans le pays d'application. Par exemple, la diversité des opinions au sujet du renvoi et qui se présente en ce moment par exemple entre l'Espagne et la France, empêche l'application dans le registre foncier d'une décision du tribunal français compétent comme for du dernier domicile, sur les biens immeubles situés en Espagne.

B *La professio juris par le testateur comme solution, et comme moyen de jeter un pont entre les différents systèmes*

1 La possibilité que le testateur déclare à quelle loi nationale la dévolution de sa succession sera soumise est souhaitée par la majorité des notaires présents. Pourtant le délégué d'un pays émet la crainte qu'un tel choix permettra à un testateur de soustraire la dévolution de sa succession aux règles impératives du droit applicable suivant le système en vigueur.

2 De l'avis de la majorité, la *professio juris* devrait être limitée:

a au droit national ou au droit du dernier* domicile**; sont en faveur six pays; et

b ouvrir également la possibilité de choisir la loi de la situation des biens concernés, immeubles ou meubles; sont en faveur deux autres pays.

3 ad* «dernier» domicile

Le mot «dernier» implique que la situation au décès déterminera la validité du choix.

A première vue, cette opinion est estimée attractive puisqu'elle pourrait faciliter la vérification de la validité du choix.

Cependant, la situation au moment du décès pourra être fortuite – pensons aux cures et traitements spécialisés pour lesquels il faut faire un long séjour dans un autre pays – ce qui fait que la situation au moment de déclarer son choix pourrait être acceptée.

4 ad** «domicile»

Dans ce contexte: qu'est-ce que l'on entend par «domicile»?

Les délégués de certains pays expriment leur préférence pour la notion de résidence habituelle.

Un délégué suggère de préciser que la résidence où le défunt est inscrit dans les registres officiels prévaut.

Cependant, d'autres pays font remarquer que les conditions d'inscription et les registres ne sont pas identiques, et qu'on craint l'exclusivité de la preuve par ces registres.

A cause de l'existence d'une réserve sur les biens immeubles, la notion de «résidence habituelle» créera des problèmes pour l'Ecosse. Les Ecossais déplacent facilement le lieu de leurs activités, tout en restant domiciliés en Ecosse.

5 Pour les cas de plurinationalité (fréquents notamment dans la Sarre) il y a une raison de plus de permettre la *professio juris*.

Le critère néerlandais de la nationalité effective qui est décisive, est susceptible de laisser des incertitudes.

C *L'unité versus la scission de la loi applicable. Est-ce que l'on veut, est-ce que l'on peut, sanctionner l'unité de la loi successorale, et dans l'affirmative, comment?*

A première vue l'opinion générale préfère l'unité de la loi applicable. Ce système éviterait les compensations entre héritiers, et les problèmes de prélèvement et de rétorsion. Les règles existantes en ces matières ont démontré un manque d'efficacité (Pays-Bas) et des complications extrêmes dans leur application.

Ces conclusions résultent d'une étude de droit comparé que la CAE a faite en 1975.

Cependant si ce système rencontrait trop d'opposition, plusieurs pays seraient prêts à accepter des exceptions au principe de l'unité, notamment pour les biens immeubles. En effet, selon l'avis général, l'uniformité internationale des règles de conflit est tellement souhaitable que le système à établir (unité, unité tempérée ou même scission) est d'une importance secondaire par rapport à cet objectif primordial.

D *Quelle est l'attitude des praticiens vis-à-vis du mécanisme du renvoi en matière successorale?*

Exclure de la loi applicable les règles de droit international privé, donc exclure le renvoi au premier degré pourrait éviter beaucoup de problèmes (tous les pays). D'après l'opinion de plusieurs notaires, cette exclusion est la condition même pour rendre efficace la *professio juris* et pour garantir l'uniformité des solutions, et par conséquent obtenir de cette manière la sécurité juridique souhaitée.

Deux pays font remarquer qu'il y aurait intérêt de distinguer les cas de renvoi au premier degré des cas de renvoi au deuxième degré; la nécessité d'avoir des règles identiques pour ces deux cas n'étant à leur avis pas évidente.

Les discussions ont eu pour but de sonder, de manière générale, l'opinion des praticiens.

Il s'agit d'un premier sondage, ayant trait aux vœux des praticiens sur les règles à créer (*de lege ferenda*).

Ce sondage a été précédé par la présentation des sujets discutés dans un questionnaire qui a été proposé aux membres de la sous-commission (y compris la Belgique, l'Irlande, le Luxembourg et la Turquie) en novembre 1985.

A. H. M. DE JONG

4 These are in their great majority persons with smaller estates, the size of which will not bear the cost of initiating court proceedings to decide at the trial and appellate levels what law is applicable and what results will follow from the application of this law; this is particularly so since such proceedings would have to be initiated in several countries and the different national fora may reach different results which are not recognized in the countries where they are to be applied. For example, the diversity of opinions on the subject of renvoi, which exist at this time for example between France and Spain, prevent the recording in the real estate registry of a decision of the French court, which has jurisdiction as the court of the last domicile, dealing with immovable property located in Spain.

B The choice of law by the testator as a solution and as a means of bridgebuilding between different systems

1 The possibility for the testator to declare what national law will govern the succession to his estate is desired by the majority of notaries present. However, the delegate from one country expressed the fear that such a choice would permit a testator to bring the succession to his estate out from under the mandatory rules of the law applicable under the system presently in force.

2 In the opinion of the majority the choice of law should be limited:

a to the national law or to the law of the last* domicile**: six countries in favour; and

b in addition, to the law of the place where the property involved is located, whether it be immovable or movable: two other countries are in favour of this solution.

3 *The 'last' domicile

The word 'last' implies that the situation at the time of death will determine the validity of the choice.

At first sight this approach is considered to be attractive since it may facilitate the verification of the validity of the choice.

However, the situation at the time of death may be fortuitous – we are thinking about curative environments and specialized medical treatments for which it is necessary to stay for a long time in another country – which might make the situation at the time when the testator declares his choice acceptable.

4 **'Domicile'

In this context, what is meant by 'domicile'?

The delegates of certain countries expressed their preference for the concept of habitual residence.

One delegate suggested making it clear that the residence where the decedent is listed in the official registers prevails.

However, other countries pointed out that the requirements for being listed in the registers are not identical, and thus there would be reason for concern if these registers were to be the exclusive means of proof of domicile.

Because of the existence of an indefeasible share for children in immovable property, the notion of 'habitual residence' would create problems for Scotland. The Scots readily change the places of their activities while remaining domiciled in Scotland.

5 For cases of multiple nationality (particularly frequent in the Saar) there is an additional reason to permit a choice of law by the testator.

The Dutch criterion of effective nationality, which is decisive, may leave uncertainty.

C Unity as opposed to scission of the applicable law. Do we want, and can we bring about, sanctions to enforce the unity of the law governing succession, and, if so, how?

At first sight lawyers generally prefer the unity of the applicable law. This system would avoid set-offs between heirs and the problems arising from the assertion by nationals of prior rights in property located in their State and from measures of retaliation. The present rules on these points have shown a lack of efficacy (the Netherlands) and extreme complications in their application.

These conclusions result from a comparative law study that the CEA made in 1975.

However, if this system met with too much opposition, several countries would be ready to accept exceptions to the principle of unity, particularly for immovable property. Indeed, the general opinion is that international uniformity of conflict rules is so desirable that the system to establish (unity, moderated unity or even scission) is of secondary importance in comparison to this fundamental objective.

D What is the attitude of practitioners in respect of the mechanism of renvoi in matters of succession?

To exclude from the applicable law the rules of private international law, and thus to exclude renvoi to the first degree, might avoid many problems (all countries). According to the opinions of several notaries, this exclusion is even the condition which is necessary to render the choice of law by the testator efficacious, and in order to guarantee the uniformity of solutions and thus obtain in this manner the legal security which is desired.

Two countries noted that there would be an interest in distinguishing cases of renvoi to the first degree from cases of renvoi to the second degree; the necessity of having identical rules for these two cases was not clear in their opinion.

The discussions had as their purpose to sound out in a general way the opinions of practitioners.

This was a first sounding dealing with the practitioners' wishes as to the rules to be created (*de lege ferenda*).

This sounding was preceded by the presentation of the points discussed in a questionnaire, which was sent to the members of the sub-committee (including Belgium, Ireland, Luxembourg and Turkey) in November 1985.

A. H. M. DE JONG

Réponses supplémentaires des Gouvernements au Questionnaire*

Additional replies of Governments to the Questionnaire*

Document préliminaire No 3 de novembre 1986
Preliminary Document No 3 of November 1986

Australie/Australia

Australia has a federal system of government and the law of succession is governed by the various State and Territory jurisdictions. While there are potentially eight different laws of succession in the six States and two Territories of Australia, they are, at least so far as is relevant to the questionnaire, reasonably uniform and to most questions one answer can be given for the whole of Australia. Where there are differences from one jurisdiction to another the answers for each jurisdiction are given separately. The following abbreviations are used:

Cth - Commonwealth of Australia
NSW - New South Wales
VIC - Victoria
Qld - Queensland
WA - Western Australia
SA - South Australia
Tas - Tasmania
NT - Northern Territory
ACT - Australian Capital Territory

It is our belief that for the most part the Australian law corresponds to that of other common law countries.

Section I - Determination of the law applicable to the estate of a deceased person - Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY - SCISSION

- A No, Australia does not follow the unity principle.
- B Yes, all Australian jurisdictions follow the scission principle. The *lex domicilii* applies to movables and the *lex situs* to immovables.
- C The operation of these principles:
- a Not applicable.
- b Though there is little authority, the position probably is that the character of property is fixed at the time

* Pour une vue complète de la situation, les réponses des Gouvernements qui avaient déjà répondu au Questionnaire de septembre 1969 (Canada, États-Unis, Royaume-Uni; voir extrait des *Actes et documents de la Douzième session*, tome II, *supra*, p. 53-105) pourraient utilement être consultées.

For a complete view of the situation, the replies of the Governments which previously answered the Questionnaire of September 1969 (Canada, United Kingdom, United States; see extract of the *Actes et documents*, Twelfth Session, tome II, *supra*, pp. 53-105) may usefully be consulted.

of death and will be dealt with by the law of succession applicable at the time of death, even if those particular assets are converted into another form of a different character.

1 The doctrine of substitution probably is applicable. If immovable property is purchased in Country A with the movable assets of the estate which are governed by the law of Country B then this immovable property will be governed by the law of Country B. Likewise, if immovable property is sold by those administering the estate, the money proceeds will be distributed in accordance with the law of the immovable property.

2 Yes, in general specific devises carry with them accretions (income, interest etc) as from the date of death. Thus, income from immovable property is governed by the law applicable to that property.

3 This separation into different estates does not generally apply to the liabilities. However, a charge or mortgage on immovable (or movable) property is borne by that property and not by the entire estate unless the will evidences a contrary intention. Thus, the validity of claims against immovable property is determined by the law of the situs if the source of liability is the immovable property itself. For example: if the deceased were domiciled in Country A and left immovable property in Country B the validity of land tax or stamp duty levied on the land would be determined according to the laws of Country B.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Not applicable.

B Applicable law for countries which follow the scission principle -

a Immovables: the law of the place where they are situate.

b Movables: the law of the deceased's domicile at the time of death.

C General questions concerning the connecting factor -

a Countries where inheritance is governed at least in part by the national law of the deceased - inapplicable. The national law of the deceased is relevant to inheritance under Australian law only insofar as the formal validity of a will may be referred to the national law of the testator as one of the alternatives permitted under the various Wills Acts.

b Inheritance is governed, for movables at least, by the law of domicile.

The principles of English common law continue to apply to the determination of domicile, although they have been varied in important respects by the Domicile Acts, passed in identical terms by the States, the Northern Territory, and the Commonwealth. A copy of the *Domicile Act 1982* (Cth) is attached. (It will be seen that this Act also affects domicile for purposes of the law of the ACT - Section 3 (6).)

The Domicile Acts only apply where domicile is to be determined as at a date *after* commencement of the Acts. However, even prior to this, certain reforms had been effected by various statutes, e.g. *Marriage Act 1961* (Cth), *Family Law Act 1975* (Cth), and *Status of Children Acts* in various jurisdictions.

The basic rules for determining domicile are as follows. A person can acquire a domicile in one of the Australian

jurisdictions by origin, choice or dependence. Domicile of origin is that domicile ascribed to a person at birth by force of law and is generally the domicile of the father. The domicile of origin will continue until a different domicile of dependence, or by choice, is taken. Domicile of choice is acquired in a jurisdiction if a person is lawfully and voluntarily there with the intention of remaining indefinitely. Domicile of dependence, applicable to minors who have not yet been married, is the domicile of the parents or the parent with whom the minor has his or her principal home.

1 Domicile is still largely determined in accordance with rules of law, although factual considerations are more significant than they used to be. Domicile has been described as 'an idea of the law' and there are fixed and clear rules for establishing the domicile of origin and the domicile of dependency of a person. With regard to the domicile of choice, the rules are less technical and artificial than they used to be, but important rules still remain and the domicile of choice is dependent on both rules of law and questions of fact.

2 Some circumstances, which might at common law have given rise to a domicile that was purely fictitious, can no longer occur. For instance –

– At common law it was said that '[T]he domicile of origin always remains, as it were, in reserve, to be resorted to in case no other domicile is found to exist'. (*Udny v. Udny* (1869) LR 1 Sc 8 Div at 454) Thus after an emigrant leaves his adopted country he or she would lose this domicile of choice in that country, and his domicile of origin would revive, until he or she acquired a new domicile of choice. The rule now is that an existing domicile of choice continues until a new domicile of choice is created. (*Domicile Act* 1982 (Cth) section 7). This is similar to the position which has been accepted for some time in the United States (*Re Estate of Jones* 182 NW 227 (1921)). In general, courts nowadays are far less reluctant to conclude that a person has abandoned his domicile of origin.

– At common law a woman took the domicile of her husband, and thereafter her domicile changed automatically with that of her husband even if he deserted her and went to live in a different country. That position too has been altered by statute, and a married woman is now legally capable of establishing domicile independently of her husband. (*Domicile Act* 1982 (Cth) Section 6).

We are aware of one situation in which a domicile arises which is completely fictitious. The Domicile Acts make no specific provision for cases where a child is not living with either parent. It follows that a child who has had a principal home with one parent continues to follow the domicile of that parent when he or she ceases to live with the parent, even if the parent were to move to a different country (*Domicile Act* 1982 (Cth) Section 9(3)).

At least two (more or less) fictitious domiciles remain. They are the domicile of dependency of a child, and the domicile of a mentally incapacitated person.

D a Not applicable.

b Inheritance governed by domiciliary law of the deceased, but that country applies rules varying according to the personal status of the deceased – it is not clear that this case should be classified as 'failure' of the connecting factor. Unless there were some reason of public policy to the contrary, we would expect the court to apply the rules of the *lex domicilii* which were applicable given the status (e.g. religion) of the deceased. There is

authority on the point: in *Haque v. Haque (No 1)* (1962) 108 CLR 230 the court applied the Muslim law of succession as it applies in India.

c Not applicable.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A The doctrine of renvoi has been accepted by Anglo-Australian authority in relation to succession on death, for example in the Australian decision of *Simmons v. Simmons* (1917) 17 SR (NSW) (419). Renvoi has been applied both to succession to movable property (where the *lex domicilii* refers the issue back to the law of the forum or to the law of a third State) and to immovables (where the *lex situs* refers the question back to the *lex fori* or the law of a third State). The modern text writers tend to criticise the doctrine of renvoi and Dicey and Morris point out (Tenth Edn, at p. 80) that a superior court has yet to consider the matter. However, there is a dictum of the Privy Council accepting renvoi (see *Jaber Elias Kotia v. Katr Bint Jaryes Nahas* [1941] AC 413). If renvoi does exist as part of our law, there is a question as to whether we adopt a partial renvoi or the 'foreign court theory'. The cases are not conclusive on this point but favour the 'foreign court theory'. However, if both the forum and the foreign State concerned adopted the foreign court theory, there is the possibility of a perpetual ping-pong match with no obvious solution to renvoi.

a Not applicable, as Australian conflicts rules do not sanction the application of the national law of the deceased.

b Law of Country A (an Australian jurisdiction) sanctions the application of the domiciliary law (Country B) which in turn applies a renvoi to the law of A or C. In Australia the domiciliary law is applied only in relation to movables.

1 Law of Country B applies a renvoi to the law of A – This circumstance would arise for example if under the law of Country A (an Australian jurisdiction) Country B was the domicile, but under the law of Country B, the domiciliary law was applied and Country A was the domicile. The renvoi may be accepted and the case dealt with without any further examination of conflicts of law (single renvoi). This would be done on the basis that the renvoi was a reference to the domestic law of Country A. On the other hand our courts may again apply their conflict of laws rules and refer the matter to be dealt with by the law of Country B. While there is no binding or compelling authority for the latter solution, it has been chosen in the majority of cases in Australia. In general Australian courts would apply the 'foreign court theory' i.e. 'double renvoi' will be applied if it would be accepted by the foreign court.

2 Law of Country B applies a renvoi to the law of the situs of immovable property in A – would not arise as in Australia situation b could occur only in relation to movables.

3 Law of Country B applies a renvoi to C, which that Country would accept – an Australian court would attempt to apply the same law as that which would be applied in a court of the jurisdiction to whose law the Australian conflicts rules refer the matter. The law applicable would thus depend on the law applicable by the foreign court, including its conflicts rules. Thus, the further renvoi (transmission) to Country C would be accepted.

4 Law of Country B applies a renvoi to C, which that Country would not accept – consistently with the above answer, the courts of Country A (Australia) would apply the conflicts rules of B to determine whether the return renvoi (remission) from C should be accepted.

c Law of Country A (an Australian jurisdiction) sanctions the application of the law of the situs of an immovable in Country B, which in turn applies a renvoi to the law of A or C – this may occur, as Australian jurisdictions refer succession in relation to *immovables* to the *lex situs*.

1 Law of Country B applies a renvoi to the domiciliary law (A) – probably not acceptable to Country A (Australia). However, the ‘foreign court theory’ may apply.

2 Law of Country B applies a renvoi to the law of the situs of immovable property in A – apparently impossible: the situs cannot be in both countries.

3–4 See answers to equivalent items in *b* above.

d Our law appears to sanction the ‘foreign court theory’. However, as mentioned above there is no binding or compelling authority for this and the ‘foreign court theory’ has been soundly criticized by text writers and even by some judges who have applied it.

B a No, the nationality of an heir makes no difference to the extent to which the applicable law is applied.

b No, the domicile of an heir similarly makes no difference.

C a No, in general the deceased cannot by will or otherwise determine the law which will apply to administration and distribution of the estate. A testator can, however, determine the law which will govern the construction of his will. Also, there is some authority for the view that a testator can establish a *trust* by his will (testamentary trust) which is governed by a law designated in the will itself. (*Dacey and Morris* at p. 675).

b Restrictions on exercise of choice of law – see answer to *a* above.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§1 THE ‘RÉSERVE’, THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A The law of succession is historically part of the common law and, as in England, accords a *prima facie* right to dispose of all property by will. In all jurisdictions the common law has been modified by legislation which gives the courts power to make awards from the estate to certain eligible persons. Under Australian law there is no reserve as such, but the court has a discretion to vary the testamentary dispositions of the testator so as to make adequate provision for his family. The court only has jurisdiction under this legislation if the deceased was domiciled within the forum (in which case jurisdiction exists with respect to movable property), or if the deceased left immovable property within the forum (in which case jurisdiction exists with respect to such immovables).

The relevant legislation for each State and Territory is –

NSW Family Provision Act 1982

Vic Administration & Probate Act 1958

Qld Succession Act 1981

WA Inheritance (Family & Dependents Provision) Act 1972

SA Inheritance (Family Provision) Act 1972

Tas Testator’s Family Maintenance Act 1912

NT Family Provision Ordinance 1970

ACT Family Provision Ordinance 1969

This legislation is variously referred to as family provision or testator’s family maintenance (t.f.m.) legislation. A gift in contravention of the family provision legislation would not be valid. (See, for example, *Haque v. Haque (No 1)* (1962) 103 CLR 230). Thus the law governing succession may affect the amount of the testator’s estate that may be freely disposed of by him.

B Not applicable.

C a As mentioned above, dispositions of a testator will not be given effect insofar as they are invalid under the *lex domicilii* (in the case of movables) or the *lex situs* (in the case of immovables).

b The law governing succession is not relevant to a prior gift *inter vivos*. If the gift *inter vivos* was valid under the law governing the assignment of the property, then it would be recognized as valid in Australia. The only possible exception concerns a *donatio mortis causa*. There is a conflict of authority as to whether such a gift is to be regarded as an assignment *inter vivos* or a question of succession on death. See in *Re Korvine’s Trust* [1921] 1 Ch 343, in which Eve J. took the former view of the gift, saying at p. 348 –

‘... it is ... a gift subject to revocation by the act of the donor himself or by his recovery from illness. If he dies without revoking the gift the donee’s title is derived from the act of the donor in his lifetime and dates back to the date of that act.’

The fact that *donationes mortis causa* were considered part of the estate of the deceased for the purpose of administration of assets and the payment of death duty was considered irrelevant. Compare *Re Craven’s Estate* (1937) Ch 423, in which Farwell J. characterized such a gift as a testamentary disposition and applied English law as the law of the deceased’s domicile. However, by this law an effective parting with dominion was necessary to make the gift valid, and His Honour then referred to the *lex situs* to determine what was sufficient to pass the dominion.

D 1 The question assumes that the scission principle applies and that separate estates under the inheritance are governed by different laws. Application of the scission principle in Australia means that the *lex domicilii* applies with respect to movables and the *lex situs* with respect to immovables. If the *lex situs* and the *lex domicilii* are not the same then the provisions of a ‘reserve’ imposed by the *lex situs* will be applied with respect to immovables situated there, and the provisions of a ‘reserve’ imposed by the *lex domicilii* apply with respect to the movable estate of the deceased. Testator’s family maintenance provisions in Australian State legislation are consistent with this approach; if the *lex domicilii* is the law of an Australian State the t.f.m. provisions of that State will apply to the movable property of the deceased; if the *lex situs* is the law of an Australian State the t.f.m. provisions of that State will apply to the immovable property of the deceased.

2 Jurisdiction under the testator’s family maintenance provisions of the Australian States extends only to movables (if the deceased died domiciled within the jurisdic-

tion), and immovable property located within the jurisdiction. Other property of the deceased, such as immovable property located outside the jurisdiction, is not subject to the provisions. However, the fate of that property will be relevant in determining the entitlement of members of the deceased's family to relief under the t.f.m. provisions. An application for relief may only be made by a member of the deceased's family whose proper maintenance and support is not properly provided for by the will. The fate of the entire estate and the circumstances of the claimant will be taken into account in assessing entitlement. Under the example provided it is most unlikely that Secundus would be entitled to t.f.m. because of his entitlement to the immovable property in B.

3 In Australia, grants in respect of testator's family maintenance are calculated by reference to the net value of the deceased's estate after deducting all debts, testamentary and funeral expenses, and all other liabilities and charges. Administration of the estate, including settlement of all liabilities, is carried out in accordance with the *lex fori*. Where the assets of the estate are situated in more than one jurisdiction however, there will be a scission of administration and different assets of the estate will vest in different administrators or personal representatives. It is the duty of each personal representative to pay all debts which are enforceable within the forum, treating local and foreign creditors equally. (An exception exists in respect of foreign creditors who have already proved in foreign jurisdictions.) In other words, it appears that the personal representative's duties are not limited to debts owing within the jurisdiction or liabilities relating to property within the jurisdiction. (It should be remembered however that a charge or mortgage on particular property is borne by that property and not the estate generally.) Thus, in the case of the example given it would seem that the fact that the assets in Country B were not applied in settlement of the liabilities would not be a consideration affecting the value of the estate in Country A in respect of which Secundus might claim testator's family maintenance (*i.e.* the value of the estate would remain at 50).

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A Law determining transmission

Under Anglo-Australian law, the *lex fori* (which generally coincides with the *lex situs*) determines the administration of an estate. The practice is to appoint a personal representative (either the executor named in the will, or an administrator in the case of intestacy) who distributes the estate under the court's supervision. The title of a foreign personal representative will not be recognized. However, a foreign personal representative, particularly one appointed by the State of domicile, is likely to receive a grant in the forum as the Australian case of *Lewis v. Balshaw* (1935) 54 CLR 188 illustrates. (See Sykes and Pryles, *Australian Private International Law* at pp. 444-446.)

[As regards questions B, C and D following, we would expect Australian law to be in line with that in other common law countries.]

B Not applicable. The *lex fori* will govern administration of the assets.

C (Applicable to countries which apply the *lex fori*)

a *Hypothesis I.* (Person dies domiciled abroad so foreign law of succession applies to (movable) assets situate in *lex fori*)

1 Yes, these assets will be administered according to the *lex fori*. Administration in the forum is a separate administration governed by the *lex fori*, though it is clear that foreign creditors can lodge proof of their debts in the local administration. After all the debts have been paid, the surplus can be remitted to the State of domicile for distribution (see *Re Achillopoulos* [1928] Ch 433). If there are assets situate in more than one State there will be a scission of administration.

2 No, a grant of representation or other authority to represent a deceased person under the law of a foreign jurisdiction has no operation in an Australian jurisdiction.

3 Yes, the foreign representative may apply to the court for a grant of representation.

4 Yes, the extent of the representative's rights and duties is determined solely by the *lex fori*. This applies to the collection of assets of the deceased and the payment of his debts, including death duties. The *lex fori* governs until the administration of the estate is complete.

5 The Court will generally make a grant of representation and therefore make over the remainder of the estate to the persons competent to conduct the administration in the foreign jurisdiction where the deceased died domiciled. The making of such a grant is discretionary and if, for example, the foreign personal representative will distribute the estate in a way contrary to the public policy of the forum then a grant will be refused (*Bath v. British and Malayan Trustees* (1969) 90 WN (Pt 1) (NSW) 44).

b *Hypothesis II.* (*lex fori* governing administration is law of succession but (movable) assets abroad)

1 Yes.

2 If the deceased was domiciled in Australia and the assets situate abroad are movables then the *lex fori* claims to have extraterritorial effect with respect to those assets.

D Not applicable. As already noted, Australian jurisdictions do not apply the deceased's domiciliary law to administration of the estate.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

We take the question to be directed to the jurisdiction conceded to foreign courts to determine succession. Authority on this matter is scant.

a According to Dicey and Morris in Rule 95, the courts of a foreign country have jurisdiction to determine the succession to all movables, wherever situated, of a person dying domiciled in such country. This view would, undoubtedly, be followed in Australia.

b Dicey and Morris go on to state in Rule 96 that a foreign country has jurisdiction to determine the succession to all property of a deceased person which is situated in such country. This jurisdiction is unaffected by the domicile of the deceased. However, they give no authority for this proposition which would confer on a non-domiciliary court the power to determine succession to movable property situated within that State. The basis of that jurisdiction is jurisdiction *in rem* over prop-

erty, but it overlaps and conflicts with the domiciliary rule governing succession to movables. Rule 96 cannot be regarded as a statement of Anglo-Australian law, but merely as an expression of opinion as to what may be the case. See further, answer to (d) below: location of property within another forum may be grounds for a grant of representation, and thus indirectly for the conceding of jurisdiction regarding succession.

c No.

d Yes, jurisdiction of the Supreme Court to determine the succession to the property of any person depends on there being someone before the court who has obtained a proper grant of representation, for example, someone who has obtained a grant of probate or letters of administration.

In most Australian jurisdictions it is provided by statute that jurisdiction to grant representation exists where the deceased left real or personal property within the jurisdiction. In Queensland, the Northern Territory and the ACT a court can grant representation when the deceased left no property within the jurisdiction if the court is satisfied that the grant is necessary.

Generally, a foreign personal representative appointed or entitled to administer an estate in accordance with the *lex fori* will be given a grant in the forum unless there is some strong reason for not doing so, such as where the foreign representative is obliged to remit assets to the foreign State to pay foreign taxes. (See *Bath v. British and Malayan Trustees* [1969] 90 WN (Pt 1) (NSW) 44.) Further, if the deceased left immovable property in the forum, then a foreign personal representative constituted under the *lex domicilii* may not be given a grant.

e 1, 2, 3, 4 – these factors can only influence a court in Queensland, the Northern Territory and the ACT in so far as they are relevant to the question of whether the grant of representation is necessary. In the other jurisdictions they have no influence.

Annex

Domicile Act 1982 as amended by No 39 of 1983

An Act relating to domicile

BE IT ENACTED by the Queen, and the Senate and the House of Representatives of the Commonwealth of Australia, as follows:

Short title

1. This Act may be cited as the *Domicile Act 1982*.

Commencement

2. This Act shall come into operation on a date to be fixed by Proclamation.

Object and application

3. (1) The object of this Act is to abolish the rule of law whereby a married woman has at all times the domicile of her husband, and to make certain other reforms to the law relating to domicile, for the purposes of –

- (a) the laws of the Commonwealth; and
- (b) the laws of (including the common law in force in) each of the Territories to which this Act applies,

and this Act has effect, and shall be construed, accordingly.

(2) For the purposes of the application of this Act in relation to the laws of the Commonwealth, this Act has effect to the exclusion of the laws of any State, any Territory or any other country relating to any matters dealt with by this Act.

(3) For the purposes of the application of this Act in relation to the laws of a Territory to which this Act applies, this Act has effect to the exclusion of the laws of any State, any other Territory or any other country relating to any matters dealt with by this Act.

(4) For the purposes of the application of this Act in relation to a law of the Commonwealth that extends to an external Territory, this Act shall be deemed to extend to that Territory.

(5) Where a provision of a law of the Commonwealth refers to domicile in, or to domicile outside, Australia, the provision shall, for the purposes of the application of this Act, be taken to refer to domicile in, or to domicile outside, as the case may be, the area that constitutes Australia, within the meaning of that provision, considered as a single country.

(6) The Territories to which this Act applies are the Australian Capital Territory, the Jervis Bay Territory and the external Territories (if any) that are declared by the regulations to be Territories to which this Act extends.

Interpretation

4. (1) In this Act, unless the contrary intention appears – ‘adopted’ means –

(a) adopted under the law of a State, the Northern Territory or a Territory to which this Act applies relating to the adoption of children; or

(b) adopted under the law of any other country relating to the adoption of children, if the validity of the adoption is recognized under the law of a State, the Northern Territory or a Territory to which this Act applies;

‘child’ means a person who –

(a) has not attained the age of 18 years; and

(b) is not, and has not at any time been, married;

‘country’ includes any state, province or other territory that is one of 2 or more territories that together form a country;

‘union’ means any country that is a union or federation or other aggregation of 2 or more countries, and includes Australia.

(2) A reference in this Act to the parents of a child shall be read as including a reference to parents who are not married to each other.

Operation of Act

5. (1) The domicile of a person at a time before the commencement of this Act shall be determined as if this Act and the Domicile (Consequential Amendments) Act 1982 had not been enacted.

(2) The domicile of a person at a time after the commencement of this Act shall be determined as if this Act had always been in force.

(3) Nothing in this Act affects the jurisdiction of any

court in any proceedings commenced before the commencement of this Act.

Abolition of rule of dependent domicile of married woman

6. The rule of law whereby a married woman has at all times the domicile of her husband is abolished.

Abolition of rule of revival of domicile of origin

7. The rule of law whereby the domicile of origin revives upon the abandonment of a domicile of choice without the acquisition of a new domicile of choice is abolished and the domicile a person has at any time continues until he acquires a different domicile.

Capacity to have independent domicile

8. (1) A person is capable of having an independent domicile if –

- (a) he has attained the age of 18 years; or
- (b) he is, or has at any time been, married, and not otherwise.

(2) Sub-section (1) does not apply to a person who, under the rules of the common law relating to domicile, is incapable of acquiring a domicile by reason of mental incapacity.

Domicile of certain children

9. (1) Where, at any time –

- (a) a child has his principal home with one of his parents; and
- (b) his parents are living separately and apart or the child does not have another living parent, the domicile of the child at that time is the domicile that the parent with whom the child has his principal home has as at that time and thereafter the child has the domicile that that parent has from time to time or, if that parent dies, the domicile that that parent has at the time of death.

(2) Where a child is adopted, his domicile –

- (a) if, upon his adoption, he has 2 adoptive parents – is, at the time of the adoption and thereafter, the domicile he would have if he were a child born in wedlock to those parents; and
- (b) if, upon his adoption, he has one adoptive parent only – is, at the time of the adoption, the domicile of that parent and thereafter is the domicile that that parent has from time to time or, if that parent dies, the domicile that that parent has at the time of death.

(3) A child ceases to have, by virtue of sub-section (1), the domicile or last domicile of one of his parents if –

- (a) he commences to have his principal home with his other parent; or
- (b) his parents resume or commence living together.

(4) Where a child has a domicile by virtue of sub-section (1) or (2) immediately before he ceases to be a child, he retains that domicile until he acquires a domicile of choice.

(5) Where the adoption of a child is rescinded, the domicile of the child shall thereafter be determined in accordance with any provisions with respect to that

domicile that are included in the order rescinding the adoption and, so far as no provision is applicable, as if the adoption had not taken place.

Intention for domicile of choice

10. The intention that a person must have in order to acquire a domicile of choice in a country is the intention to make his home indefinitely in that country.

Domicile in a union

11. A person who is, in accordance with the rules of the common law relating to domicile as modified by this Act, domiciled in a union, but is not, apart from this section, domiciled in any particular one of the countries that together form the union, is domiciled in that one of those countries with which he has for the time being the closest connection.

Evidence of acquisition of domicile of choice

12. The acquisition of a domicile of choice in place of a domicile of origin may be established by evidence that would be sufficient to establish the domicile of choice if the previous domicile had also been a domicile of choice.

Regulations

13. The Governor-General may make regulations, not inconsistent with this Act, prescribing all matters required or permitted by this Act to be prescribed, or necessary or convenient to be prescribed, for carrying out or giving effect to this Act.

Argentine/Argentina

Viewpoints expressed by the Government of Argentina with reference to Preliminary Document No 1

i) Argentine general choice of law connection rule apparently follows the unity principle as regards the law applicable to a deceased person's estate based on the decedent's last domicile (articles 3283 and 3612 Civil Code).

Nevertheless, case law follows the scission principle where the estate is divided into Argentine immovables and movables with a permanent situs in Argentina which are governed by Argentine law and movables without a permanent situs in Argentina which are governed by the law of the decedent's last domicile (articles 3283 and 3612 Civil Code). See decisions in Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, 2nd ed. 1983, i, p. 505 *et seq.*, especially pp. 515 and 533 *et seq.* by way of exception, some judgments follow the decedent's last domicile as a connecting factor (*ibidem, loc. cit.*).

ii) The majority of the Argentine private international law doctrine favors the decedent's last domicile as a connecting factor. Domicile is determined by factual notions, *i.e.* habitual residence.

iii) The main principle of harmony of decisions should be followed applying *renvoi* as the 'foreign court theory'. Thus, the rule of the private international law of the decedent's last domicile should be applied in

order to achieve as harmonious decisions as effectiveness allows. It could be ineffective to apply the decedent's last domicile law regardless of the eventual recognition of a foreign judgment in the place of the decedent's last domicile and in the places where movables or immovables might be located. When considering the principle of effectiveness the eventual recognition of a foreign decision given at places where the decedent has left properties should be taken into account.

iv) A harmonization of decisions taken or recognized either at the decedent's last domicile or at the situs where he has left properties should be attempted. Harmony and effectiveness of decisions should be co-ordinated as harmoniously as effectiveness allows.

v) Although Argentine law does not provide for a choice of law by the testator, Argentina has no strong objection to consider this choice and to eventually favour the *professio juris*.

vi) A cumulative jurisdiction of both the decedent's last domicile and of the situs where he has left properties is the basic jurisdictional approach.

These guidelines reflect Argentina's preliminary standpoints which will be elaborated later.

Canada (Québec)

[*Note du Bureau Permanent*: Ce texte reprend en français les réponses du Québec incluses dans le document de 1970 soumis par le Canada; en italiques figurent les changements ou précisions qui ont été apportées en 1986.]

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSIION

A Non.

Aucun changement.

B Oui, aux fins du droit international privé, l'article 6 du Code civil, qui consacre le principe de la scission, s'applique.

Aucun changement.

C b Oui.

Aucun changement.

b 1, 2, 3 *Toutes ces questions relèvent de la loi successorale*

1 La subrogation réelle s'applique probablement. Ainsi, dans le cas d'une succession dévolue à un mineur, l'article 382 du Code civil pourrait certainement s'appliquer.

Note: La mise à jour tient compte du droit actuel. Toutefois, le droit québécois est à cet égard en voie de révision dans le cadre de la réforme du Code civil.
[*Note du Bureau Permanent*: voir Document préliminaire No 1, *supra*, p. 136.]

La subrogation réelle, l'accroissement des fruits et revenus aux masses successorales ainsi que la répartition des dettes dépendent, en ce qui concerne les immeubles, de la loi de leur situation, et en ce qui concerne les meubles, de la loi du dernier domicile du défunt.

2 Il y a probablement accroissement des fruits à la masse soit mobilière soit immobilière.

3 Il n'y a pas de scission concernant le passif.

Si la loi du Québec est désignée, les réponses fournies en 1970 aux paragraphes 1 et 2 demeurent valables. Toutefois, il nous semble qu'une erreur se soit glissée dans la réponse fournie en 1970 au paragraphe 3. En effet, il y a scission du passif entre les masses successorales.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

B a La loi du lieu de leur situation est applicable aux successions immobilières.

Aucun changement.

b La loi du domicile du défunt est applicable aux successions mobilières.

Aucun changement.

C b Le domicile est déterminé selon des critères à la fois matériels et fictifs. Ainsi, il y a lieu de souligner la notion de domicile par dépendance (la femme mariée a son domicile chez son mari, le mineur chez ses parents, l'interdit chez son curateur, le domestique chez son maître). Lorsque le domicile actuel ne peut être déterminé, le domicile d'origine revit.

Notons que l'Office de révision du Code civil propose de ne retenir que la notion de résidence principale et d'éliminer la question de l'intention comme critère déterminant le domicile.

Aucun changement, sauf en ce qui concerne la femme mariée, qui peut, depuis 1980, avoir un domicile distinct de celui de son mari.

Toutefois, le projet de loi 20 portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, non encore adopté, présenté le 20 décembre 1984, instaure une série de présomptions destinées à faciliter la détermination de l'intention. En effet, on présume qu'une personne a voulu changer de domicile si elle a établi sa résidence en un autre lieu; ainsi le domicile d'origine ne revit plus.

D b Il n'existe pas de jurisprudence à ce sujet mais par analogie avec l'arrêt *Goldenberg v. Triffon* (1955 C.S. 341) la loi religieuse pourrait s'appliquer si la loi du domicile le prescrivait.

Aucun changement, cependant si le droit étranger n'est pas prouvé, le juge présumera de l'identité de ce droit avec le droit québécois.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Nos tribunaux pourraient s'inspirer des trois arrêts canadiens suivants: *Ross v. Ross* (1894, 25 S.C.R. 307), *Le Roi v. National Trust Co. Ltd* (1933, S.C.R. 670) et *Rosencrantz v. Union Contractors Ltd. and Thornton* (1960, 23 D.L.R. (2nd) 473).

a Pas de réponse.

b 1 Si la règle de conflit québécoise désigne la loi du domicile du défunt du pays B, et la loi de B renvoie à la loi nationale en A, le renvoi serait admis.

2 Cette situation ne peut se présenter puisque la loi du Québec s'applique aux immeubles situés au Québec.

3 Si la loi du domicile du défunt applique la loi nationale et que le renvoi se fait vers l'Ontario, les tribunaux québécois n'accepteraient pas d'exercer leur juridiction.

4 Puisque le renvoi s'arrête à la loi interne du pays désigné, les tribunaux québécois ne tiendraient probablement pas compte du refus du pays tiers d'exercer sa juridiction.

c La question n'est pas claire et la réponse donnée est tout aussi obscure.

d Non.

Notons en conclusion que la doctrine du renvoi ne serait probablement pas admise par nos tribunaux, sauf, lorsque la règle de conflit québécoise désignerait la loi du domicile du défunt et que tant cette loi que celle du pays dont cette personne a la nationalité prescrivent l'application de la loi nationale.

Le droit positif québécois est peu explicite en matière de renvoi. Cependant, le renvoi ne serait probablement pas admis par nos tribunaux.

En effet, entre 1968 et 1971, le Comité de droit international privé de l'Office de révision du Code civil adoptait provisoirement des avant-projets retenant le renvoi dans les cas où la règle de conflit québécoise désigne la loi du domicile du défunt, et que cet Etat où le défunt est domicilié, de même que celui dont il a la nationalité prescrivent tous les deux l'application de la loi nationale. Cependant, le projet final de Code civil de l'Office de révision présenté en 1978 se prononce en faveur de l'exclusion du renvoi. Si le renvoi était fait à la loi du Québec, les tribunaux pourraient se montrer plus favorables.

B La nationalité ou le domicile des héritiers ou des légataires n'a aucune influence sur la loi normalement applicable à la succession.

Aucun changement.

C La liberté de tester est illimitée en droit québécois, et on tend à respecter le plus possible la volonté qui se trouve ainsi exprimée. Les seules restrictions à cette liberté sont celles relativement aux immeubles où la loi de la situation doit s'appliquer et les cas où la loi choisie serait contraire à l'ordre public.

Cette réponse demeure valable, mais il y a lieu d'ajouter que la loi désignée par la volonté du testateur ne peut être admise que dans les limites abandonnées à la liberté du testateur par la loi successorale. En effet, les dispositions impératives de la loi successorale ne peuvent être ainsi éludées.

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Le testateur a une complète liberté dans la disposition de ses biens, mais la loi successorale déterminera dans quelle mesure cette volonté sera respectée.

Aucun changement.

C La réponse donnée en A couvre cette question.

Aucun changement.

D b 1, 2, 3 La réponse est «oui» dans les trois cas, en 3 parce que la réserve peut être diminuée par le règlement du passif.

Aucun changement.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A a Oui.

Aucun changement.

B a Les administrateurs ou exécuteurs testamentaires désignés selon une loi étrangère ont tous les pouvoirs que leur ont confiés les tribunaux étrangers, et ce, même si la personne ainsi désignée est une corporation (ce qui n'est pas autorisé en droit québécois).

La réponse demeure valable. Cependant la doctrine est controversée quant à l'exigence de l'exemplification du jugement étranger. Toutefois, il semblerait qu'en pratique, les banques et les bureaux d'enregistrement n'exigent pas l'exemplification.

b et c La loi successorale.

Aucun changement.

d La loi successorale sauf dans les cas où l'ordre public considérerait l'indivision injustifiable ou lorsque cette indivision serait perpétuelle.

La loi successorale sauf si l'ordre public international s'y opposait. Il faut noter que l'exception d'ordre public tend à s'atténuer.

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Ayant envisagé la question comme se référant à la fois à la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois en droit international privé et à la reconnaissance au Québec des jugements étrangers, les réponses fournies furent les suivantes:

a Oui dans les deux cas, sauf en ce qui concerne les immeubles situés à l'étranger et les jugements étrangers relatifs aux immeubles situés au Québec.

b 1 Oui dans les deux cas.

2 Oui en ce qui concerne la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois et probablement aussi en ce qui concerne la reconnaissance au Québec des jugements étrangers.

e 3 Le for du patrimoine.

f Le domicile du défendeur dans les deux cas et dans les actions personnelles la juridiction à laquelle le défendeur s'est soumis.

La réponse demeure valable, cependant pour simplifier, nous la reprendrons de la façon suivante: tant en ce qui concerne la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois, qu'en ce qui concerne la reconnaissance au Québec des jugements étrangers,

– en matière mobilière, le tribunal du domicile du défunt ou de la situation des biens sera compétent et

– en matière immobilière, seul le tribunal de la situation des biens sera compétent;

– enfin, en matière personnelle lorsqu'il s'agit d'un recours d'ordre patrimonial, tant le tribunal du domicile du défendeur que celui à la juridiction duquel les parties se seraient soumises, auraient compétence.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

1 Scission principle

According to the related provisions of the General Rules of Civil Law and the Law of Succession, our country at present follows the scission principle in the determination of the law applicable to the inheritance, *i.e.* dividing the assets of the estate into movables and immovables, which would then be governed by different laws of succession.

2 Characterization of estate

Under article 2 of the Law of Succession of our country, 'Succession takes place at the moment of the death of the deceased'. So the property of the deceased is characterized at the same time of his death, that is to say the scission of estate is based upon the character of the property at the moment of his death. This characterization would not be affected by a future conversion of the estate from real property to personal property.

3 Liability of estates

The rights and liabilities of heirs to the inheritance are coincided with each other in our country. From a theoretical point of view, the succession of estates means the inheritance to the assets of the estates as well as the liabilities thereof. In so far as the liabilities of the deceased are concerned, we have lack of practice, especially on the liabilities of immovables.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

1 Application of the scission principle

According to article 149 of chapter 8 'the law applicable to civil relations with foreign elements' of the General Rules of Civil Law of China, with respect to the law applicable to the statutory succession, the movable estate is governed by the law of domicile of the deceased at the time of his death, while the immovable estate is governed by the law of the situs of the immovable property. Article 36 of the Law of Succession of China gives the similar stipulation.

2 'Domicile'

Article 15 of the General Rules of Civil Law of China provides that the place of the registered residence of a citizen is taken as his domicile. Therefore, the criteria for determination of domicile in our country is based upon the registration. In case the habitual residence is inconsistent with the place of registered residence of the citizen, the place of his habitual residence would be considered as his domicile. Furthermore, 'domicile' as defined in our law is the last domicile if the deceased had more than one before his death.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

1 'Renvoi'

There is no express provision in respect of 'renvoi' in our laws.

2 Application of foreign law

Generally speaking, the application of the foreign law referred to by the conflict rules of our country will not be totally or partly displaced on the circumstances that certain heirs possess the nationality of or have domicile in China.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

1 According to article 16 of the Law of Succession of our country, the deceased is entitled to dispose of his own property by will, and award his (her) inheritance either to one or more statutory heirs, or to the State, collectives or anyone else beyond the statutory heirs. But there are certain restrictions imposed on the freedom of the testator's testamentary disposition of his property. Article 19 of the Law of Succession of our country provides that 'There must be a certain portion of inheritance set aside in the testament for the benefit of the heirs who are devoid of labour ability or without source of income'. If the deceased does not keep a 'réserve' in his testament, the courts, at first, ought to make certain reservation of the estates for the protected heirs, and then distribute the residue of the inheritance in the light of the testament of the deceased. As regards the calculation of the 'réserve', there is no definite criterion in our Law of Succession. Practically, it depends on the actual need of the heirs to keep their lives on the one hand, and on the amount of the estate of the deceased on the other hand. Generally speaking, the portion of 'réserve' is equivalent to what an heir would have in the statutory succession.

2 Calculation of 'réserve'

There are no express provisions concerning this matter in our Law of Succession, the purpose of the Law of Succession to set aside 'réserve' for the certain heirs is to assure those of a sufficient living condition who lack ability to work or are without a source of living. Therefore, the deceased may, at discretion, dispose of all the assets of the estate so long as the necessary portion of the inheritance has been set aside for the benefit of certain heirs. If the deceased died with debts, the 'réserve' for certain protected heirs should also be set aside before the liquidation of his liability, even if the assets were not sufficient to pay off his debts.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

The Law of Succession of the People's Republic of China which came into force on 1 October 1985 is at present the only one concerning inheritance. Chapter 4 of the Law provides the special regulations for the disposition of inheritance, including the rules governing

the administration of the estate. Article 24 of the Law of Succession stipulates that 'Anyone who holds the assets of the estate ought to take proper care of them'. As a matter of fact, the administration of the estate in our country is not in the charge of an appointed representative. Therefore, there is no provision concerning the administrator of the estate in the Law of Succession of our country. Furthermore, the administration of the estate is, in our view, just one aspect of the case of inheritance. So, if foreign laws should be applied to the inheritance according to Chinese law, they should also be applied to the administration of the estate of the deceased, except that they are incompatible with the principles of the law of our country.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

No provisions are particularly defined in our laws for the international jurisdiction in matters of succession so far. Article 185 of Section V, 'The special provisions for the civil proceedings concerning foreign elements' of the Law of Civil Procedure of the People's Republic of China (provisional), stipulates that the provisions of the law other than those carried out in the Section would be applied to the lawsuit concerning foreign elements, so long as there is no regulation otherwise prescribed in the law. According to Article 30(4) of the same law, 'The court of the place where the deceased had his (her) registered residence or the majority of the assets of the estate was located has the jurisdiction over the action of inheritance'. Consequently, this rule is also considered to be a guideline for the jurisdiction in matters of succession concerning foreign elements.

Chypre/Cyprus

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A The law of succession in Cyprus is contained in the Wills and Succession Law (Cap. 195). Section 5 of that law provides that this law regulates the succession to the estate of all persons domiciled in Cyprus and the succession to immovable property of persons non-domiciled in Cyprus. 'Estate' on the other hand is defined in section 2 as movable and immovable property of which a person dies possessed. Succession to movable property of a person who died in Cyprus but not domiciled in Cyprus is regulated by the law of the country in which the deceased had his domicile at the time of his death. From all the above provisions it appears that the law of succession in Cyprus adopts the unity principle rather than the scission principle. The estate is considered as one entity and is governed by the provisions of the aforesaid law. Although under the provisions of that law the devolution of the movables of a deceased person non-domiciled in Cyprus is governed by the law of the domicile he had at his death, nevertheless that provision does not exclude the unity principle and does not render

such movables as a separate estate to which the principle of scission applies. The foreign law is applied on this particular occasion by express provision of the Wills and Succession Law.

B Although a distinction is made for certain purposes between movable and immovable property, nevertheless such distinction does not create the principle of scission. As aforesaid the succession to movable and immovable property of persons who are domiciled in Cyprus is regulated by a single law – the Wills and Succession Law – in the same way as the succession to immovable property situated in Cyprus of a person who dies in Cyprus but is not domiciled herein. Furthermore under the Administration of Estates Law (Cap. 189), the administration is carried out for the estate as a whole and not separately for movables and immovables (*cf.* definition of 'estate' and of 'administration' in section 2).

C a In case assets of a deceased are situated abroad and are devolved on persons domiciled in Cyprus, the personal representatives take steps so as to secure the devolution of such assets on the beneficiaries. When such assets are situated in a common law country one way of doing it is to cause a re-sealing of the probate in the country concerned. With regard to re-sealing of a foreign probate in Cyprus, the matter is dealt with by the Probates (Re-sealing) Law.

1 There is no inherent right in Cyprus to set aside a part of the assets situated in Cyprus ('*prélèvement*') for the benefit of beneficiaries prejudiced by the application of the foreign law.

2 and 3 The answers are in the negative.

b So long as the principle of scission is not followed in Cyprus no question arises for the eventualities provided in that paragraph.

1 The answer to the question put in this paragraph is in the negative. No principle of conversion or substitution exists in Cyprus.

With regard to the last part of the question under the law relating to the administration of estates, no such eventuality may occur.

2 The answer is in the negative.

3 As long as the unity system prevails no such separation may occur.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A It is the law of the domicile of the deceased at the time of his death.

B As aforesaid, the scission principle does not apply to Cyprus.

C a With regard to this question, so long as the applicable law is that of the last domicile of the deceased the eventualities provided in the question could not occur.

b The Wills and Succession Law (Cap. 195) makes the following provisions about domicile.

- Kinds of domicile*
6. *Every person has at any given time either –*
 - (a) *the domicile received by him at his birth (which domicile is in this Part called 'the domicile of origin'), or*

- (b) *a domicile (not being the same as the domicile of origin) acquired or retained by him by his own act (which domicile is in this Part called 'the domicile of choice').*
- Domicile of origin of legitimate child* 7. *In the case of a legitimate child born during his father's lifetime, the domicile of origin of the child is the domicile of his father at the time of the child's birth.*
- Domicile of origin of illegitimate or posthumous child* 8. *In the case of an illegitimate or a posthumous child, the domicile of origin of the child is the domicile of his mother at the time of the child's birth.*
- Domicile of choice how acquired* 9. *A person acquires a domicile of choice by establishing his home at any place in the Colony with the intention of permanent or indefinite residence therein, but not otherwise:*
- Provided that no person shall be held to have acquired a domicile of choice in the Colony by reason only of his residing there in Her Majesty's naval, military, air or civil service.*
- Domicile of origin prevails* 10. *The domicile of origin prevails and is retained until a domicile of choice is in fact acquired.*
- Domicile of choice retained* 11. *A domicile of choice is retained until it is abandoned, whereupon either –*
- (a) *a new domicile of choice is acquired or*
- (b) *the domicile of origin is resumed.*

All the aforesaid sections give the answers to the questions put.

D a The solution is found in the aforesaid provisions of the Wills and Succession Law. Furthermore, section 12 which is as follows –

Succession to movable property of persons not domiciled in the Colony 12. *Succession to movable property of persons dying in the Colony but not domiciled there shall be regulated by the law of the country in which they had their domicile at the time of their decease.*

provides for the case of renvoi.

b and c The answer is given in the previous questions.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

The answer to the questions in paragraph 3 is given above.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

With regard to the questions put in Section II the position in Cyprus is as follows.

Under the aforesaid Wills and Succession Law, a testator may dispose by his will of only a disposable portion (section 2, definition of 'disposable portion') for which there exist the following provisions.

- Disposable portion* 41(1) *Save as in section 42 of this Law provided, where a person dies leaving –*
- (a) *a spouse and child, or a spouse and a descendant of a child, or no spouse but a child or a descendant of a child, the disposable portion shall not exceed one-third of the net value of his estate;*
- (b) *a spouse or a father or a mother, but no child nor descendant thereof, the disposable portion shall not exceed one-half of the net value of his estate;*
- (c) *neither spouse, nor child nor descendant of a child, nor a father, nor a mother, the disposable portion shall be the whole of his estate.*
- (2) *Where a person has purported to dispose by will of a part of his estate in excess of the disposable portion, such disposition shall be reduced and abated proportionally so as to be limited to the disposable portion.*
- Complete freedom of disposition in certain cases* 42. *Any person who was born or whose father was born in the United Kingdom or any of the self-governing Dominions may, whether domiciled in the Colony or not, dispose of the whole of his movable property and immovable property by will.*

The part of the estate which does not constitute the disposable portion is the statutory portion which devolves upon the heirs by way of intestate succession. Under the law of Cyprus there could be simultaneously succession by will and intestate succession (section 50) contrary to the maxim of the Roman Law *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

In reckoning the shares of each heir section 51 applies.

Section 51 is as follows –

- Property brought into account in reckoning share of child or other descendant of deceased* 51. *Any child or other descendant of the deceased who becomes entitled to succeed to the statutory portion, and to the undisposed portion if any, shall in reckoning his share bring into account all movable property and immovable property that he has at any time received from the deceased –*
- (a) *by way of advancement; or*
- (b) *under a marriage contract; or*
- (c) *as dower; or*

(d) *by way of gift made in contemplation of death:*

Provided that no such movable property or immovable property shall be brought into account if the deceased has left a will and has made therein specific provision that such movable property or immovable property shall not be brought into account.

In this respect the provisions of article 45 may be relevant.

Section 45 provides as follows –

Property received under marriage contract 45. *A wife or husband who becomes entitled to a share in the statutory portion or in the undisposed portion, shall not bring into account in reckoning such share any movable property or immovable property received from the deceased by virtue of a marriage contract.*

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

With regard to the questions put in paragraph 2 the matter is governed in Cyprus by the Administration of Estates Law (Cap. 189).

Under that Law, in the case of a testamentary succession it is always necessary that the administration be carried out through the court. No will shall have any effect until it has been proved (section 14) and there is machinery for compelling an executor to prove the will (section 15). The court where a will is probated and no executor is named or in certain other circumstances where the executor named cannot perform his duties may appoint an administrator with will annexed.

The court in granting administration shall have regard to the interest of all persons interested (section 17) and may grant either administration with the will annexed (section 18) or a limited grant in certain cases in respect of property or duration (administration *pendente lite*) (section 20) or where the personal representative is abroad (section 21) or administration during minority of executor (section 22).

Also an administration is made through the court when the deceased left heirs under disability, that is to say where either infants or mental patients and the value of his estate is over three hundred pounds. In case the value of the estate is under three hundred pounds, the estate is administered summarily under section 49.

In case of an intestate succession except in cases where there is an heir under disability it is not necessary that the administration be carried out through the court if all the heirs agree (with regard to the previous law *cf. Eleni Papadopoulou and others v. The Law Union and Rock Insurance Company*, 10 C.L.R. p. 66).

But even in such a case there may be circumstances in which the intervention of the court would be necessary especially for the purposes of instituting proceedings against the estate. Section 29 however provides for a machinery enabling the heirs to represent the estate by giving valid discharges on behalf of the estate.

In any event even in case of intestacy any interested person may apply to the court for the appointment of an administrator.

With regard to the vesting of the estate, Part V of the aforesaid law makes the following provisions.

In case of testamentary succession and after the grant

of a probate or administration with the will annexed, the estate is vested in the personal representative retrospectively as from the death of the testator (section 25). When the deceased left heirs under disability and until administration is granted the estate is vested in the President of a District Court where the deceased had his ordinary residence and if he was resident abroad then in the President of the District Court of Nicosia (section 26).

When there is no grant and the deceased died intestate leaving no heirs under disability, the estate subject to a charge for the payment of liabilities is vested in the heirs who incurred certain obligations under section 27.

Where however letters of administration have been granted in respect of an estate which is vested in and has developed upon heirs on intestacy where there is no grant, the estate is vested, subject to the provisions of section 28, in the administrator.

Specific provisions are made in Part VI with regard to the administration of the estate by personal representatives.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

With regard to the jurisdiction of the Cyprus court both the Administration of Estates (Cap. 189) and the Wills and Succession Law (Cap. 195) in their section 2 respectively give the definition of the ‘court’ as being ‘the District court where the deceased has his ordinary residence or last place of residence in Cyprus’ and in the Administration of Estates Law it is also added that in case the place of residence of the deceased is not known, ‘court’ means the District Court of Nicosia.

Of course from the above definition it follows that the aforesaid provisions relate to the territorial jurisdiction of the courts but from the whole tenor of the provisions of the aforesaid laws it follows that the main basis of the jurisdiction in Cypriot courts is the domicile of the deceased save for immovable property where the main basis is the situs of that property.

Etats-Unis d’Amérique/United States of America

United States update of the 1970 response to the questionnaire on succession in Private International Law.

The law relating to succession in the United States, whether intestate or testate succession, is found largely in the statutes of the several states of the United States. As a consequence, statutory developments in the several states are important indicators of the direction of choice of law developments when viewing the United States as a whole. Considering the evolving statutory patterns in succession over the past fifteen years, the choice of law significance of the decedent’s domicile at death has increased even though general adherence to the scission principle continues. The major factors in this statutory development in recent years has been the effect of the *Uniform Probate Code* (8 ULA) which has been adopted in fourteen states and which has substantially influenced legislation in many others. In 1983, Wisconsin joined the previous eight community property states by enacting the *Uniform Marital Property Act* (9A ULA, 1986 Supp. 21 *et. seq.*). As in the other eight community property states (Arizona, California, Idaho,

Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas and Washington), the laws of succession and administration of decedent's estates in Wisconsin is not markedly different from the common law property states except as regards the treatment of marital property.

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A Not applicable.

B No further comment.

C a Not applicable.

b 1 No further comment.

2 No further comment.

3 Although the distinction between movables and immovables continues to be observed for some purposes, the distinction is frequently abolished by statutes and is of diminishing significance. Not only are creditors generally entitled to equal access to both movable and immovable assets but, under the laws of intestate succession, the heirs to each classification of property are generally the same. This trend is furthered by the influence of the *Uniform Probate Code*.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Not applicable.

B a Although the court at the situs of an immovable traditionally has applied its own internal law, there are several instances in which the law of another state has been applied. A long standing exception relates to the widely adopted statutes sustaining the validity of deeds according to either the law of the situs or place of execution. See Scoles & Hay, *Conflict of Laws*, § 19.2 (1983). Statutes in most states of the United States similarly sustain the validity of wills of land by alternative references to the law of the place of execution or of the decedent's domicile. See Scoles and Hay, *supra* § 20.6; *Uniform Probate Code*, § 2-506 (1982); *cf. Hague Convention on Form of Wills*, Art. I (Oct. 5, 1961). The influence of the Uniform Probate Code is even more significant because its provision for spousal protection contains an explicit choice of law rule applicable to all assets, movable or immovable and provides: *Uniform Probate Code*, § 2-201 [Right to Elective Share.]

(a) *If a married person domiciled in this state dies, the surviving spouse has a right of election to take an elective share of one-third of the augmented estate under the limitations and conditions hereinafter stated.*

(b) *If a married person not domiciled in this state dies, the right, if any, of the surviving spouse to take an elective share in property in this state is governed by the law of the decedent's domicile at death.*

b See *Uniform Probate Code*, § 2-201 *supra*; *cf. In re Estate of Crichton*, 20 N.Y. 2d 124, 228 N.E. 2d 799 (1967).

C a Not applicable.

b There appears to be no difference in the criteria for determining the domicile of married men or women than those for determining the domicile of single persons. See *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, § 21 (1986 Revisions).

c No further comment.

d No further comment.

D a Not applicable.

b No further comment.

c Not applicable.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A a No further comment.

b No further comment.

B a No further comment.

b No further comment.

C a Choice of law clauses in wills are quite generally respected except when in conflict with mandatory rules intended to defeat the testator's intent, *e.g.*, spouse's forced share. See Scoles & Hay, *supra* § 20.8. An illustrative provision is found in the *Uniform Probate Code*, § 2-602. Although the force of a choice of law clause is generally limited to issues of construction, statutes providing alternative references to validating law for formal validity of wills greatly reduce the role of choice of law clauses on issues of validity.

b No further comment.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A This is an area in which there has been substantial movement in the law in recent years. The application of the law of the decedent's domicile at death to determine the surviving spouse's forced share in the decedent's movables continues without exception. However, the traditional reference to the situs of immovables to determine the spouse's elective share in land has been modified in many states by the adoption of statutes patterned after the *Uniform Probate Code*, § 2-201 quoted above at Section I, § 2, B. These statutes refer the determination of the surviving spouse's forced share to the decedent's domicile for all assets. In the absence of a choice of law clause in the decedent's will, the result is to unify the choice of law reference for this issue in nearly one-half of the states of the United States. See, *e.g.*, *Code of Alabama*, § 43-8-70 (1982); *Alaska Statutes*, § 13.11.070 (1985); *California Probate Code*, § 120 (1983); *Colorado Rev. Stat.*, § 15-11-201 (1984); *Delaware Code Ann.*, tit. 12 § 901(b) (1979); *Maine Rev. Stat. Ann.*, tit. § 18-A, § 2-201(b); *Michigan Comp. L. Ann.*, § 700.282(b) (1984); *Minnesota Stat. Ann.*, § 524.2-201(b) (1986); *Montana Code Ann.*, § 72-2-702 (1983); *Nebraska Rev. Stat.*, § 30-2313 (1982); *New Jersey Stat. Ann.*, § 3B:8-2 (1983); *North Dakota Cent.*

Code, § 30.1-05-01 (1976); *Oregon Rev. Stat. Ann.*, § 114.105 (1983); *Pennsylvania Stat. Ann.*, tit. 20 § 2202 (1983); *South Dakota Codified L. Ann.*, § 30-5A-1 (1984); *Utah Code Ann.*, § 75-2-201 (1978); *Wisconsin Stat. Ann.*, § 766.77 (1983); *Wyoming Stat. Ann.*, § 2-5-101 (1980).

The effect of a choice of law clause in the decedent's will upon the spouse's forced share is uncertain. Although many states of the United States have recognized the testator's right to control many issues by the use of a choice of law clause, some commentators assumed after *Estate of Clark*, 21 N.Y. 2d 478, 236 N.E. 2d 152 (1968), that spousal protection under the law of the decedent's domicile was a limitation on the power of testation that could not be overcome by a choice of law clause. See, e.g., Scoles and Hay, *Conflict of Laws*, § 20.15. However, after *In re Estate of Renard*, 437 N.Y.S. 2d 860, Affd. 447 N.Y.S. 2d, 573, Affd. 56 N.Y. 2d 973, 439 N.E. 2d 341 (1982) involving forced heirship of a son under French law and an amendment to the *New York Statute*, EPTL § 5-1.1(d)(7), the effect of a choice of law clause seems strengthened notwithstanding the persuasive policy arguments voiced in *Estate of Clark* that the law of the domicile should prevail over the testator's will. As noted above, the *Uniform Probate Code*, § 2-602 excludes elective share provisions from those matters which may be controlled by the testator's choice of law clause. In view of the strong statutory trend toward a unified reference to the decedent's domicile and the unusual nature of the New York statutes, the impact of the *Renard* case may be limited to New York.

B Not applicable.

C Antenuptial and postnuptial agreements, which include provisions relating to disposition of assets at death of one of the parties, are executed with increasing frequency by persons married or contemplating marriage. Statutory recognition of the appropriateness of choice of law clauses in such agreements is increasing. See e.g., *Uniform Premarital Agreements Act*, § 3(7); *Uniform Marital Property Act*, § 10(7); *Uniform Probate Code*, § 2-204.

D a Not applicable.

b 1 No further comment.

2 No further comment.

3 In recent years, many states have extended the spouse's forced share to reach assets transferred during lifetime by the decedent in which the decedent retained an interest. The combined effect of the statutory trend toward a unified reference to the decedent's domicile and the inclusion of assets previously transferred by the decedent during his or her lifetime would appear to induce the courts at the domicile to calculate the forced share on all assets owned by the decedent at death, or included for the purpose of the spouse's forced share, without regard to their location. Cf. *Uniform Probate Code*, §§ 2-201, 2-202, 2-205, 2-207.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS - ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A Which law will decide whether the estate or assets in the estate will pass to the heirs and be subject to a direct administration by them, or whether there will be an administration judicially supervised independent of the heirs?

As is noted in the original response, property located in a state of the United States will usually pass through a judicially supervised administration at its situs. The administration at the domicile will be treated as the principal administration and ancillary administration may occur in non-domiciliary states where assets are located. In each of these, the *lex fori* usually will be applied to questions in the liquidation process of administration, while distribution to the heirs is made according to the substantive choice of law of succession, e.g., domicile of the decedent. However, some statutory developments greatly lessen the rigidity of this traditional pattern. First, it should be noted that the priority of right to be appointed by the court as administrator usually follows the right to the property, so the spouse or other heirs generally have the prior right to serve as administrator or to nominate a local person to so serve. Also, the domiciliary representative frequently has a prior right to be appointed ancillary administrator away from the domicile. See e.g., *Uniform Probate Code*, § 3-203. Further, there is a strong legislative trend toward simplifying administration. For example, many states permit informal or independent administration by which procedure the appointed personal representative need only administer the estate, i.e., collect assets, pay debts and taxes and make distribution, without court direction and finally report this to the court. See e.g., *Uniform Probate Code*, §§ 3-103, 3-107, 3-301. Although it is customary to transmit movables to the domicile for distribution, distribution frequently may be had in ancillary administration directly to the heirs. See Scoles & Hay, *Conflict of Laws*, ch. 22. Most states also have provisions for collection of assets for administration by the personal representative appointed at the decedent's domicile, thus avoiding ancillary administration of movable assets. See e.g., *Uniform Probate Code*, § 4-201. The National Conference of Commissioners on Uniform Laws has recently promulgated and recommended to the states for enactment a form of universal succession as an alternative to administration. See *Uniform Probate Code*, §§ 3-312 to 3-322 (1982); *Uniform Succession Without Administration Act* (1983). Under these provisions, generally, if those entitled to the estate are in agreement, they may take possession of the property, pay claims against the assets and dispense with court supervised administration. Although, not yet enacted by any state, this proposed statute demonstrates the legislative trend to reduce the complications of administration and to distribute the assets to those entitled with as little formality as is deemed consistent with the interests of all concerned.

B Not applicable.

C a 1 See comments at Section II, § 1 above.

2 See comments at Section II, § 2 above particularly regarding the priority to local appointment of the domiciliary personal representative or the heirs.

3 Because this area is governed by statutes in every state, a general response is difficult. However, most states now permit the foreign domiciliary representative to qualify locally as ancillary administrator. See e.g., *Uniform Probate Code*, §§ 3-203(g), 4-205.

4 No further comment.

5 No further comment.

b 1 No further comment.

2 Although jurisdiction is not directly asserted over foreign assets, issues of construction, ownership, spouse's forced share may be litigated among the parties

and that litigation may bind the parties as to foreign assets. See Section II, D, b 3 above; cf. *In re Estate of Crichton*, 20 N.Y. 2d 124, 228 N.E. 2d 799 (1967).

D Not applicable.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

No further comment.

Portugal

Section I – Détermination de la loi applicable à la succession – Loi successorale

§ 1 CARACTÈRES DU RATTACHEMENT: UNITÉ – SCISSION

A Le Portugal suit le principe de l'unité de la succession.

B Non. Mais en matière de biens immobiliers et du fait que les tribunaux portugais n'ont compétence internationale que pour effectuer le partage des biens situés au Portugal, l'application d'une pluralité de lois à la succession s'avère possible dès que les tribunaux des pays de la situation des autres biens immobiliers appliquent un facteur de rattachement différent de celui choisi par la règle de conflits portugaise.

C Il n'y a aucune sanction assurant la réalisation de ce principe – concrètement, le droit portugais ne reconnaît aucun droit de *prélèvement* à cet égard. Cependant, la jurisprudence a déjà quelques fois admis l'inclusion de la valeur des biens reçus à l'étranger, par l'application d'un ordre juridique déclaré compétent en matière de succession, dans la masse de calcul du montant des droits successoraux.

§ 2 CIRCONSTANCES DE RATTACHEMENT

A C'est la loi nationale du *de cuius* au moment de son décès.

B –

C 1 Lorsque le *de cuius* a une double nationalité, dont une est la nationalité portugaise, la succession est régie par la loi portugaise. Dans le cas d'un double-national ne possédant pas la nationalité portugaise, la succession sera régie par la loi de l'un des Etats dont il possédait la nationalité et dans lequel il résidait. Si le binational n'avait pas sa résidence habituelle dans aucun des Etats dont il avait la nationalité, sera appliquée la loi nationale de l'Etat avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

2 Lorsque le *de cuius* est apatride, la succession sera régie par la loi de sa résidence habituelle; dans le cas des mineurs ou des interdits sera appliquée la loi de leur domicile légal.

D a Le droit applicable sera fixé par les normes de droit interlocal de l'Etat ayant un système juridique plu-

rilégislatif en vigueur. En l'absence de telles normes la loi applicable sera déterminée à l'aide du droit international privé de ce même Etat. Lorsque de cette façon-ci il s'avère encore impossible d'obtenir une réponse, sera appliquée la loi de la résidence habituelle du *de cuius*.

b –

c Lorsque la loi de la résidence habituelle est la loi d'un Etat ayant un système interpersonnel en vigueur, sera observé ce qui est établi dans cette loi en ce qui concerne le conflit de systèmes.

§ 3 CORRECTIFS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPORTÉS AU RATTACHEMENT

A Oui.

a 1 et 2 Le renvoi de la loi de B à la loi de A est admis dès que la référence de B à A est une référence matérielle ou que B pratique le *foreign court theory* et que la loi de la résidence habituelle est la loi de A ou la loi d'un Etat faisant référence matérielle à la loi de l'Etat A.

3 Oui. A moins que, si C n'est pas le pays de résidence habituelle, celle-ci se trouve dans A ou dans un Etat qui renvoie, avec référence matérielle, à B. Pourtant, dans un tel cas lorsque C est l'Etat de la situation des immeubles et que dans ce pays on accepte la compétence législative, le renvoi aura lieu.

4 Lorsque C n'accepte pas la compétence législative, il n'y aura pas lieu au renvoi.

b Lorsque B est la loi de la résidence habituelle, le renvoi à A sera accepté, si la référence est matérielle, et à C si cette loi accepte la compétence.

c –

d Non.

B a Non, sauf le fonctionnement de la réserve d'ordre public.

b Non, sauf le fonctionnement de la réserve d'ordre public.

C a Non.

b –

Section II – Etendue et limite du champ d'application de la loi successorale

§ 1 RÉSERVE, QUOTITÉ DISPONIBLE, LIMITATIONS, LIBERTÉ DE TESTER

A Oui.

B –

C L'exécution d'une disposition à cause de mort (*mortis causa*) bien que d'un pacte successoral dépassant la quotité disponible sera restreinte conformément à la loi applicable à la succession de même que les effets d'une donation entre vifs antérieure, atteignant à la réserve (quotité indisponible).

D a 1 Oui.

2 Non. Pourtant les tribunaux portugais devraient respecter dans la mesure du possible, avec les biens situés

au Portugal la réserve des héritiers réservataires. Lorsqu'un des héritiers bénéficie d'une donation entre vifs ou d'un testament portant sur des biens immobiliers situés dans un pays qui ne reconnaît pas la réserve, les biens reçus à ce titre devraient entrer dans le calcul de la réserve des bénéficiaires.

§ 2 TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE – ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

A Les termes de la transmission héréditaire et de l'administration de la succession sont décidés par le statut de la succession.

B a Oui.

b L'acceptation ou le rejet d'un héritage sont des questions soumises à la loi successorale.

c La question de la responsabilité par le passif de l'héritage est de la compétence de la loi successorale.

d L'indivision successorale et particulièrement celle qui a trait au maintien de l'indivision est régie par la loi successorale, sans préjudice des règles impératives de la *lex rei sitae*.

C –

D –

Section III – Compétence internationale en matière de succession

Les tribunaux portugais ont compétence internationale en matière de succession dans les cas où la succession a été ouverte au Portugal, c'est-à-dire, dans les cas où le Portugal a été le dernier domicile du *de cuius*.

Si le *de cuius* est décédé ayant domicile à l'étranger et ayant laissé des biens (immobiliers ou mobiliers) au Portugal, les tribunaux portugais seront compétents en matière de succession.

Les tribunaux portugais ont encore compétence internationale en matière d'habilitation d'héritiers, dans les cas de succession organisée à l'étranger, lorsqu'il n'existe pas de biens au Portugal, mais que l'habilitant à l'héritage est domicilié au Portugal.

Royaume-Uni/United Kingdom

1986 Updating Supplement

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

C, b, 3, ii, bb

For estate duty read inheritance tax. The statutory authority is now *Capital Transfer Tax Act 1984* sections 200(1), 211(3), 212, 237 renamed the *Inheritance Tax Act by Finance Act 1986* s. 100.

Réponses/Replies

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

C, b, 1, cc and 2, C, b, 2

Married women no longer have a domicile of dependence: *Domicile & Matrimonial Proceedings Act 1973* s. 1.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

C, a and b

Now see *Dicey & Morris* (10th ed.), Rules 102, 103, 104. *Chellaram v. Chellaram* [1985] Ch. 409 at 431 and *Re Lord Cable* [1976] 3 All ER 417 at 431 reveal a distinction between questions relating to the validity of a will as a testamentary disposition and questions related to the trust provisions therein. Ability to create the trust is governed by the law of the testator's domicile but subject thereto 'there is no reason why a testator should not by will establish a trust to be governed by some law other than the law of his domicile'. It may well be that a testamentary trust of movables void for remoteness under the perpetuity rules of the testator's *lex domicilii* might be valid if the movables were situate in a foreign country whose law had been chosen by the testator to govern the validity and administration of the trusts thereof and such law upheld such trusts: *Dicey & Morris*, p. 623. If a foreigner purported to create testamentary trusts of English movables (and *a fortiori* English immovables) it would seem English public policy would require the trusts to comply with the English rules as to perpetuities and accumulations where the trusts are to be administered in England.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A

Now see *Inheritance (Provision for Family & Dependents) Act 1975* but the same problems remain: *Dicey & Morris* pp. 624-626.

C, b

For setting aside gifts made with intent to escape the *Matrimonial Causes Act 1973* or the *Inheritance (Provision for Family & Dependents) Act 1975* see respectively section 37 and section 10 thereof.

D, b, 1

Further support in *Re Collens* [1986] 1 All ER 611.

D, b, 2

Now *Dicey & Morris* (10th ed.) pp. 634-637.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

Apart from *Dicey & Morris* now being in its 10th edition it is only necessary to note that the *Administration of Justice Act 1932* s. 2 has been repealed but its effect has been preserved by *Supreme Court Act 1981* s. 25.

Réponses/Replies

177

Section III – International jurisdiction in matters of succession

Apart from *Dicey & Morris'* Rules 94 and 93 (8th ed.) being Rules 93 and 92 in the 10th edition and bonds or sureties no longer having to be provided by personal representatives, there will be a new R.S.C.O. 11 when section 2 of the *Civil Jurisdiction & Judgments Act 1982* comes into force on 1 January 1987 to implement the *1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (though wills and succession as such are outside the Convention). With the Court's permission a writ can be served on a defendant outside the jurisdiction in the cases specified in our 1969 replies and *inter alia* where (i) a claim has been duly served on X and the defendant is a necessary or proper party thereto, (ii) a claim relates to movables within the jurisdiction, (iii) a tort claim relates to damage sustained, or resulting from an act committed, within the jurisdiction, (iv) a contract claim relates to a contract made or broken within the jurisdiction or governed by English law.

Without the Court's permission a writ can be served under the new R.S.C.O. 11 on a defendant outside the jurisdiction where (i) the claim is within the scope of the 1982 Act (and wills and succession as such are outside its scope) and (ii) the defendant is resident in a State that has subscribed to the 1968 Convention where the nature and circumstances of his residence indicate that he has a substantial connection with such State, or the claim concerns proprietary rights in immovables situate in the *lex fori*, or the parties agreed the *lex fori* should have exclusive jurisdiction.

It should be noted that once personal representatives have carried out their administrative duties of paying debts and testamentary expenses, and have appropriated the remaining assets so that it is known exactly what is available for those entitled under the deceased's will or intestacy, then the personal representatives cease merely to be under a general personal fiduciary duty to administer the deceased's estate according to law but become trustees of specific property for the relevant beneficiaries.

Royaume-Uni (Ecosse)/United Kingdom (Scotland)

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A No.

B Yes. Scotland uses different connecting factors for movable and for immovable property in the law of succession. When Scots law is the one which performs the categorisation into movable and immovable, it makes a division which is similar to, but not identical with, the division made in Scottish municipal law between movables and heritage. The categorisation as either movable or immovable falls to be made according to the law of the country where the property is situated.

C a Not applicable.

b In principle, the scission is based upon the actual state of the property at the moment of death and is therefore final as at that date.

1 A change in the character of the property, e.g. sale of an immovable, after death but before distribution would not affect the characterisation of the property as at the date of death. It would remain immovable for the purpose of selecting a connecting factor. In internal Scots law, the rights of a beneficiary may be affected by contracts of sale or purchase of heritage entered into by the deceased, or by instructions given to his executors, but these internal rules do not affect the characterisation of the property for purposes of private international law. The English case of *Re Berchold* [1923] 1 Ch. 192 is generally accepted as authority in Scotland for the principle that characterisation is effected as at the date of death irrespective of instructions by the deceased.

There is no formal doctrine of substitution or real subrogation known by either of these names but the effect of the Scottish rules would be much the same as that produced by a doctrine of substitution in that a change in the character of the property after death would be totally disregarded in settling the division of the estate. If an immovable to which a beneficiary had a specific right were sold, the beneficiary would be entitled to property to the value of the immovable, and might, under the law of trusts, be entitled to trace the actual proceeds of sale in the hands of the trustee.

If immovables in country A are purchased after the deceased's death with movable assets governed by the law of B, the question would arise in a Scottish court only if Scotland were either A or B. Despite the strong tendency to refer all matters concerning immovable property to the *lex situs*, if immovables in Scotland were purchased with movables governed by a foreign system, Scottish courts would apply the principle that characterisation is fixed at the date of death and refer the succession to the foreign system. Conversely, if foreign immovables were bought with movable property governed by Scots law, Scottish courts would take the view that the immovable should still be governed by Scots law – subject always to the overriding power of the *lex situs* of the immovable to take and enforce a different view.

2 When Scotland is the situs of the property and income, and thus has to categorise it, such income as is derived from movables will clearly also be movable. Income derived from immovables will normally consist of rents, but could include interest on heritable bonds. (A heritable bond is one in which the debtor's personal obligation is subordinated to the real security over land afforded by a conveyance of the land.)

It is not clear how these forms of income would be classified for international purposes. Income already accrued at the date of death would be movable as it would have formed part of the deceased's movable estate if paid to him by then. Income arising from immovables after death might be classed as movable on the same principles, but alternatively might be treated as immovable on the basis that they would have accrued to the ultimate beneficiary had the conveyance to him been made immediately after the deceased's death. It is thought that a classification as immovable would be the more likely.

3 Liabilities are also divided into movable and immovable. The general principle would be that all debts of the estate are movable unless clearly made immovable by being secured over (made a charge on) an immovable. Thus where a real security or real burden has been validly created over land in Scotland, the liability is immovable and the beneficiary taking the land takes it

subject to the burden. For example, on intestacy, a widow is entitled to the deceased's interest in the matrimonial home situated in Scotland, but takes it subject to any heritable debt secured over the interest. (*Succession (Scotland) Act 1964* sec. 8 (6)(d)). If both movable and heritable property is held in security for the same debt, only the appropriate proportion of the debt would be treated as heritable (immovable).

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A Not applicable.

B *a* The law applicable to immovables in the estate is the law of the place where they are situated.

b The law applicable to movables in the estate is the domiciliary law of the deceased.

Both of these propositions are subject to the qualification that for the purpose of deciding whether a will has been validly executed, the *Wills Act 1963* prescribes a variety of connecting factors including nationality and habitual residence. This Act was designed to permit the U.K. Government to ratify the *Hague Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions* made on 5th October, 1961.

C *a* Not applicable.

b The Scottish use of domicile is virtually identical with that of England. Domicile can be totally divorced from habitual residence or indeed from any residence at all so as become virtually fictitious. A domicile of origin is attributed at birth, being the domicile of the father if the child is legitimate, and this domicile of origin not only persists until changed but will revive in the interval between loss of one domicile of choice and acquisition of another. A married woman no longer automatically takes the domicile of her husband (*Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*) but will often acquire an independent domicile of choice in the same country as her husband.

One respect in which Scots law differs from English lies in its treatment of children. Children in pupillarity (from birth to the age of twelve for females and fourteen for males) have a domicile dependent upon that of the appropriate parent (*i.e.* the father if the child is legitimate and the mother if the child is illegitimate or if the father is dead subject to a possible right in the mother to elect whether the child's domicile is to change with hers). A child living with the mother after the parents have separated will have a domicile dependent on that of the mother. *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* s. 4. The Scottish pupil is thus in much the same position as the infant in England.

However, between the termination of pupillarity at 12 or 14 and the acquisition of majority at 18 there is in Scots law a status of minority in which the minor has considerable contractual and other powers. In principle, this means that a minor has the capacity to acquire a domicile of choice of his own and is not automatically dependent upon his parent's domicile. However legislation imposing compulsory school education until the age of sixteen and giving courts power to award custody of a child under the age of sixteen create practical obstacles for a minor seeking to establish an independent domicile of choice.

Thus the specific questions may be answered as follows:

1 In so far as one is referring to the acquisition or abandonment of a domicile of *choice* by those free to acquire such a domicile, the domicile is governed by

factual notions and resembles habitual residence. Great emphasis is placed on the intention of the party concerned. *Liverpool Royal Infirmary v. Ramsay* 1930 S.C. (H.L.) 43. Anton, *Private International Law*, Chap. 6.

2 However, as Scotland uses the notion of a domicile of origin and of a legal domicile of pupil children there are circumstances in which a domicile may be wholly fictitious and divorced from the reality of residence.

Proposals are at present being considered for substantial reform of the law of domicile. If enacted, the reform may include abolition of the doctrine of revival of the domicile of origin.

D *a* Not applicable, except to the extent that nationality is a connecting factor *quoad* formal validity of wills. In that case, a reference to the national law of a country with a plurilegislative legal system is clarified by treating the reference to the national law as a reference to that one of the systems in the country of nationality with which the deceased was most closely connected (*Wills Act 1963* s. 6(2)).

b In this situation one would refer to that one of the personal legal systems existing in the country of the domicile which that country would itself apply.

There would be no occasion to apply the law of the domicile of origin, or the national law, or the *lex fori*.

c It is not seen that this raises any problem not dealt with in *a* and *b* above.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Renvoi.

It is thought that a doctrine of renvoi might be applied by Scottish courts in the search for the law of succession, but as yet the matter has not arisen for consideration. Answers are thus purely speculative.

a Not applicable.

b 1 It seems possible that Scots law would accept the renvoi from the law of the domicile to Scots law as the law of the nationality.

2 *Quoad* immovable property, the only applicable law is the *lex situs*. Hence Scots law would be applied and there would be no reference to the law of the domicile at all.

3 As in 2, *quoad* immovable property there would be a direct reference to the *lex situs*, and country B would not be involved. *Quoad* movables it is not known whether Scots Law (A) would give effect to a reference by the law of the domicile, (B) to the law of the nationality (C), but it is possible that it might.

There would, however, be strong arguments that the reference should be to the internal law of the country of domicile and not to its rules of conflict laws.

4 If Scots law would accept the transmission from country B to country C in the first place, it seems possible that it would apply the renvoi from C to B, but this can only be speculation in the total absence of authority.

c If the law of country B, as the *situs* of an immovable, refers either back to A or on to C, the respect paid to the physical control of the *situs* over an immovable would probably mean that the view taken by B would be accepted and applied by Scots law.

d It is thought that, apart from the qualification for immovable property mentioned in *c* above, Scots law would not apply the foreign court theory.

B a No.

b No.

C a No – except to the extent that he might refer the interpretation of the terms used in his will to another system.

b In the very limited situation in which it is possible, there would be no restriction upon his choice of the system to interpret.

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A Yes.

B Not applicable.

C a In Scotland, the surviving spouse and children can choose to accept the provisions of the will or alternatively may claim their legal rights. In the latter case dispositions by the testator which exceed the portion available for disposition are simply cut down *pro rata*. If the rules of the system governing the succession cut down testamentary provisions beyond the permitted limit, effect would be given to those rules in Scotland.

b In Scots Law a gift *inter vivos*, even if expressly for the purpose of defeating legal rights, is effective as the rights exist only in the estate owned by the deceased at death. Meston, *Succession (Scotland) Act 1964* – 3rd ed., p. 50. However, effect would be given to a rule in the system governing succession that *inter vivos* gifts exceeding the portion available for disposition could be ignored.

D a Not applicable.

b 1 Yes. Any 'réserves' applied by the law of the domicile to movable property and by the *lex situs* to immovable property would receive effect in Scotland. Hence separate calculations may be required.

2 Yes, but in the example quoted, the very great importance attached to the *lex situs* in the succession to immovables would mean that it would be a matter for the law of country A to determine whether Secundus could both accept his testamentary provision and also claim his 'réserve' against the terms of the will. If country A is Scotland, then the doctrine of approbate and reprobate would prevent Secundus from accepting one part of the will while rejecting another part.

3 In Scotland there is a clear rule that, apart from heritable debts (*i.e.* debts secured over land), the debts of the deceased are met out of his movable estate. Only if the movables are exhausted may the land be used to pay non-heritable debts. Scottish courts would probably assume that a similar rule exists elsewhere. If Scotland were the domicile and the place where the movables were, it would certainly calculate the legal rights on the net movable estate after payment of all debts other than those expressly secured over land. Hence Secundus would have his 'réserve' only in the 50 of movables remaining in country A.

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A Scots law separates two issues here. The first is the *right* to administer the deceased's estate, and the second is the *title* to administer. The right to administer probably falls to be determined by the law of the domicile. Certainly the executor appointed by the law of domicile, or the heir entitled under that law to administer is regarded as having the primary right to administer in Scotland and there are reciprocal provisions within the United Kingdom for giving automatic effect to appointments by the law of the domicile in other systems of the U.K.

However, the form the administration takes, and the *title* of the administrator are matters for the *lex situs* of the property. Thus although a German heir who would administer directly in Germany would probably be regarded as entitled to administer in Scotland, he would have to be confirmed in the office of executor by the Scottish court before he could have authority to intromit with property in Scotland.

Hence the most accurate answer seems to be that the *lex situs* of the assets is decisive on the form of administration.

B Not applicable.

C a Hypothesis I

1 Yes.

2 No. (Anton, *Private International Law*, p. 493).

3 Yes. The normal practice is to confer authority to deal with Scottish assets on the person with the right to conduct the foreign administration or on an attorney appointed by that person – see Currie, *Confirmation of Executors*, 7th ed. Chap. 19.

4 Yes. The *lex fori* determines the duties of the executor.

5 The normal practice would be to make over the net balance to the persons competent to conduct the administration according to the law of succession, but circumstances might arise – *e.g.* lack of an administrator in the country of succession through lack of assets there – in which the Scottish executor would transfer property directly to the beneficiaries.

b Hypothesis II

1 Yes. It would be recognized that there might be a separate administration where assets are situated outside Scotland.

2 No. There is no claim to extraterritorial effect, but it is the duty of the executor to take possession of all assets, wherever situated, as soon as possible if permitted to do so by the *lex situs*. If the executor does obtain possession of assets situated abroad without formal title from the authorities of the country where they are situated, he would not be regarded as having obtained possession improperly.

D Not applicable.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

When the *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (which implements for the United Kingdom the Convention on jurisdiction signed at Brussels on 27 September 1968) is brought into force on 1st January 1987,

the special provisions for Scotland in Schedule 8 will alter the general basis of jurisdiction in nearly all actions in Scotland. The Convention itself does not apply to wills and succession, but elements of the accompanying reform of the Scottish law of jurisdiction will be relevant to some matters affecting succession. However 'commissary proceedings' (which may be defined as the process of granting to an executor a title to administer a deceased's estate) are exempted from the new rules of jurisdiction.

Title to administer – for questions of jurisdiction to grant a title to administer the estate (and institute an administration), the following answers apply, and will continue to apply after the 1982 Act comes into force.

a Domicile of the deceased: Although the domicile may be the main factor in deciding who has the right to administer, it is not the basis of jurisdiction to grant the administrative title to administer. As the purpose of the procedure of Confirmation is to give to the executor authority to intromit with specifically identified assets, it is necessary that there should be assets in Scotland. The existence of an asset purely nominal value may be affirmed in order to give the courts jurisdiction, but there will rarely be any point in doing so in the absence of assets of substantial value. For example, the device is sometimes resorted to for the purpose of obtaining an Eik (or addition) to the inventory of assets in an existing Confirmation, where the real purpose is to change the description of land included in the original Confirmation.

b The situs of the assets, movable or immovable, is the primary basis of jurisdiction in questions of title to administer. Thus, although an inventory of the whole estate anywhere in the world may have to be submitted for purposes of taxation, the title to administer granted by Scottish courts will be limited to property in the United Kingdom (Currie, *Confirmation of Executors*, 7th ed., pp. 153-4).

c Nationality: From the point of view of the Scottish courts, nationality of the deceased is not a basis of jurisdiction, although it might conceivably be relevant if a foreign country requires a title to be granted by the national authorities.

d Previous administration: If an administration takes place in Scotland, there may be jurisdiction to hear an action brought against the executor, but this would be on the ground that the executor is personally subject to the jurisdiction, not merely because an administration took place in the past. The fact that a previous administration took place would not of itself be a ground of jurisdiction to grant a new title to administer.

e Special bases of jurisdiction: These do not arise in questions of title to administer. If assets are placed in the hands of the court by the process of multiplepointing, the court has jurisdiction to determine the distribution and to give a title to administer, but would have jurisdiction to grant a title in any event as the court of the situs.

f Other bases: There are none.

Other disputes over matters of succession

The general basis of jurisdiction in Scotland in matters other than 'commissary proceedings' will apply to all other disputes over the winding-up and distribution of the inheritance. From 1st January 1987 (when the *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* is to be brought into force) the rules of jurisdiction will be those set out

in the Act. (See Anton, *Civil Jurisdiction in Scotland*, especially Chapter 10). The fundamental rule, echoing the Brussels Convention on jurisdiction is that '... persons shall be sued in the courts for the place where they are domiciled' (1982 Act, Schedule 8, Rule 1).

In addition, a person may also be sued in the Scottish courts if he is the settlor, trustee or beneficiary of a trust 'domiciled' in Scotland (1982 Act, Schedule 8, Rule 2(7)). A trust will be domiciled in Scotland for this purpose if Scots Law is 'the system of law with which the trust has its closest and most real connection will be established'. Equally, although the Convention does not apply to wills and succession, it appears that the rules set out for Scotland in Schedule 8 of the 1982 Act do apply to wills and succession other than 'commissary proceedings'. Hence as most wills in Scotland take the form of establishing express trusts, it appears that the trustees and – very significantly – the beneficiaries of such trusts established in a deceased's will may be subject to the jurisdiction of the Scottish courts by reason of the domicile of the trust. International effectiveness of this may depend on whether Article 1(1) of the 1968 Convention (excluding wills and succession) is regarded as having primacy over Article 5(6) which permits jurisdiction over the beneficiaries of trusts.

a The domicile of the deceased would not, as such, have any relevance in jurisdiction over disputes in matters of succession.

b The situs of the assets.

1 If immovable property is situated in Scotland, the Scottish courts have jurisdiction to make substantive decisions about that property as well as to grant administrative title. Under the *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (Schedule 8, Rule 4(1)(a)) that jurisdiction is exclusive in proceedings which have as their object rights *in rem*, or tenancies of, immovable property.

2 As the existence of movables in Scotland gives the court authority to grant a title to administer, questions of substance relating to rights of succession may also be decided by the court.

c The nationality of the deceased is not a basis for jurisdiction in any matter of succession.

d If an administration takes place within the jurisdiction, so that a Scottish court has granted Confirmation to an executor, there is jurisdiction to hear and decide an action against the executor and also to decide upon the proper distribution of the estate if the executor is in doubt about the validity of claims and raises proceedings to have them decided. There would seem to be no basis of jurisdiction under this head once the administration has been completed.

e Special bases of jurisdiction

1 and 2 Nationality of the plaintiff or defendant and the domicile of the plaintiff are irrelevant.

3 See *b* above. If assets are placed in the hands of the court (in Scotland by the process of multiplepointing) the court has jurisdiction to decide questions relating to the assets irrespective of whether interested parties are personally subject to the jurisdiction, except against a defender domiciled in another Contracting State for the purposes of the 1968 Convention.

When the *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* is in force, the effect of Schedule 8, Rule 2(8), will be that the Scottish courts have jurisdiction over defenders domiciled in countries other than the United Kingdom or the Convention's Contracting States if movables belonging to such a defender have been arrested in Scotland or any immovable property in which he has an

interest is situated in Scotland. It is not clear that there is a real justification for retaining this ground of jurisdiction at all, but it does not in any event apply within the United Kingdom or to the Contracting States (Anton, *Civil Jurisdiction in Scotland*, p. 187-190).

Bankruptcy proceedings leading to sequestration are excluded both from the Convention and from the Scottish jurisdictional provisions in Schedule 8 of the 1982 Act. New rules of jurisdiction are, however, set out in the *Bankruptcy (Scotland) Act 1985*, sec. 9. The general principle is that the Scottish courts have jurisdiction when the debtor was habitually resident or had a place of business (widely defined) in Scotland within one year prior to presentation of the petition for sequestration or the death of the debtor.

4 Apart from the special case of itinerants with no fixed abode, mere service of a writ within the jurisdiction is not a basis of jurisdiction in Scotland. Schedule 8, Rule 2(1) of the *Civil Jurisdiction and Judgments Act* continues this jurisdiction over persons who have 'no fixed residence', but as no similar ground of jurisdiction appears in the 1968 Convention, it could not be invoked against any person domiciled in another Contracting State. (1982 Act sec. 20(1) and Anton, *Civil Jurisdiction in Scotland*, p. 182).

f Other basis
None.

Turquie/Turkey

Section I – Determination of the law applicable to the estate of a deceased person – Law of succession

§ 1 THE PARTICULAR NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION: UNITY – SCISSION

A Until 1982, private international law in Turkey was based mainly on the principles provided by the Provisional Law of 1914, concerning the rights and duties of foreigners, resident in Turkey. According to Article 4 of this Law, the principle of succession was observed; for movables the national law of the deceased was applied, while immovables were submitted to the *lex situs*. In 1982 the new Law came into force (the Private International and the Procedural Law of May 20, 1982, Official Gazette, 22 May 1982/17701), which in its Article 22/1, by a bilateral conflicts rule, provided the *unity principle*; the article reads as follows: 'succession of a deceased person is governed by his national law'. But in the same provision an exception as regards immovables situate in Turkey is brought, submitting them to the local law.

B ...

C According to the article as mentioned above, the whole inheritance (except the immovables situate in Turkey) is governed by one single law, to be the national law of the deceased.

1 When assets situate abroad may by reason of the local competent succession law devolve in a different way, *no* inherent right to set a part of the assets situate in our country (*prélèvement*) for the benefit of beneficiaries prejudiced by the foreign law is recognized in our system.

- 2 Neither by statute, case law or practice.
- 3 We see no further possibilities.

§ 2 THE CONNECTING FACTOR

A a The law of succession is the national law of the deceased (Law 1982, Article 22/1).

b ...

c Immovable succession situate in Turkey is submitted to the Turkish law (Article 22/1, 2).

B ...

C a 1 When the deceased has dual nationality, if the nationality of the forum is involved, only that nationality will be taken into account (Law 1982, Article 4/b); if not, the forum will decide on the prevailing nationality, taking into account the country with which the deceased has the closest relationship (Article 4/c).

2 If the deceased is a stateless person, the criterion of domicile, secondly that of the habitual residence, will be applied as a connecting factor. In the case where both of these factors cannot be determined, finally the competence will be given to the law of the forum (Article 4/a).

b ...

D a When the deceased has the nationality of a country having a territorially plurilegisative system (such as a federal state):

1 The applicable law will be found by the mechanism of *renvoi*; that means that the law of succession will be determined by applying the conflicts rules of that federal system. In the case where such a rule cannot be obtained, the law competent according to its internal law is taken into account.

2 ...

3 ...

b ...

c Our answer is the same as is given to D, a, 1.

§ 3 CORRECTIVES CAPABLE OF MODIFYING THE CONNECTING FACTOR

A Yes, the doctrine of *renvoi* is applied in the search for the law of succession.

a In the case where our country A sanctions the application of the law of country B (as the national law of the deceased), the *renvoi* is accepted if,

1 The law of country B applies a *renvoi* to the law of the domiciliary law (A), (Article 2/III).

2 The law of country B applies a *renvoi* to the law of the situs of immovable property in A.

3 The law of country B applies a *renvoi* to the law of the domicile of the deceased or to the law of the situs of immovable property, both in country C, and nevertheless this country would accept or not the application of its law, the (A) (our) country judge will apply obligatorily the internal law of the country (Article 2/III).

4 As is mentioned above (3), no further *renvoi* is accepted, therefore (C) country's internal law will apply.

- b
 c
 d No, the foreign court theory is not applied.

B a No, in the case given the Turkish nationality of the heirs has no influence on the application of the competent law.

b

C a No, the *professio juris* which allows the deceased to choose the law applicable to his estate is not accepted in our system.

b

Section II – Extent and limits of the application of the law of succession

§ 1 THE 'RÉSERVE', THE PORTION OF THE INHERITANCE AVAILABLE FOR DISPOSITION, AND THE RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF THE TESTATOR TO DISPOSE OF HIS PROPERTY BY WILL

A The law of succession determines the existence and extent of a 'réserve' in favour of certain heirs, and also the extent of freedom to dispose of property by will or gift.

B

C a The law of succession governs the existence and the extent of a 'réserve' including the execution of the dispositions of the testator or of an inheritance agreement, exceeding the portion of the inheritance available for disposition.

b The same law governs, in principle, the effect of a gift *inter vivos* exceeding the portion of the inheritance available for disposition.

D a 1 In the case of various gifts *inter vivos* or disposition in a will, relating to immovables situate in another country (B), these assets are in principle included in the calculation of the 'réserve'.

2 When the law of the foreign country does not recognize such a 'réserve', the persons entitled under the 'réserve' are not in principle recognized a right to be set aside in our country (A) to guarantee their 'réserve'.

b

§ 2 DIRECT TRANSMISSION TO THE HEIRS – ADMINISTRATION OF THE ESTATE

A a

b

c The law of the *situs* of the assets in the estate will decide whether the estate or assets will pass to the heirs and be subject to a direct administration by them, or whether there will be an administrator judicially supervised independent of the heirs (Article 22/II, which reads as follows: '*The provisions relating to the acquisition of a succession are governed by the lex situs*'). Therefore as far as assets situate in Turkey are concerned, according to our Civil Law (Article 539) they pass directly to the heirs and are subject to a direct administration by them. The law of the *situs* involves

also the questions relating to the renunciation, tacit or express acceptance, or a limited acceptance such as '*le bénéfice d'inventaire*', etc.

B

C Our Law does not provide for a judge with jurisdiction to supervise the administration of the assets situate in the country. The questions related as to the transmission of the rights and the rights of action of the deceased over these assets, the liability for the payment of debts, are submitted also to the *lex situs*.

Section III – International jurisdiction in matters of succession

The international bases of jurisdiction admitted in our country in this matter are determined as follows:

a The domicile of the deceased (Law 1982, Article 30, also the Civil Procedural Law, Article 11).

b The *situs* of the assets (movables and immovables); (Law 1982, Article 30, also the Civil Procedural Law, Article 11/2).

c The competence of the forum in which assets are situate, of the forum of the sequestration is also provided by the Civil Procedural Law, Article 12.

Commission spéciale Special Commission

Note du Bureau Permanent

Conformément à la tradition ne sont pas reproduits les Documents de travail et Procès-verbaux des séances de la Commission spéciale.

Bien que le Rapport du Professeur D. W. M. Waters et les Observations des Gouvernements fassent parfois référence à de tels documents, ces citations, destinées aux experts gouvernementaux en vue de la préparation de la Session plénière, n'ont plus une grande importance pour le lecteur des Actes et documents et elles n'ont été maintenues dans le texte que pour signaler les endroits où le Rapporteur et les Gouvernements ont évoqué expressément les travaux de la Commission spéciale.

Notice by the Permanent Bureau

As in the past, the Working Documents and the Minutes of the Special Commission's meetings have not been reproduced in this volume.

Although Professor Waters' Report and the Comments of the Governments refer to such documents, these citations, which were intended to assist the governmental experts in preparing for the Plenary Session, are not essential for the reader of the Acts and Documents; they have been retained in the text in order to indicate the places where the Reporter and the Governments made specific reference to the Special Commission's discussions.

Liste des participants à la
Commission spéciale*

List of participants in the
Special Commission meetings*

La Commission spéciale a siégé du 17 au 21 novembre 1986, du 30 mars au 10 avril 1987 et du 28 septembre au 8 octobre 1987.

The Special Commission met from 17-21 November 1986, from 30 March to 10 April 1987 and from 28 September to 8 October 1987.

EXPERTS DES ETATS MEMBRES
EXPERTS OF THE MEMBER STATES

République fédérale d'Allemagne/Federal Republic of Germany

M. J. Pirrung, *Regierungsdirektor*, Ministère fédéral de la Justice, Bonn

Argentine/Argentina

Mr A. Boggiano, Formerly Judge of the Court of Appeals; Professor of private international law, University of Buenos Aires

Mr E. A. Sadous, Counsellor, Embassy of Argentina, The Hague

Autriche/Austria

Mr A. Duchek, Director, Federal Ministry of Justice, Vienna

Belgique/Belgium

M. J. Schokkaert, directeur d'administration, Ministère des Affaires Etrangères, Bruxelles

Mlle A.-M. Snyers, secrétaire d'administration, Ministère des Affaires Etrangères, Bruxelles

M. A. H. Pipers, secrétaire d'administration, juriste au Ministère de la Justice, Bruxelles

Canada

Mr D. W. M. Waters, Professor at the University of Victoria, British Columbia

M. J. A. Talpis, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Québec

Chine/China**

Mr Tang Chengyuan, Counsellor, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing

Mr Zhao Yong, Attaché, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr Liao Jincheng, First Secretary, Embassy of the People's Republic of China, The Hague

Danemark/Denmark

Mr A. Philip, Professor Dr Jur., Advocate, Copenhagen
Mr S. Danielsen, Judge at the Court of Appeal of Eastern Denmark, Copenhagen

Espagne/Spain

M. J. D. Gonzalez Campos, professeur de droit international privé à l'Université autonome de Madrid
Mme A. Borrás Rodriguez, professeur de droit international privé, Université de Barcelone

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

Mr E. F. Scoles, Professor of Law, University of Illinois, Champaign

Finlande/Finland

Mr M. Savolainen, Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki; Chairman of the Insurance Board
Mrs K. Buure-Hägghund, Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki

France

M. P. G. L. Lagarde, professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

M. D. Hascher, magistrat à l'Administration centrale du Ministère de la Justice, Paris

Mme M. Revillard, expert notarial, Centre de recherches, d'information et de documentation notariales de Lyon

Grèce/Greece

M. J. Voulgaris, professeur de droit international privé, vice-recteur de l'Université «Démokritos» de Thrace

M. S. Vrellis, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Athènes

M. E. Bendermacher-Geroussis, professeur émérite, Université de Thessalonique

Hongrie/Hungary

Mr F. Mádl, Professor of Law, School of Law, University of Budapest; Director of the Civil Law Institute

M. J. Gehér, conseiller au Ministère de la Justice, Budapest

Irlande/Ireland

Mr E. Mongey, Registrar of the Supreme Court, Dublin
Mr M. P. Feely, Legal Assistant to the Attorney General, Dublin

Italie/Italy

M. P. Picone, professeur de droit international à l'Université de Naples

Japon/Japan

Mr T. Nagai, Deputy Director, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo

M. Y. Otani, conseiller du Bureau des Affaires civiles, Ministère de la Justice, Tokyo

Mr I. Terada, First Secretary (Legal Affairs), Embassy of Japan, The Hague

Luxembourg

M. H. Delvaux, procureur général d'Etat honoraire
M. R. M. M. Arrensдорff, juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg

* Figurent dans cette liste tous ceux qui ont participé aux travaux qu'ils aient assisté à la première, à la deuxième ou à la troisième réunion.

This list includes all persons who participated in the discussions whether they attended the first, the second or the third meeting.

Aux deux premières réunions de la Commission spéciale, la République populaire de Chine a participé à titre d'Observateur.

At the first two meetings of the Special Commission, the Representatives of the People's Republic of China participated as Observers.

Mexique/Mexico

Mr *J. L. Siqueiros*, Legal Adviser to the Mexican Foreign Office, Mexico

Norvège/Norway

Mr *S. Rognlien*, Director General, Ministry of Justice, Oslo

Mr *H. Bull*, Senior Executive Officer, Department of Legislation, Ministry of Justice, Oslo

Pays-Bas/Netherlands

Mr *J. C. Schultsz*, avocat, professeur à l'Université d'Amsterdam; président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé

Mr *A. V. M. Struycken*, professeur à l'Université catholique de Nimègue

Mr *J. van Rijn van Alkemade*, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye

Mr *W. Westbroek*, Notary (retired)

Pologne/Poland

Mme *K. Kochńska*, juge à la Cour d'appel, spécialiste au Département juridique du Ministère de la Justice, Varsovie

Mr *A. Dietkow*, Legal Adviser, Legal and Treaty Department, Ministry of Foreign Affairs, Warsaw

Portugal

Mme *I. M. de Magalhães Collaço*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne

Mr *A. Madeira Bárbara*, premier secrétaire d'Ambassade au Ministère des Affaires Etrangères, Département juridique et des Traités, Lisbonne

Mr *H. Solano Cabral de Moncada*, secrétaire diplomatique, Ministère des Affaires Etrangères, Lisbonne

Mr *R. M. Moura-Ramos*, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Coimbra

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

Mr *D. J. Hayton*, MA, LLB, LL.D., Barrister; Professor at King's College, London University

Mr *C. D. Robertson*, LLB, Solicitor, Scottish Courts Administration, Edinburgh

Suède/Sweden

Mr *A. Eriksson*, Assistant Under-Secretary for Legal Affairs, Ministry of Justice, Stockholm

Mr *S. Blomstrand*, Legal Adviser, Ministry of Justice, Stockholm

Mr *L.-G. Engström*, Judge, Malmö

Suisse/Switzerland

Mr *A. E. von Overbeck*, professeur à la Faculté de droit de Fribourg; directeur de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne-Dorigny

Mr *P.-H. Lescaze*, adjoint scientifique à l'Office fédéral de la Justice, Berne

Tchécoslovaquie/Czechoslovakia

Mr *J. Růžička*, Director of the Legal Department of the Federal Ministry of Foreign Trade, Prague

Mr *J. Srb*, attaché, Département de droit international, Ministère fédéral des Affaires Etrangères, Prague

Mr *M. Šešina*, Assistant of the Ministry of Justice, Prague

Mr *P. Banas*, Lawyer, Ministry of Justice of the Slovak Socialist Republic (Legislation Department), Bratislava

Turquie/Turkey

Mr *S. Ünal*, Judge at the Ministry of Justice, Ankara

OBSERVATEURS - OBSERVERS**OBSERVATEURS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES/OBSERVERS FOR INTER-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS****Institut international pour l'unification du droit privé/International Institute for the Unification of Private Law**

Mr *M. F. Pocar*, professeur de droit international et de droit international privé, prorecteur de l'Université de Milan

Commonwealth Secretariat

Mr *J. D. McClean*, Professor of Law, University of Sheffield; Consultant to the Commonwealth Secretariat

Commission internationale de l'état civil/International Commission on Civil Status

Mr *J.-M. Bischoff*, secrétaire général; professeur à la Faculté de droit de Strasbourg

OBSERVATEURS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES/OBSERVERS FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS**Union internationale du Notariat latin/International Union of Latin Notaries**

Mr *V. L. Simó Santonja*, notaire; ex-professeur à l'Université de Valencia, Espagne

Mme *A. H. M. de Jong*, notaire à Haarlem, Pays-Bas assistée de:

Mr *J. Aussedat*, notaire honoraire, France

Mr *M. Martinet*, notaire, France

Mr *Pourciel*, notaire, France

Mr *L. Thomas*, notaire, France

International Bar Association

Ms *G. M. Beckman*, Professor, Georgia State University, Atlanta

Association Internationale des Jeunes Avocats

Mme *N. B. Helfenberger*, représentant délégué de l'AIJA auprès de la Conférence de La Haye; avocat, Paris

Mr *Th. Groenewald*, président de l'AIJA; avocat, Amsterdam

Mr *P. Xavier-Bender*, secrétaire général adjoint de l'AIJA; avocat, Paris

BUREAU DE LA COMMISSION SPÉCIALE
OFFICERS OF THE SPECIAL COMMISSION

Président de la Commission spéciale
Chairman of the Special Commission

M. A. E. von Overbeck (Suisse/Switzerland)

Vice-président de la Commission spéciale
Vice-Chairman of the Special Commission

Mr A. Boggiano (Argentine/Argentina)

Rapporteur de la Commission spéciale
Reporter of the Special Commission

Mr D. W. M. Waters (Canada)

SECRÉTARIAT/SECRETARIAT

M. G. A. L. Droz, secrétaire général
M. M. L. Pelichet, secrétaire général adjoint
M. C. A. Dyer, premier secrétaire au Bureau Permanent
M. J. H. A. van Loon, secrétaire au Bureau Permanent

Secrétaires rédacteurs/Recording Secretaries

M. O. Droz, diplômé d'études approfondies de droit international privé, Paris
Miss J. A. Gensmantel, Solicitor, London
Mlle M.-C. de Lambertye, avocat à la Cour d'appel de Paris
Miss S. E. Roberts, Lecturer in Law, King's College, London
M. P. de Vareilles-Sommières, assistant à l'Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne
Miss K. Williams, Lecturer in Law, University of Liverpool

Conclusions de la Commission spéciale de novembre 1986 sur la loi applicable aux successions

ÉTABLIES PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 4 de décembre 1986

I ASPECTS SOCIOLOGIQUES ET GÉNÉRAUX

1 Un tour de table parmi les experts a confirmé les observations de l'Union internationale du Notariat latin (*Doc. prélim. No 2, annexe*) qui signalent que le nombre des successions pour lesquelles plus d'une loi peut être applicable va en augmentant. Ceci est dû notamment:

- au phénomène croissant des flux migratoires de travailleurs, en particulier depuis les années soixante, et qui sont souvent suivis par leur installation permanente avec leur famille dans des pays étrangers;
- à la multiplicité des mariages mixtes ce qui, suite aux modifications récentes dans beaucoup de pays des lois sur la nationalité, conduit à un nombre de plus en plus important d'enfants nés avec plus d'une nationalité;

- à l'afflux accru de réfugiés;
- à l'acquisition de résidences principales ou secondaires dans les pays à climat favorable;
- à l'augmentation des investissements transfrontières;
- à la croissance du nombre de postes de travail en pays étrangers créés par les sociétés multinationales, et par les organisations internationales et supranationales.

2 Les questions pratiques qui se posent en matière successorale concernent fréquemment non seulement la loi applicable mais également les questions de compétence internationale ou de reconnaissance et d'exécution des jugements.

3 Dans un certain nombre de pays la relation entre le domaine des régimes matrimoniaux et celui des successions donne lieu à des problèmes de délimitation et de qualification. Les récents changements législatifs intervenus en matière de régimes matrimoniaux sont la source de difficultés en raison de leur répercussion sur le droit des successions.

4 La tendance à traiter sur un pied d'égalité les enfants illégitimes et les enfants légitimes, de même que les législations accordant des droits identiques aux époux, créent un déséquilibre entre les lois successorales des différents Etats. La reconnaissance de droits aux couples non mariés dans certains Etats et non dans d'autres crée également des difficultés en matière successorale.

5 Les systèmes fédéraux et les pays dans lesquels des coutumes régionales sont en vigueur doivent faire face à des problèmes particulièrement aigus dans le domaine des successions.

6 Considérant l'urgence des problèmes existants, illustrée par le fait que plusieurs législateurs sont actuelle-

ment en train d'étudier la possibilité d'introduire dans leurs systèmes nationaux des nouvelles mesures en matière de droit international privé des successions, le moment semble particulièrement approprié pour essayer de résoudre ces problèmes au sein de la Conférence de La Haye. Il est surtout essentiel de développer des règles aussi simples que possible qui assurent aux justiciables la prévisibilité en matière de successions.

II TENDANCES QUI SE DÉGAGENT DES SYSTÈMES NATIONAUX EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

7 Un deuxième tour de table a montré une tendance vers l'acceptation du principe de l'unité. Des Etats qui, depuis longtemps avaient consacré le principe de la scission, éprouvent de plus en plus de difficultés dans l'application automatique de la *lex rei sitae* concernant les immeubles, laquelle complique souvent la liquidation de l'ensemble de la succession.

8 L'application de la loi de la nationalité semble soulever un certain nombre de difficultés. La double ou multiple nationalité pose de grands problèmes qui sont différemment résolus par les Etats se rattachant à la loi nationale; notamment lorsqu'une des nationalités concernées est celle du for, ces Etats ont tendance à n'appliquer que leur propre loi et à ignorer la loi de l'autre nationalité. Si la nationalité du for n'est pas concernée, une tendance est de se référer à la nationalité acquise en dernier lieu mais cet expédient ne peut servir dans le cas de plus en plus fréquent d'une double nationalité acquise à la naissance; de même, l'application aux réfugiés de lois successorales selon le critère de la nationalité donne lieu à des problèmes.

9 D'un autre côté, la notion de domicile est loin d'être uniforme dans les différents systèmes appliquant ce facteur de rattachement, étant donné qu'elle peut varier de la simple résidence habituelle dans certains pays, au «domicile d'origine» dans d'autres.

10 Pour essayer de trouver une solution aux difficultés engendrées par les grandes différences existant entre les lois de droit international privé des différents pays, une tendance s'est dégagée dans les lois et pratiques de certains Etats en faveur de l'admission limitée de la *profesio juris* (choix de la loi applicable par le testateur).

III ÉTENDUE DES TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE EN MATIÈRE SUCCESSORALE

11 Bien que les questions du droit applicable et de la compétence internationale soient souvent très liées et que l'idéal serait de traiter ces deux questions ensemble, les experts n'ont pas estimé indispensable de traiter d'ores et déjà des problèmes de compétence internationale. Etant donné l'ampleur du travail et le manque de temps, on a préféré laisser de côté, pour l'instant, les problèmes de compétence internationale et concentrer les travaux seulement sur la loi applicable, sans pour autant nécessairement fermer la porte, pour le futur, à une discussion sur ces questions.

IV DOMAINE D'APPLICATION D'UNE CONVENTION EN MATIÈRE DE LOI SUCCESSORALE

12 Il ressort des discussions deux séries de difficultés concernant la délimitation du domaine d'application de la future Convention:

Conclusions of the Special Commission of November 1986 on the law applicable to decedents' estates

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 4 of December 1986

I SOCIOLOGICAL AND GENERAL ASPECTS

1 A round table discussion among experts confirmed the observations of the International Union of the Latin Notariat (*Prel. Doc. No 2, Annex*) that the number of estates of deceased persons for which more than one legal system may be applicable is growing and is likely to increase even further in the future. This is due in particular:

- to the increased migration of workers, particularly since the 1960s, often followed by their permanent settlement with their families in foreign countries;
- to the growth in the number of multinational marriages which, as a result of recent changes in the laws concerning citizenship in many countries, leads to more and more children being born with more than one nationality;
- to the increased movement of refugees;
- to the acquisition of primary or secondary residences in countries with a favourable climate;
- to increasing transnational investment;
- to the growing number of postings for employment in foreign countries created by multinational companies, international and supranational organizations.

2 The practical questions which arise in the field of succession to decedents' estates often relate not only to the applicable law(s) but also to matters of international jurisdiction and/or recognition and enforcement of judgments.

3 In a number of countries the relationship between the field of matrimonial property and that succession gives rise to problems of delimitation and characterization. Recent legislative changes in the laws concerning matrimonial property regimes are the source of difficulties because of their repercussions as to decedents' estates.

4 The trend towards equalization of rights as between children born in wedlock and those born out of wedlock as well as equalization of rights of surviving spouses creates discrepancies among the succession rights recognized in different countries. Recognition of rights of the unmarried surviving companion in some States but not in others also creates difficulties in the field of succession.

5 Federal systems and countries where regional customary laws are in force experience specially acute problems in the field of international succession.

6 In view of the urgency of the existing problems, which is illustrated by the fact that several legislative

bodies are at present studying new domestic legislation on the private international law of succession, the timing of the efforts to deal with the problems in the Hague Conference seems to be particularly appropriate. It will be essential that the rules developed be as simple as possible and create predictable results for persons interested in decedents' estates.

II TRENDS EMERGING FROM THE NATIONAL SYSTEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

7 From a second round table discussion a general tendency emerged towards acceptance of the principle of unity of the inheritance. States which had long favoured the principle of scission are now experiencing more and more difficulties with the automatic application of the *lex situs* as regards immovables, which often complicates the winding up of the estate as a whole.

8 The application of the law of nationality seems to present a certain number of difficulties. Dual or multiple nationality raises great problems that are resolved differently by States applying the nationality as a connecting factor; more particularly, where one of the nationalities involved is that of the forum State, there is a tendency for that State to apply its own law and to disregard the law of the other nationality. Where the nationality of the forum is not involved, one tendency is to apply the nationality most recently acquired, but this device does not work in the case which is becoming more and more frequent of dual nationalities acquired at birth. Dual nationality arising at birth presents special difficulties; likewise the application of succession laws according to nationality in respect of refugees gives rise to problems.

9 The concept of domicile, on the other hand, is far from uniform in the various countries applying this factor, stretching as it does from simple habitual residence in some countries to 'domicile of origin' in others.

10 In an attempt to overcome the difficulties arising from the large differences between the laws on private international law of various countries, a trend has emerged in the laws and practices of some States in favour of a limited acceptance of the *professio juris* (choice of the applicable law by the testator).

III SCOPE OF THE CONFERENCE'S WORK IN THE FIELD OF SUCCESSION

11 Although the questions of applicable law and jurisdiction are often closely linked, and ideally it would be best to deal with both issues together, it was not felt that it was indispensable to deal at present with the matter of jurisdiction. In view of the volume of work and the shortage of time available, it was thought advisable to leave questions of jurisdiction aside for the present time and concentrate on the applicable law only, although not necessarily closing the door to future consideration of the subject.

IV SCOPE OF APPLICATION OF A CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION

12 Two serious difficulties concerning the definition of the scope of application of the future Convention became evident in the course of the discussions:

a La première concerne la différence de conception qui existe entre les pays de droit civil et les pays de *common law*. Dans la plupart des pays de droit civil les droits, actions et obligations du défunt sont directement transmis aux héritiers ou légataires; ce système tend à appliquer la loi régissant la dévolution également aux questions de transmission et d'administration des biens successoraux. Par contre, dans les pays de *common law* la gestion de l'actif, le paiement du passif, l'exercice des droits et actions du défunt se font sous contrôle judiciaire par une personne désignée à cet effet; par conséquent ces systèmes ont tendance à considérer les questions de transmission et de gestion des biens comme des matières procédurales relevant de la *lex fori*, en laissant seulement la question de la dévolution à l'application de la loi successorale.

b La seconde est relative à la définition même de la dévolution. En général, la dévolution concerne la détermination des héritiers et du *quantum* de leurs droits. Mais certains experts se sont interrogés pour savoir si cette notion ne doit pas être comprise comme incluant des questions telles que celles de l'option successorale, des effets des donations qui peuvent être prises en considération pour déterminer les droits successoraux, des pactes successoraux, des successions vacantes, et des créances alimentaires en faveur des proches parents dans les systèmes où celles-ci sont laissées à la discrétion judiciaire.

Un consensus s'est dégagé en ce sens que la Convention devrait de toute façon inclure des matières que tous les systèmes considèrent comme faisant partie de la loi successorale, et notamment la dévolution. On s'est également mis d'accord sur ce que la Convention devrait inclure une énumération des questions qui devraient nécessairement, ou pourraient simplement, relever de la loi successorale. Le Bureau Permanent a été prié de proposer des suggestions pour la délimitation du domaine de la Convention à cet égard et les experts ont été priés d'examiner cette question en ce qui concerne leur propre système juridique.

V CARACTÈRE DU RATTACHEMENT

13 Les experts des pays qui, jusqu'à présent, ont suivi le système de la scission se sont montrés prêts à considérer d'un œil favorable l'adoption de l'unité de la succession comme principe de base de la nouvelle Convention, pourvu que certaines garanties soient établies pour sauvegarder l'application des lois de police en matière d'immeubles.

VI LE FACTEUR DE RATTACHEMENT OBJECTIF

14 Le système de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, qui a inspiré d'autres Conventions de La Haye comme celle de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, ne fut pas retenu comme base de la nouvelle Convention. En gros, les experts venant des pays qui généralement se rattachent à la nationalité, ne se sont pas opposés à ce que le dernier domicile du défunt soit pris comme facteur de rattachement au moins comme base de discussions. Certains de ces Etats envisageaient déjà d'abandonner la nationalité comme facteur de rattachement en matière successorale dans leurs propres systèmes de droit international privé. Des experts d'un certain nombre d'autres pays, tout en préférant la nationalité, ont accepté le critère du domicile comme point de départ pour les discussions dans l'inté-

rêt d'arriver à une solution; certains experts de ce groupe ont estimé que le domicile ne serait pas un facteur de rattachement suffisamment fort, à moins qu'il soit combiné avec d'autres facteurs (nationalité, une certaine durée de résidence, ou la présence d'une quantité substantielle de biens successoraux dans le pays du domicile).

15 Une discussion particulière fut consacrée à l'hypothèse où le défunt avait son dernier domicile dans un Etat qui n'était pas lié par la Convention. Un grand nombre d'experts ont estimé que dans le cas où le défunt ressortissant d'un Etat contractant a son dernier domicile dans un Etat non contractant, il n'y avait pas lieu de déroger à l'application de la loi du domicile, même si l'Etat du domicile soumet la succession à la loi nationale. Par contre, si le défunt domicilié dans un Etat non contractant a la nationalité d'un autre Etat non contractant et que ces deux Etats soumettent la succession à la loi nationale, certains experts ont estimé que l'on pourrait faire application de celle-ci. D'autres experts, étant d'avis que cela pourrait décourager ces Etats à ratifier la Convention, ont pensé que les règles successorales du dernier domicile devraient rester applicables.

16 La question d'une définition possible du domicile ou de la résidence habituelle dans la Convention fut largement discutée. Un large accord s'est fait sur ce que la résidence habituelle en tant que telle serait probablement trop faible comme facteur de rattachement et que des éléments additionnels seraient nécessaires. Il a été aussi admis que la Convention ne devrait pas être basée sur des concepts nationaux de domicile ou de résidence habituelle mais qu'elle devrait contenir un concept autonome. Au cours des débats, deux méthodes générales de définition qui semblaient à première vue opposées, émergèrent:

a Un premier groupe d'experts, pour des raisons de clarté et de prévisibilité, ont préféré une définition fondée sur des critères purement objectifs. Ces critères seraient, par exemple, la durée de la résidence dans un pays, les liens familiaux, la situation des actifs, les attaches professionnelles, le centre des intérêts économiques ou sociaux.

Au sein même de ce groupe, certains ont désiré retenir une liste exhaustive de critères qui s'imposeraient aux juges. D'autres, au contraire, ont souhaité que cette liste ne soit qu'indicative.

b Un second groupe d'experts ont considéré qu'il serait important d'inclure dans la définition un élément de subjectivité. Pour eux, l'intention du *de cuius* de s'établir dans un pays ou de retourner dans un autre est un des éléments qui permet de déterminer le domicile ou la résidence habituelle.

Certains ont été en faveur d'une présomption d'intention, fondée parfois sur la durée de la résidence dans un Etat. D'autres ont estimé que seule une intention clairement exprimée pouvait être prise en considération.

A la fin de la discussion, certains experts ont exprimé l'opinion que l'apparente opposition entre ces deux points de vue n'était pas aussi fondamentale qu'elle le paraissait. En un certain sens, lorsqu'on retient des critères «objectifs» tels que les liens familiaux ou le centre des activités économiques et professionnelles, on tient déjà compte, d'une certaine façon, de l'intention du *de cuius*. D'un autre côté, il sera souvent nécessaire pour déterminer l'intention du *de cuius* de se référer à des critères «objectifs». En définitive, il s'agit toujours de décider où le *de cuius* avait établi le «centre de sa vie».

Sur la base de cette discussion, le Bureau Permanent soumettra aux experts, pour la prochaine réunion de la

a The first concerned a conceptual difference which divides common law and civil law systems. In most civil law systems the rights, actions and obligations of the decedent are directly transmitted to the heirs or legatees; these systems tend to apply the law governing the devolution also to questions of transmission and administration of the estate. In contrast, in common law systems the management of the assets, the settlement of the liabilities and the exercise of the rights of action of the decedent are carried out by a person who is appointed for this purpose and is judicially supervised; these systems, therefore, tend to see matters of transmission and administration as procedural matters, to be governed by the *lex fori*, and leave only the question of devolution to be governed by the law of succession.

b The second problem related to the scope of the term 'devolution'. In general, devolution is concerned with the determination of the heirs and the quantum of their rights. However, some experts wondered whether the concept might not also be understood to include matters such as heirs' rights of option in civil law, the effects of gifts which may be taken into account in determining the entitlement to the estate, agreements to leave property by will on death, escheats, and provision for the maintenance of surviving dependants in systems where this is left to judicial discretion.

There was agreement that the Convention would in any case include matters which all systems consider to be part of the law of succession, in particular devolution. It was also agreed that the Convention ought to contain an enumeration of the matters which must, should or might be included within the ambit of the law of succession. The Permanent Bureau was asked to make suggestions for a delimitation of the scope of the Convention in this respect and experts were asked to examine this question for their own laws.

V NATURE OF THE CHOICE OF LAW CONNECTION

13 Experts from countries which so far have followed the scission system were willing to consider with a favourable view the adoption of the unity of the estate as the basic principle of the new Convention, provided that safeguards be built in to preserve the application of special policy rules concerning immovables.

VI THE OBJECTIVE CONNECTING FACTOR

14 The system of the Hague Convention of 15 June 1955 to determine conflicts between the national law and the law of domicile, which had inspired other Hague Conventions such as the 1978 Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, was rejected as a basis for the new Convention. By and large, experts from countries generally favouring the nationality principle did not oppose the last domicile of the deceased being taken as the connecting factor at least as the basis for the discussion. Some of these States were already considering abandoning nationality as a connecting factor in respect of the law applicable to decedent's estates in their own laws on private international law. Experts of a number of others, while preferring nationality, were willing to accept the domicile criterion as a starting point for the discussions in the interest of

reaching a solution; a few experts of this group thought that domicile would not be a strong enough connecting factor unless it were combined with other factors (nationality, a substantial duration of residence or the presence of a substantial amount of assets in the State of the last domicile).

15 The case where the decedent had his last domicile in a State which was not a Party to the Convention was discussed separately. Many experts thought that in the case where the decedent was a national of a Contracting State and had his last domicile in a non-Contracting State, there was no reason not to apply the law of the domicile, even where the State of the domicile applied the law of the nationality to the succession. However, where the decedent was domiciled in a non-Contracting State and was a national of another non-Contracting State, both States applying the law of the nationality, certain experts thought that one could apply that law. Other experts who were of the opinion that this might discourage these States from ratifying the Convention thought that these laws of succession of the last domicile should remain applicable.

16 The question of a possible definition of domicile or habitual residence in the Convention was extensively discussed. There was broad agreement that habitual residence as such would probably be too weak as a connecting factor, and that additional elements were needed. It was also agreed that the Convention should not be based upon any domestic concept of domicile or habitual residence but should contain an autonomous concept. In the course of the discussion on a possible definition two general methods of definition emerged, which seemed at first to be in opposition to each other:

a One group of experts preferred, for reasons of clarity and predictability, a definition based on purely objective criteria. These criteria might include, for example, the length of residence in a country, family ties, the presence of assets, and professional, social and economic links.

Within this group of experts, some wished to formulate an exhaustive list of the criteria to be applied by judges. Others felt that this list ought simply to provide guidelines for judicial discretion.

b A second group of experts considered it important to include an element of subjectivity in the definition. For them, the intention of the deceased to establish himself in one country or to return to another was one of the factors which would lead to the determination of his domicile or habitual residence. Some were in favour of a presumption of intention, perhaps based on the length of residence in a country. Others thought that only a clear expression of intention should be taken into consideration.

By the end of the discussion, several experts had expressed the opinion that the apparent opposition between these two viewpoints was not as fundamental as it might have seemed. In a certain sense, when one considers 'objective' criteria such as family ties or the centre of economic and professional activities, one is already taking account in some measure of the intentions of the deceased. On the other hand, it may often be necessary to determine intention by reference to objective criteria. Basically it is all a question of deciding where the deceased made his home, what was the 'centre of his life'. Based on these discussions, the Permanent Bureau will submit to the experts, in time for the next meeting of

Commission, un document présentant un certain nombre de définitions possibles du domicile ou de la résidence habituelle.

17 On a été d'accord pour admettre que si la nouvelle Convention ne devait en principe pas faire une exception pour l'application générale de la *lex rei sitae* aux immeubles, elle devait respecter les lois de police particulières concernant certains immeubles (comme par exemple les domaines agricoles ou les entreprises industrielles) situés en dehors de l'Etat du domicile. Les experts ont été invités à présenter une liste de telles lois de police.

18 Le Bureau Permanent a été prié d'entreprendre une étude sur les problèmes concernant les droits de l'Etat en matière de successions.

VII LE FACTEUR DE RATTACHEMENT SUBJECTIF

19 Malgré le fait que la *professio juris* n'existe pas dans la plupart des lois des Etats représentés, la majorité des experts s'est prononcée en faveur de l'admission de cette institution dans la future Convention.

20 Une large majorité d'experts ont favorisé la limitation de la possibilité pour le testateur de choisir une loi à la seule loi de la nationalité; il serait nécessaire de spécifier l'effet de ce choix en ce qui concerne les Etats non unifiés. L'accord était moins large sur l'admission du choix de la loi du domicile pour le cas où la loi nationale serait compétente.

21 Un nombre réduit d'experts ont estimé que le choix de la *lex rei sitae* pour les immeubles devrait également être possible.

22 L'effet de la *professio juris* a donné lieu à d'assez grandes oppositions. Certains experts ont admis l'institution, à condition qu'elle ne permette pas au testateur de faire échapper sa succession aux règles sur la réserve contenues dans la loi objectivement applicable. D'autres experts au contraire ont estimé que la *professio juris* est incompatible avec l'application des règles sur la réserve de la loi objectivement applicable. De plus, ils ont été d'avis que de ne prévoir la *professio juris* que pour la quotité disponible rend l'exercice inutile. Cependant, tous les experts ont été d'accord pour admettre que des clauses de sauvegarde seraient nécessaires pour lutter contre des injustices.

23 Une majorité d'experts ont estimé que la *professio juris* ne doit pas permettre le dépeçage.

24 Un certain nombre de questions ont été posées qui n'ont pas encore reçu de réponse définitive:

– Le choix du testateur devrait-il avoir pour effet de cristalliser la loi désignée au moment du choix du testateur?

– Quel sera l'effet d'un changement de nationalité du testateur survenant après que le choix de la loi applicable a été fait?

– Quel sera l'effet d'un simple choix d'une loi sur l'existence d'un testament antérieur et quelle loi va régir un testament établi après un simple choix de la loi?

– Les exigences formelles d'un choix de la loi applicable par le testateur seraient-elles automatiquement couvertes par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961

sur la forme des testaments ou la nouvelle Convention devra-t-elle contenir une norme autonome?

– Quel est le rapport entre la *professio juris* et les pactes successoraux et les dispositions entre vifs dans le cadre du régime matrimonial?

VIII CARACTÈRE UNIVERSEL DE LA CONVENTION ET SES LIMITES POSSIBLES

25 Les récentes Conventions de La Haye en matière de loi applicable ont toutes un caractère universel, c'est-à-dire la loi désignée par les règles de conflit de la Convention s'applique même si elle n'est pas la loi d'un Etat partie à la Convention. S'il est vrai que les discussions débutèrent sur l'hypothèse que la future Convention aurait également un caractère universel, il a été fait mention de la possibilité de limiter le domaine de la Convention au cercle des Etats contractants et ceci ou bien en ce qui concerne l'ensemble de la Convention ou seulement en ce qui concerne ses dispositions en matière de *professio juris* (cf. *Doc. prélim.* No 2, Chapitre III, Nos 8 et 10). La Commission spéciale n'est pas encore parvenue à une conclusion définitive à cet égard.

the Commission, a document formulating a certain number of possible definitions of domicile or habitual residence.

17 It was agreed that while the new Convention should in principle not make an exception for the general application of the *lex situs* in respect of immovables, it should respect special rules of public policy concerning certain immovable property (such as, for example, agricultural lands or industrial enterprises) located outside the State of domicile. Experts were invited to present a list of such special rules of public policy.

18 The Permanent Bureau was asked to undertake a study regarding problems relating to the rights of the State in matters of succession (escheat).

VII THE SUBJECTIVE CONNECTING FACTOR

19 Despite the fact that choice of law by the testator is not provided for in the laws of most States represented, a majority of the experts favoured the inclusion of provision for this institution in the future Convention.

20 There was broad agreement in favour of limiting the possibilities for choice of applicable law by the testator to that of his national law; it would be necessary to specify the effect of this choice in respect of non-unified States. There was less agreement on admitting a choice of the law of the domicile in the case where the law of the nationality would apply.

21 A small number of experts thought it should be possible also to provide for the choice of the *lex situs* as to immovables.

22 No clear conclusions were reached as to the effect which a choice of law by the testator should have. Certain experts would accept such a choice only in so far as it would not infringe upon the indefeasible shares in the estate granted by the law which was objectively applicable. Other experts to the contrary thought that the *professio juris* was incompatible with the application of the rules on indefeasible shares of the objectively applicable law. Moreover they were of the opinion that provision for a testator's choice of law only as to the share which was freely at his disposition under the objectively applicable law would be pointless. However, all experts agreed that safeguarding clauses were necessary in order to combat injustices in specific concrete cases.

23 A majority thought that choice by the testator of more than one applicable law (*dépeçage*) should not be allowed.

24 A number of questions were raised which did not receive a clear answer as yet:

– Would the testator's choice have the effect of fixing the content of the applicable law as it was at the time of the choice?

– What will be the effect of a change of nationality of the testator, occurring after the choice of law has been made?

– What effect will a bare choice of law have on the existence of a prior will, and what law will govern a will made after a bare choice of law?

– Are formal requirements for a choice of law by the testator to be automatically covered by the Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Re-

lating to the Form of Testamentary Dispositions, or should the new Convention contain an autonomous rule?

– How will *professio juris* relate to agreements and marital property arrangements concerning succession upon death?

VIII UNIVERSAL CHARACTER OF THE CONVENTION AND ITS POSSIBLE LIMITS

25 The recent Hague Conventions on matters of applicable law are all of a universal character, *i.e.* the law designated by the conflict rules of the Convention applies even if it is not the law of a State Party to the Convention. While the discussions started on the assumption that the future Convention would also have a universal character, mention was made of the possibility of limiting the scope of the Convention to the circle of Contracting States, either as regards the Convention as a whole or in respect of its provisions on *professio juris* only (*cf. Prel. Doc. No 2, Chapter III, Nos 8 and 10*). The Special Commission did not yet arrive at final conclusions on this point.

Observations concernant les débats de la Commission spéciale sur la loi applicable aux successions du point de vue allemand

Document préliminaire No 5 de janvier 1987

Du 17 au 21 novembre 1986 a eu lieu à La Haye la première réunion de la Commission spéciale sur la loi applicable aux successions. Du point de vue d'un Etat y ayant participé et ayant réformé, ces derniers temps, sa législation en matière de droit international privé, le déroulement de cette réunion n'a pas été satisfaisant à tous égards. Lors d'un premier débat visant à préparer une Convention d'une telle importance, il aurait convenu de traiter d'une manière approfondie les problèmes que soulève une décision sur le rattachement de principe à la nationalité ou au domicile. Ce n'est que sur la base d'une telle discussion que l'on pourrait espérer que même les Etats dont les règles actuelles de rattachement diffèrent fondamentalement de l'accord envisagé, pourront donner leur consentement à la nouvelle Convention. Or, cette discussion n'a pas eu lieu. Les débats se sont ouverts plutôt sur la base de l'application de la loi du domicile, sans que le pour et le contre des deux principes de rattachement aient fait l'objet d'une comparaison détaillée. La manière dont les travaux de la Commission spéciale ont débuté n'a pas précisément contribué à faire naître les meilleures chances de succès, quant à la réussite globale de la Convention qu'il s'agit d'élaborer.

Les Conclusions portant sur les résultats de la réunion, qui viennent d'être transmises par le Bureau Permanent par lettre du 19 décembre 1986, confirment cette appréciation. Au No 8 des Conclusions – pour ne citer qu'un seul exemple –, il est question de certains inconvénients de l'application de la loi de la nationalité qui ont certes été mentionnés par certains participants, mais qui n'ont pas été traités de manière exhaustive. Une discussion plus approfondie au sein de la Commission spéciale aurait permis de signaler que la loi de la nationalité s'agissant d'une personne ayant eu une double ou multiple nationalité, pourrait parfaitement être définie, entre des Etats contractants, en fonction des besoins particuliers du droit international des successions. Cela pourrait se faire par exemple de façon à ne considérer que la nationalité de l'Etat avec lequel les relations sont les plus étroites, même si la personne ayant eu une double ou multiple nationalité possédait la nationalité de la *lex fori*. En matière de réfugiés, il existe des règlements internationaux pertinents. En plus, les Conclusions ne font aucune mention des avantages offerts par la loi de la nationalité, parmi lesquels nous ne citerons ici que celui de la simplicité du rattachement.

En outre, la lecture des Conclusions – par exemple de la phrase d'introduction au No 24 –, donne l'impression que non seulement des décisions de principe, mais aussi des décisions particulières importantes ont déjà été prises. Cela serait, d'une façon générale, prématuré et ne tiendrait pas compte de la base des négociations dans une première phase des délibérations, telle qu'elle a été

évoquée explicitement et à plusieurs reprises lors de la réunion. Il semble donc indispensable de souligner que les résultats obtenus jusqu'à présent n'ont qu'un caractère provisoire.

Si les débats de la Commission spéciale continuent à se dérouler comme dans la première réunion, ils risquent d'aboutir à l'élaboration d'une Convention qui ne pourra pas être ratifiée par de nombreux Etats membres de la Conférence. Il s'agira probablement surtout de ceux des Etats qui ont, jusqu'à l'heure actuelle, ratifié un nombre relativement élevé de Conventions de la Conférence et qui pourraient, par conséquent, tendre plutôt à une ratification en matière de droit international des successions. En plus, il faut s'attendre à des problèmes pour les Etats qui ont un intérêt particulier à maintenir des relations avec leurs ressortissants, même après un séjour prolongé de ceux-ci dans un pays hôte.

En matière de droit international des successions, un échec partiel prévisible serait particulièrement regrettable, compte tenu des expériences faites avec des projets de Conventions et eu égard à la marge de manœuvre disponible pour une Convention. Le besoin d'adopter un règlement international équilibré en la matière se fait sentir précisément en raison des multiples problèmes qui se sont posés jusqu'à présent dans la pratique. Du point de vue allemand, cette situation de départ exige avec urgence que les travaux de la Conférence soient placés sur une meilleure base, si possible dès la deuxième réunion de la Commission spéciale. Ainsi, il ne serait peut-être pas encore trop tard pour améliorer les chances d'aboutir à un bon compromis à la fin des négociations.

Observations, from the German point of view, on the deliberations of the Special Commission on the law applicable to decedents' estates

Preliminary Document No 5 of January 1987

The first meeting of the Special Commission on the law applicable to decedents' estates took place in The Hague from 17 to 21 November 1986. When seen from the point of view of a participating State that has recently given new statutory configuration to its private international law, the course of the meeting could not be considered satisfactory in every respect. Questions relating to a decision concerning a fundamental connection with nationality or with domicile should have been dealt with exhaustively in an initial discussion aimed at preparing a Convention of such importance. Those States from whose present rules concerning the connecting factor the planned Convention fundamentally deviates could also be expected to be able to agree to a new Convention only on the basis of such a discussion. Such a discussion did not, however, take place. On the contrary, discussion began on the basis of the application of the law of domicile without there having been a thorough comparison of the advantages and disadvantages of the two connecting factors. Hence, the work of the Special Commission has begun in a manner which has not necessarily created the best prospects of success for the Convention to be drawn up.

The Conclusions reached at the meeting, forwarded together with a letter from the Permanent Bureau of 19 December 1986, confirm such an assessment. The Conclusions refer under No 8 – to quote but one example – to certain disadvantages of the law of nationality that were mentioned by a number of participants but not made the subject of detailed treatment. In the context of a more thorough discussion by the Special Commission, reference could have been made to the fact that there could indeed be a special stipulation by Contracting States of a multiple national's law of nationality for the purposes of the international law of succession. This could perhaps be done by making exclusive reference to the nationality of the State with which the multiple national has the closest ties, even where the multiple national possessed the nationality of the *lex fori*. As far as refugees are concerned, there are already relevant international provisions. Further, there is no reference in the Conclusions to the advantages of the application of the law of nationality – only one of which will be mentioned here, namely, the advantage of the clarity of connection.

In addition, the Conclusions give rise to the impression – for instance in the introductory sentence under No 24 – that not only fundamental decisions but also important individual decisions have already been taken. On the whole this would be premature and would not correspond with the basis for deliberations in a first round of negotiations, as explicitly discussed at the

meeting. Clarification of the provisional character of the results to date would therefore seem necessary.

If the discussions of the Special Commission continue to proceed as at the first meeting, there will be a risk that the Convention drawn up by negotiation will not be able to be ratified by a fairly large number of Member States. In this respect, the States concerned will probably be, above all, those States that have ratified a relatively large number of Conventions of the Conference and where, for this reason, a ratification in the field of the international law of successions is actually also more likely to be expected. Furthermore, difficulties must be expected for those States that have a special interest in maintaining ties with their nationals – also after long residence in a host country.

It would be a great pity if, in the field of the international law of succession, there were to be a foreseeable partial failure in the light of past experiences with draft Conventions and of the room for manoeuvre still available for a Convention. There is a need for balanced international regulation in this field particularly because of the many difficulties that have arisen in practice to date. From the German point of view, this point of departure would require the work of the Conference to be placed on a better foundation, if possible at the second meeting of the Special Commission. In doing so, the prospect of reaching a good compromise at the end of the negotiations could be further improved.

Quelques suggestions en vue d'une éventuelle définition d'un facteur de rattachement fondé sur le domicile ou la résidence habituelle

NOTE ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 6 de février 1987

A Le domicile et la résidence habituelle

Le domicile

Le terme «domicile» a une longue histoire qui remonte à l'époque romaine. A l'origine, le domicile (du latin *domus*, maison) n'était pas un concept purement juridique: il dénotait le lien entre une personne et l'endroit où elle résidait et qui était le centre de ses intérêts¹. Peu à peu, cette notion plus ou moins factuelle a acquis un caractère plus juridique. Le droit français d'avant la révolution distinguait entre le «domicile volontaire et actuel», plus concret, et le «domicile d'origine», lequel évoquait le lien entre une personne et son pays au sens large, ce qui, en fait, préfigurait l'idée de nationalité; par la suite, le Code civil a fondu les deux concepts en un seul, qui suppose à la fois la présence effective en un lieu donné et l'intention d'y avoir son établissement principal². Dans la tradition de la *common law*, le domicile a toujours concerné le lien entre une personne et un pays, c'est-à-dire un territoire soumis sous l'autorité d'un seul souverain à un seul ensemble de lois (par exemple, l'Angleterre ou l'Ecosse), et a donc toujours possédé une forte connotation juridique. Une personne se voit attribuer un domicile à sa naissance: son domicile d'origine qui, en droit anglais, par exemple, «ne dépend pas de l'endroit où l'enfant est né, ni de celui où sa mère ou son père réside, mais du domicile du parent considéré au moment de la naissance. Cette règle a pour conséquence qu'un domicile d'origine peut être transmis successivement à plusieurs générations dont aucun représentant n'a jamais résidé durablement dans le pays dudit domicile»³. Une personne indépendante peut acquérir un domicile de son choix en se rendant dans un autre pays où elle établit sa résidence dans l'intention de s'y installer en permanence ou pour une durée illimitée. Les personnes qui dépendent d'autrui n'ont pas de domicile propre, mais sont rattachées en principe au domicile de celui ou celle dont elles dépendent juridiquement. Comme on l'a déjà noté⁴, de nos jours la femme mariée ne fait plus que rarement partie de cette catégorie de personnes.

Ce triple concept de domicile se rencontre dans les législations de bien des pays de *common law*, mais avec des aménagements importants dans certains d'entre eux. Si, en droit anglais et dans le droit des pays qui s'inspirent du modèle anglais⁵, le domicile d'origine a une importance particulière dans la mesure où il possède un caractère durable et reprend effet après l'abandon d'un domicile choisi, aux États-Unis, pays d'immigration, la notion de reprise fut bientôt rejetée par les tribunaux⁶. Des réformes législatives récentes ont conduit à l'abandon de la doctrine de la reprise en Australie; et à la suppression complète du domicile d'origine en Nouvelle Zélande⁷. Comme en témoigne ce qui précède, la notion du domicile n'est pas uniforme dans les systèmes de *common law*. Qui plus est, même à l'intérieur d'un système donné, son contenu peut varier en fonction de la fin envisagée, par exemple en matière de compétence judiciaire, de choix de la loi pour ce qui est des régimes matrimoniaux, des successions, et à plus forte raison quand il s'agit de taxation ou d'allocations gouvernementales.

Les Conventions de La Haye se réfèrent assez rarement à la notion de domicile. La Convention de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires fait mention du testateur en son article premier, mais elle laisse le soin de déterminer si le testateur avait ou non son domicile dans un lieu déterminé à la loi de ce même lieu (article premier, alinéa 3). La Convention de 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps mentionne aussi le domicile, au sens où ce terme est admis dans l'Etat du divorce aux fins de la reconnaissance de celui-ci. A de telles fins, l'expression «résidence habituelle», généralement employée dans la Convention, comprend le domicile à l'exception, toutefois, du domicile de l'épouse lorsque celui-ci est légalement rattaché au domicile de son époux (article 3, alinéas 1 et 2). Dans toutes les autres récentes Conventions de La Haye, cependant, le terme «domicile» est évité; l'expression généralement employée est la «résidence habituelle».

La résidence habituelle

L'expression «résidence habituelle» a déjà été employée dans le contexte de la Convention de La Haye de 1902 relative aux conflits de lois et à la juridiction en matière de tutelle des mineurs, pour éviter la difficulté que l'application du domicile de dépendance aurait entraînée. Aucune définition de la résidence habituelle n'a jamais figuré dans les Conventions de La Haye; néanmoins, cette notion a été généralement admise, non seulement dans les Conventions de La Haye mais aussi dans d'autres traités internationaux, dans les textes de lois s'inspirant de conventions internationales⁸ et même dans d'autres lois. Il est clair que, par «résidence habituelle», on entend quelque chose de plus que la simple résidence; en quoi consiste exactement ce «plus» est cependant laissé dans le vague, pour éviter un excès de rigidité et

¹ Voir le cours classique de René Cassin, «La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 34 (1930), chap. I, p. 664 et s.

² Voir en général Horatia Muir-Watt, «Le domicile dans les rapports internationaux», dans le *Juriste de droit international*, fasc. 543-A.

³ Voir Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 10^{ème} éd., Vol. 1, p. 108.

⁴ Voir *Doc. prélim. No 1, supra*, p. 110.

⁵ Par exemple l'Ecosse (avec une règle spéciale pour les enfants), voir *supra*, p. 178; l'Irlande - En 1983 la Commission de réforme législative a recommandé que le domicile, en tant que facteur de rattachement pour les conflits de lois, soit aboli et remplacé par la résidence habituelle; Chypre, voir *supra*, p. 171; le Canada, voir *supra*, p. 62. Des propositions de réforme ont été soumises par les *Uniform Law Commissioners* au début des années 60; pour le projet du Québec, voir *supra*, p. 136. On trouvera un examen détaillé de la situation dans le *Commonwealth* en général dans McClean, *Recognition of Family Judgments in the Commonwealth* (1983), Chap. 1.

⁶ Voir *supra*, p. 68.

⁷ Voir Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, 4^{ème} éd., p. 133-134.

⁸ Cf. en matière de successions l'Irlande, *Succession Act 1965*, Partie VIII (Mo. 27); Royaume-Uni: *Wills Act 1963*, section 1 (c. 44).

A few suggestions for a possible definition of a connecting factor based on domicile or habitual residence

NOTE DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 6 of February 1987

A Domicile and habitual residence

Domicile

The term 'domicile' has a long history going back to Roman times. Originally, domicile (from the Latin *domus*, home) was not a purely legal concept: it denoted the link between a person and a place where he resided and where he had the centre of his interests.¹ Gradually this more or less factual concept acquired more legal characteristics. Pre-revolutionary French law distinguished between the more concrete '*domicile volontaire et actuel*' and the '*domicile d'origine*', the latter referring to the link between a person and his country as a whole, which in fact precluded to the concept of nationality; later on, the *Code civil* merged the two concepts into a single one requiring both actual presence in a specific place and intention to make that place into one's principal establishment.² In the common law tradition, domicile has always referred to the link between a person and a country, *i.e.* a territory subject under one sovereign to one body of law (for instance, England or Scotland) and consequently has always had a strongly legal connotation. A person receives a domicile at birth: his domicile of origin, which in English law, for example, 'does not depend on the place where the child is born, nor on the place his mother or father reside, but on the domicile of the appropriate parent at the time of birth. As a result of this rule, a domicile of origin may be transmitted to several generations no member of which has ever resided for any length of time in the country of the domicile of origin'.³ An independent person can acquire a domicile of choice by moving to another country where he establishes his residence with the intention to reside permanently or for an unlimited time in that country. Dependent persons do not have a domicile of their own, but depend in principle upon the domicile of the person on whom they are legally dependent. As has been noted before,⁴ nowadays the married wife is most often no longer included in this latter category.

This threefold concept of domicile can be found in the legislations of many common law countries, but with important modifications in some jurisdictions. While in English law and the law of countries following the English model⁵ the domicile of origin has a peculiar significance in that it is of an enduring character and revives after abandonment of a domicile of choice, in the United States, a country of immigrants, the concept of revival was soon rejected by the courts.⁶ Recent statutory reforms in Australia have led to the abandonment of the doctrine of revival; and in New Zealand to abolishment of the domicile of origin altogether.⁷ As the foregoing illustrates, the concept of domicile is not uniform among common law systems. Moreover, even within one system, its content may vary according to the purpose it serves, for instance, judicial jurisdiction, choice of law in matters of marital relations between spouses, decedents' estates, let alone for purposes of taxes and governmental benefits.

The concept of domicile does not appear frequently in Hague Conventions. The 1961 Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions refers to domicile of the testator in its Article 1, but leaves the determination of whether or not the testator had his domicile in a particular place to the law of that place (Article 1, paragraph 3). The 1970 Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations also refers to domicile, as this term is used in the State of the divorce for purposes of recognition of such a divorce. For these purposes, the term 'habitual residence', which is the general term used in the Convention, includes domicile with the exception, however, of the domicile of dependence of a wife (Article 3, paragraphs 1 and 2). In all other modern Hague Conventions, however, the term 'domicile' is eschewed; the general term which is used is 'habitual residence'.

Habitual residence

The term 'habitual residence' was already used in the context of the 1902 Hague Convention relating to the conflict of laws and jurisdiction in regard to guardianship of minors, to avoid the difficulties to which the application of the domicile of dependence would have led. No definition of habitual residence has ever been included in Hague Conventions; nevertheless, it has been widely accepted, not only in Hague Conventions but also in other international treaties, statutes based on international conventions⁸ and even in statutes not based on such conventions. It is clear that habitual residence means something more than mere residence; however, what the 'more' precisely is, is left open, to

¹ See the classical course by René Cassin, 'La Nouvelle Conception du Domicile dans le Règlement des Conflits de Lois', *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 34 (1930), chap. I, p. 664 *et seq.*

² See, generally, Horatia Muir-Watt, 'Le Domicile dans les Rapports Internationaux', in *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 543-A.

³ See Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10th ed., Vol. 1, p. 108.

⁴ See *Prel. Doc. No 1*, *supra*, p. 111.

⁵ *E.g.* Scotland (with a specific rule for children), see *supra*, p. 178; Ireland - In 1983 the Law Reform Commission recommended that domicile, as a connecting factor in the conflict of laws, should be abolished and replaced by habitual residence; Cyprus, see *supra*, p. 171; Canada, see *supra*, p. 62 - Proposals for reform were made by the Uniform Law Commissioners in the early 1960s; for the Quebec draft, see *supra*, p. 137. For a detailed discussion of the Commonwealth position in general, see McClean, *Recognition of Family Judgments in the Commonwealth* (1983), Ch. 1.

⁶ See *supra*, p. 68.

⁷ See Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, 4th ed., pp. 133-134.

⁸ *Cf.* in the area of succession Ireland, *Succession Act 1965*, Part VIII (Mo. 27); United Kingdom: *Wills Act 1963*, section 1 (c. 44).

des divergences trop grandes entre les différents systèmes juridiques⁹.

B Tentatives internationales d'unification des concepts de domicile et de résidence habituelle

La première tentative visant à introduire un peu d'ordre dans le chaos des différentes notions de domicile a été le fait de l'Institut de droit international. La Résolution qu'il a prise le 3 août 1931 à la Session de Cambridge ne portait cependant que sur les principes du choix de la loi relative au domicile, sans harmoniser les différents concepts. C'est le Conseil de l'Europe qui a essayé pour la première fois d'unifier les notions juridiques de domicile et de résidence habituelle. Le texte de la Résolution (72)¹ du Comité des Ministres, en date du 18 janvier 1972, figure en annexe.

C Définitions possibles d'un facteur de rattachement fondé sur le domicile ou la résidence habituelle

Au cours de la Commission spéciale de novembre 1986 l'opinion générale a été que la résidence habituelle en tant que telle constituerait probablement un facteur de rattachement trop faible. Certains experts ont préconisé un élément objectif supplémentaire, tel que le centre des activités du défunt, sa nationalité ou le passage d'un certain laps de temps. D'autres délégués ont marqué une préférence pour un complément constitué par un élément subjectif d'intention, mais ils ont suggéré à cet égard des présomptions telles que la résidence habituelle ou le centre des activités en un certain lieu ou l'écoulement d'un certain temps. D'autres encore, bien que penchant en principe pour un critère objectif, se sont montrés disposés à tenir compte de l'intention dans des circonstances exceptionnelles, ou encore en tant qu'élément de preuve de la résidence habituelle. Plusieurs délégations ont envisagé l'adoption d'un critère subsidiaire dans le cas où le critère principal ne permettrait pas de déterminer la résidence habituelle ou le domicile.

Les traditions juridiques sont sans doute pour beaucoup dans les préférences exprimées pour la démarche «objective» ou la démarche «subjective», de sorte que le choix entre l'une ou l'autre n'est sans doute pas lui-même un choix entièrement objectif. De plus, le but et l'objet de la future Convention ne sont vraisemblablement pas sans incidence sur ce choix. Par exemple, si la Convention est appréhendée comme un instrument dont une fonction importante serait de protéger le conjoint et les parents survivants, l'accent sera placé sur le lien entre la dernière résidence habituelle/ou le dernier domicile et la résidence de la famille et les intérêts économiques du défunt, comme le montrent bien d'ailleurs certaines des propositions – d'inspiration aussi bien «objective» que «subjective» – qui ont été faites en novembre.

Eu égard aux différentes vues et perspectives, le Bureau Permanent croit pouvoir suggérer que le choix fondamental doit être entre les solutions suivantes. En guise d'introduction il convient de souligner que le facteur

de rattachement devrait être de nature à permettre de découvrir la loi applicable sans difficulté aucune dans la grande majorité des cas.

1 La résidence (habituelle) à la date du décès, complétée par un élément *objectif et précis*, tel que l'écoulement d'un certain laps de temps, par exemple 2 à 5 ans, ou la coïncidence avec l'Etat de la nationalité du défunt¹⁰.

Observation

Une *exception* peut être nécessaire lorsque le centre (principal) de la vie personnelle, sociale et économique du défunt se trouvait dans un autre pays, par exemple s'il y avait laissé sa famille.

2 La résidence (habituelle) à la date du décès complétée par un élément *objectif* mais moins précis. On pourrait ici emprunter à la Résolution du Conseil de l'Europe, Règle No 1, la condition que le lieu de résidence (habituelle) soit aussi le *centre unique ou principal des intérêts personnels, sociaux et économiques du défunt*.

A ce critère devrait s'ajouter une présomption simple permettant d'établir rapidement, dans la plupart des cas, où ce centre est situé; le critère 1 pourrait éventuellement constituer cette présomption.

Observation

Par définition, ce critère ne nécessiterait pas une exception comme le critère 1.

3 La résidence (habituelle) à la date du décès, plus l'*intention de s'y installer en permanence ou pour une durée illimitée*. Cette règle devrait être complétée par une *présomption* quant à l'intention de s'établir au lieu de résidence. Là encore, cette présomption pourrait reposer sur une certaine durée de résidence (2 à 5 ans) ou sur la coïncidence avec l'Etat de la nationalité.

Observation

Cette présomption, de même que la solution 1, pourrait nécessiter une exception dans les cas où la vie du défunt avait son centre dans un autre pays où, par exemple, il aurait laissé sa famille.

4 La résidence (habituelle) à la date du décès, plus l'*intention d'en faire et d'y conserver le centre unique ou principal de ses intérêts personnels, sociaux et économiques*. (Cf. Règle No 1 de la Résolution du Conseil de l'Europe.) De même que les solutions précédentes, cette règle devrait être complétée par une *présomption* simple fondée sur une certaine période de résidence, par exemple 2 à 5 ans, ou sur la coïncidence avec l'Etat de la nationalité.

Observation

Il ne serait pas nécessaire de prévoir une exception comme pour la solution 3.

Dans l'application de chacun de ces critères, il pourrait arriver que les conditions exigées par la définition ne

⁹ Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 145, critiquent – à bon droit semble-t-il – l'idée que la résidence habituelle supposerait un élément d'intention. Ainsi qu'ils le soulignent, cet élément ne peut certainement pas être exigé pour de jeunes enfants et «il paraît plus juste de dire que la preuve de l'intention peut être importante dans des cas particuliers, par exemple pour établir l'habitude quand en fait la ou les périodes de résidence ont été brèves, mais qu'elle n'est pas essentielle».

¹⁰ Le dernier élément obligerait à prévoir des règles additionnelles pour les cas de multiple nationalité et pour les pays non unitaires. Voir par exemple l'article 14 de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces.

avoid rigidity and inconsistencies between different legal systems.⁹

B *International attempts to unify the concepts of domicile and habitual residence*

The first attempt to bring some order into the chaos of different notions of domicile was made by the *Institut de droit international*. Its Resolution of 3 August 1931, Session of Cambridge, was limited, however, to principles of choice of law relating to domicile, and did not harmonize the various concepts. It was the Council of Europe which made a first attempt to unify the legal concepts of domicile and habitual residence. The text of the Committee of Ministers' Resolution (72)1 of 18 January 1972 appears as an Annex.

C *Possible definitions of a connecting factor based on domicile or habitual residence*

The Special Commission of November 1986 was in agreement that habitual residence as such would probably be too weak as a connecting factor. Some experts suggested to require an additional objective element, such as the centre of life of the deceased, his nationality, or a certain lapse of time. Other delegates preferred the addition of a subjective element of intent, but suggested presumptions of such an intent such as habitual residence or centre of life in a certain place or a certain lapse of time. Still others, although in principle preferring an objective criterion, were prepared to take the intent into account in exceptional circumstances or as an element of proof of habitual residence. Several delegations suggested a subsidiary criterion if habitual residence or domicile could not be determined according to the primary criterion.

Whether one prefers the 'objective' or the 'subjective' approach has probably much to do with legal traditions, and the choice between one or the other approach is probably, therefore, itself not an entirely objective one. Moreover, the object and purpose of the future Convention are probably not entirely without significance for the choice to be made. For example, if the Convention is seen as an instrument an important function of which is to afford protection to the surviving spouse and relatives, emphasis will be placed on the link between the last habitual residence/domicile and the family and economic ties of the decedent, as is indeed illustrated by some of the proposals – both of an 'objective' and of a 'subjective' character – made in November.

Paying due regard to the different views and perspectives, the Permanent Bureau would suggest that the basic choice to be made is one between the following alternatives. By way of introduction it may be observed

that the connecting factor should be such that it would permit the applicable law to be found without any difficulty in the great majority of cases.

1 (Habitual) residence at the time of death with an additional element which is *objective* and *precise*, such as a certain lapse of time, for example, 2-5 years, or coincidence with the State of nationality of the deceased.¹⁰

Comment

The criterion may call for an *exception* in the case where the (principal) centre of the decedent's personal, social and economic life was in another country, for example, if he had left his family in that country.

2 (Habitual) residence at the time of death with an additional element of an *objective* but less precise character. Here one might borrow from the Council of Europe Resolution, Rule No 1, the requirement that the place of (habitual) residence be also the *sole or principal centre of the personal, social and economic interests of the deceased*.

This criterion should be supplemented by a rebuttable presumption which permits to establish quickly in most cases where this centre is localized; criterion 1 could possibly serve as such a presumption.

Comment

This criterion would, by definition, not call for an exception as under 1.

3 (Habitual) residence at the time of death with the *intention to settle permanently or for an indefinite period of time in that place*. This rule should be supplemented by a *presumption* of the intention to settle in the place of residence. Again, this presumption could be based on residence during a certain period of time (2-5 years) or coincidence with the State of nationality.

Comment

The presumption, like alternative 1, may call for an exception for those cases where the centre of the deceased's life was in another country, for example, where he left his family.

4 (Habitual) residence at the time of death plus *intention* of making and retaining in that place the *sole or principal centre of one's personal, social and economic interests* (cf. Rule No 1 of the Council of Europe Resolution). Like the previous alternatives, this rule should be supplemented by a rebuttable *presumption* based on residence during a certain period of time, for example, 2-5 years, or coincidence with the State of nationality.

Comment

An exception as under 3 would not be necessary.

In the application of all of these criteria, situations may occur where either the conditions required by the defi-

⁹ Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 145, rightly, it would seem, criticize the view that habitual residence requires an element of intention. As they point out, this element can certainly not be required from young children and 'the better view seems to be that evidence of intention may be important in particular cases, for example, in establishing habituation when the actual period or periods of residence have been short, but is not essential.'

¹⁰ The latter factor would require additional rules for multiple nationality and for non-unitary jurisdictions, cf., for example, Article 14 of the 1970 Hague Divorce Convention.

soient pas remplies ou que les circonstances de fait ne permettent pas d'appliquer le critère. On pourrait alors avoir à définir un critère subsidiaire (l'application de la loi de la nationalité, de la *lex fori*, etc.). Cet aspect n'ayant pas encore été examiné par la Commission spéciale, le Bureau Permanent s'abstiendra de soumettre ici des propositions précises.

Annexe

RÉSOLUTION (72) 1 RELATIVE A L'UNIFICATION DES CONCEPTS JURIDIQUES DE «DOMICILE» ET DE «RÉSIDENCE» (18 JANVIER 1972)

Le Comité des Ministres,
Vu la Résolution (63) 29 concernant le programme juridique du Conseil de l'Europe,
Ayant examiné les propositions contenues dans le rapport du C.C.J. sur les travaux de sa 16^e session;
Conscient de ce que l'effet pratique recherché par les conventions européennes visant à uniformiser certaines règles juridiques se trouve souvent compromis par le fait que les mêmes notions sont interprétées différemment d'un pays à l'autre;
Considérant que l'efficacité de toute œuvre d'unification des droits nationaux dépend, dans une large mesure, de l'unification des concepts fondamentaux du droit;

Considérant en outre, que l'unification des concepts fondamentaux du droit serait de nature à réduire considérablement les difficultés surgissant en matière de conflits de lois;

Convaincu qu'il est hautement souhaitable de procéder dès lors à une unification progressive des concepts juridiques de «domicile» et de «résidence»;

Recommande aux gouvernements des Etats membres:

1. de s'inspirer, dans leur droit respectif, des règles qui figurent à l'annexe sur les concepts de domicile et de résidence en ce qui concerne, au moins, leurs applications dans le domaine international, sans préjudice toutefois de tout sens spécifique pouvant être attribué à ces concepts à des fins déterminées;
2. de tenir le Comité européen de Coopération juridique (C.C.J.) informé de toute mesure prise à cet effet;
3. de faire connaître aussi largement que possible les règles ainsi que l'exposé des motifs.

ANNEXE

RÈGLES

Domicile

N° 1. Le concept de domicile implique un lien de droit entre une personne et un pays où s'applique un système juridique déterminé ou un lieu situé dans un tel pays. Ce lien de droit résulte du fait que cette personne établit ou maintient volontairement sa résidence unique ou principale dans ce pays ou en ce lieu, avec l'intention d'en faire et d'y maintenir le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques. Cette intention peut, notamment, être déduite de la durée de la résidence effectuée et envisagée ainsi que de l'existence d'autres

liens de nature personnelle ou professionnelle entre cette personne et le pays ou le lieu dont il s'agit.

N° 2. Le domicile d'une personne est considéré comme étant conservé jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile.

N° 3. Le domicile d'une personne mariée ne dépend pas de celui de son conjoint, mais le domicile de l'un des époux est un élément qui peut être pris en considération pour déterminer le domicile de l'autre.

N° 4. Lorsqu'un mineur n'a pas la capacité juridique d'acquérir un domicile propre, son domicile est celui de la personne qui est investie du droit de lui fixer une résidence. Toutefois, si à l'initiative ou avec le consentement de cette personne ou d'une autorité compétente, le mineur réside dans un pays différent et y possède le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques, il est censé avoir son domicile dans cet autre pays.

N° 5. Lorsqu'un majeur n'a pas la capacité juridique d'acquérir un nouveau domicile, il conserve son ancien domicile, sous réserve toutefois des dispositions ci-après, applicables lorsqu'une personne est investie du droit de lui fixer une résidence.

Dans le cas où l'incapable et la personne investie du droit de lui fixer sa résidence sont domiciliés dans le même pays, l'incapable est censé y avoir son domicile, au même lieu que le domicile de cette personne. Si, à l'initiative ou avec le consentement de cette personne ou d'une autorité compétente, l'incapable réside dans un pays différent et y possède le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques, il est censé avoir son domicile dans cet autre pays.

N° 6. Si le domicile d'une personne qui possède une résidence unique ou principale ne peut être déterminé conformément aux règles qui précèdent, elle sera considérée comme domiciliée au lieu de cette résidence. Il en est de même des personnes qui se sont réfugiées du pays de leur domicile antérieur et n'ont pas encore établi de domicile dans un autre pays conformément à la règle n° 1.

Résidence

N° 7. La résidence d'une personne est uniquement déterminée par des critères de faits; elle ne dépend pas d'une autorisation de résider.

N° 8. Une personne a une résidence dans un pays où s'applique un système juridique déterminé ou dans un lieu situé dans un tel pays lorsqu'elle y habite pendant un certain laps de temps. Le séjour ne doit pas nécessairement être continu.

N° 9. Pour déterminer si une résidence est habituelle, il sera tenu compte de la durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables entre une personne et sa résidence.

N° 10. L'établissement volontaire d'une résidence et l'intention de la personne de maintenir cette résidence ne constituent pas de conditions pour l'existence d'une résidence ou d'une résidence habituelle, mais les intentions de la personne peuvent être prises en considération pour déterminer si elle possède une résidence ou quel est le caractère de cette résidence.

N° 11. La résidence ou la résidence habituelle d'une personne ne dépend pas de celle d'une autre personne.

dition are not fulfilled or the facts do not permit to apply the criterion. For those situations a subsidiary criterion may have to be established (application of the law of the nationality, of the *lex fori*, etc.). As this has not been discussed by the Special Commission, the Permanent Bureau refrains from making specific proposals here.

Annex

RESOLUTION (72) 1 ON THE STANDARDISATION OF THE LEGAL CONCEPTS OF 'DOMICILE' AND OF 'RESIDENCE' (18 JANUARY 1972)

The Committee of Ministers,
Having regard to Resolution (63) 29 on the legal programme of the Council of Europe;
Having considered the proposals contained in the report of the CCJ on its 16th Session;

Aware of the fact that the objectives sought in European agreements for the standardisation of certain legal rules are frequently jeopardised in practice because the same concepts are variously interpreted in the different countries;

Considering that the effectiveness of any attempt to standardise national laws depends, to a considerable degree, on the standardisation of fundamental legal concepts;

Considering, moreover, that the standardisation of fundamental legal concepts would be likely to reduce considerably the difficulties arising out of conflict of laws;

Convinced that it is highly desirable to proceed as of now with a progressive standardisation of the legal concepts of 'domicile' and of 'residence',

Recommends to governments of member States:

1. to be guided, with regard to their respective laws by the Rules contained in the Annex relating to the concepts of domicile and residence, at least in their applications in the international field, without prejudice, however, to any special meaning which may be attributed to these concepts for particular purposes;
2. to inform the European Committee on Legal Co-operation (CCJ) of all measures taken for that purpose;
3. to make known the Rules and the explanatory memorandum as widely as possible.

ANNEX

RULES

Domicile

No. 1. The concept of domicile imports a legal relationship between a person and a country governed by a particular system of law or a place within such a country. This relationship is inferred from the fact that that person voluntarily establishes or retains his sole or principal residence within that country or at that place with the intention of making and retaining in that country or place the centre of his personal, social and economic interests. This intention may be inferred, *inter alia*, from the period of his residence, past and prospective, as well

as from the existence of other ties of a personal or business nature between that person and that country or place.

No. 2. A person's domicile is regarded as continuing until another domicile is acquired.

No. 3. The domicile of a married person does not depend upon that of his spouse, but the domicile of one spouse is an element which may be taken into consideration in determining the domicile of the other.

No. 4. If a minor lacks legal capacity to acquire a domicile of his own, his domicile is that of the person who has the right to fix his residence. Nevertheless, if at the instance or with the consent of that person or of a competent authority, the minor resides in another country and has there the centre of his personal, social and economic interests, he shall be deemed to have his domicile in that other country.

No. 5. If a person of full age lacks legal capacity to acquire a new domicile, he shall retain his existing domicile, subject however to the following rules applicable where another person has the right to fix his residence.

Where the incapax and the person who has the right to fix his residence are both domiciled in the same country, the incapax shall be deemed to have his domicile there, in the same place as that person. If, at the instance or with the consent of that person or of a competent authority, the incapax resides in another country and has there the centre of his personal, social and economic interests, he shall be deemed to have his domicile in that country.

No. 6. If the domicile of a person who possesses a sole or principal residence cannot be determined in terms of the preceding rules, he shall be regarded as being domiciled in the place of that residence. The same rule applies to refugees from the country of their former domicile who have not yet established a domicile in another country in terms of Rule No. 1.

Residence

No. 7. The residence of a person is determined solely by factual criteria; it does not depend upon the legal entitlement to reside.

No. 8. A person has a residence in a country governed by a particular system of law or in a place within such a country if he dwells there for a certain period of time. That stay need not necessarily be continuous.

No. 9. In determining whether a residence is habitual, account is to be taken of the duration and the continuity of the residence as well as of other facts of a personal or professional nature which point to durable ties between a person and his residence.

No. 10. The voluntary establishment of a residence and a person's intention to maintain it are not conditions of the existence of a residence or an habitual residence, but a person's intentions may be taken into account in determining whether he possesses a residence or the character of that residence.

No. 11. A person's residence or habitual residence does not depend upon that of another person.

Droits de l'Etat en matière de succession

NOTE ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 7 de février 1987

A Existence de deux théories

Si le défunt, ayant testé ou non, laisse des biens sans qu'il y ait d'héritier ou de légataire vivant ou capable de succéder, la loi prévoit habituellement que l'Etat ou un organisme qui lui est subordonné en prendra possession. Il n'est pas rare qu'il en soit ainsi en temps de guerre ou de désastre lorsqu'on ignore si des héritiers vivants existent. Le droit de l'Etat peut revêtir deux formes différentes en droit interne moderne¹. Ou bien il s'agit d'un droit souverain, d'une prérogative de l'Etat qui ne se rattache pas particulièrement à la loi successorale mais représente simplement un aspect du droit plus général dont jouissent les Etats à l'égard des *bona vacantia* ou biens sans maître; ou bien on considère qu'il s'agit d'un droit privé de succession, qui appartient à l'Etat comme héritier en dernier ressort, *ultimus heres*. Dans l'ancienne *common law*, si son détenteur ne laissait pas de famille, la terre revenait au seigneur féodal; le terme technique désignant cette opération était l'*escheat* (du latin *cadere*); les biens personnels, en tant que *bona vacantia*, étaient dévolus à la Couronne, *iure regali*. L'*escheat* a été aboli en Angleterre par l'*Administration of Estates Act*, 1925, et remplacé par le droit de la Couronne (ou du duché de Lancaster ou du duc de Cornouailles) aux *bona vacantia*. Aux Etats-Unis, l'*escheat* est devenu le terme général désignant le retour de biens à l'Etat en l'absence d'héritiers légaux². La théorie de l'Etat *ultimus heres* a été introduite au dix-neuvième siècle par les pandectistes allemands, inspirés par le droit romain, et elle s'est répandue rapidement en Europe. Elle a été adoptée par exemple en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Suède, en Suisse et en Turquie. D'autres Etats européens, notamment la Belgique, la France, la Grèce, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, et d'autres encore, après parfois une période d'hésitation, sont restés fidèles à la théorie du droit régalien. La théorie de l'Etat héritier n'a jamais atteint les Amériques. Au niveau du droit interne, et d'un point de vue fonctionnel, à presque toutes les fins utiles sinon à toutes, les deux théories aboutissent à des résultats identiques³. En particulier, même dans les systèmes où l'Etat est considéré comme un héritier, la responsabilité du passif successoral est limitée à la valeur de l'actif, ce qui place

l'Etat dans une situation particulière par rapport aux héritiers ordinaires qui, dans ces systèmes, doivent généralement répondre de tout le passif (sauf s'ils exercent l'option dite héréditaire).

B *Ius regale et ultimus heres en matière de conflit de lois*

Par le mécanisme des règles de conflit, cependant, les deux conceptions de droit interne peuvent entraîner des résultats conflictuels sur le plan international⁴. La théorie du droit régalien conduira un Etat à s'approprier tous les avoirs d'une succession en déshérence situés sur son territoire, mais à renoncer à ceux qui se trouvent à l'étranger. En revanche, un Etat se considérant comme héritier prétendra succéder si ses règles de conflit aboutissent à appliquer ses propres règles matérielles de succession, que les biens se trouvent sur son propre territoire ou à l'étranger, et il fera droit aux prétentions similaires d'autres Etats appliquant la même théorie. Des conflits positifs peuvent se produire soit entre deux Etats adhérant l'un et l'autre à la «théorie de l'Etat héritier», lorsque les règles matérielles de succession prévoient des catégories ou des ordres d'héritiers différents, ou entre un Etat partisan de cette théorie et un autre qui applique la théorie du droit régalien. Un conflit négatif se produit quand l'Etat A (Etat de *iure regale*) s'abstient de revendiquer des biens situés dans l'Etat B (Etat d'*ultimus heres*) lorsque, en vertu des règles de conflit de l'Etat B, l'Etat A serait appelé à succéder.

Le tableau se trouve encore compliqué par le désaccord qui existe entre les partisans de la théorie régaliennne sur le point de savoir si, afin de déterminer si des biens sont ou non sans maître, il doit être tenu compte du fait que l'Etat étranger, d'après ses propres règles matérielles, doit être considéré comme héritier. Une réponse positive a été donnée par la Cour de cassation de Belgique, 28 mars 1952, *Pasicrisie belge*, 1952, I, 483, *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 132. Dans cette décision, et bien que la Belgique fasse partie du groupe des systèmes de *iure regale*, la Cour de cassation belge a attribué les biens meubles faisant partie d'une succession en déshérence au Royaume de Suède, conformément au droit interne suédois, qui était la loi de la nationalité du défunt. La décision a été critiquée comme constituant une application erronée de la théorie de la qualification⁵. De même, dans l'affaire *Maldonado (défunt), State of Spain v. Treasury Solicitor* [1953] W.L.R. 204; [1953] 2 All E.R. 300, des lettres d'administration ont été accordées à l'Etat espagnol sur les biens meubles, situés en Angleterre, d'une dame qui, au moment de son décès, était domiciliée en Espagne. Là encore, la Cour a fait droit aux prétentions de l'Etat espagnol, fondées sur la doctrine de l'*ultimus heres*. Cette décision a été suivie dans l'affaire *Utassi's Will*, 15 N.Y. 2d 436, 261 N.Y.S. 2d 4, 209 N.E. 2d 65 (1965) sur demande de la Suisse, Etat du dernier domicile du défunt. Divers auteurs ont critiqué ces décisions pour les raisons qui ont déjà été avancées à propos de l'affaire devant la Cour de cassation belge, à savoir qu'il était erroné de

¹ Voir p. ex. Lipstein, «Private International Law – Bona Vacantia and Ultimus Heres», dans *Cambridge Law Journal*. Vol. 12 (1954), p. 22 et s.; Loussouarn, note dans la *Rev. crit. de d.i.p.*, 1953, p. 133 et s.; Quadri, «La Successione dello Stato nel diritto internazionale privato», dans la *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 51 et s.; Maridakis, «Les *bona vacantia* d'après le droit international privé», dans *Rabels Zeitschrift*, 1958, p. 802; Rabel, *The Conflict of Laws*. Vol. 4 (1958), p. 371 et s. Il existe sur ce sujet une littérature abondante.

² Voir *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2ème éd. (par John Bucke), Vol. 1, s.v. *Escheat* and cf. *Restatement Conflict of Laws 2nd*, § 266, observations.

³ Voir Lipstein, *loc. cit.*, p. 25-26; voir aussi Loussouarn, *loc. cit.* (note 1).

⁴ Voir *Actes et documents de la Douzième session*, Mémoire Droz, p. II-15-16.

⁵ Voir par ex. F. Rigaux, *La théorie des qualifications*, Nos 77, 160, 233-235; voir *id.*, *Droit international privé*, t. II, Nos 1276-1277.

Rights of the State in matters of succession

NOTE DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 7 of February 1987

A Two theories

If the decedent leaves an estate without any testate or intestate heir or legatee alive or capable to receive, the law usually provides that the State or a body dependent on it takes the estate. The case is not rare in times of war or disaster when heirs are often unknown or not known to be living. The right of the State may take one of two forms in modern domestic law.¹ Either it has the form of a sovereign right, a prerogative of the State which is not particularly attached to the law of succession and is just one aspect of the more general right which States have in respect of *bona vacantia* or things without any apparent owner; or it is considered to be a private right of succession, which belongs to the State as heir in the last resort, *ultimus heres*. In the old common law, upon the failure of the tenant's family, land reverted to the feudal lord; the technical term for this was escheat (from the Latin *cadere*); personal property, as *bona vacantia*, went to the Crown, *iure regali*. Escheat was abolished in England by the Administration of Estates Act, 1925, and replaced by right of the Crown (or the Duchy of Lancaster or the Duke of Cornwall) to *bona vacantia*. In the United States, escheat became the general term for the reverting of property to the State when there are no legal heirs.² The theory of the State as an *ultimus heres* was introduced in the nineteenth century by German pandectists, who found inspiration in Roman law, and spread quickly over Europe. It was adopted, for example, in Germany, Italy, Spain, Sweden, Switzerland and Turkey. Other European States, for example Belgium, France, Greece, the Netherlands, the United Kingdom and others, sometimes after some period of hesitation, remained faithful to the theory of the regalian right. The theory of the State as an heir never reached the Americas.

On the level of internal law from a functional viewpoint, for most if not all practical purposes, the two theories lead to identical results.³ In particular, even in those systems in which the State is seen as an heir, liability of the latter for the decedent's debts is limited to the assets of the estate, which puts the State in a special position

vis-à-vis the ordinary heirs who in these systems are generally liable for such debts (except for the so-called 'heir's option').

B *Ius regale and ultimus heres in the conflict of laws*

Through the mechanism of conflict rules, however, the two conceptions of internal law may lead to conflicting results on the international plane.⁴ The theory of the regalian right will lead a State to appropriate all assets in an heirless estate situated in its territory, but to renounce appropriation of assets located abroad. On the other hand, a State which considers itself to be an heir will claim its right to succeed if its conflict rules lead to the application of its substantive rules of succession, irrespective of whether the assets are situated in its own territory or abroad, and will respect similar claims from other States applying the same theory. Positive conflicts may arise either between two States both adhering to the 'State as an heir theory' where the substantive rules of succession provide for different classes or orders of heirs, or between a State adhering to this theory and a State which follows the regalian right theory. A negative conflict arises when State A (a *ius regale* State) refrains from claiming property situated in State B (an *ultimus heres* State) where, according to the conflict rules of State B, State A would be called as a successor.

The picture is further complicated by disagreement among adherents of the regalian theory as to whether, in determining if assets are heirless or not, account should be taken of the fact that the foreign State, on the basis of its own substantive rules, is to be considered as an heir. A positive response was given by the Belgian *Cour de cassation*, 28 March 1952, *Pasicrisie belge* 1952, I, 483, *Revue critique de droit international privé* 1953, p. 132. In this decision the Belgian Supreme Court, notwithstanding the fact that Belgium belongs to the group of *ius regale* systems, attributed the movable part of an heirless estate to the Kingdom of Sweden, in accordance with Swedish internal law, the law of the nationality of the decedent. The decision has been criticized for a wrong application of the theory of characterization.⁵ Similarly, the *re Maldonado* (deceased), *State of Spain v. Treasury Solicitor* [1953] W.L.R. 204; [1953] 2 All E.R. 300, letters of administration were granted to the Spanish State in respect of the movable assets in England of a lady who had died domiciled in Spain. Here again, the court recognized the claim of the Spanish State based on the *ultimus heres* doctrine. The decision was followed in *re Utassi's Will*, 15 N.Y. 2d 436, 261 N.Y.S. 2d 4, 209 N.E. 2d 65 (1965) in respect of the claim of Switzerland, State of the last domicile of the deceased. A number of authors have criticized these decisions for the same reasons as those advanced against the Belgian Supreme Court case, *i.e.* that it is wrong to characterize the State's claim in terms

¹ See e.g. Lipstein, 'Private International Law - Bona Vacantia and Ultimus Heres', in *Cambridge Law Journal*, Vol. 12 (1954), p. 22 *et seq.*; Loussouarn, note in *Rev. crit. de d.i.p.* 1953, p. 133 *et seq.*; Quadri, 'La Successione dello Stato nel diritto internazionale privato', in *Rivista di diritto internazionale* 1958, p. 51 *et seq.*; Maridakis, 'Les bona vacantia d'après le droit international privé', in *Rabels Zeitschrift* 1958, p. 802; Rabel, *The Conflict of Laws*, Vol. 4 (1958), p. 371 *et seq.* The literature is abundant.

² See *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed. (ed. by John Bucke), Vol. 1, s.v. Escheat and cf. *Restatement Conflict of Laws 2nd*, § 266, comment.

³ See Lipstein, *loc. cit.*, at pp. 25-26; see also Loussouarn, *loc. cit.* (fn. 1).

⁴ See *Actes et documents*, Twelfth Session, Droz Memorandum, pp. II-15-16.

⁵ See e.g. F. Rigaux, *La théorie des qualifications*, Nos 77, 160, 233-235; also *idem*, *Droit international privé*, t. II, Nos 1276-1277.

qualifier la demande de l'Etat d'après la *lex causae*, loi applicable à la succession, plutôt que d'après la *lex fori*⁶.

C Une solution possible

Ainsi qu'il a été indiqué dans l'étude antérieure précitée⁴, il existe des raisons d'espérer que l'on parviendra à un accord pour régler de façon uniforme le problème des successions en déshérence, puisque par définition il ne concerne que les Etats eux-mêmes et non des héritiers ayant besoin d'une protection spéciale. Le problème n'est pas nouveau, et il a été discuté au début de ce siècle par la Conférence de La Haye – l'article 2 du projet de 1904 et l'article 4 du projet de 1928⁷ prévoyaient l'un et l'autre que le droit applicable ne devait jouer qu'en faveur des bénéficiaires privés, à l'exclusion des Etats étrangers. Si la nouvelle Convention doit avoir un caractère universel, hypothèse dont on est parti lors de la première réunion de la Commission spéciale, cette approche se justifierait encore mieux vu que, par définition, il y aurait un manque d'harmonie entre les Etats parties à la Convention et ceux qui n'y seraient pas Parties. La solution retenue dans les premiers projets manquait peut-être de subtilité, mais elle aiderait à éviter les litiges et le recours à des mesures administratives complexes. Elle paraît donc toujours constituer la solution à préférer, le but étant d'harmoniser les règles de conflits⁸.

⁶ Voir par ex. Lipstein, *loc. cit.*; Anton, *Private International Law*, p. 517-519; qui écrit «Il est difficile de saisir pourquoi le droit d'un Etat étranger selon notre loi devrait dépendre de la façon dont il formule ce droit dans sa propre loi» et souligne que bien qu'en théorie l'Ecosse fasse partie du groupe d'*ultimus heres*, la pratique de la Couronne ne suit pas la décision *Maldonado*. Dicey et Morris, *op. cit.*, Vol. 2, p. 612; Ehrenzweig, *Private International Law*, General Part, p. 114 et s. Toutefois Batiffol et Lagarde approuvent dans leur *Droit international privé*, t. II, 7ème éd., No 645. Boulanger, *Les successions internationales*, No 71 et s., préférerait qu'il ne soit fait droit aux prétentions de l'Etat étranger tirées de sa qualité d'*ultimus heres* en vertu de son propre droit interne que sur une base de réciprocité; cf. également Rigaux *Traité* No 1277 *in fine*.

⁷ Voir *Actes de la Quatrième session*, p. 212; *Actes de la Sixième session*, p. 64. Le texte de l'article 4 du projet de 1928 est le suivant: «Les biens héréditaires ne sont acquis à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, que s'il n'y a aucun ayant droit testamentaire ou, abstraction faite de l'Etat dont la loi est applicable à la succession, aucun successible ab intestat. La même règle s'applique aux personnes morales, pour autant qu'elles remplacent l'un ou l'autre des Etats mentionnés à l'alinéa 1er.»

⁸ Une solution similaire est prévue au paragraphe 29 de la nouvelle loi autrichienne relative au droit international privé.

of the *lex causae*, the law applicable to the succession, instead of according to the *lex fori*.⁶

C A possible solution

As was indicated in the previous study cited above,⁴ there is reason to hope that agreement could be reached to regulate the problem of heirless estates in a uniform way, since by definition it is only the States themselves which are involved and not any heirs requiring special protection. The problem is not new, and was discussed early this century by the Hague Conference – article 2 of the 1904 draft and article 4 of the 1928 draft⁷ both provided that the applicable law should only apply in favour of private beneficiaries, excluding foreign States. If the new Convention were to have a universal character, as has been the assumption of the first Special Commission meeting, there would be even more justification for this approach, since there would, by definition, be no harmony between States Parties to the Convention and States not Parties to the Convention. The solution of the early drafts is perhaps not very subtle, but it helps to avoid litigation and complex administrative measures. It would, therefore, still seem to be a better solution for purposes of harmonizing conflict rules.⁸

⁶ See e.g. Lipstein, *loc. cit.*; Anton, *Private International Law*, pp. 517-519, who observes 'It is difficult to appreciate why the measure of a foreign State's right in our law should depend upon the manner in which it formulates its right in its own law', and who points out that despite the theory that Scotland adheres to the *ultimus heres* group, the practice of the Crown does not follow the *Maldonado* decision. Dicey and Morris, *op. cit.*, Vol. 2, p. 612, note 17; Ehrenzweig, *Private International Law*, General Part, p. 114 *et seq.* Approving, however, Batiffol and Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7th ed., No 645. Boulanger, *Les successions internationales*, No 71 *et seq.* would prefer to recognize the foreign State's claim based on its being *ultimus heres* according to its own internal law on the reciprocal basis only; cf. also Rigaux, *Traité* No 1277 *in fine*.

⁷ See *Actes de la Quatrième session*, p. 212; *Actes de la Sixième session*, p. 64. Article 4 of the 1928 draft reads as follows: '*Les biens héréditaires ne sont acquis à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, que s'il n'y a aucun ayant droit testamentaire ou, abstraction faite de l'Etat dont la loi est applicable à la succession, aucun successible ab intestat. La même règle s'applique aux personnes morales, pour autant qu'elles remplacent l'un ou l'autre des Etats mentionnés à l'alinéa 1er.*'

⁸ A similar solution is provided for in paragraph 29 of the new Austrian Statute on private international law.

Quelques suggestions au sujet du champ d'application qui pourrait être donné à la Convention

NOTE ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 8 de février 1987

Introduction

1 On se rappellera qu'à sa première réunion, tenue à La Haye du 17 au 21 novembre 1986, la Commission spéciale a constaté que la définition du champ d'application de la future Convention sur la loi applicable aux successions posait deux graves difficultés:

a La première concernait les différences de conception entre, d'une part, la majorité des pays appartenant à la tradition du «droit continental»¹ et, d'autre part, les systèmes de *common law*, à propos de la transmission et de l'administration des successions. Alors que les systèmes «continentaux» ont tendance à appliquer une loi unique à toutes les questions relatives à la transmission des droits et obligations matériels et procédurales du défunt à ses héritiers et légataires, à l'administration de la succession et à la répartition de l'actif, les systèmes de *common law* sont portés à voir dans les problèmes de transmission et d'administration des questions procédurales, régies par la *lex fori*, de telle sorte que seul relève de la loi successorale la dévolution ou le partage de l'actif.

b La seconde a trait à la portée du terme «dévolution». Si l'on s'est accordé à admettre qu'il recouvre la détermination des héritiers et légataires et la quotité de leurs droits, il a paru moins certain que ce terme désigne aussi les droits d'option des héritiers, l'effet des libéralités à prendre en compte pour déterminer les droits sur la succession, les pactes sur successions futures, la déshérence (*escheats*) et les dispositions relatives à l'entretien de parents survivants dans les systèmes où ce soin est laissé aux tribunaux.

2 Malgré ces difficultés, il a été convenu que la Convention porterait en tout cas sur les matières que tous les systèmes considèrent comme relevant du droit successoral, en particulier la dévolution. Et il a été admis que la Convention devrait énumérer les sujets qui doivent, devraient, ou pourraient entrer dans le cadre de la loi successorale.

¹ La majorité mais non pas tous. Voir *supra*, p. 34, 36 et 78 (la Suède, l'Égypte, Israël (en général), et la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie, dans certains cas, appliquent la *lex fori* aux questions de succession. L'Autriche et éventuellement la Turquie peuvent aussi, à certains égards, être rangées dans ce groupe.)

Le Bureau Permanent a été prié de présenter des suggestions en ce qui concerne la délimitation de la portée de la Convention à cet égard, les experts étant invités pour leur part à examiner cet aspect au regard de leur propre loi². La présente note représente une tentative de contribution à la définition du champ d'application de la Convention.

A *Administration: sujets qui ne se prêteront probablement pas encore à une unification générale, mais que certains Etats pourraient souhaiter inclure dans le champ de la loi successorale*

3 Il est sans doute réaliste de penser que la plupart des pays qui, jusqu'ici, ont vu dans l'administration de la succession une affaire de procédure, régie par la *lex fori*, persisteront dans cette pratique et ne se montreront pas disposés à admettre la conception large de la dévolution appliquée dans la plupart des systèmes «continentaux». Autrement dit la Convention devrait distinguer entre la dévolution d'une part et l'administration de l'autre, pour permettre à ces Etats de rester fidèles à leurs positions traditionnelles à cet égard. De même, la plupart des pays «continentaux» ne seront pas prêts à accepter que des règles de conflits différentes régissent la dévolution et l'administration. Ils voudront appliquer la Convention à l'une et à l'autre.

Dans les systèmes de *common law*, la phase de l'administration se distingue très clairement en général de la phase de la succession, laquelle ne commence que lorsque le représentant a réglé toutes les dettes, les droits et les frais. Il semble que dans la pratique on ait rarement besoin de qualifier les problèmes comme relevant soit de l'administration soit de la succession³. Il paraît donc techniquement possible de distinguer sans trop de difficulté entre les deux domaines.

4 Qu'est-ce donc qui échapperait au noyau commun de règles de conflit unifiées si un ou plusieurs Etats de *common law* n'appliquaient pas la Convention aux questions d'administration et limitaient son champ d'application aux questions de succession?

a Le noyau commun de la Convention laisserait alors de côté tout ce qui concerne les *causes* de succession ainsi que le *lieu* et le *moment* où s'ouvre la succession, car ce sont là des questions préalables à l'administration et qui, dans les systèmes de *common law*, sont régies par la *lex fori*. Il n'y aurait pas lieu, toutefois, de s'en préoccuper à l'excès. Dans les pays «continentaux», les causes de succession autres que le décès proprement dit, telles que la mort civile ou l'entrée dans la vie monastique, seront exclues comme contraires à l'ordre public. D'autres problèmes, comme celui de la disparition ouvrant succession ou celui des *commorientes* sont, pour la plupart des fins pratiques, considérés comme des questions de preuve auxquelles s'applique la *lex fori*. Il

² Voir le Document préliminaire No 9 (soumis par le Secrétariat du Commonwealth), *infra*, p. 216.

³ Voir Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 10ème éd., Vol. 1, p. 601-602: «Les tribunaux ont dû à l'occasion décider si telle ou telle règle devait être qualifiée de règle d'administration ou de succession. Par exemple l'ordre de priorité pour le remboursement des créanciers est une question d'administration, mais les règles permettant de décider si des dettes ou des legs sont payables sur les biens réels ou personnels, sur des avoirs déterminés ou sur des reliquats, concernent l'ajustement des droits respectifs et sont donc déterminées par application de la *lex successionis*. Le pouvoir de surseoir à la mise en vente des biens et celui de prélever sur la succession des aliments versés aux bénéficiaires en bas âge ont été l'un et l'autre considérés comme relevant de l'administration.» (notes de bas de page omises). Scoles/Hay, *Conflict of Laws*, 1984, p. 785-786, notent qu'en ce qui concerne les sommes allouées à la famille ou au conjoint au cours de la période de *probate*, qui sont considérées comme un élément accessoire et une dépense de l'administration, la loi du for, favorable au conjoint survivant, est souvent appliquée.

Some suggestions as to the possible scope of application of the Convention

NOTE DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 8 of February 1987

Introduction

1 It will be recalled that the first meeting of the Special Commission, which took place in The Hague from 17-21 November 1986, noted two serious difficulties concerning the definition of the scope of application of the future Convention on the law applicable to succession:

a The first difficulty concerned the conceptual differences which divide most countries of the 'continental law' tradition¹ on the one hand and the common law systems on the other in respect of the transmission and administration of the decedent's estate. Whereas the 'continental' systems tend to apply one single law to all questions relating to the transmission of the decedents' substantive and procedural rights and obligations upon his heirs and legatees, the administration of the estate and the distribution of the assets, common law systems tend to see matters of transmission and administration as procedural questions, to be governed by the *lex fori*, which leaves only the question of devolution or distribution of the assets to be governed by the law of succession.

b The second problem relates to the scope of the term 'devolution'. While there was agreement that this term includes the determination of the heirs and legatees and the quantum of their rights, there was some uncertainty as to the question whether this might also include the heirs' rights of option, the effect of gifts to be taken into account in determining the rights of succession, agreements to leave property by will on death, escheats, and provision for the maintenance of surviving dependants in systems where this is left to judicial discretion.

2 Despite these difficulties, there was agreement that the Convention would in any case include matters which all systems consider to be part of the law of succession, in particular devolution. And it was agreed that the Convention ought to contain an enumeration of the matters which must, should, or might be included within the ambit of the law of succession.

The Permanent Bureau was asked to make suggestions for the delimitation of the scope of the Convention in this respect, and experts were also asked to examine this question for their own laws.² This note will attempt to contribute to the definition of the Convention's scope of application.

A Administration: matters which will probably not be ready for general unification, but which some States may want to include into the scope of the law applicable to succession

3 It is probably realistic to expect that most countries which have so far considered administration of the estate as a procedural matter, governed by the *lex fori*, will continue to do so and will not be prepared to accept the broad concept of devolution which prevails in most 'continental' systems. This would mean that the Convention would have to draw a line between devolution on the one hand and administration on the other, allowing these States to maintain faithful to their traditional positions in this respect. Similarly, most 'continental' countries will not be ready to accept different conflict rules for devolution and for administration. They would want to apply the Convention both to devolution and administration.

In common law systems, the administration stage is generally clearly distinguishable from the succession stage, which follows only when the personal representative has paid all debts, duties and expenses. Questions of characterization of issues in terms of administration or succession seem to be scarce in practice.³ It would seem, therefore, that drawing the line between the two areas should be technically possible without too much difficulty.

4 What would be left out of the common core of unified conflict rules if one or more common law States were not to apply the Convention to matters of administration, but were to limit its scope of application to matters of succession?

a The common core of the Convention would not include matters relating to the *causes* of succession and to the *place* where and the *time* when succession occurs, as these are matters preliminary to administration which in the common law systems are governed by the *lex fori*. This should not, however, be a cause of great concern. In 'continental' countries causes of succession other than physical death, such as civil death or entrance into a monastery, will be excluded as contrary to public order. Other questions, such as disappearance, as a cause of succession and the problem of *commorientes* are for most practical purposes characterized as a matter of evidence, to which the *lex fori* applies. However, it is conceivable that a State of the 'continental' group would

¹ Most but not all. See *supra*, pp. 35, 37 and 78 (Sweden, Egypt, Israel, generally, and Czechoslovakia and Yugoslavia, in certain circumstances, apply the *lex fori* to matters of succession. Austria and possibly Turkey may also in some respects be included in this group.)

² See *Preliminary Document No 9* (submitted by the Commonwealth Secretariat), *infra*, p. 216.

³ See Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10th ed., Vol. 1, pp. 601-602: 'The courts have occasionally had to decide whether particular rules should be characterized as administration or succession. Thus the order of priority for the payment of creditors is a matter of administration, but the rules for deciding whether debts or legacies are payable out of realty or personalty, specific assets or residue, are concerned with the adjustment of beneficial interests and are therefore determined according to the *lex successionis*. The powers to postpone the sale of assets and to pay maintenance out of the estate to infant beneficiaries have both been held to be matters of administration.' (footnotes omitted). Scoles/Hay, *Conflict of Laws*, 1984, pp. 785-786, observe that in the area of family or spouses' allowances during probate, because they are seen as an incident and cost of administration, the law of the forum, favourable to the surviving spouse, is often applied.

est néanmoins concevable qu'un Etat du groupe «continental» désire appliquer le régime de la Convention à certaines de ces questions – pour déterminer par exemple quels sont les héritiers en faveur desquels des mesures peuvent être prises, s'agissant des biens d'une personne disparue.

b Un point plus important est que, dans la conception de la *common law*, la transmission des droits matériels et procéduraux et du passif du *de cuius*, en tant que question d'administration, est régie par la *lex fori*. Les Etats du groupe «continental» se placent dans une perspective différente: ils s'en remettent à la loi gouvernant la succession au sens large pour décider si les droits et les dettes du défunt à l'égard des tiers sont directement dévolus aux héritiers et légataires ou si un représentant personnel intervient. Ces Etats seront donc peut-être désireux d'appliquer le régime de la Convention à la question de la *transmission des droits matériels, des actions en justice et des obligations du de cuius*.

c Du point de vue de la *common law*, la phase de l'administration a essentiellement pour but de faire apurer par le représentant personnel l'ensemble des dettes, droits et frais à la charge de la succession. Ce n'est qu'en cas d'excédent net que commence la phase successorale proprement dit, qui est donc limitée au partage de l'actif. Par suite, et contrairement à ce qui est la position de la plupart des pays «continentaux», la loi successorale ne prend pas en considération les dettes du défunt à l'égard des tiers. Les Etats continentaux souhaiteraient sans doute que le régime de la Convention soit étendu au *passif successoral*, y compris les *obligations personnelles des héritiers et légataires*.

d De même, en *common law*, les héritiers et légataires, une fois le passif apuré, entrent en possession du reliquat par l'intermédiaire de leur représentant personnel. Pas plus que le représentant, ils ne répondent *ultra vires successionis* des dettes de la succession à l'égard des tiers. Il n'y a donc pas de place dans cette conception pour le procédé dit de l'option héréditaire qui existe dans les systèmes de «droit continental», c'est-à-dire l'option que les héritiers et légataires – responsables *ultra vires successionis* dans ces systèmes (c'est-à-dire responsables pour les dettes ou la succession même si elles dépassent l'actif) – peuvent avoir, et qui consiste à accepter tout ou partie d'une succession en se réservant de vérifier d'abord et dans un certain délai si le solde de l'actif et du passif est positif ou négatif et de refuser l'héritage dans ce dernier cas. Une autre conséquence du mode de transmission différent pratiqué dans les pays «continentaux» est l'action spéciale ouverte aux héritiers dans ces pays pour obtenir possession de la totalité de la masse successorale ou de certains biens particuliers («*hereditatis petitio*»). Les Etats du groupe «continental» désireront peut-être que le régime de la Convention s'applique à l'existence, aux modalités et aux délais de l'option héréditaire⁴ ainsi qu'aux conditions d'exercice de l'*hereditatis petitio*.

e L'étendue des pouvoirs du représentant (pouvoirs d'ester en justice, de donner reçu, d'administrer, de vendre des biens, pouvoirs vis-à-vis des autres exécuteurs ou administrateurs, faculté de donner mandat, etc.) et de ses obligations (par exemple celles de recueillir les

avoirs, de soumettre un inventaire et de rendre compte au tribunal de son administration) est déterminée par la *lex fori* dans la conception de la *common law*. Dans la plupart des pays «continentaux» l'étendue des pouvoirs et des obligations de l'administrateur (selon le système juridique dont il tire ses pouvoirs, il peut être un représentant personnel, un simple héritier ou légataire, un exécuteur testamentaire ou *Testamentsvollstrecker* désigné par le défunt, etc.) est une question régie par la loi successorale applicable⁵. Ces pays souhaiteront peut-être que la Convention traite de ces aspects.

On se rappellera que la Convention de La Haye de 1973 sur l'administration internationale des successions ne traite pas de la substance des pouvoirs de l'administrateur mais de la preuve de ces pouvoirs. Lorsqu'elle est entrée en vigueur, la Convention a pu porter remède à certains des inconvénients dus à l'impossibilité actuelle d'unifier les aspects de l'administration quant au fond.

Il est concevable en revanche que la future Convention permette de réaliser certains progrès en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle d'administrateurs étrangers.

B La dévolution: partie essentielle de la Convention

5 Quelles questions sont généralement considérées, dans les deux groupes de pays, comme des questions de dévolution tombant sous le coup de la loi successorale? Un accord serait peut-être possible sur l'inclusion dans la Convention des points suivants:

a la vocation à succéder des héritiers et légataires et les motifs d'indignité⁶;

b l'ordre dans lequel les héritiers sont appelés à la succession;

c les parts auxquelles les héritiers et légataires ont droit;

d l'obligation de rapporter les donations à la succession;

e le partage de la succession;

f la quotité disponible et les réserves;

g les dispositions testamentaires et contractuelles autorisées;

h la validité au fond de ces dispositions et des libéralités qu'elles prévoient;

i les effets de ces dispositions.

a la vocation à succéder des héritiers et légataires, et les motifs d'indignité

6 La loi régissant la succession détermine dans tous les systèmes quelles sont les personnes qui peuvent succéder au défunt, soit *ab intestat*, soit par désignation testamentaire ou autre.

La loi successorale détermine quels sont les héritiers et légataires légitimes ou illégitimes et si une personne adoptée peut ou non être successorale. Pour ce qui est des enfants nés hors mariage, il existe une nette tendance à les traiter de la même façon que les descendants légitimes aux fins successorales⁷.

⁴ Aux Pays-Bas et en Suisse la pratique notariale a tendance à exclure la question de l'acceptation ou du rejet de la succession du champ de la loi successorale applicable en elle-même et de recourir alors à la loi du dernier domicile (Pays-Bas) ou à la *lex fori* (Suisse).

⁵ La même pratique que celle dont il est fait état dans la note précédente tend à exclure ces questions du domaine de la loi successorale applicable.

⁶ Le *Document préliminaire No 7* évoque le problème de l'*escheat*.

⁷ Voir le *Doc. prélim. No 2, supra*, p. 148 (influence de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme). Aux Etats-Unis, sur la question de la légitimité, les problèmes de conflit de lois ont perdu beaucoup de leur importance à la suite d'une décision de la Cour suprême qui a jugé inconstitutionnel le fait, pour un Etat, d'établir une discrimination contre les enfants nés hors mariage (*Trimble c. Gordon*, 430 U.S. 762, 97 S.Ct. 1459 (1977); voir *Scotles/Hay, op. cit.*, p. 767-768).

wish to apply the Convention's regime to some of these questions such as in favour of which heirs measures may be taken in respect of a disappeared person's property.

b More importantly, in the common law view, the transmission of the decedent's substantive rights, rights of action and liabilities is, as a matter of administration, governed by the *lex fori*. States belonging to the 'continental' group see this in a different perspective: they will look to the law governing the succession in its broad sense and let that law decide whether the decedent's rights and liabilities toward third parties vest directly in the heirs and legatees or whether a personal representative intervenes. Hence, these States may wish to apply the Convention's regime to the question of *transmission of substantive rights, rights of action and obligations of the deceased person*.

c From a common law perspective, the purpose of the administration stage is essentially to have all the debts, duties and expenses of the estate cleared by the personal representative. It is only when there is a positive net result that the succession stage comes into play which is, therefore, limited to the distribution of assets. The law of succession is, therefore, contrary to the view of most 'continental' countries, not concerned with the decedent's liabilities toward third parties. The States belonging to the latter group may wish to extend the Convention's regime to *the liabilities of the decedent's estate, including the personal liabilities of the heirs and legatees*.

d Again, in the common law view, the heirs and legatees receive the balance of what is left in the hands of the personal representative after the estate has been cleared. They are not held personally liable for the estate's debts to third parties, no more than is the personal representative. In this conception, therefore, there is no place for the device called the heirs' option (*option héréditaire*) in 'continental law' systems, *i.e.* the option which heirs and legatees – who are personally liable for the debts of the decedent in these systems – may have to accept an estate or part of it only under the condition that they may first verify within a certain period of time whether the balance of debts and assets is positive or negative. The option is that they may refuse the succession if the net result of such verification is negative. Another consequence of the different mode of transmission in 'continental' countries is the special right of action which heirs in these countries have to get possession of the estate as a whole or certain specific assets ('*hereditatis petitio*'). States of the 'continental' group may wish to see the Convention's regime applied to *the existence, the modalities and the time for exercise of the heirs' option*,⁴ as well as to conditions for the exercise of the *hereditatis petitio*.

e The extent of the powers of the personal representative (*e.g.* to take proceedings, to give receipts, powers of management, to sell assets of the estate, powers vis-à-vis co-executors/administrators, the power to appoint an agent) and of his duties (*e.g.* to collect the estate, to

exhibit an inventory and to render an account of the administration of the estate to the court) in the common law view are matters for the *lex fori* to determine. Most 'continental' countries see the question of the *extent of powers and duties of the administrator* (depending on the legal system from which he derives his powers, this may be a personal representative, an ordinary heir or legatee, an *exécuteur testamentaire* or *Testamentsvollstrecker* appointed by will, etc.) as a matter to be governed by the applicable law of succession.⁵ They may wish to apply the Convention to these issues.

It may be recalled that the 1973 Hague Convention Concerning the Administration of the Estates of Deceased Persons deals not with the substance of the administrator's powers but with the question of proof of these powers. The Convention, when it came into force, could remedy some of the drawbacks resulting from the present impossibility of unifying the substantive aspects of administration.

On the other hand, it is conceivable that the Convention might make a few steps forward as regards the mutual recognition of foreign administrators.

B Devolution: the core of the Convention

5 What questions are generally considered to be matters of devolution, to be governed by the law of succession, by both groups of countries? Agreement might be possible on the inclusion in the Convention of the following:

- a the persons who are eligible as heirs and legatees, including the grounds for disinheritance or the raising of a legal bar to heirship;⁶
- b the order in which heirs are called to the succession;
- c the portions which heirs and legatees are entitled to;
- d the obligation to restore donations to the estate;
- e. the distribution of the estate;
- f the disposable portion of the estate and the indefeasible shares;
- g what kinds of wills and contractual dispositions may be made;
- h the material or essential validity of such dispositions and of any gifts contained therein;
- i the effects of such dispositions.

a *the persons who are eligible as heirs and legatees, including the grounds for disinheritance or the raising of a legal bar to heirship*

6 The law governing succession in all systems determines who may succeed to the deceased person either by way of intestacy or by virtue of designation by will or other disposition.

The law of succession will determine which persons qualify as legitimate or illegitimate heirs and legatees and whether or not an adopted person may acquire any rights of succession. As far as children born out of wedlock are concerned, there is a clear trend towards equal treatment of these children in comparison with legitimate offspring for purposes of succession.⁷

⁴ In the Netherlands and Switzerland there is a tendency in notarial practice to exclude the question of acceptance or rejection of the estate from the scope of the applicable law of succession as such, and to apply the law of the last domicile (Netherlands) or the *lex fori* (Switzerland) to these issues.

⁵ The same practice as referred to in the previous footnote tends to exclude these issues from the scope of the applicable law of succession.

⁶ Preliminary Document No 7 deals with the problem of escheat.
⁷ See *Prel. Doc. No 2, supra*, p. 149 (influence of the Marckx-judgment of the European Court of Human Rights). In the U.S. in respect of legitimacy conflict of laws problems have lost much of their significance as a result of a U.S. Supreme Court ruling which held it unconstitutional for a state to discriminate against children born out of wedlock (*Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762, 97 S.Ct 1459 (1977); see Scoles/Hay, *op. cit.*, pp. 767-768).

La question de savoir si un enfant illégitime ou adopté peut être héritier ou légataire en vertu d'une loi successorale donnée peut – et dans bien des systèmes, doit – être distinguée de celle de savoir si l'enfant est légitime ou illégitime ou s'il a été valablement adopté. La dévolution de l'héritage et l'établissement du lien filial sont deux choses différentes, qui ne ressortissent pas nécessairement à la même loi⁸. Il pourrait être utile que la Convention trace ici une ligne ferme en excluant de sa portée la seconde série de questions.

La loi successorale déterminera si un enfant à naître peut – ou doit – néanmoins être successible (*nasciturus pro iam natu habetur*)⁹.

7 La loi applicable à la succession détermine aussi en général les droits de succession du conjoint survivant. La polygamie peut poser un problème particulier, mais là encore il peut y avoir avantage à distinguer entre la dévolution et la question de savoir si la loi régissant le statut personnel admet la polygamie. Dans ce cas, et si la loi applicable à la succession ne prévoit pas l'institution de la polygamie, une solution concevable et déjà admise en droit français serait que la part attribuable à l'épouse survivante en vertu de cette loi soit divisible entre les différentes veuves¹⁰.

Des questions de qualification peuvent se poser au sujet des demandes d'aliments que le conjoint survivant (ainsi que d'autres héritiers) peuvent faire valoir à la succession¹¹. On a parfois distingué entre les demandes personnelles présentées par le conjoint contre les héritiers et légataires et celles présentées contre la succession; ces dernières seraient alors régies par la loi applicable à la succession, alors que les premières, en tant que droits à aliments, le seraient par la loi applicable aux obligations alimentaires¹². Il est rappelé que les Conventions de La Haye de 1973 relatives aux obligations alimentaires n'excluent pas expressément, contrairement aux projets qui en avaient été établis, les obligations alimentaires successorales.

Les problèmes de qualification les plus délicats concernent la limite entre le domaine de la loi successorale et celui de la loi régissant le régime matrimonial des époux. La difficulté tient aux manières différentes dont on conçoit la protection du conjoint survivant dans les différents droits internes. Alors que certains systèmes préfèrent protéger le conjoint survivant en lui accordant une part des biens matrimoniaux, d'autres lui attribuent plutôt une part de succession¹³, tandis que dans la législation de bien des pays de *common law* le conjoint survivant doit parfois choisir entre bénéficier d'une disposition testamentaire et, par exemple, prélever sa moitié de la communauté.

Le problème de l'«élection» sera examiné à part (ci-après No 27). Il est improbable que la Convention puisse résoudre tous ces problèmes de qualification. L'introduction de la *professio juris* fournirait certainement un moyen de mieux coordonner les relations patrimoniales et les relations successorales entre époux. Ce-

pendant, la Convention pourrait en outre contribuer à éliminer certaines des conséquences les plus fâcheuses de ces différences de conception¹⁴, en particulier quand, en vertu de la loi successorale applicable, la veuve survivante ne recevrait qu'une part minimale de la succession du fait qu'en vertu de ladite loi elle est censée être protégée par exemple par un régime de communauté, alors qu'en vertu de la loi successorale du for (ou de sa propre résidence habituelle) une portion plus substantielle lui reviendrait, les dispositions légales applicables à son régime matrimonial dans ces Etats ne prévoyant pas la communauté¹⁵.

8 Ainsi que nous l'avons vu¹⁶, bien des Etats ont d'ores et déjà introduit une législation afin de protéger la personne qui a partagé la vie du défunt sans lui être unie par les liens du mariage. Il apparaîtrait qu'en principe il appartient à la loi régissant l'héritage de déterminer si le survivant d'une union «informelle» peut venir à la succession, sous réserve bien entendu des règles d'ordre public qui pourraient s'y opposer.

9 Les motifs d'indignité (par exemple celle de l'héritier qui, par la contrainte, a empêché le *de cuius* de rédiger ou de révoquer son testament) semblent être considérés d'une manière générale comme une question régie par la loi successorale¹⁷.

b l'ordre dans lequel les héritiers sont appelés à la succession

10 Nous avons relevé¹⁸ qu'il existe fondamentalement deux modèles de dévolution *ab intestat*, l'un fondé sur un rang ou ordre successoral dans lequel le degré de consanguinité joue un rôle décisif, l'autre lié à la parentèle, en fonction des générations d'ascendants; dans les pays de *common law* s'applique un système mixte qui se rapproche de celui de l'ordre successoral. La loi applicable à la succession déterminera selon lequel de ces modèles les héritiers seront appelés à une succession *ab intestat*.

c les parts auxquelles héritiers et légataires ont droit

d l'obligation de rapporter les donations à la succession

e le partage de la succession

11 La loi régissant la succession détermine naturellement quelle doit être la part d'un héritier ou légataire, ainsi que l'obligation éventuelle de rapporter une donation ou autre libéralité que l'héritier ou légataire a pu recevoir du défunt avant son décès, et la nature de cette obligation, c'est-à-dire la question de savoir si la donation vient en déduction de la part de l'intéressé ou doit être restituée en nature. Si la loi successorale prescrit le rapport des immeubles, la *lex rei sitae* peut avoir un rôle à jouer dans la mesure où les droits des tiers seront alors protégés.

⁸ Voir *Doc. prélim. No 1, supra*, p. 114.

⁹ Toutefois, la loi régissant le statut personnel peut déterminer la date présumée de la conception.

¹⁰ Voir Droz, «Le Statut personnel des musulmans originaires d'Algérie résidant en France» dans les *Mélanges Wilhelm Wengler*, Berlin 1973, Vol. 2, p. 241 et s., à la page 247. Voir Cour de cassation de France, 3 janvier 1980, *Rev. crit. de d.i.p.*, 1981, 331, note Batiffol; *Journal du droit international* (Clunet) 1980, 337, note M. Simon-Depitre.

¹¹ Cf. *Actes et documents de la Douzième session*, Rapport Verwiltgen, p. 393, Nos 23-24.

¹² Voir Tribunal civil Senlis, 23 novembre 1949, *Rev. crit. de d.i.p.*, 1950, 410, note Loussouarn. Mais voir aussi Cour de cassation, 19 octobre 1971, *Rec. Dalloz* 1972, 633, note Ph. Malaurie; *Rev. crit. de d.i.p.*, 1973, 72, note M. Simon-Depitre, *Clunet* 1972, 828, note M. Nisard. Pour une critique de cette distinction qui revient à qualifier d'après la loi applicable plutôt que d'après la *lex fori*, voir Droz et Loussouarn, dans le *Jurisclasser de droit international*, fasc. 557-A, Successions, No 159.

¹³ Voir p. ex. *Doc. prélim. No 2, supra*, p. 146.

¹⁴ Cf. Boulanger, *Les successions internationales*, p. 152-153.

¹⁵ Comme il est indiqué dans le *Doc. prélim. No 2, supra*, p. 146, il existe une tendance générale à protéger le conjoint survivant dans divers systèmes juridiques.

¹⁶ Voir *Doc. prélim. No 1, supra*, p. 114.

¹⁷ Là encore, l'ordre public peut, bien entendu, avoir pour effet d'écartier les lois étrangères qui, du point de vue du for, sont trop libérales ou trop sévères à cet égard.

¹⁸ Voir *Doc. prélim. No 2, supra*, p. 144, note 22.

The question whether an illegitimate or adopted child qualifies as an heir or legatee under a given law of succession can and in many systems must be distinguished from the question whether the child is legitimate or illegitimate or was validly adopted. Devolution of the inheritance and establishment of the parent/child relationship are two different questions which are not necessarily governed by the same law.⁸ It might be helpful for the Convention to draw a clear line here, excluding the latter set of questions from its scope.

The law of succession will determine whether a child who is not yet born can – or must – nevertheless receive from the estate (*nasciturus pro iam natu habetur*).⁹

7 The law governing succession also generally determines the succession rights of the surviving spouse. Polygamy may pose a special problem, but here again it may be helpful to distinguish between devolution and the question whether the law governing the personal status admits polygamy. If that is the case, one could conceive that if the law applicable to the succession does not have the institution of polygamy, the part of the estate given by this law to the surviving spouse should be divided among the polygamous widows.¹⁰

Questions of characterization may arise in respect of maintenance claims of the surviving spouse (as well as of other heirs) relating to the decedent's estate.¹¹ Distinction has sometimes been made between personal claims of the surviving spouse against the heirs and legatees on the one hand and claims against the estate as such; the latter would then be governed by the law applicable to the succession, the former, as maintenance rights, by the law applicable to maintenance obligations.¹² It may be recalled that the 1973 Hague Conventions on Maintenance Obligations, contrary to the drafts, do not expressly exclude successorial maintenance obligations.

The most difficult problems of characterization concern the delimitation between the field of the law of succession and the law governing marital property relations (the matrimonial property regime). The difficulty stems from the different approaches to the protection of the surviving spouse in the different internal laws. While some systems prefer to protect the surviving spouse by according him or her a share in the marital property, others prefer to accord him or her a share in the decedent's estate;¹³ while under the laws of many common law States the surviving spouse is sometimes required to elect between the taking of a benefit under the will and, for instance, his or her half of the community property.

The problem of election will be discussed separately, *infra*, No 27. The Convention is unlikely to solve all of these characterization problems. The introduction of the *professio juris* would certainly provide a way of better co-ordinating marital property relations and succession relations between the spouses. In addition, however,

the Convention might help to eliminate some of the most adverse consequences of these different approaches,¹⁴ in particular the case where under the applicable law of succession the surviving widow would receive only a small part of the estate, because under that law she is supposed to be protected, for example, by a community of property, while under the law of succession of the forum (or of her habitual residence) she would be entitled to a larger part of the estate because under the laws of those States, applicable to her marital property regime, there would be no community of property.¹⁵

8 As we have seen,¹⁶ many States have already introduced legislation to protect the companion who shared the decedent's life without being united with him or her by marriage. It would seem that it is in principle up to the law governing the inheritance to determine whether the informal surviving spouse can claim any rights of succession, subject of course to rules of public policy which may set aside the application of such laws.

9 Grounds for raising a bar to heirship (*e.g.* the heir who has prevented the decedent by force from making or revoking his will) would seem to be generally considered to be matters governed by the law of succession.¹⁷

b *the order in which heirs are called to the succession*

10 As we have seen,¹⁸ there are basically two patterns of intestate devolution, one being based on different ranks where the degree of blood kinship is decisive, the other depending on parentage, which is based on generations of ascendants; in common law jurisdictions a mixed system prevails which comes close to that of the ranks. The law applicable to the succession will determine in which of these orders the heirs will be called to an intestate succession.

c *the portions which heirs and legatees are entitled to*

d *the obligation to restore donations to the estate*

e *the distribution of the estate*

11 The law governing the succession naturally determines to what part an heir or legatee is entitled, including the determination of any obligation to restore to the estate a donation or gift which the heir or legatee may have received from the decedent before his death, and the nature of such an obligation, *i.e.* whether this donation should be deducted from the part to which he is entitled or should be restored *in natura*. If the law of succession prescribes the restoration of immovables, the *lex situs* may intervene to the extent necessary to protect the rights of third parties.

⁸ See *Prel. Doc. No 1, supra*, p. 115.

⁹ However, the law governing the personal status might determine the presumed date of conception.

¹⁰ See Droz, 'Le Statut personnel des musulmans originaires d'Algérie résidents en France', in *Mélanges Wilhelm Wengler*, Berlin 1973, Vol. 2, p. 241 et seq. at p. 247. And see *Cour de cassation* (France), 3 January 1980, *Rev. crit. de d.i.p.* 1981, 331, note Batiffol; *Journal du droit international* (Clunet) 1980, 337, note M. Simon-Depitre.

¹¹ Cf. *Actes et documents de la Douzième session*, Verwilghen Report, p. 393, Nos 23-24.

¹² See *Tribunal civil Sentis*, 23 November 1949, *Rev. crit. de d.i.p.* 1950, 410, note Loussouarn. But compare *Cour de cassation*, 19 October 1971, *Rec. Dalloz* 1972, 633, note Ph. Malaurie; *Rev. crit. de d.i.p.* 1973, 72, note M. Simon-Depitre; *Clunet* 1972, 828, note M. Nisard. For criticism of this distinction because it amounts to characterization in terms of the applicable law instead of the *lex fori*, see Droz and Loussouarn, in *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 557-A, Successions, No 159.

¹³ See *e.g. Prel. Doc. No 2, supra*, p. 147.

¹⁴ Cf. Boulanger, *Les successions internationales*, pp. 152-153.

¹⁵ As set out in *Prel. Doc. No 2, supra*, p. 147, there is a general trend towards protection of the surviving spouse in various legal systems.

¹⁶ See *Prel. Doc. No 1, supra*, p. 115.

¹⁷ Again, public order may, of course, intervene to set aside foreign laws which in the view of the forum are too liberal or too severe in this respect.

¹⁸ See *Prel. Doc. No 2, supra*, p. 145, note 22.

12 La loi régissant la succession déterminera aussi en principe la nature et la forme des portions de la masse successorale (par exemple, en pourcentage ou en nature) à attribuer aux héritiers et légataires. Toutefois, là encore la *lex rei sitae* peut entrer en jeu, par exemple quand elle accorde un traitement préférentiel à certains héritiers sur les exploitations agricoles. Il paraît logique que la loi régissant la succession fixe aussi les motifs d'annulation d'un partage injuste à l'égard d'un ou de plusieurs héritiers.

f *la quotité disponible et les réserves*

13 La loi applicable à la succession déterminera généralement dans quelle mesure le testateur est libre de disposer de ses biens par testament ainsi que l'importance et le caractère (pourcentage en valeur, avantage en nature dans la succession ou droit particulier sur un certain bien) de la réserve.

14 Si la Convention devait se fonder sur le principe unitaire, il en résulterait bien entendu des conséquences importantes pour les Etats «scissionnistes» dont les règles de conflit, par tradition, déterminent séparément la quotité disponible et les réserves sur les biens immeubles situés dans des Etats différents. La Convention pourrait alors attribuer un certain rôle à la *lex rei sitae*, par exemple lorsqu'elle permettrait au conjoint survivant de conserver des droits sur le foyer.

15 «Une question très proche de celle de savoir si le testateur est tenu de laisser à sa femme ou à ses enfants une certaine proportion de ses biens ... est celle de la possibilité, pour le tribunal, d'ordonner qu'une partie du revenu de la succession soit versée aux personnes qui étaient à la charge du défunt»¹⁹. Dans de nombreux pays du Commonwealth les lois protégeant la famille reconnaissent cette faculté au juge²⁰. Dans certains de ces pays la loi limite le pouvoir aux cas où, au moment de son décès, le testateur était domicilié dans le for; dans d'autres juridictions les tribunaux peuvent aussi prendre une ordonnance concernant les immeubles situés dans le territoire, quel que soit l'endroit où le testateur avait son domicile à son décès.

16 Aux fins de la future Convention, il semblerait que la question essentielle soit effectivement de savoir si les Etats contractants peuvent admettre ou accepter l'équivalence fonctionnelle des parts revenant aux personnes à charge en vertu de la loi ou en vertu de décisions judiciaires dans l'intérêt de la famille, malgré les différences évidentes qui existent entre l'un et l'autre mécanisme. S'il en était ainsi, il n'y aurait apparemment aucune objection de principe à ce que des tribunaux du groupe «continental» appliquent les lois de protection de la famille dans certains cas; et les juridictions du Commonwealth devraient, elles, renoncer parfois à appliquer lesdites lois²¹.

g *les dispositions testamentaires et contractuelles autorisées*

h *la validité matérielle ou essentielle de ces dispositions et des libéralités qu'elles prévoient*

i *les effets de ces dispositions*

17 Si la validité formelle des testaments est gouvernée, d'une manière générale, par des règles spécifiques d'inspiration libérale, notamment, pour de nombreux Etats, celles de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, leur validité matérielle ou essentielle, ou celle des libéralités qu'ils prévoient, est en général déterminée par la loi applicable à la succession. Celle-ci régleme entre autres questions la validité des legs faits à des personnes spécialement liées au testateur (par exemple le médecin qui l'a soigné avant sa mort) ou la possibilité de désigner comme légataire une institution charitable, l'éventuelle nullité de donations contraires aux règles prohibant les engagements perpétuels ou les cumuls, la validité des dons de substitution, etc.

18 On se rappellera qu'en vertu de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance la validité matérielle d'un testament est considérée comme une question préliminaire (article 4). La Convention comporte ses propres règles en ce qui concerne la validité matérielle d'un trust, mais l'existence d'un trust testamentaire est subordonnée à la validité de forme et de fond du testament lui-même²².

19 Ainsi que nous l'avons vu²³, c'est habituellement la nationalité ou le domicile au moment du décès qui détermine la validité essentielle d'un testament. Les lois de certains Etats, par exemple le nouveau Code de droit international privé autrichien, se prononcent expressément en faveur de la validité de fond des dispositions testamentaires, qu'elles soumettent à la loi applicable soit au moment où l'instrument est mis à exécution soit au moment du décès.

20 Les conventions entre vifs sur une succession future conclues entre le défunt et un ou plusieurs héritiers sont admises dans certains pays, mais, d'une façon générale, elles sont exclues ailleurs (bien que des exceptions soient habituellement prévues pour les contrats de mariage). La loi successorale déterminera la validité de fond de ces conventions, sous réserve des mesures correctives imposées par l'ordre public du for. Peut-être serait-il néanmoins possible de parvenir à un accord sur le caractère généralement admissible de telles conventions²⁴.

21 Une situation plus complexe est celle du pacte sur succession future comportant des stipulations réciproques (par exemple entre conjoints). La validité de conventions semblables dépendra des lois applicables à chacune des successions en jeu²⁵.

¹⁹ Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 624.

²⁰ Voir *Doc. prélim.* No 2, *supra*, p. 146.

²¹ Sur la nécessité de coordonner les deux systèmes, voir Wengler, *Internationales Privatrecht*, § 27, p. 665, en particulier la note 18.

²² Voir *Actes et documents de la Quinzième session*, Rapport von Overbeck, p. 381-383.

²³ Voir *Doc. prélim.* No 1, *supra*, p. 108 et 110.

²⁴ Cf. M. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, No 157.

²⁵ Cf. article 93, troisième paragraphe, du projet suisse.

12 The law governing the succession will also, in principle, determine the nature and form of the portions of the estate (for instance, in percentages or *in natura*) to be attributed to the heirs and legatees. However, here again the *lex situs* may intervene, for example, when it gives preferential treatment to certain heirs in respect of farms and agricultural enterprises. It seems logical that the law governing the succession also determines the grounds of annulment of a distribution for violating the rights of one or more heirs.

f *the disposable portion of the estate and the indefeasible shares*

13 The law governing the succession will generally determine the extent of the freedom of the testator to dispose of his property by will and the content and nature (a percentage of the value, an interest *in natura* of the estate or an interest in a certain property) of the indefeasible share(s).

14 If the Convention were to be based upon the unity principle, this would of course have important consequences for the scissionist States whose conflict rules traditionally determine the disposable portion and indefeasible shares separately for immovable property situated in different States. The Convention might then reserve a certain role for the *lex situs*, e.g. where this law would allow the surviving spouse to retain an interest in the home.

15 'Closely analogous to the question whether the testator is bound to leave a certain proportion of his estate to his wife or children ... is the question whether the court can make an order for the payment of part of the income of his estate to his dependants.'¹⁹ Family provisions acts in many Commonwealth countries give this power to the courts.²⁰ In some of these countries the power of the court is limited by statute to cases where the testator died domiciled in the forum; in other jurisdictions the courts may also make an order out of immovables within the jurisdiction, no matter where the testator was domiciled at the time of his death.

16 For the purposes of the future Convention, the basic question, it would seem, is indeed whether the Contracting States could agree to accept the functional equivalence of indefeasible shares for dependent persons provided for by statute and family provision orders to be made by the court, despite the obvious differences between these mechanisms. If so, there would seem to be no objection in principle again to courts of the 'continental' group applying the family provision acts in certain cases; and it would require Commonwealth jurisdictions in some cases to renounce the application of these statutes.²¹

g *what kinds of wills and contractual dispositions may be made*

h *the material or essential validity of such dispositions and of any gifts contained therein*

i *the effects of such dispositions*

17 While the formal validity of wills is generally governed by special liberal rules of its own, in particular, for numerous States, by the Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions, the substantive or essential validity of wills or of any gifts contained therein is generally determined by the law governing the succession. This law determines questions such as the validity of legacies to persons with whom the testator had a special relationship (for instance, a physician who treated the testator before his death) or whether legacies can be made charities, whether gifts are invalid as infringing the rules against perpetuities or accumulations, whether substitutionary gifts are valid, etc.

18 It may be recalled that under the Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition the substantive validity of a will is seen as a preliminary issue (Article 4). Whereas the Convention has its own rules for the substantive validity of a trust, a testamentary trust depends for its existence on the formal and substantive validity of the will.²²

19 As we have seen before,²³ it is usually the nationality or the domicile at the time of death which determines the essential validity of a will. The laws of some States, for instance, the new Austrian Code on private international law, expressly favour the substantive validity of testamentary dispositions, which they submit alternatively to the law governing at the time when the instrument is executed and at the time of death.

20 Contractual arrangements *inter vivos* on a future succession concluded between the decedent and one or more heirs are admitted in some countries but not generally in others (although exceptions are usually allowed in marriage contracts). The law of succession will determine the substantive validity of such contracts, subject to correction by the public policy of the forum. Perhaps it would be possible to reach agreement on the general admissibility of such contracts, however.²⁴

21 More complex is the position where a contract on a future succession contains reciprocal dispositions (e.g. between husband and wife). The validity of such arrangements will depend on the laws applicable to each of the successions involved.²⁵

¹⁹ Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 624.

²⁰ See *Prel. Doc. No 2, supra*, p. 147.

²¹ On the need for co-ordination between the two systems, see Wengler, *Internationales Privatrecht*, § 27, p. 665, in particular note 18.

²² See *Actes et documents de la Quinzième session: Von Overbeck Report*, pp. 381-383.

²³ See *Prel. Doc. No 1, supra*, pp. 109 and 111.

²⁴ Cf. M. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, No 157.

²⁵ Cf. article 93, third paragraph, of the Swiss draft.

C *Aspects de la dévolution qui peuvent nécessiter des règles spéciales de conflit ou qui peuvent devoir être exclus de la Convention*

22 Pour certains aspects de la dévolution la loi régissant la succession ne serait pas adaptée, ou elle ne le serait pas toujours. On peut songer, par exemple, à

- a la capacité du testateur;
- b l'interprétation du testament (ou d'un autre acte de disposition);
- c la révocation;
- d l'«élection»

a *la capacité du testateur*

23 Dans les pays «continentaux» la capacité à disposer *mortis causae* de ses biens est généralement considérée comme devant relever de la loi applicable au statut personnel du testateur. La loi nationale de celui-ci, au moment où il établit ses dernières volontés, déterminera si, par exemple, un mineur peut faire un testament ou disposer autrement de ses biens. Dans les juridictions de *common law* il est généralement admis que la loi du domicile s'applique, mais l'élément temporel prête à discussion; faut-il prendre en considération la date de la rédaction du testament, ou le domicile au moment du décès²⁶? Les Conventions de La Haye excluent traditionnellement les questions de capacité²⁷.

b *l'interprétation du testament (ou d'un autre acte de disposition)*

24 Dans bien des cas on pourra interpréter un testament sans avoir besoin de recourir à une loi applicable. Dans certaines situations cependant, on peut avoir à choisir entre diverses lois, par exemple lorsque l'une d'elles prévoit une présomption. Le testateur peut aussi avoir indiqué, expressément ou non, quelle loi il désire voir appliquer. Aux Etats-Unis, le testateur jouit d'une grande liberté à cet égard. L'article 2-602 du *Uniform Probate Code* prévoit:

«Le sens et l'effet juridique d'une disposition testamentaire sont déterminés par la loi locale d'un Etat particulier désigné par le testateur dans son instrument, à moins que l'application de cette loi ne soit contraire aux dispositions relatives à la part «élective» ..., aux dispositions sur les biens et bénéfices exonérés ..., ou à toute autre disposition d'ordre public de cet Etat qui serait autrement applicable à l'acte de disposition.»

En droit anglais cette liberté est également reconnue, mais elle est subordonnée à une présomption en faveur de la loi du domicile au moment de la rédaction du testament²⁸. En France, par exemple, on ne discerne pas très bien dans quelle mesure l'autonomie du testateur est reconnue par les tribunaux²⁹. Il semblerait opportun que la Convention établisse une règle d'interprétation uniforme.

²⁶ Voir les opinions contraires exposées dans Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 615 et *Restatement Conflict of Laws 2nd*, § 263.

²⁷ Voir p. ex. l'article 1.2 de la Convention de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux; l'article 2a de la Convention de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation; l'article 5a de la Convention de 1986 sur les contrats de vente.

²⁸ Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 626-627.

²⁹ Voir Batiffol/Lagarde, *op. cit.*, No 654, en particulier la note 1.

c *la révocation*

25 Un testament ou autre acte de disposition *mortis causae* peut être révoqué par l'exécution d'un testament ultérieur (ou d'un autre acte de disposition *mortis causae*). Pour ce qui est de la validité formelle de la révocation, la question est réglée par l'article 2, paragraphe 1, de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, pour les Etats parties à cet instrument. En ce qui concerne la validité de fond ou essentielle de la révocation, on admet généralement que la question de savoir si le testament ultérieur révoque valablement le précédent dépend de sa propre validité matérielle ou essentielle. Parfois, cependant, on peut avoir à rechercher si, ou dans quelle mesure, un testament ultérieur révoque partiellement un acte de disposition précédent. Ce peut être une question d'interprétation. Ces problèmes pourraient être résolus par application des règles qui viendraient à être élaborées pour la validité matérielle ou essentielle et pour l'interprétation respectivement.

26 Dans certains systèmes juridiques, un testament peut aussi être révoqué en vertu de la loi à la suite d'un changement de circonstances (divorce ou mariage, par exemple). En la matière le droit anglais tend à appliquer la loi du domicile du testateur au moment de l'acte de révocation allégué³⁰. Aux Etats-Unis, dans des cas semblables les tribunaux appliquent rigideusement, pour les biens meubles, la loi du dernier domicile³¹.

d *système de l'«élection»*

27 La doctrine de l'«élection» pose des difficultés particulières en cas de conflits de lois. En vertu des lois de bien des Etats de *common law* le bénéficiaire d'un testament se voit parfois obligé de choisir entre ses droits en vertu du testament ou ceux qu'il possède en dehors de celui-ci, par exemple sur sa moitié des biens de la communauté. En Angleterre c'est fondamentalement la loi régissant la succession qui prime³². Aux Etats-Unis il semble qu'on attache plus d'importance à l'intention du testateur et que la question y soit considérée comme se posant plutôt sous l'angle de l'interprétation du testament et de la loi applicable³³.

Une discussion approfondie sera nécessaire pour qu'on puisse déterminer si la Convention doit ou non traiter de l'«élection» ou contenir une règle spécifique concernant celle-ci.

³⁰ Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 637 et s.

³¹ Voir les critiques exprimées par Scoles/Hay, *op. cit.*, p. 788.

³² Voir Dicey et Morris, *op. cit.*, p. 632 et s., mais voir aussi la règle spéciale complexe relative aux immeubles, p. 634 et s.

³³ Voir Scoles/Hay, *op. cit.*, p. 793-795.

C Aspects of devolution which may require special conflict provisions or may need to be excluded from the Convention

22 For certain aspects of devolution the law governing the succession would not, or not in all cases, be suitable. One may think, for example, of

- a capacity of the testator;
- b interpretation of the will (or other disposition);
- c revocation;
- d election.

a capacity of the testator

23 The personal capacity to make final dispositions of one's estate in 'continental' countries is generally seen as a matter to be governed by the law applicable to the personal status of the testator. His national law at the time of making of the disposition will determine whether e.g. a minor had capacity to make a will or other disposition. In common law jurisdictions there is broad agreement that the law of the domicile should apply but there is discussion as to the time factor, should the moment of making the will be taken, or the domicile at death.²⁶ Hague Conventions have traditionally excluded matters of capacity from the Convention.²⁷

b interpretation of the will (or other disposition)

24 In many instances it will be possible to determine the interpretation or construction of a will without the need for resort to an applicable law. However, there may arise situations where a choice must be made between various laws, e.g. where one of these laws provides for a presumption. Also, the testator may, explicitly or implicitly, have indicated which law he would like to apply. In the United States, for example, the testator has wide freedom in this respect. Section 2-602 of the Uniform Probate Code provides:

'The meaning and legal effect of a disposition in a will shall be determined by the local law of a particular state selected by the testator in his instrument unless the application of that law is contrary to the provisions relating to the elective share ..., the provisions relating to exempt property and allowances ..., or any other public policy of this state otherwise applicable to the disposition.'

In English law this freedom is also recognized but subject to a presumption for the law of the domicile at the time when the will is made.²⁸ In France, for example, it is unclear to what extent the testator's autonomy is recognized by the courts.²⁹ It would seem desirable for the Convention to establish a uniform rule for interpretation.

c revocation

25 A will or other final disposition may be revoked by the execution of a later will (or other final disposition). As far as the formal validity of revocation is concerned, this is a matter which for those States which are Parties to the Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions is dealt with by that Convention (Article 2, paragraph 1). As regards the substantive or essential validity of revocation, it is generally admitted that the question whether the later will validly revokes the first depends on the substantive or essential validity of the later will. Sometimes, however, the question may arise whether or to what extent a later will revokes (part of) an earlier one. This may be a matter of interpretation. These questions could be solved by reference to the rules to be developed for substantive or essential validity and interpretation respectively.

26 In some legal systems, a will may also be revoked by operation of law as a result of a change of circumstances (e.g. divorce or marriage). Here English law tends to apply the law of the testator's domicile at the time of the alleged act of revocation.³⁰ In the United States the courts, in respect of movables, have rigidly applied the laws of the last domicile in such instances.³¹

d election

27 The doctrine of election presents special difficulties in the conflict of laws. Under the laws of many common law States the beneficiary under will is sometimes required to elect between the taking of a benefit under a will and taking a benefit outside a will, for instance his or her half of the community property, or the statutory share of a surviving spouse. In England this is basically a matter for the law governing the succession.³² In the United States it would seem that more emphasis is placed on the intention of the testator and the matter is seen more as a question of construction of the will and relevant statute.³³ Further discussion will be needed to determine whether the Convention should or should not include election or any specific rule concerning election.

²⁶ See contrary views in Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 615 and *Restatement Conflict of Laws 2nd*, § 263.

²⁷ See e.g. Article 1(2) of the 1978 Matrimonial Property Convention; Article 2a of the 1978 Agency Convention; Article 5a of the 1986 Convention on Sales Contracts.

²⁸ See Dicey and Morris, *op. cit.*, pp. 626-627.

²⁹ See Batiffol/Lagarde, *op. cit.*, No 654, especially note 1.

³⁰ See Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 637 *et seq.*

³¹ See criticism by Scoles/Hay, *op. cit.*, p. 788.

³² See Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 632 *et seq.*, but see also the complicated special rule for immovables, p. 634 *et seq.*

³³ See Scoles/Hay, *op. cit.*, pp. 793-795.

Scope of application of a Convention on the law applicable to succession

Information submitted by the Observer of the Commonwealth Secretariat

Preliminary Document No 9 of February 1987

Information submitted by the Observer of the Commonwealth Secretariat in response to the request made by the Chairman (Prel. Doc. No 4, No 12, in fine)

A In a typical common law jurisdiction, three stages can be distinguished:

1 *The grant of representation*

a The first stage is the making by the court (or more usually the court's registry dealing with non-contentious business) of a 'grant of representation'. In the case of testate succession, this usually takes the form of the grant of 'probate' of the will to the persons named in the will as executors. In the case of intestate succession, 'letters of administration' are granted to the persons entitled to apply, the law specifying an order of priority as between potential applicants.

b The estate vests in executors of a will on the death of the testator, but this vesting requires to be evidenced by the grant of probate. In an intestate succession, the estate vests in the court until letters of administration are granted; once they are granted the representative's powers are to some extent retrospective to the date of the death of the intestate.

c In practice the work of the representatives commences before the grant is made. They may have to make funeral arrangements, and must obtain a valuation of the estate (primarily for tax purposes) before applying for the grant.

2 *The administration of the estate*

This involves the collection of the assets (including in appropriate cases carrying on litigation begun by the deceased during his lifetime), the payment of creditors (their priority being fixed by law) and the management of the estate until it is distributed to the beneficiaries. The personal representative may be required in certain circumstances to produce an inventory or accounts.

3 *The distribution of the estate*

The net estate after the payment of taxes and other debts and charges is distributed either in accordance with the terms of the will or under the law governing the devolution of intestate estates.

B So far as the conflict of laws is concerned, common law jurisdictions regard the making of a grant of rep-

resentation as governed by the *lex fori*, the law of the country in which the grant is sought; the administration of an estate is governed by the same law, the representative's authority being derived from the grant. Only the distribution of the estate is a matter for the *lex successionis*.

C There are, however, matters within the area governed by the *lex fori* in which some regard is had to foreign law. So, e.g.,

(i) If the deceased died domiciled outside the forum, the grant of administration may be (and commonly will be) made to the person already administering the estate under a grant made by the courts of the domicile or to a person entitled under the *lex domicilii* to a grant. Some common law jurisdictions will, however, not follow this practice if the estate consists entirely of immovables situated within the forum State; some other jurisdictions will apply their own law if the estate includes local immovables even if other property is also included. These practices reflect the influence of the rule that succession to land is governed by the *lex situs*; a change in that rule might well lead to a change in the practice concerning the making of the grant of representation.

(ii) The grant of representation only vests in the representative assets situated in the forum State, or which are taken into that State before any other person acquired title under the *lex situs* of the asset. The effect is that if movables forming part of the estate of a deceased person who died domiciled in France are taken to England, an English court would recognize the vesting of the asset in the French heirs and would not treat the asset as subject to the authority of the English representative. It would be otherwise if the deceased died domiciled in Ireland leaving movables there and some asset was taken to England before a personal representative was appointed under Irish law.

D The distinction between administration and distribution is clearly crucial for it determines the respective fields of application of the *lex fori* and *lex successionis*. The crucial question is 'does the issue affect the interests to be received by the beneficiaries?' If so, the matter will be regarded as a 'succession' question.

a So, the following issues will fall within the *succession* area:

- the identification of those entitled to take on an intestacy
- the shares to be allocated on an intestacy to those so entitled
- the validity of gifts made in a will in respect of, e.g.,
 - the rules against perpetuities and accumulations
 - the estates and interests capable of being created in respect of the property affected
 - forced shares or family provision
 - gifts to charities
 - gifts to witnesses who attested the will
- the rules which determine whether debts or legacies are payable out of movables or immovables, or out of specific assets or residue
- election by a beneficiary (*i.e.* where a testator gives property to A and also makes a gift of A's property to B, A cannot take the testator's gift unless he makes the transfer to B; a similar rule applies in certain cases involving wills which contain both ineffective gifts of foreign land and gifts to the person otherwise entitled to that land).

b The following issues will fall within the *administration* area:

- The admissibility of claims by creditors (which will affect the *size* of the net estate, but not the pattern of its distribution)
- priority as between creditors
- questions as to the administrator's powers (*e.g.* to postpone sale of assets)
- the payment of maintenance out of the estate to beneficiaries who are minors (which affects *when* they receive assets but not the total amount they receive).

c Questions of formal validity of and capacity to make a will, the interpretation of a will, and of capacity to receive a gift are subject to special rules and fall under neither principal class.

Texte adopté par la Commission spéciale
le 10 avril 1987

Document préliminaire No 10 d'avril 1987

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

Article 1

- 1 La présente Convention détermine la loi applicable à la succession à cause de mort.
- 2 La Convention ne s'applique pas:
 - a à la forme des dispositions testamentaires;
 - b à la capacité de disposer à cause de mort;

...

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 2

- 1 Lorsque le défunt, au moment de son décès, avait sa résidence habituelle dans un Etat dont il possédait la nationalité, la succession est régie par la loi de cet Etat.
- 2 Lorsque le défunt, au moment de son décès, avait sa résidence habituelle dans un Etat dont il ne possédait pas la nationalité, la succession est régie par la loi de cet Etat si la résidence habituelle du défunt y était fixée depuis au moins cinq ans.
- 3 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat avec lequel le défunt au moment de son décès avait les liens les plus étroits, compte tenu de sa nationalité, de sa résidence habituelle, de ses attaches personnelles et familiales, de ses intentions manifestes et de tous autres éléments significatifs.
- 4 Pour l'application du paragraphe 3 il est présumé que le défunt avait les liens les plus étroits avec l'Etat dont il possédait la nationalité au moment de son décès, et dans lequel il a eu sa résidence habituelle à une période donnée au cours des dix années précédant son décès. Cette présomption est écartée s'il résulte de l'ensemble des circonstances prévues au paragraphe 3 que le défunt avait, au moment de son décès, des liens plus étroits avec un autre Etat.

Article 3

- 1 Lorsque le défunt avait désigné la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession, cette loi est applicable si le défunt, au moment de son décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.
- 2 La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse.
- 3 Cette désignation doit revêtir la forme d'une disposition testamentaire. La révocation par son auteur d'une telle désignation doit revêtir la forme de la révocation d'une disposition testamentaire.

Article 4

- 1 La loi applicable en vertu des articles 2 et 3 régit la succession.
- 2 Elle s'applique à tous les biens de la succession quelle que soit leur situation.
- 3 Elle régit:
 - a la vocation des héritiers et légataires, la détermination de leurs parts respectives, les charges qui leur sont imposées par le défunt ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès d'une personne;
 - b le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;
 - c la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;
 - d la validité au fond des dispositions testamentaires.
- 4 Le paragraphe 3 ne fait pas obstacle à l'application de cette loi à d'autres questions considérées comme étant soumises à la loi successorale par le droit du fer.

CHAPITRE III – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

(adopté en première lecture seulement et sous réserve de rédaction)

Article 5

La loi applicable en vertu de la présente Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certaines entreprises ou immeubles sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation, quelle que soit la loi applicable à la succession, en raison de leur destination familiale, économique ou sociale.

Article 6

La présente Convention ne fait pas obstacle à l'application de la loi de l'Etat de la situation de certains biens, lorsque cette loi limite, contrairement aux règles normales en matière de succession, la propriété, le contrôle, l'utilisation ou l'occupation de ces biens.

Article 7

[Exclusion du renvoi.]

Article 8

[Ordre public.]

Article 9

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession,

- a toute référence à la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt est entendue comme visant l'unité territoriale de cet Etat dans laquelle le défunt avait sa dernière résidence habituelle;
- b toute référence à la loi de l'Etat de la nationalité du défunt est entendue comme visant l'unité territoriale de cet Etat déterminée par les règles en vigueur dans cet Etat, ou, à défaut de telles règles, l'unité territoriale de cet Etat dans laquelle le défunt avait sa dernière résidence habituelle ou, si le défunt n'avait jamais eu de résidence

Text adopted by the Special Commission
on 10 April 1987

Preliminary Document No 10 of April 1987

CHAPTER I – SCOPE

Article 1

- 1 This Convention determines the law applicable to succession upon death.
- 2 The Convention does not apply to –
 - a the form of testamentary dispositions;
 - b testamentary capacity;

...

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 2

- 1 When a deceased person at the time of his death had his habitual residence in a State of which he then was a national, the succession is governed by the law of that State.
- 2 When the deceased person at the time of his death had his habitual residence in a State of which he then was not a national, the succession is governed by the law of that State if this habitual residence had endured for a period of not less than five years.
- 3 In other cases the succession is governed by the law of the State with which the deceased at the time of his death had the closest connection, considering his habitual residence, his nationality, his personal and family ties, his manifest intentions and any other significant elements.
- 4 For the purposes of paragraph 3, the deceased is presumed to have had the closest connection with the State of which he was a national at the time of his death and in which he had his habitual residence at any time during the ten years preceding his death. This presumption does not apply, where in the light of the circumstances referred to in paragraph 3 as a whole, the deceased was more closely connected at the time of his death with another State.

Article 3

- 1 When the deceased had designated the law of a State to govern his succession, that law is applicable if the deceased at the time of his death was a national of that State or had his habitual residence there.
- 2 The designation of the applicable law shall be by express stipulation.
- 3 Such a designation must be made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition. The revocation by its maker of a designation must be made in accordance with the requirements for the revocation of a testamentary disposition.

Article 4

- 1 The law applicable under Articles 2 and 3 governs the succession.
- 2 This law applies to all assets of the estate of the deceased wherever those assets are located.
- 3 This law governs –
 - a the identification of the heirs, devisees and legatees, the determination of their respective shares and the obligations imposed upon those persons by the deceased, as well as other rights in the estate arising by reason of death;
 - b the accounting for *inter vivos* or testamentary gifts when determining the shares, and any obligation to restore gifts;
 - c the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on testamentary disposition;
 - d the material validity of testamentary dispositions.
- 4 Paragraph 3 does not preclude the application of this law to other matters which are considered by the law of the forum to be part of the law of succession.

CHAPTER III – GENERAL PROVISIONS

(adopted on first reading, subject to drafting)

Article 5

The law applicable under this Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises or immovables are situated which institute a special inheritance regime in respect of such assets because of economic, social or family considerations and which are applicable regardless of the law otherwise governing the succession.

Article 6

This Convention shall not preclude the application of law of the State of the situs of particular assets restricting, contrary to the usual rules of succession, the ownership, control, use or occupancy of particular assets.

Article 7

[Exclusion of *renvoi*.]

Article 8

[Public policy.]

Article 9

- 1 For the purposes of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession,
 - a any reference to the law of the State of habitual residence of the deceased is to be construed as referring to the territorial unit of that State in which the deceased was last habitually resident;
 - b any reference to the law of the State of nationality of the deceased is to be construed as referring to the territorial unit of that State determined by the rules in force in that State, or, in the absence of such rules, to the territorial unit of that State in which the deceased was last habitually resident or if the deceased was never

habituelle dans cet Etat de la nationalité, la référence sera entendue comme visant l'unité territoriale avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits; [alternative: ... visant l'unité territoriale avec laquelle existait le lien étant la cause de l'acquisition de la nationalité];

c aux fins de l'article 2, paragraphe 2, la période de cinq ans de la résidence habituelle sera considérée comme étant atteinte s'il y a eu une résidence habituelle dans cet Etat, nonobstant le fait qu'il y a eu résidence pendant des périodes différentes dans une ou plusieurs unités territoriales. Dans cette dernière hypothèse, la loi applicable sera la loi de l'unité territoriale dans laquelle le défunt au moment de son décès aura eu sa dernière résidence habituelle;

d aux fins de l'article 3, toute référence par le défunt à la loi d'une unité territoriale qui, au moment où la référence a été faite, faisait partie intégrante de l'Etat de sa nationalité et dans laquelle il avait eu pendant une certaine période sa résidence habituelle, a comme effet que cette loi régit la succession du défunt s'il possédait la nationalité de cet Etat au moment de son décès, même si à ce moment il n'avait sa résidence habituelle ni dans cette unité territoriale, ni dans cet Etat.

Article 10

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de successions, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat ou à un système de droit de celui-ci est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

Article 11

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres systèmes de droit ou leurs propres règles en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

CHAPITRE IV – CLAUSES FINALES

(adopté en première lecture seulement et sous réserve de rédaction)

Article 12

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration. Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique. Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

habitually resident in that State of nationality, the reference shall be construed as referring to the territorial unit with which the deceased had the closest connection; [alternate: ... to the territorial unit with which existed the connection that was the reason for having acquired the nationality];

c for the purposes of Article 2, paragraph 2, the period of five years of habitual residence shall be deemed to have been attained where there has been habitual residence within that State, notwithstanding that there has been residence for different periods in one or more of the territorial units. In this latter event, the applicable law shall be the law of the territorial unit where the deceased had his last habitual residence at his death;

d for the purposes of Article 3, any reference by a deceased person to the law of a territorial unit, which at the time of the reference is within the State of his nationality and in which he was at some period habitually resident, shall make that law govern succession to his estate if he is a national of that State at the time of his death, even if at that time he is not habitually resident in that territorial unit or that State.

Article 10

For purposes of the Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State or to a legal system therein shall be constructed as referring to the system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Article 11

A State within which different territorial units or different legal systems have their own rules of law in respect to succession of deceased persons is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units or legal systems.

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

(adopted on first reading, subject to drafting)

Article 12

If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time. Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies. If a State makes no declaration under this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Les pactes successoraux

NOTE ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 11 d'août 1987

Introduction

1 La manière classique d'exprimer ses dernières volontés consiste à rédiger un testament, qui, d'ordinaire, répond à certaines conditions de forme, est unilatéral et révocable, et prend effet au décès du testateur.

Certains systèmes juridiques s'en tiennent là et se montrent adverses à d'autres formes de dispositions testamentaires; aussi interdisent-ils en principe, sous réserve de quelques exceptions, les autres modalités de dispositions *mortis causa* que celles faites par testament. D'autres systèmes laissent une plus grande marge d'expression des dernières volontés en dehors du testament classique et permettent, à des degrés variables, les dispositions testamentaires de type conjonctif; ce qui les conduit aussi, en général, à admettre plus largement le recours à diverses solutions de remplacement ou de substitution aux dispositions testamentaires, telles que les pactes sur successions futures, les trusts entre vifs révocables ou irrévocables, la possession ou détention conjointe de terres (*joint tenancies*), les comptes en banque joints avec maintien au profit du survivant, la désignation en vertu de «*powers of appointment*»¹ en relation avec un trust entre vifs, la désignation de bénéficiaires d'assurances-vie, la donation *mortis causa*, d'autres encore ...

Ces différences, que révèlent le droit comparé, et qui seront examinées plus en détail ci-après (I), soulèvent diverses questions en ce qui concerne la qualification et le droit applicable. Après avoir examiné celles-ci (II), nous nous efforcerons de formuler certaines conclusions aux fins des travaux en cours relatifs à la Convention sur la loi applicable aux successions (III).

I Les testaments mutuels et les pactes successoraux en droit comparé: tour d'horizon sommaire

2 Le droit français illustre bien les systèmes juridiques de type restrictif. En vertu de l'article 968 du Code civil français «un testament ne pourra être fait dans le même acte que par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle». Cette formule écarte aussi bien les testaments conjoints (dernières volontés exprimées par deux ou plusieurs personnes en un même document et dont les effets ne sont pas ceux d'un testament unique, mais ceux

de testaments distincts faits par ses différents signataires) que les testaments mutuels (dernières volontés exprimées par deux ou plusieurs personnes, en un document ou en plusieurs, prévoyant des libéralités réciproques ou des libéralités au profit de l'autre partie en contre-prestation pour des libéralités conférées à un tiers et faisant donc habituellement l'objet de restrictions quant à leur révocabilité)².

D'autres textes du Code civil (en particulier les articles 791, 1130, 2ème alinéa, 1389, 1600) excluent expressément les pactes sur successions futures. C'est ainsi que l'engagement de tester ou de faire une disposition particulière en faveur d'une personne ou de s'en abstenir, que ce soit ou non en échange d'un engagement du bénéficiaire, ou bien de renoncer à tous droits sur une succession future ou de disposer de ces droits, que ce soit ou non, là aussi, en échange d'un engagement du bénéficiaire, est en principe interdit. La sanction est sévère: de telles dispositions sont nulles.

Cette rigueur s'explique par l'aversion des rédacteurs du Code civil pour les pratiques féodales pré-révolutionnaires par lesquelles les familles aristocratiques parvenaient, au moyen de testaments mutuels et de pactes, à concentrer le patrimoine familial entre les mains du fils aîné. On voyait en outre dans ces pratiques une violation du principe de la liberté personnelle du testateur, y compris de son droit de révoquer, jusqu'à sa mort, toutes dispositions testamentaires (article 895 du Code civil). Les pactes sur successions futures faisaient l'objet d'une désapprobation toute particulière car ils revenaient à spéculer sur un décès futur³. Il y avait néanmoins des exceptions, telle que la possibilité d'inclure des dispositions *mortis causa* dans les contrats de mariage ou dans des conventions entre époux conclues durant le mariage, ainsi que dans les libéralités en faveur du conjoint (ces dispositions étaient irrévocables lorsqu'elles figuraient dans les contrats de mariage), ou celle de prévoir une répartition des biens entre descendants («donation-partage», articles 1076 et suivants) – ces exceptions n'étaient pas considérées comme tombant sous le coup de l'interdiction des pactes successoraux.

Avec le temps, les motifs qui avaient à l'origine conduit à écarter ces différents types de «concurrents» du testament classique ont perdu beaucoup de leur force. Il n'en reste pas moins que, si les tribunaux ont parfois donné des interprétations restrictives des interdictions évoquées, le législateur français s'est montré hésitant à en réexaminer la présence dans le Code civil. Comme nous le verrons (II ci-après), leur persistance influe sur la manière dont les tribunaux français appliquent ces dispositions aux conflits de lois.

3 Une interdiction comparable des testaments mutuels et des pactes sur successions futures, assortie d'exceptions plus ou moins importantes dans les relations entre époux, figure dans les lois des diverses juridictions qui se fondent sur le Code civil ou qui s'en sont inspiré: Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Italie, Grèce, Espagne (en Catalogne on admet cependant les successions contractuelles («*heredamientos*»)), Portugal, Québec, Louisiane, Porto-Rico, Argentine et d'autres pays d'Amérique latine. Dans le continent africain, la Côte d'Ivoire constitue un exemple de juridiction où les prohibitions du Code civil français ont été adoptées, avec

¹ Il s'agit là des pouvoirs conférés par testament en vertu duquel une personne désignée peut faire transférer un bien à quiconque ou à une ou des personnes déterminées ou à un ou plusieurs membres d'une catégorie spécifiée, par exemple: «... pour ma femme durant sa vie, à son décès pour tel(s) enfant(s) qu'elle aura désigné(s) par son testament, à défaut pour nos enfants en portions égales.»

² La terminologie n'est pas toujours cohérente en pratique. En anglais l'expression «*joint will*» est parfois employée quand on veut parler de «*mutual will*» et vice versa. On emploie aussi les mots «*joint and mutual will*» et, en français, «testament conjonctif» sans faire la distinction entre les deux types de testament. La présente note se concentrera sur les testaments mutuels au sens décrit *supra*.

³ Les objectifs multiples visés par l'interdiction rendent plus difficile la détermination de sa portée dans un contexte international; voir Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, No 591.

Contracts of succession

NOTE DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 11 of August 1987

Introduction

1 The typical way in which a person declares his intention as to the property dispositions which he wishes to take effect after his death is by making a will, and a typical will is in a prescribed form, is unilateral and revocable, and takes effect upon death.

Some legal systems draw the line here, and oppose other kinds of testamentary dispositions than the typical will, and consequently prohibit in principle, with few exceptions, other kinds of dispositions *mortis causa* than testamentary dispositions. Other systems allow for more freedom of disposition upon death than is offered by means of the typical will and permit, in varying degrees, contractual kinds of testamentary dispositions; this attitude usually also leads them to admit more freely the use of various kinds of substitutes for, or alternatives to, testamentary dispositions, such as contracts on a future succession, revocable and irrevocable *inter vivos* trusts, joint tenancies in land, joint bank accounts (with right of survivorship), the appointment under powers of appointment in *inter vivos* trusts,¹ the nomination of beneficiaries of life insurance contracts, gifts *mortis causa* and others.

These comparative law differences, which will be examined in greater detail below (I), give rise to various questions of characterization and of applicable law. After examining those questions (II), we will try to draw some conclusions for our current work on a Convention on the law applicable to succession (III).

I *Mutual wills and contracts of succession in comparative law: a summary view*

2 French law provides a clear example of the restrictive type of legal systems. According to article 968 of the French Civil Code 'a will may not be made in the same instrument by two or more persons whether in favour of a third party or as a reciprocal or mutual disposition'. This provision rules out both joint wills (testamentary wishes made by two or more persons incorporated in one document which do not take effect as one will, but as the separate wills of the testators who made it) and

¹ *I.e.* a power given by will by which a nominated person may direct an interest in property to devolve on anyone or on a specified person or a member or members of a specified class. Example: '... to my wife for life, at her death to such one or more of the children as she shall appoint by her will, but if she makes no appointment, then to our children in equal shares.'

mutual wills (testamentary wishes made by two or more persons, whether incorporated in one or more documents, conferring reciprocal benefits or benefits upon the other party in return for benefits being conferred upon a third party, and hence usually subject to restrictions as to their revocability).²

Other provisions (in particular articles 791, 1130, 2nd paragraph, 1389, 1600) expressly exclude contracts with respect to a future succession: Thus agreements to make a will or a particular testamentary disposition in favour of a person, or not to make such a will or gifts, whether or not conditional upon a promise by the promisee, or to relinquish, or dispose of, any rights to be received from a future succession, whether or not conditional upon a promise by the promisee, are, in principle, ruled out. The sanction is severe: such dispositions are null and void.

The explanation is to be found in the aversion of the *Code civil* drafters against pre-revolutionary feudal practices whereby aristocratic families managed through such mutual wills and contracts to concentrate the family property in the hands of the elder son. Also it was felt that such practices violated the principle of personal freedom of testation including the right to revoke any testamentary disposition up until death (article 895 C.C.). Contracts concerning future succession, more particularly, were disapproved of as speculating for gain about the future death of a person.³ There were exceptions, however, permitting the inclusion of dispositions *mortis causa* in marriage contracts or during marriage between the spouses, and in gifts in favour of the other spouse (such dispositions when incorporated in marriage contracts are irrevocable), and for distribution of property among ascendants ('*donation-partage*', article 1076 *et seq.*), and these were not considered to be struck by the prohibition of *pactes successoraux*.

As time went on, the reasons which had originally inspired the ruling out of these different kinds of 'competitors' of the classical will lost much of their significance. However, while the courts have sometimes by interpretation sought to restrict these prohibitions, the French legislator has been reluctant to re-examine their inclusion in the Civil Code. As we shall see (*infra*, II), their persistence has influenced the way in which the French courts have applied these provisions in the conflict of laws.

3 A similar prohibition of mutual wills and contracts on a future succession, with exceptions – to varying degrees – for the relation between spouses, is found in the laws of those jurisdictions which followed or were inspired by the *Code civil*: *Belgium, Luxembourg, the Netherlands, Italy, Greece, Spain* (in Catalonia however agreements as to succession ('*heredamientos*') are permitted), *Portugal, Quebec, Louisiana, Puerto Rico, Mexico, Argentina*, and other *Latin-American countries*. On the African continent, the *Côte d'Ivoire* offers an example of a jurisdiction where the prohibitions of the French Civil Code have been adopted with even fewer

² In practice the terminology is not always consistent. In English sometimes the term 'joint will' is used where 'mutual will' is meant and *vice versa*. Without distinction, the term 'joint and mutual will', and in French '*testament conjonctif*', are also frequently used. This note will concentrate on mutual wills in the sense described above.

³ The multitude of objectives sought by the prohibition has complicated the determination of its scope in an international context; cf. Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, No 591.

encore moins d'exceptions que dans ledit Code⁴.

Parmi les autres systèmes dans lesquels les testaments mutuels et les pactes sur successions futures ne sont pas autorisés il faut citer la Roumanie, l'URSS et la Tchécoslovaquie, ainsi, de manière générale, que toutes les législations islamiques⁵.

4 Par contraste avec la tradition française, le Code civil de la République fédérale d'Allemagne – le BGB – autorise expressément les dispositions testamentaires faites par deux personnes en un seul document, à condition qu'il s'agisse d'époux («*gemeinschaftliches Testament*») (articles 2265 et suivants, BGB). Dans la mesure où ces testaments conjoints sont aussi réciproques (c'est-à-dire que les dispositions de l'une des parties n'ont été faites qu'en échange de celles consenties par l'autre, ce qui peut donner lieu à interprétation, voir l'article 2270, paragraphe 1, BGB), la révocation revêt obligatoirement une forme particulière: celle d'un acte notarié avec notification à l'autre partie (articles 2271 à 2296). Après le décès du conjoint, l'époux survivant n'a plus en principe la faculté de révoquer ses dispositions; il peut, cependant, les contester («*anfechten*»), par exemple s'il se remarie.

En plus du «*gemeinschaftliches Testament*», le BGB autorise l'établissement d'un pacte successoral («*Erbvertrag*») notarié dressé en présence des deux parties (ce qui vaut aussi pour sa dissolution par consentement mutuel). Cette faculté n'est pas limitée aux conjoints, bien qu'un «*Erbvertrag*» se combine souvent avec un contrat de mariage. Un «*Erbvertrag*» est toujours irrévocable. Dans des circonstances exceptionnelles sa validité peut être contestée aussi bien par le disposant que par son cocontractant, le premier pouvant, à titre exceptionnel, «se retirer» («*zurücktreten*») du pacte sous certaines conditions et dans les formes prescrites pour la révocation d'un testament mutuel.

5 L'«*Erbvertrag*», mais non le «*gemeinschaftliches Testament*» est également connu dans la loi suisse, dont s'inspire le Code turc. La loi autrichienne admet à la fois le «*gemeinschaftliches Testament*», toujours révocable (article 1248 ABGB), et l'«*Erbvertrag*», l'un et l'autre étant limités aux (futurs) époux; l'«*Erbvertrag*» ne peut porter sur plus des 3/4 de la quotité disponible (article 1253). Tous ces systèmes comportent des règles spéciales concernant la forme, la dissolution, le retrait, etc. qui ne sont pas nécessairement identiques à celles du BGB. Les lois danoise et norvégienne reconnaissent également les testaments conjoints et réciproques – révocables par chacun des testateurs sa vie durant, sous réserve de notification à l'autre ou aux autres testateurs. Dans ces deux législations, un testateur peut, par une déclaration qui le lie, s'engager à ne pas faire de testament ou à ne pas révoquer celui qu'il a fait. Il est également possible de renoncer à sa part de succession. Les testaments réciproques existent aussi en Finlande et en Suède; ils sont révocables. Dans ces pays il n'est pas possible à un testateur de s'obliger à ne pas révoquer un testament.

La législation polonaise interdit expressément les testaments mutuels. Les pactes sur successions futures sont

également prohibés, avec cependant l'exception importante qu'il est possible à un héritier de convenir avec le futur *de cujus* qu'il renoncera à sa part de succession. Il faut pour cela un acte notarié. Cette possibilité revêt une importance particulière en ce qui concerne la transmission après décès des terres de culture.

Le Code civil hongrois de 1960 interdit les testaments mutuels, mais il admet les pactes successoraux comportant en contrepartie l'engagement de pourvoir à l'entretien du futur *de cujus* ou de lui constituer une rente viagère. Un tel pacte ne peut être révoqué ou modifié que par décision judiciaire ou d'entente entre les parties. Une institution comparable existe en Yougoslavie. La loi hongroise autorise en outre les pactes prévoyant des libéralités *mortis causa* et les pactes entre successibles au sujet d'une succession future.

Bien que le Code civil japonais s'inspire en partie du BGB allemand, les dispositions de la loi successorale présentent de nombreuses caractéristiques originales. C'est ainsi que les testaments mutuels et les pactes successoraux sont interdits en règle générale. Il est cependant possible de s'engager à faire une libéralité *mortis causa*, aucune condition particulière de forme n'étant prescrite. La libéralité est révocable si le pacte n'a pas été consigné dans un acte notarié.

La nouvelle loi sur les successions de la République populaire de Chine, entrée en vigueur le 1er octobre 1985⁶, autorise les pactes successoraux du type évoqué ci-dessus à propos de la Hongrie. Un pacte semblable, prévoyant l'entretien sa vie durant du futur *de cujus*, peut être conclu avec un particulier mais aussi avec une collectivité. Des arrangements analogues existent dans de nombreux systèmes juridiques où l'assistance sociale de caractère public est, soit inconnue, soit peu développée, par exemple dans plusieurs Etats africains⁷. Cependant, ils sont en général limités à la famille (élargie) et ne portent que sur les avoirs du futur *de cujus* (par opposition au patrimoine collectif de la famille ou de la tribu).

6 De même que d'autres systèmes, les juridictions de *common law* reconnaissent généralement que les testaments mutuels impliquent une contradiction de principe, puisque les testaments sont révocables, alors que les testaments mutuels reposent sur l'engagement de ne pas en abroger les dispositions sans le consentement de l'autre. Pour surmonter cette contradiction, on admet généralement que le testament lui-même peut être révoqué, mais que cette révocation peut donner lieu à dommages et intérêts pour rupture de contrat⁸. De plus, il se peut qu'au premier décès un trust (*constructive trust*) soit réputé exister en faveur des bénéficiaires, de sorte que si le survivant révoque son testament, il sera également possible d'intenter une action contre lui pour rupture de trust⁹; s'il décède à son tour, ses «*personal representatives*» seront soumis aux conditions d'un trust les obligeant à exécuter les termes de l'accord original.

Qui plus est, il est en principe possible de convenir de rédiger un testament ou de faire en sorte que tel ou tel bien aille en tout état de cause au bénéficiaire lors du décès, ou encore de s'engager à ne pas rétracter un testament. Le même principe s'applique en l'occurrence:

⁴ Voir *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, Vol. 26, No 4 (1972), p. 678.

⁵ Voir, de façon générale, par exemple Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht; Jurisclasseur de droit comparé; Marindale-Hubbell Law Directory*, Vol. VIII, «*Law Digest*» (1987); Verwilghen (éd), *Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités, Droit International et Droit comparé*, 1979.

⁶ Voir H. von Senger, «La Première Loi sur les Successions en République populaire de Chine» dans *Revue de droit international et de droit comparé*, Vol. 64, 1987, p. 65 (p. 74).

⁷ Voir, de façon générale, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, Vol. 26, 1972, No 4, *passim*.

⁸ «Il convient de se rappeler que c'est le pacte, et non le testament, qui est irrévocable. Les auteurs estiment généralement que le testament peut être révoqué, mais que le pacte demeure, et fera l'objet de mesures d'exécution en équité s'il s'agit d'un pacte valide et que ces mesures sont nécessaires pour prévenir la fraude». Doyle c. Fischer, 198 N.W. 763 (Wise), cité dans Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht, «US Grundzüge»*, Rz 235, note 7.

⁹ Voir par exemple A. R. Mellows, *The law of Succession*, 4ème édition, Londres 1983, p. 24-30.

exceptions than admitted by that Code.⁴ Other systems where mutual wills and contracts on a future succession are not allowed include *Romania*, the *USSR* and *Czechoslovakia*, and, in general, all *Islamic* laws.⁵

4 In contrast with the French tradition, the Civil Code of the *Federal Republic of Germany*, the BGB, expressly permits testamentary dispositions made by two persons in one document, but only in the case of spouses ('*gemeinschaftlichen Testament*') (article 2265 *et seq.*, BGB). To the extent that these joint wills are also reciprocal (*i.e.* that the dispositions by one party would not have been made if the disposition of the other party had not been made – this may be a matter of interpretation, see article 2270, paragraph 1, BGB), revocation must be made in a special form: notarial deed and notification to the other party (articles 2271 to 2296), revocation by the surviving spouse is in principle no longer possible if the other spouse has died; he may, however, challenge ('*anfechten*') his own disposition, *e.g.* in the case of remarriage.

In addition to the '*gemeinschaftliches Testament*', the BGB permits the making of a contract of succession ('*Erbvertrag*'), in the form of a notarial deed made in the presence of both parties (this also applies for its dissolution by mutual consent). This option is not limited to spouses, although an '*Erbvertrag*' is often combined with a marriage contract. An '*Erbvertrag*' is always irrevocable. Under exceptional circumstances its validity may be challenged both by the disposing party and his co-contractor, and the disposing party may exceptionally 'withdraw' ('*zurücktreten*') from the contract under certain conditions, and in the form prescribed for revocation of a mutual will.

5 The '*Erbvertrag*', but not the '*gemeinschaftliches Testament*', is also known in *Swiss* law, which is followed by the *Turkish* Code. *Austrian* law admits both the '*gemeinschaftliches Testament*' which is always revocable (article 1248 ABGB) and the '*Erbvertrag*' but both limited to (prospective) spouses only; the '*Erbvertrag*' may not include more than 3/4 of the disposable part (article 1253). All of these systems have special rules for form, for dissolution, withdrawal, etc., which are not necessarily identical to those of the BGB. *Danish* and *Norwegian* law also permit joint and reciprocal wills – they are revocable during the lifetime of both testators, subject to notification to the other testator(s). According to both laws, a testator may make a binding declaration to the effect that he will not make a will or not revoke a will. It is also possible to renounce (a share of) a succession. Reciprocal wills are also known in *Finland* and *Sweden*; they are revocable. In these countries it is not possible for a testator to bind himself not to revoke a will.

Polish law expressly prohibits mutual wills. Contracts concerning a future succession are also forbidden, with

one important exception, however: it is possible for an heir to renounce, in a contract with the future *de cuius*, his share in the succession. A notarial deed is required. This option has a special significance for the transfer of agricultural land beyond death.

The *Hungarian* Civil Code of 1960 prohibits mutual wills, but it does admit contracts of successions as compensation for a promise to provide the future *de cuius* with maintenance or to settle a life annuity on him. Such a contract may be terminated or altered only by judicial order or with mutual agreement between the parties. A comparable institution exists in *Yugoslavia*. *Hungarian* law, in addition, admits contracts for gifts *mortis causa* and contracts among prospective heirs concerning a future succession.

Although the *Japanese* Civil Code was in part inspired by the German BGB, the provisions on the law of inheritance have many characteristics of their own. Mutual wills and contracts of succession, for example, are generally prohibited. It is possible, however, to make a contractual gift *mortis causa*, for which no special form requirements exist. The gift is revocable, unless the contract is made in a notarial deed.

The new Inheritance Statute of the People's Republic of *China*, which entered into force on 1 October 1985,⁶ admits contracts of succession of the kind mentioned *supra* in connection with Hungary. Such a contract providing for maintenance of the future *de cuius* throughout his lifetime may be made with a private person but also with a collectivity. This type of arrangement exists in many legal systems where public social assistance is not known or not very developed, *e.g.* in a number of *African* States.⁷ It is usually limited, however, to the (extended) family and concerns only the assets which belong to the future *de cuius* (as opposed to the collective assets of the family or tribe).

6 As in other systems, it is generally recognized in *common law* jurisdictions that mutual wills involve a conflict of principle, wills being revocable but mutual wills being made pursuant to an agreement not to revoke without the consent of the other. This conflict has generally been solved by admitting that the will itself may be revoked but that such revocation may give rise to compensation for breach of contract.⁸ Moreover, on the death of the first person to die a constructive trust may arise in favour of the beneficiaries with the result that if the survivor revokes his will, proceedings may also be taken against the survivor for breach of trust,⁹ and when the survivor dies his personal representatives will take subject to a trust to carry out the terms of the original agreement.

It is, furthermore, possible in principle to make a contract to make a will, or to ensure that specific assets will pass to the promisee on death in any event, or a contract not to revoke a will. Here the same principle applies: the will remains revocable, but the promisee

⁴ See (26) *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, No 4 (1972), p. 678.

⁵ See, generally, *e.g.* Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht, Jurisclasseur de droit comparé; Martindale-Hubbell Law Directory*, Vol. VIII, 'Law Digest' (1987); Verwilghen (ed.), *Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités, Droit international et Droit comparé*, 1979.

⁶ See H. von Senger, 'La Première Loi sur les Successions en République populaire de Chine', in (64) *Revue de droit international et de droit comparé*, 1987, p. 65 (p. 74).

⁷ See, generally, (26) *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, 1972, No 4, *passim*.

⁸ 'It should be borne in mind that it is the contract, and not the will, which is irrevocable. The authorities generally hold that the will may be revoked, but that the contract stands, and will be enforced by equity if it be a valid contract, and such enforcement is necessary for the prevention of fraud'. *Doyle v. Fischer*, 198 N.W. 763 (Wise), cited in Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht, US Grundzüge*, Rz 235, nt. 7.

⁹ See *e.g.* A. R. Mellows, *The Law of Succession*, 4th ed., London 1983, pp. 24-30.

le testament demeure révocable, mais le bénéficiaire peut introduire une action pour rupture de contrat ou rupture de trust. Les conditions selon lesquelles ces pactes peuvent être conclus, les prescriptions de forme, ces conditions dans lesquelles un trust peut être imposé par le juge, les voies d'exécution et la question de savoir si, en cas d'inaccomplissement, l'exécution forcée, ou une simple compensation, pourra être obtenue, varient dans le détail d'une juridiction de *common law* à une autre. Dans la pratique, l'utilisation des testaments mutuels est beaucoup moins répandue dans les pays du *common law* que celle du trust, qui a le grand avantage par rapport au contrat de pouvoir être mis en œuvre par les bénéficiaires.

Le trust, et en particulier le trust entre vifs révocable, permet des résultats très comparables à ceux des libéralités testamentaires. Si le constituant S transmet des biens au *trustee* T, pour qu'il les détienne en trust au bénéfice de S sa vie durant, le reliquat devant aller au bénéficiaire B, et S conservant le pouvoir de dénoncer le trust, le résultat sera à bien des égards le même que si S avait fait don du bien à B par testament¹⁰. Alors qu'auparavant ces trusts étaient parfois tenus pour invalides à moins d'avoir été soumis aux formalités qui régissent l'exécution des testaments, leur validité est aujourd'hui généralement reconnue. L'étendue des droits que le constituant peut se réserver ne dépasse cependant par certaines limites; pourtant les trusts «sous contrôle» (dans lesquels le *trustee* a le pouvoir d'administrer sous réserve de l'agrément du constituant) et les «déclarations de trust révocables» (en vertu desquelles le constituant se déclare *trustee* à son propre bénéfice sa vie durant, le reliquat devant aller à d'autres personnes à son décès) sont admis comme trusts entre vifs valides (et non rejetés comme dispositions testamentaires invalides)¹¹. L'une des raisons du succès de ces trusts¹², est qu'ils contribuent à éviter des procédures de validation *probate* lourdes et onéreuses.

S'il est probablement vrai en général de dire que le testament «cesse de plus en plus d'être une transaction isolée, mais devient un instrument parmi d'autres dans la gestion d'ensemble du patrimoine»¹³, il en est plus particulièrement ainsi dans les juridictions de *common law* où le trust entre vifs (ainsi que le pouvoir de désignation («*power of appointment*»)) constitue une solution de rechange des dispositions testamentaires d'une souplesse remarquable.

II Qualification et loi applicable

7 Ainsi que nous l'avons vu, la mesure dans laquelle les dispositions testamentaires autres que les testaments unilatéraux révocables sont autorisées, et les solutions de substitution permises ne sont pas seulement très diverses, il n'y a pas non plus unanimité sur la façon dont l'interdiction et la réglementation des testaments mutuels et des pactes successoraux doivent être qualifiées

aux fins des conflits de lois, et, par conséquent, sur la loi à appliquer à ces institutions. Nous examinerons tout d'abord le problème des testaments mutuels (A) et ensuite celui des pactes successoraux (B).

A Testaments mutuels

8 La Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires¹⁴, signée le 5 octobre 1961, ne prend pas position sur la qualification de la licéité et de la réglementation des testaments (conjoints et) mutuels comme relevant de la forme ou du fond. A vrai dire, la Convention ne spécifie même pas que le caractère unilatéral et la révocabilité sont pour elle des éléments nécessaires d'une disposition testamentaire, mais il ressort du Rapport que telle était bien l'opinion de la Conférence¹⁵. L'article 4 de la Convention, aux termes duquel la Convention s'applique également aux formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes, ne préjuge en aucune façon la «question, discutée, de savoir si la prohibition ou la réglementation de ces testaments est matière de forme ou de fond. Une solution conventionnelle du problème a paru difficile en l'état actuel des idées, divergentes d'un Etat à l'autre, et ne pas correspondre à une utilité immédiate, étant donné la rareté relative des difficultés qu'il soulève dans les rapports internationaux. La convention dit simplement que le juge devra soumettre aux lois qu'elle déclare compétentes les questions qu'il range dans la forme, ce qui ne serait pas le cas, si les testaments conjoints étaient exclus, et douteux si le texte était muet à leur sujet.». En outre la Convention «ne règle pas non plus les conséquences de la nullité du testament conjonctif édictée par la loi personnelle de l'un des testateurs en ce qui concerne un autre testateur dont la loi admet la validité du testament. La question a paru trop liée aux positions des droits internes à ce sujet pour permettre de trouver facilement une solution conventionnelle acceptable pour tous les Etats, et trop rare pour que les divergences qui en résulteront constituent un inconvénient grave.»¹⁶.

Le Rapporteur a pensé que ces problèmes se poseraient rarement dans la pratique, mais il s'est peut-être montré par là trop optimiste – telle est du moins notre impression aujourd'hui. Des problèmes se posent de temps à autre au sujet des testaments (conjoints et) mutuels – et, dans la mesure où les législations ne leur fournissent pas de réponse, les tribunaux et les praticiens recherchent encore des solutions dans différentes directions.

9 Bien que l'interdiction des testaments mutuels ait été inspirée par des considérations non pas de forme mais de fond (voir ci-dessus, No 2), les tribunaux français y ont vu une question de forme. C'est ainsi qu'un testament mutuel fait à Oslo par une dame française et son mari conformément à la loi norvégienne, où figurait

¹⁰ Voir par exemple Mellows, *op. cit.*, p. 9 et 10.

¹¹ Voir par exemple Dukeminier et Johanson, *Family Wealth Transactions*, 2ème édition, 1978, p. 448 et suivantes.

¹² De même qu'aux Etats-Unis, de certaines distributions de libéralités (*pour-over gifts*) faites par testament à des trusts entre vifs ou sous forme de comptes d'épargne (*Totten trusts*), voir le Rapport Dyer/Van Loon, *Actes et documents de la Quinzième session/Proceedings of the Fifteenth Session*, tome II, p. 10 et suivantes, No 59 et 111.

¹³ Voir Mellows, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ Le Rapport Batiffol explique pourquoi l'expression «dispositions testamentaires» a été préférée à «testaments»: «Le texte adopté a systématiquement employé l'expression de dispositions testamentaires à l'exclusion du mot testament. Les Délégués y ont vu l'avantage d'englober les dernières volontés figurant dans un document dont l'objet n'est pas d'être exclusivement un testament, par exemple une lettre. Plusieurs systèmes contemporains admettent que si une lettre contient des dispositions de dernière volonté répondant par ailleurs à leurs exigences sur la forme des testaments, par exemple d'être écrites entièrement de la main du testateur, datées et signées, ces dispositions valent comme testamentaires. La rédaction adoptée permettra de regarder de telles dispositions comme valables si la loi applicable les regarde comme telles. L'expression dispositions testamentaires a été considérée comme équivalente à celle de dispositions de dernière volonté, c'est-à-dire qu'elle englobe à la fois le testament et le codicille que connaissent certains droits comme par exemple le droit autrichien.» (*Actes et documents de la Neuvième session*, tome III, p. 160 (note supprimée)).

¹⁵ *Ibid.*, p. 168, No XXIII in fine.

¹⁶ *Ibid.*, p. 167.

may bring an action for breach of contract or breach of trust. The details concerning the conditions whereunder such contracts may be made, form requirements, trusts imposed, enforceability and whether in case of breach of contract specific performance may be obtained or only damages vary from one common law jurisdiction to another.

In practice, mutual wills are much less widely used in common law countries than trusts, which have the great advantage over contracts of being enforceable by the beneficiaries.

The trust device, in particular the revocable *inter vivos* trust, makes it possible to achieve results which are very similar to gifts made by will. If settlor S transfers property to trustee T, to hold on trust for S for life with remainder to beneficiary B, S retaining the power to revoke the trust, the result would in many ways be the same as if S had made a gift of the property to B by will.¹⁰ While formerly these trusts were sometimes held invalid unless executed with testamentary formalities, their validity is now generally recognized. There are limits, however, as to the scope of the rights which the settlor may retain; yet 'control trusts' (a trust in which the trustee's power to administer the trust assets is subject to the settlor's approval) and 'revocable declarations of trust' (under which the settlor declares himself trustee for the benefit of himself during his lifetime, with the remainder to pass to others at his death) have been accepted as valid *inter vivos* trusts (and not rejected as invalid testamentary dispositions).¹¹ One reason why such trusts¹² are blossoming widely is that they help to avoid cumbersome and expensive probate proceedings.

While it is probably true in general to say that the will 'is becoming more and more not an isolated transaction, but one instrument of several in overall wealth planning',¹³ this is particularly true for common law jurisdictions where the *inter vivos* trust (and the power of appointment) offers a remarkably flexible alternative to testamentary dispositions.

II Characterization and applicable law

7 Not only is there, as we have seen, a great variety in the extent to which testamentary dispositions other than unilateral revocable wills are authorized and in the extent to which alternatives for testamentary dispositions are allowed, there is also no unanimity concerning the way how the prohibition and regulation of mutual wills and contracts of succession should be characterized

for purposes of conflict of laws, and, consequently, on the question what law should apply to those institutions. We will first examine the problem of mutual wills (A), and next that of contracts of succession (B).

A Mutual wills

8 The Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions,¹⁴ signed on 5 October 1961, has refrained from taking any position as to the question whether the admissibility and regulation of mutual (as well as joint) wills should be characterized as a matter of form or of substance. Indeed, the Convention does not even state expressly that it considers unilaterality and revocability to be necessary elements of a testamentary disposition, but it follows from the Report that this was the opinion of the Conference.¹⁵ Article 4 of the Convention, providing that the Convention also applies to the form of testamentary dispositions made by two or more persons in one document, does not in any way prejudice the 'disputed question of whether the prohibition of, or the regulation of, such wills is a matter of form or of substance. Solving the problem by means of a convention appeared difficult in the existing state of ideas on the subject, which varied from one State to another, and did not seem to be an immediate requirement, in view of the relative rarity of the difficulties the problem raises in international relations. The Convention simply states that the court will have to decide in conformity with the laws it declares applicable the questions which it classifies as questions of form, which would not be the case if joint wills were excluded, and would be doubtful if the text said nothing about them.'. Also, 'Nor does the Convention deal with the consequences of the invalidity of a (joint) will prescribed by the personal law of one of the testators as regards another testator whose law admits the validity of the will. The problem appeared to be too closely linked with the standpoints of the national laws on the subject for it to be possible easily to find a solution by convention acceptable to all the States, and too rare for the resulting differences to constitute a serious disadvantage.'¹⁶ (Translation)

The Reporter thought that these problems would seldom arise in practice, but here he may have been a little too optimistic, at least so it appears to us now. Questions concerning (joint and) mutual wills do arise from time to time – and courts and practitioners, to the extent that statutes do not provide the answer, are still searching in different directions for solutions.

9 Despite the fact that the prohibition of mutual wills was inspired by considerations not of form but of substance (*cf. supra*, No 2), French courts have characterized this as a matter of *form*. Thus, a mutual will made in Oslo in conformity with Norwegian law by a French lady and her husband, which included a dispo-

¹⁰ See e.g. Mellows, *op. cit.*, pp. 9 and 10.

¹¹ See e.g. Dukeminier and Johanson, *Family Wealth Transactions*, 2nd ed., 1978, p. 448 *et seq.*

¹² And, in the U.S., the so-called testamentary 'pour-over' gifts to *inter vivos* trusts and savings account trusts (Totten trusts). See Dyer/Van Loon Report, *Actes et documents de la Quinzième session/Proceedings of the Fifteenth Session*, tome II (Vol. II), p. 10 *et seq.*, Nos 59 and 111.

¹³ See Mellows, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ The Batiffol Report explains why the term 'testamentary disposition' was chosen rather than 'will': 'The text adopted systematically used the term testamentary dispositions, and not the word will. The Delegates saw the advantage of thus covering final wishes expressed in a document of which the purpose is not exclusively to be a will, for example a letter. Several contemporary systems admit that if a letter contains dispositions of final intent which meet their requirements as to the form of a will, for example that they be written entirely in the hand of the testator, dated and signed, they are valid as testamentary dispositions. The wording adopted will make it possible to regard such dispositions as valid if the law applicable holds them to be such. The term testamentary dispositions was considered to be equivalent to dispositions of final intent, that is to say as covering both the will and the codicil recognized by certain systems of law as, for example, Austrian law.' (Translation) (*Actes et documents de la Neuvième session (Proceedings of the Ninth Session)*, tome III (Vol. III), p. 160 (footnote deleted)).

¹⁵ *Ibid.*, p. 168, No XXIII in fine.

¹⁶ *Ibid.*, p. 167.

une disposition relative à des biens immeubles sis en France (et qui aurait été invalide s'il avait été rédigé en France), a été récemment tenu pour valide par un tribunal de Paris. Celui-ci est parti du raisonnement que l'interdiction des testaments mutuels figurant à l'article 968 du Code civil était une question de forme, et que la loi norvégienne, applicable en vertu de la Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, validait le testament. Les auteurs français sont néanmoins partagés sur la question, certains penchant pour la qualification comme matière de fond¹⁷. Aux Pays-Bas le *Hoge Raad* a statué lui aussi que l'interdiction des testaments mutuels n'était qu'une matière de forme¹⁸. Par suite, un couple néerlandais peut faire un «*gemeinschaftliches Testament*» dans la République fédérale d'Allemagne, où ces testaments sont autorisés, mais non pas aux Pays-Bas. Toutefois, en droit international privé néerlandais une distinction est faite entre la question de savoir si ces testaments sont autorisés et celle de leur effet obligatoire. Que les époux soient légalement tenus par le testament mutuel est considéré comme une question de validité au fond du testament, régie par la règle de conflits applicable aux successions, autrement dit la loi personnelle (nationale) de chacun des testateurs au moment du décès.

D'autres systèmes juridiques qui interdisent les testaments mutuels considèrent cependant cette interdiction comme touchant au fond: c'est le cas en *Italie*, au *Portugal* (article 64c, Code civil de 1967)¹⁹. Il semble en être également ainsi pour certains tribunaux en *Grèce*, d'autres voyant dans l'interdiction une question de forme²⁰.

10 Dans la *République fédérale d'Allemagne* l'interdiction et la réglementation des testaments mutuels sont considérées comme des problèmes de fond, de sorte que les lois personnelles des testateurs régissent aussi bien la question de savoir si ces testaments sont autorisés que celle de leur effet obligatoire entre les parties. Il semble découler de la nouvelle loi fédérale en matière de droit international privé, qui a pris effet le 1er septembre 1986 (article 26 VI EGBGB), que les lois personnelles en vigueur au moment de la rédaction du testament mutuel (plutôt qu'au moment du décès des testateurs) déterminent si ces testaments sont autorisés et, dans l'affirmative, s'ils ont des effets obligatoires²¹.

Les qualifications divergentes que les juridictions relevant de la tradition du Code civil donnent à l'interdiction des testaments mutuels est prise en considération par la loi allemande en matière de conflits: ainsi, des conjoints néerlandais ou français peuvent valablement faire un «*gemeinschaftliches Testament*» dans la République fédérale d'Allemagne, mais non pas des conjoints italiens²².

La loi *autrichienne* (article 30, de la loi sur le droit international privé de 1978)²³ qualifie elle aussi l'interdiction et la réglementation des testaments mutuels de matière de fond.

Il en va de même pour la loi *suisse*, qui, comme nous l'avons vu ci-dessus, au No 5, ignore les testaments mu-

tuels. Le projet de loi fédérale en matière de droit international privé (article 93, paragraphe 3) traite expressément de la licéité des dispositions réciproques *mortis causa* et prévoit leur reconnaissance si elles sont autorisées soit par (1) chacune des lois régissant la succession de chaque testateur (c'est-à-dire les lois des domiciles de chaque testateur selon le droit international privé suisse), soit par (2) une loi nationale commune désignée par les testateurs.

Ces exemples illustrent à suffisance la diversité que l'on rencontre quant à la qualification des testaments mutuels et à la loi qui leur est applicable. Comme l'on pense bien, il n'y a pas non plus accord au sujet du traitement à accorder aux pactes sur successions futures.

B Pactes successoraux

11 Contrairement au projet de convention proposé par la Commission d'Etat, la Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires n'exclut pas de sa portée les pactes successoraux. Il n'est cependant pas douteux que la Convention n'est pas conçue comme devant s'appliquer à ces pactes qui, dans l'esprit des rédacteurs, ne sont aucunement à considérer comme des dispositions testamentaires²⁴.

12 En *France*, les tribunaux et la doctrine tendent à soumettre les pactes successoraux, y compris la question de savoir s'ils sont autorisés, à la loi régissant la succession. On s'est, jusqu'à un certain point, demandé si cette loi devrait également régir les relations entre époux: ne faudrait-il pas plutôt que ce soit leur loi personnelle ou la loi applicable à leurs relations patrimoniales qui détermine s'ils peuvent conclure de tels pactes, les révoquer, etc.? Et l'autonomie des parties ne devrait-elle pas avoir un certain rôle à jouer, du moins tant qu'elles sont en vie? Il faut néanmoins noter que l'on s'accorde généralement pour dire que, quelle que soit la réponse à ces questions, la loi successorale doit toujours s'appliquer à la protection des droits des héritiers après la disparition du donateur²⁵.

Une des raisons pour lesquelles les pactes successoraux entre époux posent des problèmes particuliers est que, dans les systèmes de tradition française, ils constituent une exception à l'interdiction générale des pactes successoraux. Qui plus est, leur réglementation en droit interne est très variable: la loi néerlandaise, par exemple, interdit les libéralités entre époux; dans certains systèmes ces libéralités ne peuvent porter que sur les biens présents et non sur les biens à venir; elles sont parfois révocables jusqu'au décès du donateur, parfois non, etc. Dans ces conditions, il est particulièrement risqué de prétendre établir une ligne de démarcation nette entre la loi successorale et la loi applicable aux relations patrimoniales des époux, ou leur loi personnelle, ou la loi régissant l'autonomie des parties. Cela n'est pas seulement le fait de la loi française; on retrouve

¹⁷ Voir Tribunal de grande instance de Paris, 24 avril 1980. *Revue critique de droit international privé* 1982, p. 684, note Batiffol avec des références à la jurisprudence du 19^{ème} siècle. Voir Batiffol/Lagarde, *Droit international privé*, 7^{ème} édition, tome II, 1983, No 653.

¹⁸ *Hoge Raad*, 2 février 1939. *Nederlandse Jurisprudentie* 1939, p. 848.

¹⁹ Avec peut-être une exception pour les testaments mutuels valablement faits à l'étranger en vertu de la loi locale: voir Jayme, *IPRax* 1981, p. 308, 309 et *IPRax* 1982, p. 210, 211.

²⁰ Voir Evrigenis et Drakidis, «Chronique de jurisprudence hellénique», *Journal de droit international*, Vol. 98, 1971, p. 326 (p. 338) et *id.* *Journal de droit international*, Vol. 103, 1976, p. 952 (p. 959).

²¹ Dans ce sens, Siehr, «Das Internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuordnung des IPR», *IPRax* 1987, p. 4 (p. 6). Cf. aussi Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5^{ème} éd., 1985, p. 618 et suivantes.

²² Voir Kegel, *op. cit.*, p. 620 (et aussi p. 621).

²³ Voir Duchek-Schwind, *Internationales Privatrecht* 1979, p. 75.

²⁴ Voir le Rapport Batiffol, No XXIII et aussi le No III. Cela n'empêche naturellement pas d'appliquer les règles de la Convention par analogie à de tels pactes. Voir l'article 26 IV EGBGB et l'article 91 (2) du projet suisse.

²⁵ Voir Batiffol/Lagarde, *op. cit.*, No 640; voir aussi Droz, *Juristatseur de droit international*, Fascicule 557-B, Nos 189-205.

sition concerning immovable property located in France (and which would have been invalid if made in France), was recently held valid by a Paris court. The court reasoned that the prohibition of mutual wills by article 968 C.C. was a matter of form, and Norwegian law, applicable according to the Form of Wills Convention, validated the will. French legal writing, however, is divided on the question, some authors preferring characterization as a matter of substance.¹⁷

In the Netherlands the Hoge Raad also ruled that the prohibition of wills is a matter of form only.¹⁸ Therefore, a Dutch couple may make a 'gemeinschaftliches Testament' in the Federal Republic of Germany, where such wills are allowed, but not in the Netherlands. However, a distinction is made in Dutch private international law between the question whether such wills are allowed and the binding effect of such wills. The question whether the spouses are legally bound by the mutual will is considered to be a matter of substantive validity of the will, governed by the conflict rule for succession, which is the personal (national) law of each of the testators at the time of death.

Other legal systems which prohibit mutual wills, however, consider this prohibition as a matter of substance: this is the case in Italy, Portugal (article 64c, Civil Code of 1967).¹⁹ This is also the position, it would seem, of some courts in Greece, while others see the prohibition as a matter of form.²⁰

10 In the Federal Republic of Germany the prohibition and regulation of mutual wills are seen as a matter of substance, with the result that the personal law(s) of the testators govern(s) both the question whether such wills are allowed and their binding effect as between the parties. It would seem to follow from the new federal Statute on private international law, which entered into force on 1 September 1986 (article 26 VI EGBGB), that the personal law(s) at the time of the making of the mutual will (rather than at the time of death of the testators) determine(s) whether such wills are allowed and, if so, whether they are binding.²¹

The divergent ways in which jurisdictions of the Code civil tradition characterize the prohibition of mutual wills is taken into account under German conflicts law: so Dutch and French spouses may validly make a 'gemeinschaftliches Testament' in the Federal Republic of Germany, but Italian spouses may not do so.²²

Austrian law (article 30, IPR Statute 1978)²³ also characterizes prohibition and regulation of mutual wills as a matter of substance.

This is also the position of Swiss law, which, as we have seen *supra*, No 5, does not know mutual wills. The draft

federal Statute on private international law (article 93, paragraph 3) expressly deals with the admissibility of reciprocal dispositions *mortis causa*, and proposes to allow them if they are permitted either by (1) each of the laws governing the succession of each testator (*i.e.* the laws of the domiciles of each testator according to Swiss private international law) or (2) a common national law chosen by the testators.

These examples sufficiently demonstrate the variety which exists with respect to the characterization of and the law applicable to mutual wills. As may be expected, there is also no agreement as to the treatment of contracts concerning a future succession.

B Contracts of succession

11 Contrary to the draft Convention proposed by the Standing Government Committee, the Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions does not expressly exclude contracts of succession ('*pactes successoraux*') from its scope. However, there is no doubt that the Convention does not intend to apply to these contracts because, in the view of its drafters, they were not to be considered as testamentary dispositions at all.²⁴

12 The French courts and doctrine tend to submit contracts of succession, including the question whether such contracts are allowed at all, to the law governing the succession. There is some debate on whether this law should also govern the relationship between the spouses: should not rather their personal law or the law which applies to their marital property relations determine whether they may make such contracts, revoke them, etc.? And should party autonomy not have a certain role to play, at least during their lifetime? It should be noted, however, that there is general agreement that whatever the answer to these questions, the law of succession should always apply to the protection of the rights of heirs after the death of the donor.²⁵

One reason why contracts of succession between spouses pose special problems is that in the systems of the French tradition they constitute an exception to the general prohibition of contracts on succession. Moreover, their regulation in internal law varies greatly: Dutch law, for example, prohibits gifts between the spouses; in some systems such gifts may be made only in respect of present interests ('*biens présents*') not of future interests ('*biens à venir*'); in some systems they are revocable up until the death of the donor, in others not, etc. Drawing a clear line of demarcation between the law of succession and the law applicable to the marital relations between the spouses, or their personal laws, or the law governing the autonomy of the parties; is, therefore, particularly hazardous. This is true not only for French law, but one notices the same difficulties

¹⁷ See Tribunal de grande instance of Paris, 24 April 1980, *Revue critique de droit international privé* 1982, p. 684, note Batiffol with references to 19th century case-law. See Batiffol/Lagarde, *Droit international privé*, 7th ed., tome (Vol.) II, 1983, No 653.

¹⁸ Hoge Raad, 2 February 1939, *Nederlandse Jurisprudentie* 1939, 848.

¹⁹ Perhaps with an exception for mutual wills validly made abroad according to the local law: see Jayme, *IPRax* 1981, pp. 308, 309 and *IPRax* 1982, pp. 210, 211.

²⁰ See Evrigenis and Drakidis, 'Chronique de jurisprudence hellénique', (98) *Journal de droit international* (1971), p. 326 (p. 338) and *id.* (103) *Journal de droit international* (1976), p. 952 (p. 959).

²¹ In this sense, Siehr, 'Das Internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuordnung des IPR', *IPRax* 1987, p. 4 (p. 6). Cf. also Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5th ed., 1985, p. 618 *et seq.*

²² See Kegel, *op. cit.*, p. 620 (see also p. 621).

²³ See Duchek-Schwind, *Internationales Privatrecht* 1979, p. 75.

²⁴ See Batiffol Report, No XXIII and also No III. This is not an impediment of course to applying the Convention's rules by analogy to such contracts. See article 26 IV EGBGB and article 91 (2) of the Swiss draft.

²⁵ See Batiffol/Lagarde, *op. cit.*, No 640; cf. also Droz, *Jurisclassseur de droit international*, Fascicule 557-B, Nos 189-205.

les mêmes difficultés en *Belgique*, au *Luxembourg*, aux *Pays-Bas*, en *Grèce*, en *Italie*, en *Espagne* et au *Portugal*²⁶.

13 L'EGBGB dans sa nouvelle version soumet, de même que dans le cas des testaments mutuels, la question de savoir si les pactes successoraux peuvent être valablement conclus, et celle de leur effet obligatoire entre disposant et bénéficiaire, à la loi successorale applicable au moment où le pacte est formé (article 26 V). Il en va de même pour la loi fédérale *autrichienne* sur le droit international privé (article 30). Le projet *suisse* comporte une disposition relative aux «pactes successoraux»; l'article 93 est ainsi conçu:

«(1) *Le pacte successoral est régi par le droit de l'Etat dans lequel le disposant est domicilié au moment de la conclusion du pacte.*

(2) *Si, dans le pacte, un disposant soumet toute sa succession à son droit national, celui-ci s'applique en lieu et place du droit du domicile.*

(3) *Les dispositions réciproques pour cause de mort sont valables si elles sont conformes au droit du domicile de chacun des disposants ou à un droit national commun qu'ils ont choisi.»*

Il est intéressant de noter que ces trois systèmes appliquent tous (1) la loi successorale (et non pas la loi régissant les obligations contractuelles (2) au moment où le pacte a été conclu (et non pas au moment du décès). Cela illustre bien la situation ambiguë des pactes successoraux qui participent à la fois du monde des contrats (où règne l'autonomie des parties) et de celui des successions (où la protection des droits des héritiers est la préoccupation principale). L'application de la loi successorale assure le respect des intérêts réservataires et des autres restrictions au droit de disposer par testament; la référence au moment de la conclusion du pacte, en revanche, permet une certaine prévisibilité qui n'existerait pas si l'élément décisif était le moment du décès.

14 Dans les juridictions de *common law* il n'existe pas de règles spécifiques de conflits de lois pour les pactes successoraux. Les règles de conflit en matière de contrats, régimes matrimoniaux ou trusts s'appliquent, et il n'y a aucune possibilité et probablement aucun besoin (en raison de la grande liberté de disposer par testament) d'appliquer la loi successorale aux effets de semblables pactes. Il en va de même, semble-t-il (il ne paraît pas y avoir d'opinion autorisée bien nette sur la question), pour les pactes successoraux en général.

Les droits des héritiers (en particulier ceux de l'époux survivant) sont protégés directement, en vertu de la loi successorale applicable, par des dispositions législatives obligatoires (douaire, parts réservataires) ou par l'intervention des tribunaux en vertu des lois de protection de la famille («*Family provision acts*»).

III Conclusions

15 L'interdiction légale de la plupart des dispositions *mortis causa* autres que les testaments unilatéraux révoquables dans les systèmes juridiques de la tradition du

Code civil illustre éloquemment le caractère traditionaliste de la loi successorale²⁷. Bien que cette interdiction soit souvent considérée aujourd'hui comme trop générale et trop sévère, les dispositions légales interdisant les testaments mutuels et les pactes sur successions futures ont remarquablement résisté au changement. La contradiction devient manifeste en matière de conflits de lois, quand il faut se demander si, et dans quelle mesure, l'interdiction doit aussi s'appliquer dans des situations internationales. Portée à l'extrême, la prohibition pourrait jouer, comme question d'ordre public international, pour invalider les testaments mutuels et les pactes successoraux, quelle que soit la loi applicable à la succession. Il semble bien que ce ne soit plus la position dans l'un quelconque des pays considérés. Mais, au-delà de cette constatation, l'accord paraît fort éloigné.

Testaments mutuels

16 Le fait de qualifier l'interdiction des testaments mutuels de matière de forme – comme c'est la tendance du droit international privé en France et dans certains autres pays s'inspirant du Code civil – a contribué à en limiter les effets, bien qu'il eût été probablement plus logique d'appliquer la loi successorale. Etant donné la position d'autres juridictions qui tendent pour leur part à appliquer cette loi, il est clair qu'il n'y a pas accord, au moins en ce qui concerne la loi devant déterminer si ces testaments sont autorisés ou non et s'ils lient les parties. Certes, il n'y a pas contestation au sujet de l'effet de ces testaments sur la part et les droits des héritiers et légataires et sur les autres droits prenant corps au moment du décès. Ces droits seront protégés par la loi qui régit la succession.

Pactes successoraux

17 Dans ce domaine, la variété des droits internes et des considérations qui les inspirent est telle que, même au sein des divers systèmes l'incertitude règne sur la façon dont ces pactes doivent être traités pour déterminer la loi applicable. Il est douteux qu'une quelconque unification soit possible quant à la loi déterminant si ces pactes sont autorisés, s'ils lient les parties et même quant à leurs effets sur les droits des héritiers et légataires. Il serait peut-être sage de ne pas inclure les pactes successoraux dans l'article 4, paragraphe 3 d du projet, et de laisser aux Etats contractants, en vertu du paragraphe 4 du même article, le soin de décider s'ils désirent étendre la loi applicable aux termes de la Convention à certains aspects desdits pactes.

²⁶ Voir, à titre général, Verwilghen, *op. cit.*

²⁷ Voir le *Document préliminaire No 2*, chapitre I, A.

in *Belgium, Luxembourg, the Netherlands, Greece, Italy, Spain, Portugal*.²⁶

13 The EGBGB in its new version, as for mutual wills, submits the question whether contracts of succession may be validly made as well as the binding effect as between the promisor and promisee to the successorial law which applies at the time when the contract was made (article 26 V). Likewise, the *Austrian* federal Statute on IPR (article 30). The *Swiss* draft has a provision for '*pactes successoraux*'. Article 93 provides:

(1) *Le pacte successoral est régi par le droit de l'Etat dans lequel le disposant est domicilié au moment de la conclusion du pacte.*

(2) *Si, dans le pacte, un disposant soumet toute sa succession à son droit national, celui-ci s'applique en lieu et place du droit du domicile.*

(3) *Les dispositions réciproques pour cause de mort sont valables si elles sont conformes au droit du domicile de chacun des disposants ou à un droit national commun qu'ils ont choisi.*

It is interesting to note that all three of these systems apply (1) the law of succession (and not the law governing contractual obligations) (2) at the time when the contract was made (and not at the time of death). This nicely illustrates the ambiguous position of contracts of succession which participate both in the world of contracts (where party autonomy reigns) and of succession (where the protection of the rights of heirs is the dominant concern). The application of the law of succession safeguards the respect of indefeasible interests and other restrictions on testamentary disposition; the reference to the time when the contract was made, on the other hand, permits a certain measure of predictability which would be absent when the time of death were decisive.

14 In *common law* jurisdictions there will be no distinct choice of law rules for contracts of succession. The rules as to contracts, marriage settlements or trusts will apply, and there is no room, and probably no need (given the large freedom to dispose by will), for application of the law of succession to the effects of such contracts. The same holds, it would seem (there does not appear to be any clear authority on this question), for contracts of succession in general.

The rights of heirs (in particular: the surviving spouse) are protected directly under the applicable successorial law by mandatory statutory provisions (rights of dower, indefeasible shares) or judicial action under family provision acts.

III Conclusions

15 The statutory prohibition of most dispositions *mortis causa* other than unilateral revocable wills in the legal systems of the *Code civil* tradition provides an eloquent

illustration of the tradition-bound character of the law of succession.²⁷ Although the prohibition is often regarded now as being too general and too severe, the statutory provisions forbidding mutual wills and contracts relating to a future succession have shown remarkable resistance to change. This contradiction becomes manifest in the conflict of laws where the question must be examined whether and to what extent such prohibition should also be applied in international situations. Carried to its extreme, the prohibition might be applied, as a matter of international public order, to invalidate mutual wills and contracts of succession irrespective of the law which applies to the succession. This, it would seem, is no longer the position in any of these countries. But, beyond this, agreement seems far away.

Mutual wills

16 Characterizing the prohibition of mutual wills as a matter of form – as is the trend in private international law in France and some other countries following the *Code civil* – has helped to restrict its effects, although applying the law of succession would probably be more logical. Given the position of other jurisdictions which do tend to apply the law of succession, it is clear that there is no agreement, at least not with respect to the law which should determine whether or not such wills are allowed and whether they are binding on the *parties*. To be sure, there is no dispute concerning the effect of such wills upon the portion and rights of the heirs, devisees and legatees and other rights arising on death. They will be protected by the law governing the succession.

Contracts of succession

17 Here, the variety of internal laws and underlying policies is such that even within various systems uncertainty reigns as to the proper treatment of such contracts for purposes of determining the applicable law. It is doubtful whether any unification is possible as to what law should determine whether such contracts may be made, and whether they are binding upon the parties, and even what their effect is upon the rights of heirs, devisees and legatees. It is perhaps advisable not to include contracts of succession in article 4, paragraph 3 *d*, of the draft, and to leave it to the Contracting States under paragraph 4 of that article to decide whether they wish to extend the law applicable under the Convention to some aspects of such contracts.

²⁶ See, generally, Verwilghen, *op. cit.*

²⁷ Cf. *Preliminary Document No 2*, Chapter I, A.

Avant-projet de Convention
adopté par la Commission spéciale
et Rapport de M. D. W. M. Waters

Document préliminaire No 12 de mars 1988

Avant-projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort, adopté par la Commission spéciale le 8 octobre 1987

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

- 1 La présente Convention détermine la loi applicable aux successions à cause de mort.
- 2 La Convention ne détermine pas la loi applicable:
 - a à la forme des dispositions à cause de mort;
 - b à la capacité de disposer à cause de mort;
 - c aux questions relevant du régime matrimonial.

Article 2

La loi désignée par la présente Convention s'applique même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

- 1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, si
 - a le défunt possédait alors la nationalité de cet Etat, ou si,
 - b le défunt avait alors eu sa résidence habituelle dans cet Etat depuis au moins cinq ans.
- 2 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 4

- 1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de son décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.
- 2 Cette désignation doit être clairement exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition testamentaire.

3 La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition testamentaire.

Article 5

- 1 La loi applicable en vertu des articles 3 et 4 régit l'ensemble des biens de la succession quelle que soit leur situation.
- 2 Cette loi régit:
 - a la vocation des héritiers et légataires, la détermination de leurs parts respectives, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;
 - b l'exhérédation et l'indignité successorale;
 - c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;
 - d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;
 - e la validité au fond des dispositions testamentaires.
- 3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application de cette loi à d'autres questions considérées comme étant soumises à la loi successorale par le droit du for.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 6

- 1 a Lorsqu'un accord conclu entre deux personnes confère ou retire à l'une d'elles des droits sur tout ou partie de la succession future de l'autre ou modifie de tels droits, cet accord est régi, quant à sa validité au fond, sa révocabilité et ses effets entre les parties, par la loi qui, en vertu de l'article 3, aurait été applicable à la succession de cette autre personne si celle-ci était décédée le jour ou l'accord a été conclu.
 - b La même règle s'applique lorsque la personne dont la succession future est concernée a conclu l'accord avec plus d'une personne et que cet accord affecte les droits d'une ou de plusieurs de ces personnes sur cette succession.
- 2 Les parties peuvent toutefois convenir, par une stipulation expresse, de soumettre cet accord, quant à sa validité au fond, sa révocabilité et ses effets entre les parties, à la loi de l'Etat dans lequel la partie dont la succession future est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 7

- 1 a. Lorsqu'un accord conclu entre deux ou plusieurs personnes confère ou retire à une ou plusieurs de ces personnes des droits sur tout ou partie de la succession future de plusieurs d'entre elles ou modifie de tels droits, cet accord n'est valable que si sa validité au fond est admise par toutes les lois qui, en vertu de l'article 3, auraient régi la succession de chacune des personnes dont la succession future est concernée si celles-ci étaient décédées le jour où l'accord a été conclu.

Preliminary draft Convention
adopted by the Special Commission
and Report by D. W. M. Waters

Preliminary Document No 12 of March 1988

**Preliminary draft Convention on the law applicable to
succession to the estates of deceased persons, adopted
by the Special Commission on 8 October 1987**

CHAPTER I – SCOPE

Article 1

1 This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.

2 The Convention does not determine the law applicable to –

- a* the form of dispositions of property upon death;
- b* capacity to dispose of property upon death;
- c* issues pertaining to matrimonial property.

Article 2

The law determined under this Convention applies whether or not it is the law of a Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a he was then a national of that State, or

b he had had that habitual residence in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death.

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of that other State shall apply.

Article 4

1 A person may designate the law of a particular State to govern his succession. The designation shall be effective only if at the time of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation shall be clearly expressed in a statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition.

3 The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of a testamentary disposition.

Article 5

1 The law determined under Articles 3 and 4 applies to all assets of the estate of the deceased wherever those assets are located.

2 This law governs –

a the determination of the heirs, devisees and legatees, their respective shares and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b disinheritance and disqualification by conduct;

c any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e the material validity of testamentary dispositions.

3 Paragraph 2 does not preclude the application of this law to other matters which are considered by the law of the forum to be part of the law of succession.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 6

1 *a* Where an agreement concluded between two persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of one of those persons in all or part of the future estate of the other, the agreement is governed, as concerns its material validity, its revocability and its effects as between the parties by the law which, under Article 3, would have been applicable to the succession to the estate of that other person if that person had died on the date of the agreement.

b The same rule applies where the person whose future estate is in question has concluded the agreement with more than one person, and the rights to succeed of any one or more of these persons are affected thereby.

2 The parties may, however, agree by express stipulation to subject the agreement, so far as its material validity, revocability and effects are concerned, to the law of the State in which the party whose future estate is in question has his habitual residence at the time of the conclusion of the agreement or to the law of the State of which he is then a national.

Article 7

1 *a* Where an agreement concluded between two or more persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of any one or more of those persons in all or part of the future estate of more than one of those persons, the agreement is valid only if its material validity is accepted by all of the laws which under Article 3 would have governed the succession of each of the persons whose estates are involved if they had died on the date of the agreement.

b L'accord n'est révocable que si cette révocabilité est admise par toutes les lois mentionnées à l'alinéa précédent. Les effets de l'accord entre les parties sont ceux qui sont admis à la fois par chacune de ces lois.

2 Les parties peuvent toutefois convenir, par une stipulation expresse, de soumettre leur accord à la loi de l'Etat dans lequel l'une des personnes dont la succession future est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 8

1 La validité d'un accord successoral valide selon la loi applicable en vertu des articles 6 ou 7 ne peut être contestée pour le motif que la loi désignée aux articles 3 ou 4 considérerait cet accord comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi désignée aux articles 6 ou 7 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie à l'accord et qui, en vertu des articles 3 ou 4, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

Article 9

Le présent chapitre ne s'applique pas aux biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, ni aux plans de retraite et contrats d'assurance.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 10

1 Quand un trust est créé par disposition testamentaire, l'application à la succession de la loi prévue aux articles 3 et 4 ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le trust. Réciproquement l'application au trust de la loi qui le régit ne fait pas obstacle à l'application à la succession de la loi qui la régit en vertu des articles 3 et 4.

2 Les mêmes dispositions s'appliquent aux fondations et institutions analogues créées par disposition testamentaire.

Article 11

La loi applicable en vertu de la présente Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certaines entreprises, immeubles ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

Article 12

Lorsque, en vertu de la loi désignée aux articles 3 ou 4, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition testamentaire du défunt, ni personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

Article 13

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 14

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 15

1 Le présent article détermine la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 a Toute référence à la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt est entendue comme visant l'unité territoriale de l'Etat dans laquelle le défunt avait sa dernière résidence habituelle.

b Toute référence à la loi de l'Etat de la nationalité du défunt est entendue comme visant l'unité territoriale de cet Etat déterminée par les règles en vigueur dans cet Etat, ou, à défaut de telles règles, l'unité territoriale de cet Etat dans laquelle le défunt avait eu sa dernière résidence habituelle ou, si le défunt n'avait jamais eu de résidence habituelle dans l'Etat de sa nationalité, l'unité territoriale avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

3 Aux fins de l'article 3, paragraphe 1 b, la période de cinq ans de résidence habituelle sera considérée comme étant atteinte si le défunt avait eu sa résidence habituelle dans cet Etat durant au moins cinq ans précédant immédiatement son décès, nonobstant le fait qu'il ait au cours de cette période résidé successivement dans plusieurs unités territoriales de cet Etat. Dans cette dernière hypothèse, la loi applicable sera la loi de l'unité territoriale dans laquelle le défunt avait eu sa dernière résidence habituelle.

4 Aux fins de l'article 4:

a toute désignation par le défunt de la loi d'une unité territoriale de l'Etat dont il possédait la nationalité au moment de son décès prendra effet si cette loi est applicable conformément aux règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles la loi désignée par le défunt ne prendra effet que si le défunt avait eu à une période donnée sa résidence habituelle dans cette unité territoriale ou s'il avait eu des liens étroits avec celle-ci;

b toute désignation par le défunt de la loi d'une unité territoriale d'un Etat dont il n'avait pas la nationalité au moment de son décès prendra effet si le défunt avait sa résidence habituelle dans cette unité territoriale lors de son décès;

c si le défunt avait désigné la loi d'une unité territoriale d'un Etat dont il n'avait pas la nationalité au moment de son décès et s'il avait au moment de son décès sa résidence habituelle dans une autre unité territoriale de cet Etat, cette désignation prendra effet seulement si le défunt avait eu à une période donnée sa résidence habituelle dans l'unité territoriale dont il avait désigné la loi.

Article 16

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de succession, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

b The agreement is revocable only if its revocability is accepted by all the laws mentioned in the preceding paragraph. As between the parties the effects of the agreement are only those which are accepted by all of those laws.

2 The parties may however agree, by express stipulation, to subject their agreement to the law of a State in which any one of the persons whose future estates are in question has his habitual residence at the time of the conclusion of the agreement, or of which such person is then a national.

Article 8

1 The validity of an agreement valid under the law designated by Article 6 or 7, may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law designated by Article 3 or 4.

2 However, the application of the law designated by Article 6 or 7 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 4 has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

Article 9

This Chapter does not apply to assets or interests owned jointly with right of survivorship, or to pension plans or insurance contracts.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 10

1 Where a trust is created in a testamentary disposition, the application to the succession of the law determined by Articles 3 and 4 shall not preclude the application of another law to the trust. Conversely, the application to a trust of its governing law shall not preclude the application to the succession of the law governing succession by virtue of Articles 3 and 4.

2 The same rules apply to foundations and corresponding institutions created by a testamentary disposition.

Article 11

The law applicable under this Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises, immovables or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

Article 12

Where under the law applicable by virtue of Article 3 or 4 there is no heir, devisee or legatee under a testamentary disposition and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

Article 13

In this Convention 'law' means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 14

The application of a law determined by this Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 15

1 This Article determines the law applicable under this Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession.

2 *a* Any reference to the law of the State of habitual residence of the deceased is to be construed as referring to the territorial unit of the State in which the deceased had his last habitual residence.

b Any reference to the law of the State of nationality of the deceased is to be construed as referring to the territorial unit of that State determined by the rules in force in that State, or, in the absence of such rules, to the territorial unit of that State in which the deceased had his last habitual residence, or if the deceased never had his habitual residence in the State of nationality, the reference shall be to the territorial unit with which the deceased had the closest connection.

3 For the purposes of Article 3, paragraph 1 *b*, the period of five years of habitual residence shall be deemed to have been attained when the deceased has had his habitual residence for a period of not less than five years within that State immediately preceding his death, notwithstanding that he resided within that period successively in more than one of its territorial units. In this latter event, the applicable law shall be the law of the territorial unit where the deceased had his last habitual residence.

4 For the purposes of Article 4 –

a any designation by the deceased of the law of a territorial unit of the State of which he is a national at the time of his death shall be effective if that law is applicable according to the rules in force in that State. In the absence of such rules such designation shall be effective only if at some time he had his habitual residence in that territorial unit or otherwise had a close connection with it;

b any designation by the deceased of the law of a territorial unit of a State of which he was not a national at the time of his death, but in which territorial unit he had his habitual residence at the time of his death, shall be effective;

c if the deceased designated the law of a territorial unit of a State of which he was not a national at the time of his death and if at the time of his death he had his habitual residence in another territorial unit of that State, the designation shall be effective only if at some time he had his habitual residence in the territorial unit the law of which he has designated.

Article 16

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Article 17

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents ou des règles différentes s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits entre les lois de ces unités, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.

Article 18

La présente Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat. Lorsque le défunt avait, avant l'entrée en vigueur de la présente Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à sa succession, cette désignation y sera considérée comme valable si elle répond aux conditions posées à l'article 4.

Article 19 (relations avec d'autres Conventions internationales)

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 20

1 Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra se réserver le droit d'exclure l'application du Chapitre III.

2 [Aucune autre réserve ne sera admise.]

3 Tout Etat contractant pourra à tout moment retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification du retrait.

Article 21

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 22

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 24, paragraphe premier.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.

Article 23

1 Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du

présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 24

1 La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 21.

2 Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement ou adhérant, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

b pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 23, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans cet article.

Article 25

Tout Etat qui devient Partie à cette Convention après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de celle-ci sera considéré comme Partie à la Convention ainsi révisée.

Article 26

1 Tout Etat Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci par une notification adressée par écrit au dépositaire.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification.

Article 27

Le dépositaire notifiera aux Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 22:

a les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions visées aux articles 21 et 22;

b la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 24;

c les déclarations mentionnées à l'article 23;

d les réserves et le retrait des réserves prévus à l'article 20;

e les dénonciations visées à l'article 26.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ... 19..., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session d'octobre 1988 [ainsi qu'à tout Etat ayant participé à cette Session en qualité d'Observateur].

Article 17

A Contracting State which has two or more territorial units in which different systems of law or rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts between the laws of such units where the law of no other State is applicable by virtue of the Convention.

Article 18

This Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after the Convention has come into force for that State. Where at a time prior to the coming into force of this Convention in that State, the deceased had designated the law applicable to his succession, that designation will be considered to be valid there if it complies with Article 4.

Article 19 (relations with other international Conventions)

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 20

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, reserve the right to exclude the application of Chapter III.

2 [No other reservation shall be permitted.]

3 Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

Article 21

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Sixteenth Session.

It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 22

Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 24, paragraph 1.

The instrument of accession shall be deposited with the depositary.

Article 23

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article,

the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 24

1 The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 21.

2 Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 23, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

Article 25

Any State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of an instrument revising it shall be considered to be a Party to the Convention as revised.

Article 26

1 A State Party to this Convention may denounce it by a notification in writing addressed to the depositary.

2 The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Article 27

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have acceded in accordance with Article 22 of the following –

a the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 21 and 22;

b the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 24;

c the declarations referred to in Article 23;

d the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 20;

e the denunciations referred to in Article 26.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the ... day of ... 19.., in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Sixteenth Session of October 1988 [, and to each State which participated in that Session as an Observer].

Rapport de la Commission spéciale
établi par M. D.W.M. Waters

(traduction)

Table du Rapport

	page		
INTRODUCTION	240	CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES	262
LE PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	240	<i>Articles 6 et 7</i>	266
NATURE GÉNÉRALE, OBJET ET STRUCTURE DE L'AVANT-PROJET	240	<i>Article 8</i>	266
COMMENTAIRE SUR L'AVANT-PROJET	244	<i>Paragraphe 1</i>	266
CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION	244	<i>Paragraphe 2</i>	268
<i>Article premier</i>	244	<i>Article 9</i>	270
<i>Paragraphe 1</i>	244	CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES	272
<i>Paragraphe 2</i>	244	<i>Article 10</i>	272
<i>Alinéa a</i>	244	<i>Article 11</i>	272
<i>Alinéa b</i>	244	<i>Article 12</i>	274
<i>Alinéa c</i>	246	<i>Article 13</i>	276
CHAPITRE II – LOI APPLICABLE	246	<i>Article 15</i>	276
<i>Article 3</i>	246	<i>Paragraphe 2</i>	278
<i>Article 4</i>	252	<i>Paragraphe 3</i>	278
<i>Observations générales</i>	252	<i>Paragraphe 4</i>	278
<i>Paragraphe 1</i>	254	<i>Alinéa a</i>	278
<i>Paragraphe 2</i>	254	<i>Alinéa b</i>	278
<i>Paragraphe 3</i>	256	<i>Alinéa c</i>	278
<i>Article 5</i>	256	<i>Article 16</i>	280
<i>Observations générales</i>	256	<i>Article 17</i>	280
<i>Paragraphe 1</i>	258	<i>Article 18</i>	280
<i>Paragraphe 2</i>	258	<i>Article 19</i>	282
<i>Alinéa a</i>	258	CHAPITRE V – CLAUSES FINALES	282
<i>Alinéa b</i>	258	<i>Article 20</i>	282
<i>Alinéa c</i>	260	<i>Articles 21-27</i>	282
<i>Alinéa d</i>	260		
<i>Alinéa e</i>	260		
<i>Paragraphe 3</i>	260		
<i>Le rapport entre les articles 3 et 4</i>	260		

Report of the Special Commission
by D. W. M. Waters

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION	263
<i>Articles 6 and 7</i>	267
<i>Article 8</i>	267
<i>Paragraph 1</i>	267
<i>Paragraph 2</i>	269
<i>Article 9</i>	271
CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS	273
<i>Article 10</i>	273
<i>Article 11</i>	273
<i>Article 12</i>	275
<i>Article 13</i>	277
<i>Article 15</i>	277
<i>Paragraph 2</i>	279
<i>Paragraph 3</i>	279
<i>Paragraph 4</i>	279
<i>Sub-paragraph a</i>	279
<i>Sub-paragraph b</i>	279
<i>Sub-paragraph c</i>	279
<i>Article 16</i>	281
<i>Article 17</i>	281
<i>Article 18</i>	281
<i>Article 19</i>	283
CHAPTER V – FINAL CLAUSES	283
<i>Article 20</i>	283
<i>Articles 21-27</i>	283

Contents of the Report

	page
INTRODUCTION	241
THE PROGRAMME OF WORK UNDERTAKEN BY THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW	241
THE GENERAL NATURE, THE OBJECTS, AND THE STRUCTURE OF THE PRELIMINARY DRAFT	241
COMMENTARY ON THE PRELIMINARY DRAFT	245
CHAPTER I – SCOPE	245
<i>Article 1</i>	245
<i>Paragraph 1</i>	245
<i>Paragraph 2</i>	245
<i>Sub-paragraph a</i>	245
<i>Sub-paragraph b</i>	245
<i>Sub-paragraph c</i>	247
CHAPTER II – APPLICABLE LAW	247
<i>Article 3</i>	247
<i>Article 4</i>	253
<i>General comments</i>	253
<i>Paragraph 1</i>	255
<i>Paragraph 2</i>	255
<i>Paragraph 3</i>	257
<i>Article 5</i>	257
<i>General comments</i>	257
<i>Paragraph 1</i>	259
<i>Paragraph 2</i>	259
<i>Sub-paragraph a</i>	259
<i>Sub-paragraph b</i>	259
<i>Sub-paragraph c</i>	261
<i>Sub-paragraph d</i>	261
<i>Sub-paragraph e</i>	261
<i>Paragraph 3</i>	261
<i>The interrelationship between articles 3 and 4</i>	261

LE PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1 A sa Quinzième session, en 1984, la Conférence de La Haye de droit international privé a décidé d'inscrire à son ordre du jour la question de la loi applicable aux successions à cause de mort. Elle a en outre décidé qu'un avant-projet de Convention serait soumis à la Seizième session en 1988.

2 Les travaux préparatoires consistaient en un Questionnaire et Commentaire sur le droit international privé des successions, établis par le Secrétaire général, M. Georges A. L. Droz, et prenant la forme d'un Extrait des Actes et documents de la Douzième session tenue en 1972, ainsi qu'en une Mise à jour (1986) du Commentaire, dont l'auteur était M. Hans van Loon, secrétaire au Bureau Permanent de la Conférence (Doc. prélim. No 1). Ce document riche d'informations a été suivi en septembre 1986 par une Etude prospective du droit international privé des successions, rédigée encore une fois par M. Hans van Loon (Doc. prélim. No 2).

3 La Commission spéciale avait également à sa disposition les observations présentées par plusieurs pays membres en réponse au Questionnaire. Ces observations étaient reproduites dans un document préliminaire (Doc. prélim. No 3).

4 La Commission spéciale a tenu sa première session du 17 au 21 novembre 1986. Elle a élu Président M. A. E. von Overbeck (Suisse), qui a également occupé la présidence lors des sessions suivantes. Elle a en outre désigné M. A. Boggiano (Argentine) comme Vice-président et M. D. W. M. Waters (Canada) comme Rapporteur.

La première session a été axée sur trois thèmes. La discussion a porté premièrement sur les difficultés éprouvées par les pays membres en raison des composantes internationales que présentent de plus en plus souvent les successions contemporaines et de l'état présent du droit international privé des successions à cause de mort. En second lieu, le principe de la scission (lois différentes s'appliquant aux biens meubles et aux immeubles) a été examiné et, en troisième lieu, le choix d'un facteur de rattachement permettant d'aboutir à un droit successoral unifié a donné lieu à de longs débats.

5 Les résultats de la première session ont été résumés dans un document du Bureau Permanent intitulé «*Conclusions de la Commission spéciale de novembre 1986 sur la loi applicable aux successions*» (Doc. prélim. No 4 de décembre 1986).

6 La deuxième session de la Commission spéciale s'est déroulée du 30 mars au 10 avril 1987. Un Comité de rédaction formé de MM. A. Boggiano (Argentine), Président, P. G. L. Lagarde (France), A. Philip (Danemark), J. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) et le Rapporteur, a été constitué. M. Pirrung, empêché, a été remplacé par M. A. Ducheck (Autriche). Un Comité a été également constitué pour s'occuper de la clause relative aux Etats fédéraux; sa composition était la suivante: M. E. F. Scoles (Etats-Unis), Président, Mme A. Borrás Rodríguez (Espagne), MM. D. J. Hayton (Royaume-Uni) et J. A. Talpis (Canada).

Les travaux de la session ont abouti à la rédaction d'un avant-projet comportant les articles essentiels susceptibles de figurer dans une future convention; cet avant-projet a été considéré comme un document interne de la Commission spéciale devant être réexaminé par celle-ci à sa réunion suivante (Doc. prélim. No 10 d'avril 1987).

7 La troisième session de la Commission spéciale a eu lieu du 28 septembre au 9 octobre 1987 et a abouti à la mise au point de l'avant-projet analysé dans le présent Rapport.

8 La Commission spéciale est redevable aux membres du Bureau Permanent, en particulier à MM. van Loon et Dyer, ainsi qu'aux secrétaires chargés des procès-verbaux, de leur précieux concours. Elle a également tiré le plus grand bénéfice des remarques formulées par les observateurs. Etaient représentés: l'Union internationale du Notariat latin, le *Commonwealth Secretariat*, la Commission internationale de l'Etat civil et l'*International Bar Association*.

NATURE GÉNÉRALE, OBJET ET STRUCTURE DE L'AVANT-PROJET

9 L'avant-projet se caractérise principalement par l'adoption: (1) du principe unitaire en vertu duquel une seule loi régit la succession aux biens meubles et immeubles constituant le patrimoine du défunt; (2) d'une formule servant à déterminer la loi applicable régissant la succession (le facteur de rattachement objectif) compromis entre le facteur de rattachement de la résidence habituelle et celui de la nationalité; et (3) du droit du testateur de décider – échappant ainsi à l'application du facteur de rattachement objectif – si la loi de sa nationalité au moment de son décès ou celle de sa résidence habituelle au même moment régira la succession testamentaire à son patrimoine.

10 A la session de la Commission spéciale de novembre 1986, il est apparu que deux conceptions bien tranchées se trouvaient en présence. La première donnait la préférence à un facteur de rattachement applicable aux affaires d'une personne qui permette aux tribunaux comme aux notaires de déterminer avec exactitude dans la généralité des cas, où se situe le centre de la vie de l'intéressé, ce facteur devant apparaître comme étant à la fois clair et facile à discerner. Comme cette école de pensée penche en faveur d'un facteur de rattachement reposant sur des éléments objectifs, pour bon nombre de ses partisans, la nationalité en constitue l'exemple le plus évident. Tout ce qu'un facteur semblable pourrait comporter d'arbitraire dans un monde contemporain où les activités internationales se généralisent serait compensé, dit-on, par la facilité avec laquelle un notaire, un fonctionnaire ou un juge serait à même de déterminer la loi applicable du *de cuius* aux fins envisagées. Aux Pays-Bas, par exemple où la nationalité constitue le facteur de rattachement, ce sont les notaires qui s'occupent des successions, et la justice n'intervient que rarement dans ce domaine, à moins qu'il ne s'agisse de protéger des mineurs ou des personnes absentes. A l'intention d'organismes tels que les banques, les notaires établissent des déclarations concernant les droits successoraux sur les biens d'un défunt et, souligne-t-on, ces déclarations, aux fins desquelles la nationalité constitue le facteur de rattachement, sont entièrement fiables. Le système actuel est considéré comme étant à la fois satisfaisant et peu coûteux, et les successions peuvent être liquidées rapidement et facilement, sans procédure de *probate*, même lorsque des éléments internationaux entrent en jeu.

L'autre conception est que les affaires d'une personne la concernent en tant qu'individu et que le facteur de rattachement devrait placer l'accent sur le lieu qu'elle considère comme son foyer et où elle a établi celui-ci. Dans cette optique, les intentions du *de cuius* l'emportent sur les données objectives comme son lieu de rési-

INTRODUCTION

THE PROGRAMME OF WORK UNDERTAKEN BY THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1 The Hague Conference on private international law at its Fifteenth Session in 1984 decided to include the law applicable to decedents' estates in its agenda. It was also decided that a preliminary draft Convention be brought before the Sixteenth Session in 1988.

2 The preparatory work consisted of a Questionnaire and Commentary on Succession in Private International Law, drawn up by the Secretary General, Mr Georges A. L. Droz, being an extract from the Acts and Documents of the Twelfth Session of 1972, together with an Update to 1986 of the Commentary, prepared by Mr Hans van Loon, Secretary at the Permanent Bureau of the Conference (Prel. Doc. No 1). This very informing document was later followed in September, 1986, by a Prospective Study of Succession in Private International Law, again prepared by Mr Hans van Loon (Prel. Doc. No 2).

3 The Special Commission also had before it comments from several Member Countries in reply to the Questionnaire. These comments were admitted as preliminary documents (Prel. Doc. No 3).

4 The Special Commission met for its first session from 17 until 21 November, 1986. It elected as its Chairman Mr A. E. von Overbeck (Switzerland), who also presided over the subsequent sessions. It also appointed Mr A. Boggiano (Argentina) as Vice-Chairman. Mr D. W. M. Waters (Canada) was appointed Reporter.

This first session was essentially devoted to three topics. First, there was a discussion of the difficulties experienced by Member Countries as a result of the international elements appearing increasingly in contemporary decedents' estates and the present state of private international law as to succession on death. Secondly, the principle of scission (different laws applying to movables and immovables) was reviewed, and, thirdly, the choice of a connecting factor for a unified succession law was discussed at considerable length.

5 The results of the first session were summarized in a document entitled '*Conclusions of the Special Commission of November, 1986, on the Law Applicable to Decedents' Estates*', drawn up by the Permanent Bureau (Prel. Doc. No 4 of December, 1986).

6 The second session of the Special Commission took place from 30 March until 10 April, 1987. A Drafting Committee consisting of Messrs A. Boggiano (Argentina), Chairman, P. G. L. Lagarde (France), A. Philip (Denmark), J. Pirrung (Federal Republic of Germany) and the Reporter, was appointed. Mr Pirrung being unable to serve, his place was taken by Mr A. Duchek (Austria). For this session a Federal States Clause Committee was also formed consisting of Mr E. F. Scoles (United States), Chairman, Mrs A. Borrás Rodriguez (Spain), Messrs D. J. Hayton (United Kingdom) and J. A. Talpis (Canada).

The work of this session resulted in a preliminary draft covering the essential articles as they might appear in a future convention. This draft was characterized as an internal document of the Special Commission to be examined afresh at the next meeting (Prel. Doc. No 10 of April, 1987).

7 The third session of the Special Commission took place from 28 September until 9 October, 1987. It produced the preliminary draft which is described in the present Report.

8 The Special Commission was indebted to the members of the Permanent Bureau, especially Messrs van Loon and Dyer, as well as to the recording secretaries, for their considerable contribution. The Special Commission also benefited significantly from the comments of the observers. Represented were the International Union of Latin Notaries, the Commonwealth Secretariat, the International Commission on Civil Status, and the International Bar Association.

THE GENERAL NATURE, THE OBJECTS, AND THE STRUCTURE OF THE PRELIMINARY DRAFT

9 The prime features of the preliminary draft are the adoption (1) of the unity principle whereby a single law will govern the succession to both movable and immovable property in the deceased's estate; (2) of a formula for the determination of the applicable law to govern succession (the objective connecting factor), a formula which represents a compromise between the connecting factors of habitual residence and nationality; and (3) of the right of the testator to choose, and so avoid the application of the objective connecting factor, whether the law of his nationality at death or his habitual residence at death shall govern the testamentary succession to his estate.

10 During the November, 1986, session of the Special Commission it appeared that there were two clear schools of thought. The first favours a connecting factor to govern a person's affairs which, for court room and notary alike, is not only exact in most cases in determining the centre of the individual's life, but is demonstrably clear and easy to determine. Because this school favours a connecting factor based on objective information, for many of its adherents nationality is the outstanding example of what that factor ought to be. Any arbitrariness of such a connecting factor in a contemporary world where international activities by the average person are a commonplace is thought to be compensated for by the ease with which a notary, an official, or a judge can determine the applicable law of the *de cuius* for the purpose in question. In the Netherlands, for instance, where nationality is the connecting factor, succession matters are dealt with by notaries, and judicial intervention is rare except for the protection of minors or absentees. For such bodies as banks, notaries will originate statements on the rights of inheritance in a deceased's estate, and the point is made that these statements, with nationality as the connecting factor, can be implicitly relied upon. The present system is regarded as satisfactory and inexpensive in operation; succession can be handled quickly and easily, without probate proceedings, even in cases involving international elements.

The other opinion is that a person's affairs are intimate to him as an individual, and that the connecting factor should pinpoint that place that he regards as, and which he has made, his home. This school of thought is more concerned with the intentions of the *de cuius* than with objective information, such as his place of residence or

dence ou l'endroit où se trouve sa famille. Ces dernières fournissent souvent une indication de l'endroit où l'intéressé pense être enraciné; pour découvrir celui-ci, il convient de passer au crible toutes les informations dont on dispose sur la vie de ladite personne. Cette école de pensée est donc favorable au domicile, notion dans laquelle aussi bien l'intention subjective que le donné objectif des faits observables jouent un rôle. Elle considère que la succession fait au plus haut point partie de la vie personnelle et familiale de l'individu en cause et que la loi applicable à sa succession doit traduire les valeurs et les jugements de la collectivité à laquelle il est le plus étroitement lié. Quand il s'agit d'une personne dont les affaires comportent des aspects internationaux, cette façon de voir les choses peut à l'évidence poser de réels problèmes à celui, notaire ou fonctionnaire, à qui il revient de prendre des décisions sur lesquelles on puisse s'appuyer immédiatement et par la suite. Néanmoins les partisans de cette conception estiment que le flou associé à l'idée de «domicile» existe plus dans l'imagination de ceux qui ne sont pas habitués à faire intervenir de tels facteurs et que, en tout état de cause, les incertitudes éventuelles sont compensées par l'avantage que présente la découverte du centre de vie réel du *de cuius*.

11 Si le principe unitaire a rencontré l'adhésion de toutes les délégations dès la session de novembre 1986, en revanche la Commission s'est heurtée constamment à la différence d'approche que traduisent les deux conceptions du facteur de rattachement. Tous les experts ont reconnu que nationalité comme résidence habituelle (le terme retenu dans les Conventions de La Haye) traduisent la même recherche du centre de vie de l'individu, et que, s'agissant du droit successoral, il existe aujourd'hui des raisons décisives pour que la Commission parvienne à un accommodement. Il est également admis que, dans la grande majorité des cas sans doute, l'un ou l'autre des facteurs de rattachement permettra d'aboutir à la même loi. La tâche de la Commission spéciale a donc consisté à trouver un compromis acceptable pour un nombre de pays membres aussi élevé que possible.

12 A cet égard, il a été reconnu à la réunion de novembre 1986 qu'un choix limité de la loi (*professio juris*) applicable à la succession quand celle-ci fait l'objet d'un testament faciliterait l'obtention d'un compromis acceptable. Une autonomie complète eût été la bienvenue pour certains experts, en particulier ceux qui songent à la planification des successions, mais l'avant-projet traduit un accord général sur le fait que, un choix de la loi régissant la succession étant une idée très neuve dans bien des pays membres, il convenait de ne l'introduire en l'espèce que dans une mesure limitée. Dans le cadre du compromis (autrement dit d'une formule s'inspirant à la fois de la nationalité et de la résidence habituelle, et assortie de la *professio juris*), il était logique que la Commission conclue que les lois entre lesquelles l'option serait possible soient celle de la nationalité et celle de la résidence habituelle.

13 S'il définit clairement son champ d'application, l'avant-projet n'en reste pas moins limité dans sa portée. Il ne traite que de la loi applicable. Bien que la session de novembre 1986 ait reconnu l'importance qu'il convenait d'attribuer aux sujets connexes de la juridiction et de la reconnaissance des jugements étrangers, elle a décidé que la juridiction en elle-même constituait un problème complexe et qu'elle ne disposait ni du temps ni des travaux préparatoires qui lui eussent permis de s'attaquer à cette tâche supplémentaire.

On dira peut-être que l'avant-projet ne semble pas répondre aux besoins de ceux qui se préoccupent de la planification des successions, c'est-à-dire de la transmission du patrimoine individuel ou familial à la génération suivante, non seulement à l'occasion de la mort, mais aussi par des actes entre vifs accomplis par le détenteur du patrimoine. Dans tous les pays développés, les lois fiscales influent aujourd'hui de manière déterminante sur les modalités et le moment des actes de disposition entre générations, ainsi que sur le lieu et la transmission des biens entre époux et la manière selon laquelle des droits de propriété sont dévolus à différents membres de la famille. Selon une tradition ancienne, la disposition à cause de mort est considérée – sans doute parce qu'en fait ou en principe elle présente à ce moment-là un caractère inévitable – comme un sujet particulier et distinct de règles juridiques. Etant donné qu'il n'existait pas de droits de mutation au dix-neuvième siècle, et que par la suite les taux des taxes (ou des droits) ont été généralement faibles, les juristes ou leurs clients comme redevables n'ont pas été encouragés à repenser la question. Aujourd'hui, toutefois, les choses ont fortement changé. Pourtant, parce qu'il prévoit que, en rédigeant ses dernières volontés, le testateur peut choisir la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle, mais à condition que le lien soit effectif à son décès, l'avant-projet sera peut-être considéré par certains pays membres comme relevant plutôt de la tradition ancienne. L'interdiction faite au testateur de choisir la *lex situs*, ou de désigner des lois différentes pour différentes parties de ses dispositions testamentaires – exclusions voulues par la Commission, soucieuse avant tout de préserver le principe unitaire, la scission ayant été rejetée – ôte encore un peu de souplesse à l'avant-projet, par rapport à ce qu'eût peut-être souhaité un planificateur siégeant à la Commission.

L'avant-projet exclut également de sa portée toutes les questions juridiques concernant les régimes matrimoniaux. La Conférence de La Haye a adopté la *Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, conclue en 1978. Cependant, une difficulté peut se présenter dans les systèmes de droit qui ne connaissent pas la communauté de biens du droit civil. La formulation simple de cette exclusion par l'avant-projet signifie que, si des droits de propriété rentrant dans cette catégorie prennent corps (le plus souvent par décision judiciaire) au moment où le mariage se termine par décès et que le pays du for, la *lex situs* ou toute autre loi applicable oblige le conjoint survivant à choisir entre ses droits en vertu du régime matrimonial ou ses droits successoraux, qu'il y ait eu ou non testament, cette obligation de choisir sort apparemment du cadre de l'avant-projet. Au cours de la troisième session de la Commission, l'opinion contraire a été exprimée, mais aucun motif n'a été avancé pour l'étayer.

Du fait qu'il limite le choix de la personne désireuse de planifier ses affaires successorales aux lois de sa nationalité ou de sa résidence habituelle au moment de son décès, l'avant-projet sera peut-être critiqué comme n'étant d'aucun secours pour cette personne qui souhaite, en toute bonne foi, que la loi qui régit la validité matérielle de sa position en vertu du régime matrimonial s'applique aussi à son testament. La Convention envisagée devrait protéger les droits de propriété de la famille proche en vertu de la loi personnelle de cette personne au moment du décès. Si cette protection est assurée, on peut se demander pourquoi l'avant-projet ne facilite pas la construction de dispositions entre vifs et *mortis causa* en faveur du conjoint survivant et des enfants. L'avant-projet a laissé passer cette occasion.

Il convient cependant de préciser que plusieurs experts ont exposé des préoccupations de cette nature à propos

the physical location of his family. The latter are seen as elements which point to the place where the person sees himself as belonging; finding this place necessitates weighing all the evidence there is touching the life of the individual in question. This school therefore favours domicile where both the subjectivity of intent and the objectivity of observable facts have a part to play. It is strongly felt that succession is very much part of the personal, family life of the individual in question, and that the applicable law to govern that succession must reflect the values and judgments of the individual's community of closest association. In the case of an individual who has international elements in his affairs, it is evident that this approach can create real problems for the person such as the notary or state official who must make determinations that then and later can be relied upon. However, this school feels that the indeterminacy created by 'domicile' is more a figment of those who are unaccustomed to working with those factors, and that in any event any uncertainty is compensated for by the discovery of the actual centre of life of the *de cuius*.

11 While adoption of the unity principle proved acceptable to all delegations as early as the November, 1986, session, the difference of approach reflected by the two schools of thought concerning the connecting factor is one with which the Commission has striven continuously. All experts have recognized that both nationality and habitual residence (the term preferred in Hague Conventions) are attempting to express the same concern with the individual's centre of life, and that in the context of the law of succession there are today compelling grounds for the Commission to reach an accommodation. It has also been recognized that possibly in the great majority of cases either connecting factor will lead to the same law. The work of the Special Commission therefore has been to find a compromise that is acceptable to the largest possible number of Member Countries.

12 In this regard it was recognized at the November, 1986, meeting that a limited choice of law (*professio juris*) for testate succession could assist in the bringing about of an acceptable compromise. While complete autonomy would have been welcome for some experts, especially those who had estate planning in mind, there was a general agreement expressed in the preliminary draft that, since for many Member Countries choice of law in testate succession is a very novel idea, it should consequently be introduced on this occasion only on a limited scale. As part of the compromise (*i.e.* a formula drawing on both nationality and habitual residence, plus a *professio juris*), it was logical for the Commission to conclude that the laws which may be chosen are those of the nationality and habitual residence.

13 The preliminary draft, though it defines clearly the scope of its application, has nevertheless a limited scope. It deals only with applicable law. Though the November, 1986, session recognized the significance of the closely related subjects of jurisdiction and recognition of foreign judgments, it was then decided that jurisdiction alone is a complex subject in its own right, and that the Commission lacked both the time and background preparation to assume these added tasks.

It may be said that the preliminary draft appears not to be meeting the needs of those who are concerned with estate planning, that is, the disposition of individual or family wealth to the next generation by *inter vivos* act of the owner as well as on the occasion of his death. In all developed countries today tax laws will determine the modus and timing of intergenerational disposition, and the location and movement of title as between spouses, as well as the manner in which proprietary interests are held by different members of the family. The long-established tradition sees disposition on death – no doubt because of the inevitability of actual or deemed disposition at that time – as something which is a peculiar and distinct subject for legal rules. The nineteenth century absence of taxation on capital transfer, and later generally low rates of tax (or duty), did not encourage lawyers or their taxpaying clients to form a different judgment. Now, however, things are much different. Yet by providing that the testator in drawing his last will may choose the law of his nationality or habitual residence but only as that connection factually will be at his death, the preliminary draft may be seen by some Member Countries to be associated more with that older tradition. The fact that the testator may not choose the *lex situs*, or choose different laws for different parts of his will – exclusions the Commission favoured because of its strong desire to uphold the unity principle, following its rejection of scission – takes the preliminary draft even further from the flexibility which the estate planner, sitting as the Commission, might have chosen.

The preliminary draft also excludes from its scope all questions of law concerning matrimonial property rights. The Hague Conference has adopted the *Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*, first signed in 1978. However, in those jurisdictions which do not have a civilian community of property regime, there may be a problem. The simple expression of the preliminary draft's exclusion means that, if matrimonial rights in property arise on the termination of marriage by death (usually by a court or tribunal order), and /or the surviving spouse is required by the forum, or the situs or other applicable law, to select between his or her matrimonial property rights and his or her succession rights under the deceased's will or intestacy, that obligation to elect does not appear to fall within the ambit of the preliminary draft. The opinion was expressed from the floor during the third session of the Commission that it did fall within the Convention, but no reasons for this opinion were given.

By limiting the person who would estate plan his affairs to a choice between the laws of his nationality or habitual residence *at death*, the preliminary draft may be criticized as failing to assist that person who *bona fide* wishes to have the same law apply to his will as governs the material validity of his matrimonial property position. The concern of the proposed Convention should be to safeguard the property rights of close family under that individual's personal law at death. If this is done, it may be said, why does not the preliminary draft actually facilitate planned *inter vivos* and death disposition in favour of that surviving spouse and the children? The preliminary draft does not seize that opportunity.

It should be said nevertheless that several experts canvassed these estate planning concerns, and the Commis-

de la planification des successions et que la Commission a pris ses décisions en pleine connaissance de cause à cet égard.

14 L'objet essentiel de l'avant-projet est d'éliminer la scission en cas de succession ouverte par décès, que ce soit entre les biens meubles et immeubles ou à tout égard (par exemple le dépeçage auquel pourrait donner lieu le choix de lois différentes pour des parties ou aspects différents d'un testament). Il ne prévoit donc qu'une loi unique applicable, et permet un choix limité de cette loi unique lorsque la succession a fait l'objet d'un testament.

Les pactes successoraux, se traduisant par des dispositions qui produisent leurs effets au décès, entrent également dans le cadre de l'avant-projet.

15 L'avant-projet comporte cinq chapitres. Le premier précise le champ d'application de la Convention. Il spécifie que la Convention détermine la loi applicable aux successions à cause de mort, énumère les matières qui ne sont pas soumises à cette loi applicable, et souligne l'applicabilité universelle de la Convention. Le second chapitre porte sur la loi applicable, sa détermination et les matières qu'elle régit. Il indique selon quelle formule est déterminée la loi applicable en l'absence d'un testament valable ou, à défaut de désignation (y compris une désignation valable) faite dans un testament valable, la *professio juris* qui peut être exercée par testament, et énumère les matières régies par la loi applicable. Le troisième chapitre concerne les accords ayant pour objet une succession (mieux définis comme pactes successoraux), leur validité matérielle, leur révocabilité et leurs effets. Le quatrième consiste en dispositions générales, concernant notamment l'exclusion de la Convention de la loi applicable au trust, la question des biens spéciaux régis par des règles locales particulières en matière d'héritage, les droits de l'Etat en cas de déshérence et la clause relative aux «Etats fédéraux». Le cinquième chapitre comprend les clauses finales habituelles.

COMMENTAIRE SUR L'AVANT-PROJET

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

16 Le premier chapitre énonce que la Convention vise à déterminer la loi applicable aux successions à cause de mort, et spécifie les matières qui en sont exclues (article premier); il est stipulé que la loi applicable ainsi déterminée s'applique même si elle n'est pas la loi d'un Etat contractant (article 2).

Article premier

Paragraphe 1

17 Par les mots «successions à cause de mort», cette disposition vise toutes les formes de successions, qu'il y ait ou non testament, ou qu'il y ait eu ou non accord entre vifs (pacte successoral). A l'occasion de l'examen d'un deuxième remaniement du projet d'avril (Doc. pré-l. No 10), les experts ont décidé à une forte majorité d'exclure du texte de l'avant-projet, comme étant superflues, ces références aux formes de successions couvertes. L'article s'applique aussi lorsque le *de cuius* a fait un testament pour certains de ses biens et non pour d'autres. Il s'ensuit que la disposition englobe le cas où le *de cuius* a conclu avant son décès un accord sur sa propre succession, même si, par ailleurs, il n'a pas testé,

n'a testé que partiellement ou est mort intestat. Est également couverte la situation du patrimoine d'une personne dont le décès a été déclaré par les tribunaux, par exemple si cette personne a disparu et est présumée morte.

Il semble que la Commission ait préféré que le problème des *commorientes* soit exclu du domaine de la Convention (voir paragraphe 36 du Rapport).

Bien que l'article premier s'applique aux cas dans lesquels une personne pourrait, en vertu du droit matériel, décider, soit d'accepter une succession (qu'il y ait eu ou non testament), soit d'y renoncer, ces cas seraient derechef exclus en vertu du paragraphe 2 c s'il s'agit d'un choix entre des droits successoraux et des droits résultant de régimes matrimoniaux. En revanche le paragraphe 1 s'applique clairement et n'est pas infirmé par le paragraphe 2, lorsque le successible renonce simplement à ses droits ou les répudie. Autrement dit, il renonce à ses droits mais non pas en faveur, ni dans le contexte, de droits résultant de régimes matrimoniaux.

Paragraphe 2

Alinéa a

18 La forme des dispositions à cause de mort comprend toutes les modalités de succession, que ce soit par testament ou à la suite de pactes successoraux. En ce qui concerne les testaments, la Conférence de La Haye a adopté la *Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, conclue en 1961. La question de savoir si l'on se trouve devant un problème de forme ou de validité matérielle doit être tranchée par les tribunaux du for et sort du cadre de la Convention.

Les conflits de lois portant sur la forme tant de la *professio juris* (qui selon l'article 4, paragraphe 2 doit être rédigée sous forme de disposition testamentaire – voir paragraphes 30 et s. de ce Rapport, *infra*) que des pactes successoraux (voir paragraphes 44 et s. notamment paragraphe 48 de ce Rapport, *infra*) sont en dehors du domaine de la Convention envisagée.

Alinéa b

19 La question de la capacité de disposer à cause de mort est exclue de l'avant-projet. L'exclusion concerne la capacité générale, c'est-à-dire celle d'une personne déclarée «incapable» par les tribunaux pour aliénation ou autre déficience mentale, ou encore celle d'un mineur. Elle semble également s'étendre à la capacité spécifique ou particulière, à savoir celle de tester. Cette exclusion s'appliquerait aux membres d'une communauté religieuse qui, en raison de leur vocation, ne sont pas autorisés à tester. Dans certains pays cependant, par exemple en République fédérale d'Allemagne, la question est régie par la loi applicable. Il conviendra par conséquent de préciser si la question de la capacité spécifique ou particulière rentre dans le cadre de cet alinéa, ou si elle relève de la loi applicable en vertu de l'article 5.2, alinéa e, comme problème de validité matérielle. En revanche les questions d'erreur, de fraude, de contrainte ou de captation sont généralement considérées comme du domaine du consentement. En pareille éventualité le testateur peut avoir la capacité (au sens étroit) de rédiger ses dernières volontés, mais, parce qu'il est physiquement forcé de signer (cas de la contrainte), ou cède aux pressions d'une personne telle qu'un prêtre, un médecin, un juriste ou un parent (captation), son intention n'est pas en réalité de consentir librement à l'une

sion took its policy decisions fully cognizant of these concerns.

14 The essential object of this draft is to eliminate scission in succession on death, whether as between movables and immovables, or in any respect (*e.g.*, a *dépeçage* to which choice of laws for different parts or aspects of a will might give rise). It therefore provides for the sole law that shall apply, and permits a limited choice of that sole law in the case of testate succession.

Since *pactes successoraux* give rise to dispositions that take effect on death, they also are brought within the preliminary draft.

15 The preliminary draft consists of five chapters. The first specifies the scope of the Convention. It describes the fact that the Convention is concerned with the applicable law in the event of succession upon death, the matters that are not governed by this applicable law, and the universal applicability of the Convention. The second is concerned with the applicable law, its determination and the matters governed by that law. It sets out the formula for determining the applicable law where no valid will exists, or no choice (including valid choice) is made in a valid will, the *professio juris* that may be made in a will, and lists the matters governed by the applicable law. The third chapter is concerned with agreements as to succession (more exactly described as *pactes successoraux*), their material validity, revocability, and effects. The fourth is made up of general provisions, such as the exception from the Convention of the applicable laws of trusts, the provision for special assets governed by particular local inheritance rules, the right of the State when there are no physical heirs, and the 'federal State' clause. The fifth chapter incorporates the usual final clauses to the Convention.

COMMENTARY ON THE PRELIMINARY DRAFT

CHAPTER I – SCOPE

16 The first chapter states that the Convention is concerned to determine the applicable law to govern succession on death, and those subject-matters that are excluded from the Convention (article 1); the applicable law so determined is stated as governing even if it not be the law of a Contracting State (article 2).

Article 1

Paragraph 1

17 In referring to 'succession to the estates of deceased persons', this article refers to all forms of succession, whether through testacy or intestacy or as a consequence of an *inter vivos* agreement as to succession (*pacte successoral*). On considering a second redraft of the April draft (Prel. Doc. No 10), the experts voted by a substantial majority to exclude this reference to the included forms of succession from the text of the preliminary draft, as unnecessary in the text. The article also includes the situation where the deceased dies testate as to some assets, and intestate as to others. It follows that this article also embraces those circumstances where the deceased dies having previously

entered into an agreement as to the succession to his estate, but who otherwise dies testate or intestate, or partly testate and partly intestate. Also included is the situation where succession occurs to the estate of a person who is judicially declared to be dead, for instance, where that person is missing and presumed dead. It would appear that the Commission preferred to see the problem of *commorientes* excluded from the scope of the Convention (see further paragraph 36 of this Report).

Though article 1 would include the circumstances where a person has an election under the substantive law whether to take as a successor (the deceased having died testate or intestate) or to forego those rights, those circumstances would again be excluded under paragraph 2(c) if the election is between succession rights and matrimonial property rights. On the other hand paragraph 1 clearly applies, and is not otherwise reversed by paragraph 2, where the person with succession rights simply disclaims or renounces those rights. That is to say, he foregoes those rights but not in favour, or in the context, of matrimonial property rights.

Paragraph 2

Sub-paragraph a

18 The form of dispositions of property upon death includes all modes of succession, whether testate or agreements as to succession. As to wills, the Hague Conference has adopted the *Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*, first signed in 1961. Whether any matter is one of form or of material validity is an issue involving characterization for the courts of the forum, and is outside this Convention.

Conflicts as to the law applicable to the form of both *professio juris* (which according to article 4, paragraph 2, must be made in a testamentary form – see paragraph 30 *et seq.* of this Report, *post*) and *pactes successoraux* (see paragraph 44 *et seq.*, especially paragraph 48 of this Report, *post*) are outside the scope of the proposed Convention.

Sub-paragraph b

19 Capacity to dispose of property upon death is excluded from the preliminary draft. The exclusion extends to general capacity, that is, the capacity of a person who has been declared 'incapable' by judicial decree because of insanity or other mental inability, and a person who is under the age of majority. It also appears to extend to specific or particular capacity, *i.e.*, for the purpose of making a will. This would include members of a religious community who because of their vocation are not permitted to make a will. For some countries, however, for example, the Federal Republic of Germany, this is a matter which is governed by the applicable law. Consequently specific or particular capacity is an issue which should be clarified as to whether it falls under this paragraph, or is a question for the applicable law under article 5(2)(e), as an issue of material validity. On the other hand questions of mistake, fraud, duress or undue influence are regarded generally as matters of consent. In these instances the testator may have capacity (in the narrow sense) to make a will, but because he is physically compelled to sign (duress), or he is overborne by the pressures of a person such as a priest, doctor, lawyer, or an attendant relative (undue influence), he does not in fact freely intend one or more of the benefactions which his will confers. Some legal sys-

ou plusieurs des libéralités résultant de son testament. Dans certains systèmes juridiques, il s'agit là de questions relevant de la loi qui régit l'acte lui-même, dans d'autres, de matières régies par la loi personnelle du testateur. Mais, dans la mesure où des problèmes de consentement se posent à propos d'une succession, ce sont des problèmes qui relèvent de l'article 5.2, alinéa *a* ou *e*. C'est au tribunal qu'il appartient de se prononcer sur la qualification, et de décider si des vices de consentement doivent être considérés comme relevant de la «capacité» au sens large, ou s'ils constituent des problèmes de consentement affectant la loi applicable (article 5.2, alinéa *a* ou *e*), la loi régissant la rédaction du testament, ou la loi personnelle. Le même problème de qualification se pose à propos des personnes qui souffrent de maladies telles que la démence sénile ou la maladie d'Alzheimer, agissent sous l'effet de l'alcool ou de drogues, ou dont la volonté est viciée pour d'autres raisons, à titre temporaire ou permanent, mais qui n'ont pas été déclarées mentalement inaptes par un tribunal. En général les déficiences mentales en deçà d'une incapacité reconnue judiciairement seraient considérées comme des problèmes de consentement.

Alinéa c

20 Il a déjà été souligné (voir paragraphe 13 ci-dessus) que les questions afférentes aux régimes matrimoniaux sont exclues de l'avant-projet, et cela qu'elles concernent des droits créés pendant la vie du défunt en vertu d'un régime ou de parts fixées ou accordées par un tribunal lorsque le mariage est dissous par le décès. Les droits dont il s'agit peuvent être ceux du conjoint survivant ou du conjoint décédé. Il s'ensuit que l'avant-projet ne s'applique pas lorsqu'une décision judiciaire attribue des biens faisant partie du patrimoine et de la succession de l'époux décédé au conjoint survivant en tant que bien «matrimonial» auquel le survivant a droit en tant que tel.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

21 Ce chapitre définit les modalités de détermination de la loi applicable et énumère les matières devant être régies par cette loi. D'autres matières peuvent être soumises à la loi applicable si le for en décide ainsi. C'est là l'essence de la Convention proposée. La Commission a consacré un temps considérable, lors de ses trois sessions, à l'examen de la politique à adopter et des orientations à suivre en ce qui touche le facteur de rattachement objectif (article 3) et le facteur de rattachement subjectif (article 4). Ce dernier est subjectif en ce sens qu'il est choisi par le testateur; le premier est objectif parce que c'est la loi qui, faute d'un choix, ou d'un choix valable, le met en place. La forme à donner pour finir aux textes qui devaient devenir les articles 3 et 4 a aussi été longuement débattue pendant la deuxième et la troisième session. L'article 5 (l'étendue des matières devant être régies par la loi applicable) a soulevé des problèmes particuliers, le texte devant d'une part être intelligible et concorder dans les deux langues, mais aussi recouvrir non seulement les approches différentes de régimes juridiques distincts à l'intérieur du même système pour ce qui est de la «succession», mais encore les conceptions différentes des systèmes du droit civil et de la *common law* et les divers postulats dont ils procèdent sur l'étendue de la «succession».

Pour montrer comment la Commission est parvenue à ces décisions sur ces choix politiques et à la rédaction

qu'elle a approuvée, on s'efforcera ci-après de retracer la démarche qu'elle a suivie.

Article 3

22 Cet article précise la formule servant à déterminer le facteur de rattachement objectif. Cette formule présente le compromis déjà mentionné entre les deux conceptions rivales (voir ci-dessus le paragraphe 10 du Rapport) désormais associées au facteur de rattachement de la nationalité dans un cas et à celui du domicile dans l'autre. On comprendra que, si la *Convention de La Haye pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*, conclue en 1955 précisait, dans les hypothèses qui y étaient visées, dans quelles circonstances il convenait d'appliquer la loi de la nationalité ou celle du domicile, respectivement, le présent avant-projet vise à définir la loi applicable à un sujet spécifique de droit matériel. Cette loi applicable, que l'on ne peut atteindre que par la voie d'un facteur de rattachement convenu, s'appliquera à tous les pays et à toutes les juridictions à l'intérieur des pays qui auront adopté la Convention, qu'ils soient pour l'heure partisans du facteur de nationalité ou du facteur de domicile. L'article 3 emprunte à la fois à la résidence habituelle (plutôt qu'au «domicile») et à la nationalité pour aboutir à la formule par laquelle on arrive au facteur de rattachement objectif.

23 Le facteur de rattachement objectif de l'article 3 s'applique quand le défunt n'a laissé aucune dernière volonté et est donc décédé intestat ou quand il a laissé un testament mais n'a pas désigné de loi en vertu de l'article 4 ou n'a pas fait de choix de loi valable. Pour que l'unité de succession, unanimement appuyée par les experts, soit réalisée, la Commission a décidé à une majorité appréciable que le *de cuius* n'aurait pas la faculté de choisir deux ou plusieurs lois comme applicables à sa succession.

Toutefois, il semblerait devoir en être de même dans le cas d'intestat partiel, même si celui-ci est habituellement accidentel plutôt que délibéré. Comme on le verra à propos de l'article 4, l'interdiction s'applique quand, dans son testament, le *de cuius* a entendu désigner deux ou plusieurs lois pour régir des parties ou des aspects différents de sa succession. Mais supposons que le *de cuius* ait choisi une loi pour régir son testament et qu'il soit ensuite mort intestat en ce qui concerne certains de ses avoirs. Cette situation peut se produire quand son testament ne comporte aucune clause résiduelle, ou lorsque le bénéficiaire désigné et déclaré du reliquat meurt avant le testateur (et qu'aucune disposition anti-forclusion de la loi en cause ne protège le legs résiduel). Dans cette hypothèse, la loi retenue s'appliquerait aux avoirs ayant fait l'objet de dispositions testamentaires et l'article 3 déterminerait la loi applicable aux biens demeurés intestats. Il semble que l'avant-projet verrait dans cette situation un choix non valable et que la loi de l'article 3 s'appliquerait à la totalité de la succession. Toutefois, cela n'est pas d'une clarté parfaite, et certains tribunaux à qui on demanderait de trancher préféreraient sans aucun doute laisser au défunt le bénéfice de son choix dans toute la mesure du possible. En revanche, et même si c'est là un cas assurément exceptionnel, le disparu peut avoir voulu mourir intestat pour ce qui est d'une partie ou d'un élément particulier de son patrimoine. La loi de l'article 3 peut dépendre de la situation d'importants avoirs lui appartenant et il se peut que, parce qu'il serait par exemple à la retraite, un changement de nationalité ou même de résidence habituelle ait été fort éloigné de ses pensées.

tems regard these as matters for the law governing the making of the transaction, others regard them as matters governed by the maker's personal law. But to the extent that issues of consent do arise in connection with succession they would fall under article 5(2)(a) or (e). It is for the forum to characterize the issue, and to determine whether *vices de consentement* are to be regarded as 'capacity' issues, in a broader sense of capacity, or as consent issues falling under the applicable law (article 5(2)(a) or (e)), the law governing the making of the will, or the personal law. The same task of characterization arises with regard to persons who are suffering from illness, such as senile dementia or Alzheimer disease, from the effects of alcohol or drugs, or from other mentally impairing factors, a condition which may be temporary or permanent, but who have not been declared mentally incompetent by judicial decree. Generally such mental impairment, short of judicially decreed mental incompetence, would be characterized as issues of consent.

Sub-paragraph c

20 Attention has already been drawn to the fact (see paragraph 13, above) that matrimonial property issues are excluded from the preliminary draft whether they concern rights that arise in the lifetime of the deceased under a regime, or rights which are fixed shares or determined by judicial decree only on the termination of the marriage by the death of the deceased. The rights in question may be those of the surviving spouse or of the deceased spouse. It follows that the preliminary draft does not cover the situation where a judicial decree awards assets in the ownership and estate of the deceased spouse to the surviving spouse as matrimonial property to which the survivor is entitled as such.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

21 This chapter sets out the means by which the applicable law is to be determined, and lists matters which are required to be governed by the applicable law. Other matters may be subjected to the applicable law, if the forum so determines. This is the heart of the proposed Convention. The Commission spent considerable time in all its three sessions discussing the policy of, and the directions to be taken with, the objective connecting factor (article 3) and the subjective connecting factor (article 4). The latter is subjective in that it is the testator's choice; the former is objective because it is put in place by the law in the absence of a choice, or a valid choice. The desirable ultimate expression of what became articles 3 and 4 was also discussed at length during the second as well as the third session. Article 5 (the scope of matters to be governed by the applicable law) provided its own problems, since the language had to be intelligible and matching in two tongues, but also comprehensive not only of the different approaches of distinct legal regimes within the same system to the subject of 'succession', but to the differing conceptual thinking of civil and common law systems and their several assumptions as to the scope of 'succession'.

In order to demonstrate how the Commission came to the policy decisions it reached, and the linguistic expres-

sion of which it approved, the following account will attempt to trace the development of thought of the Commission.

Article 3

22 This article sets out the formula by which the objective connecting factor is to be determined. It represents the compromise between the two schools of thought to which reference was earlier made (see, above, Report paragraph 10), and which have come to be associated with the connecting factor of nationality in one instance, and of domicile in the other. It will be appreciated that, while the Hague *Convention pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*, first signed in 1955, provided, in the circumstances described, when the nationality law and the domiciliary law should respectively be applied, the present preliminary draft is concerned to set out an applicable law for a specific substantive legal topic. This applicable law, necessarily reached by an agreed connecting factor, will be applied by all those countries or jurisdictions within countries that adopt this Convention, whether at present adherents to the nationality or the domicile factor. Article 3 draws upon both habitual residence (rather than 'domicile') and nationality to achieve the formula whereby the objective connecting factor is reached.

23 The objective connecting factor of article 3 applies when the deceased has left no will and therefore has died intestate, or when he has left a will but made no choice of law under article 4 or no valid choice of law. For the furtherance of the unity of succession, which the experts unanimously supported, the Commission decided by a substantial majority vote that the deceased may not choose two or more laws to be applicable to his succession.

However, this policy would also appear to apply to part intestacy, even though such an event is usually an occurrence rather than an intention. As will be seen when article 4 is under discussion, the prohibition applies when the deceased in his will has purported to choose two or more laws to govern different parts or aspects of his will. But suppose the deceased has chosen a law to govern his will and then died intestate as to some of his assets. This situation might occur when he has no residuary clause in his will, or the intended and so declared beneficiary of the residue predeceases the testator (and no 'anti-lapse' provision of the law in question saves the residuary gift). In these circumstances the chosen law would apply to the assets subject to the will, and article 3 would determine the law applicable to the assets subject to the intestacy. It would appear that the preliminary draft would treat this situation as an invalid choice, and the article 3 law would apply to the whole estate. However, this is not entirely clear, and some courts, asked for a decision, would no doubt prefer to give the deceased the benefit of his choice, so far as that is possible. On the other hand, though this would surely be rare, the deceased may have intended to die intestate as to a particular part or aspect of his estate. The article 3 law may constitute the situs of significant assets of his and, being perhaps in his retirement, a change of nationality, even of habitual residence, is the last thing he has in mind.

24 L'article 3 envisage trois situations. (1) Si la résidence habituelle et la nationalité au moment du décès coïncident, la loi correspondante régit la succession du défunt (article 3.1 a). (2) Si elles ne coïncident pas, mais si le défunt a eu sa résidence habituelle dans un Etat pendant au moins les cinq années qui ont immédiatement précédé son décès, c'est la loi de cet Etat qui s'applique (article 3.1 b). (3) Si elles ne coïncident pas et que le défunt n'ait pas ces cinq années de résidence habituelle, c'est alors la loi de sa nationalité au moment du décès qui s'applique, à moins qu'à ce moment il n'ait eu des «liens plus étroits» avec un autre Etat que celui de sa nationalité. Dans cette dernière hypothèse, si ces liens plus étroits existent, la loi de l'Etat correspondant s'applique (article 3.2).

Si les liens plus étroits concernent deux ou plusieurs Etats, il est à présumer que, selon l'article 3.2, la loi de l'Etat avec lequel les liens sont les plus étroits s'applique. Par exemple un auteur irlandais de talent quitte l'Irlande pour s'établir dans les îles grecques, tout en conservant un pied-à-terre à New York, où se trouve son éditeur, et partage en fait son temps entre le soleil de Rhodes et la vie littéraire de New York. Il meurt après quatre années d'agréables allées et venues entre Rhodes et New York, en laissant des enfants adultes, des amis et des biens dans ces deux endroits. Sa femme vit avec lui à Rhodes et fait avec lui de temps à autre le voyage de New York. Il n'a pas d'avois en Irlande, mais il y possède des parents éloignés avec qui il estime n'avoir rien de commun. Entre les deux séries de liens «les plus étroits» avec la Grèce et avec l'Etat de New York respectivement, c'est au tribunal du for qu'il appartient de décider lesquels le sont davantage. Une proposition tendant à ce que le texte en dispose expressément ainsi (Doc. trav. No 101) a été renvoyée au Rapport. Dans les juridictions de *common law* une interprétation stricte de l'article 3.2 ne permettrait pas au tribunal de choisir, entre deux lois de cette nature, celle du rattachement le plus étroit. Pourtant, l'intention qui inspire l'article 3.2 est bien que cette décision soit prise.

Il convient de noter que la situation (1) décrite *supra* s'applique non seulement dans les cas où la nationalité et la résidence habituelle du défunt ont toujours coïncidé, mais également dans l'autre cas extrême où une personne qui a passé à l'étranger toute sa vie antérieure, rentre dans le pays de sa nationalité et y acquiert une résidence habituelle juste avant son décès.

25 A la session de novembre 1986, il est apparu lors d'une discussion générale que les experts partisans d'un facteur de rattachement d'application simple et aisément établi d'après des faits objectifs, et ceux qui souhaitent un facteur tenant suffisamment compte des intentions de l'intéressé, pouvaient se mettre d'accord sur la «résidence habituelle» au lieu du «domicile». On a généralement estimé que la résidence habituelle – expression déjà familière dans les Conventions de La Haye – n'avait pas à être définie dans l'avant-projet, mais, tandis que certains se montraient disposés à énumérer limitativement les éléments qui, dans chaque cas, guideraient le tribunal ou le notaire dans sa recherche de la loi applicable, d'autres n'ont jugé une telle liste acceptable que si les éléments avaient tous un caractère objectif. Autrement dit, dans ce cas les indications dérivées des éléments peuvent être déterminées d'après des faits observables, tels que le temps passé à la résidence dont il s'agit, l'endroit où se trouvent les proches, et le lieu où l'intéressé a la plupart de ses avoirs. Ceux qui penchaient pour la recherche de l'intention voulaient faire de celle-ci l'un des éléments au moins mais ils facilitaient la solution du problème de la preuve en introduisant des présomptions en vertu desquelles dans

des circonstances données, la résidence habituelle serait établie.

26 A la session de mars/avril 1987, les mêmes positions ont été maintenues, mais l'évolution vers un compromis est devenue plus marquée. Toutefois, il n'y avait pas accord sur le point de savoir si, dans l'éventualité où la nationalité ou le domicile (ou la résidence habituelle) deviendrait le principal facteur de rattachement, un certain rôle secondaire devrait être accordé à l'autre facteur. Plusieurs propositions ont alors été présentées dans des documents de travail; l'un des groupes a adopté le renvoi ou la qualification de la résidence habituelle dont dépend la loi applicable; un autre groupe a donné au domicile un rôle de tout premier plan, un troisième a attribué des rôles mieux équilibrés à la nationalité et à la résidence habituelle. Dans la proposition de ce troisième groupe, la plus attrayante pour les experts, lorsque la nationalité et la résidence habituelle coïncident, c'est la loi envisagée qui s'applique, mais, si elles indiquent des pays différents, alors la résidence habituelle, à condition d'avoir eu une certaine durée, devrait déterminer la loi applicable aux termes du Document de travail No 19. Le Document de travail No 26 était plus souple sur ce point; il suivait le Document de travail No 19, mais en ajoutant les mots:

à moins qu'à son décès le défunt n'ait eu des liens plus étroits avec quelque autre Etat ...

auquel cas c'était la loi de cet autre Etat qui devait régir la succession. Pour déterminer l'existence de ces liens plus étroits, le Document de travail No 26 proposait de tenir compte de trois éléments, à savoir la nationalité du défunt, la résidence habituelle de sa famille lors de son décès et les raisons pour lesquelles le défunt possédait une résidence habituelle dans le pays où il avait résidé pendant les deux années précédant sa mort.

Le Document de travail No 19 proposait, en revanche, que si la résidence habituelle n'avait pas duré le nombre d'années prescrit, ce soit la loi de l'Etat de rattachement le plus étroit qui régit la succession. A cette fin, il ajoutait qu'il convenait de présumer que la loi de l'Etat dont le défunt avait la nationalité correspondait au lien le plus étroit,

si, au cours des dix (quinze ...) années précédant son décès, il a eu à une période donnée sa résidence habituelle dans cet Etat.

Le Document de travail No 19 n'employait donc pas des facteurs (ou des éléments) permettant de déterminer les «liens les plus étroits», mais il avait recours à une présomption. Celle-ci – en faveur de la nationalité du défunt à son décès – exigeait que le défunt ait eu sa résidence habituelle dans le même Etat pendant les cinq dernières années de son existence.

Certains experts recherchaient la certitude de facteurs objectifs, d'autres penchaient pour l'introduction d'un facteur intentionnel et se montraient plus réticents à l'égard de délais rigides, mais le vote a été nettement en faveur de l'approche préconisée par les Documents de travail Nos 19 et 26, et du premier plus que du second. Le Comité de rédaction a cependant été prié de ne pas perdre de vue la méthode consistant à énumérer des facteurs (ou des éléments), technique qui caractérisait le Document de travail No 26.

Le Comité de rédaction (Doc. trav. No 30) a suggéré que le nombre d'années (dans ce qui est à présent l'article 3.1 b) pendant lesquelles la résidence habituelle doit exister devrait être de cinq, et cette suggestion a été acceptée par un vote auquel il a été procédé à titre indicatif. On a cependant estimé qu'il serait inopportun de définir d'une façon quelconque la résidence habituelle.

24 Article 3 contemplates three situations. (1) If habitual residence and nationality at the time of death of the deceased are the same, that law governs his succession (article 3(1)(a)). (2) If they are not the same, but the deceased had his habitual residence in a State for the five or more years immediately prior to his death, the law of that State governs (article 3(1)(b)). (3) If they are not the same, and the deceased had not had five such years of habitual residence, then the law of his nationality at death governs, unless at that time he was 'more closely connected' with a State other than that of his nationality. In this latter circumstance, supposing one such closer connection, the law of that State governs (article 3(2)).

If there are two or more States of closer connection, then article 3(2) presumably provides that the law of the State of closest connection applies. For instance, a gifted Irish writer leaves Ireland to make his home in the islands of Greece, but maintains a *pied-à-terre* in New York City, the location of his publisher, and in fact divides his time between the sunshine of Rhodes and the literary life of New York City. He dies after four years of an enjoyable commuting between Rhodes and New York City, with adult children, friends and assets in each of these two places. His wife lives with him in Rhodes, and from time to time travels with him to New York City. He has no assets in Ireland, but more distant relatives there with whom he feels he has nothing in common. Of the two 'more close' connections, Greece and New York State, the court of the forum must decide which is the closest. A proposal that there be express provision in the text to this effect (Work. Doc. No 101) was referred to the Report. In common law jurisdictions a strict construction of article 3(2) would not permit the court to determine the closest law as between two closer laws. It is the intention behind article 3(2), however, that this determination be made.

It should be noticed that situation (1), above, applies not only in cases where the nationality and the habitual residence of the *de cuius* have always coincided, but at the other extreme where a national, who has made his home abroad for all his previous life, goes to his country of nationality and acquires an habitual residence there just prior to his death.

25 At the November, 1986, session in a general discussion it became clear that those experts seeking a connecting factor which is simple to apply and easily ascertained from objective facts, and those experts seeking a factor which is significantly concerned with the intent of the person in question, were able to agree on 'habitual residence' in lieu of 'domicile'. There was a general sense that habitual residence, a term already familiar in existing Hague Conventions, should not be defined in the preliminary draft, but while some would list inclusive elements which in each case would direct the court or notary towards the applicable law, others found listing acceptable provided only that the elements were all objective in character. That is to say, the information sought by the elements can be determined from observable facts, such as the passage of time of the residence in question, the location of close family members, and the situs of most of the individual's assets. Those favouring the search for intent would have intention as at least one of the elements, but ease the problem of proof by importing presumptions to the effect that in given circumstances habitual residence exists.

26 At the March/April, 1987, session these positions were maintained, but the movement for compromise became evident. However, whether nationality or domicile (or habitual residence) was to become the primary connecting factor, with a certain secondary role being accorded the other connecting factor, was still not agreed. Several working paper proposals were then made; one group adopted *renvoi* or the characterization of the habitual residence to determine the applicable law, another group gave domicile a strong primary role, and a third gave more balanced roles to the nationality and habitual residence. In this third proposal, which most attracted the experts, where nationality and habitual residence are the same, the law there referred to governs, but if they point to different countries Working Document No 19 would have the habitual residence provide the applicable law, provided that that habitual residence has existed for a given period of time. Working Document No 26 was more flexible at this point; it followed in step with Working Document No 19, but added:

unless at his death the deceased was more closely connected with some other State ...

when that other State was to govern succession. To determine this closer connection Working Document No 26 proposed that regard be had to three elements, namely, the deceased's nationality, the habitual residence of the deceased's family at his death, and the reasons for the deceased having an habitual residence in the country where he had been so resident for two years before his death.

Working Document No 19 proposed, on the other hand, that where the habitual residence had not existed for the given number of years, the law of the State of closest connection should govern the succession. For this purpose, it continued, it should be presumed that the law of the nationality was the closest connection,

si, au cours des dix (quinze ...) années précédant son décès, il a eu à une période donnée sa résidence habituelle dans cet Etat.

Working Document No 19 therefore did not employ factors (or elements) with which to determine 'closest connection', but a presumption. The presumption, which was in favour of the nationality of the deceased at death, required that the deceased should have had his habitual residence for some period during his last given years of life in the same State.

Some experts wanted the certainty of objective factors, others favoured the importation of an intention factor and were less happy with rigid time periods, but the vote was substantially in favour of the Working Documents Nos 19 and 26 approach, and in favour of Working Document No 19 over Working Document No 26. However, the Drafting Committee was asked to have the approach of listing factors (or elements) in mind, the techniques employed by Working Document No 26.

The Drafting Committee (Work. Doc. No 30) suggested that the given number of years (now article 3(1)(b)) during which the habitual residence must exist should be five, and by an indicative vote this was accepted. However, it considered that any defining of habitual residence would be undesirable. The presumption of Working Document No 19 was retained, but it was made

La présomption du Document de travail No 19 a été conservée, mais sous réserve de la disposition suivante concernant l'Etat de rattachement le plus étroit:

3 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits en considération notamment de sa nationalité, de sa résidence habituelle et de ses attaches personnelles et familiales.

On voit donc que le Document de travail No 19 a été en pratique modifié par l'insertion du paragraphe 3 ci-dessus. La Commission a accepté par un vote le Document de travail No 30, mais elle a également voté afin d'ajouter un autre élément à ce paragraphe, à savoir celui des «intentions manifestes». L'expression «intentions apparentes», qui avait été initialement proposée, a été considérée comme soulevant de délicats problèmes de preuve et rejetée. L'adjonction des «intentions manifestes» devrait permettre de tenir compte, par exemple, de la manière dont le défunt aurait rempli les documents lors de son immigration dans ce qui était, pour lui, un nouveau pays, ou de preuves objectives de nature comparable.

La Commission a également décidé que les facteurs mentionnés dans le paragraphe 3 devraient être placés dans leur ordre alphabétique. Ceci soulignerait que le même poids soit donné à chaque facteur.

Le projet d'avril (Doc. prélim. No 10) a repris en son article 2 cette rédaction et cette structure, telles qu'elles avaient été approuvées.

27 A la réunion de septembre/octobre 1987, il est apparu assez tôt que la majorité des experts se préoccupait de disposer d'une règle de conflit dont l'application convienne à la plupart des cas, mais dont, en même temps, l'issue soit prévisible plutôt qu'incertaine quant aux résultats auxquels on parviendrait lorsque les faits penchent pour une loi autant que pour l'autre. La minorité a persisté à penser que la souplesse était essentielle si la règle devait tenir compte des véritables circonstances de la vie du défunt, et elle a estimé que les appréhensions relatives aux incertitudes qu'entraînerait l'application du facteur de résidence habituelle ne se justifiaient pas, d'après l'expérience de leurs juridictions, dans la grande majorité des cas. La minorité était notamment hostile à la règle des cinq années énoncée à l'article 2.2 du projet d'avril. Elle soutenait que cette règle était trop rigide, qu'elle s'appliquait mécaniquement, alors que dans bien des cas la personne travaillant sous contrat ou comme travailleur immigré à l'étranger pouvait fort bien avoir encore, au-delà de cinq ans, l'intention de rentrer dans son pays. Au lieu de la règle des cinq années, la minorité aurait préféré que la résidence habituelle constitue une présomption, réfutable s'il était clairement établi qu'il existait un Etat avec lequel le *de cuius* avait des liens plus étroits à sa mort, auquel cas la loi de cet Etat s'appliquerait. La loi correspondant aux liens les plus étroits serait déterminée en recourant aux facteurs (ou aux éléments) indiqués à l'article 2.3 du projet d'avril. Néanmoins une majorité des experts – les deux-tiers – ont considéré cette proposition comme inacceptable quand elle a été mise aux voix; elle créait à leur avis une règle de conflit faible qui risquait, lors de circonstances analogues, de produire des résultats différents d'une juridiction à l'autre, son issue était imprévisible, et elle ne répondait qu'à des situations exceptionnelles. La proposition (Doc. trav. No 71) a donc été repoussée.

La réduction à deux ans de la période de cinq ans, préconisée par les Etats d'immigration, a également été rejetée. Par son vote, la majorité semble s'être ralliée à l'opinion qu'une plus brève durée de résidence habituelle aux fins de l'article 2.2 affaiblissait celle-ci en tant

que facteur de rattachement et qu'en fait elle en accroissait le côté arbitraire.

Toutefois la Commission est parvenue à la conclusion que les articles 2.3 et 2.4 du projet d'avril étaient trop complexes pour le praticien et qu'ils avaient besoin d'être simplifiés (Doc. trav. No 74). La présomption posée par l'article 2.4 a donc été abandonnée; la loi de la nationalité est alors automatiquement devenue la loi applicable, à moins qu'une autre n'ait été choisie, et c'est à ceux qui seraient disposés à l'affirmer qu'il appartiendrait de démontrer l'existence d'une loi avec laquelle le *de cuius* aurait eu «des liens plus étroits» au moment de son décès. Bien qu'il n'en ait pas été fait mention à ce point de la discussion, les facteurs (ou les éléments) des liens les plus étroits ont été aussi éliminés de l'article 2.3 (voir Doc. trav. No 74). Il est apparu lors des débats ultérieurs que, pour simplifier la rédaction du texte de la Convention, le Document de travail No 74 avait réduit ces facteurs à de simples explications figurant au Rapport. On se rappellera (voir paragraphe 26 de ce Rapport) que ces facteurs sont la résidence habituelle, la nationalité, les attaches personnelles et familiales, et les intentions manifestes du défunt. La référence textuelle à l'Etat avec lequel le *de cuius* avait «les liens les plus étroits» à son décès subsiste cependant. (Mais, voir le paragraphe 24 du présent Rapport.) A propos de l'article 3.2 on a envisagé l'hypothèse où, par exemple, un immigrant dans un pays d'Amérique du Nord, ayant la nationalité d'un pays d'un autre continent, mais moins de cinq ans de résidence dans son pays d'adoption au moment de sa mort, se trouverait dans une situation telle que l'on puisse démontrer qu'il avait avec son pays d'adoption des «liens plus étroits» qu'avec le pays de sa nationalité. En revanche, le réfugié politique ayant fui le pays de sa nationalité, mais espérant y retourner un jour, resterait, sauf preuve contraire, rattaché plus étroitement à ce pays qu'à tout autre. Il convient cependant de noter que dans les deux cas le fardeau de la preuve incomberait à ceux qui soutiendraient qu'au moment du décès le facteur de rattachement de la nationalité n'était pas celui qui convenait.

Bien qu'il y ait eu par la suite un remaniement de l'article et des termes qui y figurent, au bénéfice d'une rédaction plus simple et d'une clarté accrue, aucun autre changement de fond n'est intervenu, et l'article 3 de l'avant-projet correspond à la situation telle qu'elle se présentait après la présentation des Documents de travail Nos 89 et 102 du Comité de rédaction et leur adoption ultérieure par la Commission.

28 Il convient de noter que, comme le Secrétaire général l'a souligné, l'adoption de la résidence habituelle dans les Conventions de La Haye n'a jamais causé de difficulté pratique aux Etats qui ont ratifié ces instruments. Il peut cependant être utile d'introduire certains éclaircissements dans le présent Rapport.

La résidence habituelle peut être définie comme une présence physique régulière, durant un certain laps de temps, et elle représente manifestement un rattachement plus fort que la résidence «ordinaire», expression de plus en plus usitée dans certaines juridictions de *common law*. Il semble que l'intention joue un rôle plus discret comme élément de la résidence habituelle qu'elle ne le fait traditionnellement dans le cas du domicile, et c'est la raison pour laquelle les juristes habitués à voir dans le domicile un facteur de rattachement hésitent avant d'accepter l'expression «résidence habituelle» comme équivalent, mais s'y rallient finalement comme à une variante possible. C'est-à-dire que, pour ces juristes, ce lieu semble correspondre aux espoirs et aux plans du *de cuius*, et indiquer à la fois l'endroit où il passe la nuit, depuis quand, et les perspectives qu'il continue à

subject to the following provision about the State of closest connection:

3 *In other cases, the succession is governed by the law of the State with which the deceased had the closest connection, considering in particular his nationality, his habitual residence and his family and personal ties.*

Therefore, in effect Working Document No 19 was amended by the insertion of the above paragraph 3. By vote the Commission accepted Working Document No 30, but it also voted to add another factor to this paragraph, namely, 'his manifest intentions'. 'Apparent intentions', as originally proposed, was felt to give rise to difficult problems of proof, and rejected. The purpose of this addition, 'manifest intentions', was to permit consideration of, for example, the deceased's completion of documentation on becoming an immigrant in – for him – a new country, and objective evidence of this kind.

The Commission also decided that the factors in the adopted paragraph 3 should be set out in alphabetical order. This would emphasize that equal weight is to be given to each factor.

The April draft (Prel. Doc. No 10) reproduced this language and structure, so approved, as article 2 of that draft.

27 At the September/October, 1987, meeting it early became clear that there was a concern among the majority of experts to have a conflicts rule whose application accommodated the great majority of cases, but which was at the same time predictable in its outcome, rather than uncertain as to the result it would produce in situations where the facts are evenly balanced as between the laws to which they point. The minority continued to feel that flexibility was vital if the rule was to be sensitive to the actual circumstances of life of the *de cuius*, and felt that apprehensions of uncertainty in the application of the habitual residence factor were not justified by the experience of their jurisdictions with the great majority of cases. In particular the minority disliked the five year rule in article 2(2) of the April draft. It was argued that it was too rigid, it operated mechanically, whereas in many cases the individual working abroad under contract or as a migrant worker might well retain beyond five years the intention to return to his homeland. Instead of the five year rule, the minority would prefer to see habitual residence appear as a presumption, rebuttable by clear evidence that there is a State with which the *de cuius* at death was more closely connected, in which circumstances the law of the State with which the *de cuius* is then most closely connected would govern. The discovery of the law of most close connection would be made by the use of the factors (or elements) appearing in article 2(3) of the April draft. When put to the vote, however, a majority of experts, two-thirds of the whole, considered this proposal unacceptable; it created a weak conflicts rule likely to produce different results on similar facts in different jurisdictions, was unpredictable in outcome, and catered for the exceptional cases only. The proposal (Work. Doc. No 71) was therefore defeated.

The reduction of the five year period to two years, something which the immigration States favour, was also rejected. The majority, by vote, appeared to share the opinion that a shorter habitual residence period for article 2(2) weakened it as a connecting factor, and in

fact it would make habitual residence more arbitrary than if it remained at the required term of five years. However, the Commission did conclude that articles 2(3) and 2(4) of the April draft were too complex for the practitioner, and needed simplification (Work. Doc. No 74). The presumption contained in article 2(4) was therefore abandoned; the law of the nationality now automatically became the governing law, unless there is a chosen law, and the burden remains on those who would argue it to prove that there is a law with which the *de cuius* was 'more closely connected' at the time of his death. Though there was no reference to it in the discussion at this time, the factors (or elements) of closest connection were also eliminated from article 2(3) (see Work. Doc. No 74). It appeared in later discussion that, in the interests of simple expression in the text of the Convention, Working Document No 74 had consigned these factors as explanatory material to the Report. These factors, it will be recalled (see paragraph 26 of this Report), are the habitual residence, the nationality, the personal and family ties, and the manifest intentions of the *de cuius*. However, the textual reference to a State with which the *de cuius* at his death was 'more closely connected' remains. (But see paragraph 24 of this Report.)

It was envisaged with article 3(2) that, for instance, an immigrant to a North American country with a nationality of another continent, but less than five years' residence in his new country when he dies, might well be in the position that he can be shown to be 'more closely connected' with his new country than the country of his nationality. By contrast the political refugee from the country of his nationality, but hoping one day to be able to return, would remain more associated with that country than any other, unless the evidence showed otherwise. It should be observed, however, that the burden of proof in both cases is upon those who would argue that the connecting factor of nationality was not at the death apposite.

Though there was later redrafting of the article, and of language within the article, so as to secure simpler expression and greater clarity, no further changes of substance occurred, and article 3 of the preliminary draft represents matters as they were left after Working Documents Nos 89 and 102 of the Drafting Committee, and subsequent Commission adoption.

28 It should be noted that, as the Secretary General pointed out, the adoption by the Hague Conventions of habitual residence has never caused difficulty in practice for ratifying States. However, some clarification in this Report may be advantageous.

It can be defined as a regular physical presence, enduring for some time, and it is clearly a stronger association than 'ordinary' residence, a term which is increasingly used in some common law jurisdictions. Intention would appear to play a more muted role as an element in habitual residence than it traditionally has done in domicile, and this is why lawyers who are accustomed to working with domicile as a connecting factor hesitate before accepting the term 'habitual residence' as an equivalent, but finally accept it as a possible alternative. That is, for these lawyers it appears to remain sensitive to the hopes and plans of the *de cuius*, as well as epitomize where he sleeps at night, how long he has been sleeping there, and the prospects for his continuing to sleep there. Whatever the viewpoint, however, it is the place of belonging of the *de cuius*. He can only have

le faire. Quel que soit cependant le point de vue retenu, c'est là que le *de cuius* est enraciné. Il ne peut avoir qu'une résidence habituelle, parce que c'est le centre de sa vie, l'endroit avec lequel il a les liens les plus étroits.

L'interprétation juste de l'article 3 est que les cinq années de résidence habituelle débutent, aux fins de cet article, au moment où la résidence commence sans restriction. Autrement dit, si la résidence remonte à 1980, et si en 1985 il a été admis que c'était désormais la résidence habituelle, toute la période de cinq ans doit s'entendre comme correspondant à la résidence habituelle et répondant aux conditions de l'article 3.1 b. Cela signifie également que la période quinquennale de la Convention peut commencer avant que le *de cuius*, en tant qu'immigrant, se voie reconnaître formellement le statut d'immigrant par l'Etat vers lequel il a émigré. Le moment où sa résidence débute dans le nouveau pays est le point de départ de la période de cinq ans. Si la règle était interprétée différemment, on pourrait avoir en fait besoin d'une période dépassant de beaucoup les cinq ans pour satisfaire aux conditions de l'article 3.1 b. Cela nous amène à l'autre expression employée à l'article 3: «liens plus étroits», ainsi qu'aux éléments constitutifs des «liens étroits» qui permettront ensuite d'aboutir aux «liens les plus étroits». La difficulté que soulève cette expression, pour ceux qui n'y sont pas accoutumés, est qu'elle a presque l'air d'une «non-règle». L'essence de la nationalité ou de la citoyenneté est la règle; l'essence des «liens étroits» semble à première vue fugitive car l'expression n'évoque rien. A la différence de la «résidence» et de son qualificatif «habituelle», elle ne comporte aucune pierre de touche. Ce serait cependant la reconnaître, car ce critère de rattachement correspond à une convergence d'éléments (ou de facteurs). Les éléments sont des données personnelles observables et, une fois focalisés, comme on focalise des jumelles, ils révèlent le centre de la vie du *de cuius*. Les «liens étroits» n'évoquent pas exclusivement les intentions du *de cuius* quant à ce qu'il considère comme l'endroit où se trouve son foyer, mais en revanche ils ne visent pas simplement une résidence prolongée; ils ont trait au lieu qui constitue le centre de la vie personnelle et familiale du *de cuius*, l'endroit où il retourne, ou envisage de retourner, parce que c'est, à ses yeux, son véritable foyer. Sa nationalité, ses liens familiaux et personnels, la nature et le lieu de son emploi ou de ses affaires, la permanence de sa résidence (son foyer apparent), la situation principale de ses avoirs, ses voyages et les raisons qui les motivent; tous ces éléments, dont aucun n'est plus important que l'autre, désignent l'endroit où le *de cuius* lui-même se sent enraciné, qu'il appartienne à la cinquième génération ayant vécu dans la même exploitation agricole, ou qu'il soit le patriote que son activité entraîne régulièrement vers un autre pays où il a des amis et des biens, ou encore l'immigrant qui, dans sa terre d'adoption, avec son épouse, ses enfants et ses possessions, espère améliorer son sort. Les preuves concernant les intentions, à supposer qu'à l'un des extrêmes de l'«objectivité» elles revêtent la forme de la durée de la résidence et à l'autre extrême de la «subjectivité» la correspondance et les déclarations verbales du *de cuius*, conduiront probablement, dans une forte majorité des cas, un tribunal à la loi même qu'une règle inflexible permettrait d'atteindre.

29 Dans le cas d'un *de cuius* ayant une double nationalité, la coïncidence de l'une des deux ou d'aucune avec sa résidence habituelle satisferait aux conditions de l'article 3.1 et, aux fins de l'article 3.2 un tribunal pourrait fort bien retenir la nationalité prédominante, qui serait normalement la nationalité acquise en dernier lieu (mais voir le paragraphe 69 ci-après).

Article 4

Observations générales

30 La raison qui a amené à introduire dans le domaine de la succession une *professio juris* inconnue dans la plupart des Etats a été surtout de venir en aide à ces Etats, qui risqueraient de trouver trop rigide le facteur de rattachement (objectif) légalement prescrit. On a cependant vu aussi dans la *professio juris* un instrument utile pour le testateur, dans l'éventualité de successions complexes réparties sur plusieurs juridictions, et permettant d'unifier les lois régissant les testaments et les conventions entre vifs qui donnent naissance à des droits de propriété à la date du décès du testateur. Les problèmes qui se sont posés, principalement lors du débat d'ouverture de la session de novembre 1986, portaient sur le point de savoir entre quelles lois le *de cuius* pourrait choisir, à quel moment (rédaction du testament ou décès) devaient être déterminés la loi choisie ainsi que son contenu, et quelles dispositions devraient éventuellement être adoptées pour protéger les droits de ceux qui, en vertu de la loi résultant du facteur de rattachement objectif, auraient droit à une réserve, à une légitime, à une *forced share*, ou à une part des avoirs du défunt attribuée par un tribunal. La manière d'exprimer la *professio juris* a donné lieu à de longues discussions; on s'est demandé si elle devrait consister en une disposition testamentaire, un acte notarié ou une formule particulière qui serait décrite dans la Convention.

Au cours de la seconde session de la Commission (mars/avril 1987), les experts ont accepté la possibilité de choisir la loi de la nationalité et, à une majorité d'une seule voix, ils ont admis que la *lex situs* pourrait aussi être désignée dans le cas des immeubles. En raison des difficultés qui pourraient surgir à cause des différences des règles, y compris les règles de conflit sur les régimes matrimoniaux d'une juridiction à l'autre, une majorité appréciable s'est opposée à ce que le choix puisse porter sur la loi du régime matrimonial. Une majorité substantielle s'est déclaré en faveur d'un choix exprès ou résultant indubitablement des termes d'un testament. On a admis sans vote que la loi choisie déterminerait la validité du choix et que la forme soit celle d'une disposition testamentaire.

Sur la question du moment auquel il conviendrait de déterminer la loi choisie (le conflit mobile) le débat a été fort animé. A une large majorité les experts se sont prononcés en faveur de la loi de la nationalité au moment de la rédaction du testament, même si cette loi changeait par la suite, mais il y a eu un débat sans conclusion nette sur ce qu'il conviendrait de faire dans l'hypothèse où la loi choisie serait la loi du domicile. A ce stade des débats de la Commission, toutefois, le facteur de rattachement objectif n'avait pas encore été mis en forme, et le débat a été suspendu en conséquence.

Plus tard, au cours de la seconde session, les décisions concernant le facteur de rattachement objectif ayant été arrêtées, la Commission a repris ses débats sur la *professio juris*. Par une série de votes elle a décidé que, en raison de la scission qu'elle entraînerait, la *lex situs* ne devrait pas pouvoir être choisie, et cela que les immeubles se trouvent dans un Etat contractant ou non contractant, qu'il ne devrait pas être possible de choisir une loi qui ne s'appliquerait qu'à une partie de la succession, et que le testateur ne devrait pouvoir choisir qu'entre la loi de la nationalité au décès et la loi de la résidence habituelle au décès. Sur ce dernier point, qui soulevait le problème des «conflits mobiles», dans l'hypothèse où la Convention permettrait de choisir entre les lois de la nationalité et de la résidence habituelle au moment de la rédaction du testament, un certain nombre de possibi-

one habitual residence, because it is the centre of his living, the place with which he is most closely associated.

The proper interpretation of article 3 is that the five years of habitual residence will commence for the purposes of that article from the time when unqualified residence began. This means that, if residence commenced in 1980, and later in 1985 it is accepted that there is now habitual residence, the whole five years are to be understood as habitual residence and so satisfy article 3(1)(b). This also means that the Convention period of five years could commence before the *de cuius*, as an immigrant, is granted formal immigrant status by the State to which he has emigrated. The moment of his commencing residence in the new country is the commencement of the five years. If the rule were not interpreted so, *de facto* a much longer period than five years might be needed to satisfy article 3(1)(b).

This takes us to the other term used by article 3, 'more closely connected', and the elements which both reveal 'close connection' and will lead to the 'most close connection'. The difficulty with this term, for those unaccustomed to working with it, is that it appears almost as a no-rule. The essence of nationality or citizenship is rule; the essence of 'close connection' appears *prima facie* undiscoverable because the term describes nothing. Unlike 'residence' and its adjective 'habitual', it has no touchstone. However, that would be to misunderstand it, because this connecting factor is the focusing of elements (or factors). The elements are observable personal data, and, when focussed, as one would focus binoculars, they reveal the central place of the *de cuius*' life. 'Close connection' does not exclusively refer to the intention of the *de cuius* as to what he regards as the location of his home, nor on the other hand does it merely refer to residence for some protracted period of time; it is concerned with that place which is the centre of the *de cuius*' personal and family life, the place to which he does return, or plans to return, because it is, as he regards it, his ultimate home. His nationality, his family and personal ties, the nature and location of his employment or business, the permanence of his place of residence (his apparent home), the principal situs of his assets, and his journeying and the reasons for the same; all these elements, none having primacy the one over another, are evidence of the place to which the *de cuius* sees himself as belonging, whether he is the fifth generation that has lived on the same farm, the patriot whose work takes him regularly to another country where he has friends and assets, or the immigrant who in the 'new land' with his spouse, his children and his possessions hopes for better things. Evidence of intention, whether at one extreme of 'objectivity' it takes the form of the length of time of residence or at the other extreme of 'subjectivity' the correspondence and oral statements of the *de cuius*, will probably in the significant majority of cases lead a court to the same law as an inflexible rule would have reached.

29 In the event of the *de cuius* having a double nationality, the coincidence of one of them or neither of them with his habitual residence would satisfy article 3(1), and for the purposes of article 3(2) a court might well take the predominant nationality, which normally would be the nationality later acquired (but see paragraph 69, *post*).

Article 4

General comments

30 The reason for the introduction of a *professio juris* in the field of succession, something which is unknown to most States, was largely to assist those States which may find the legally prescribed (the objective) connecting factor too rigid. However, *professio juris* was also seen as a useful instrument for the testator in the case of complex successions straddling several jurisdictions, and for unifying the laws governing wills and those *inter vivos* contracts which give rise to proprietary interests at the date of the will maker's death. The issues that primarily arose at the opening discussion in the November, 1986, session concerned from which laws the *de cuius* might select, at what point in time (will execution or death) the chosen law and the content of the chosen law should be determined, and what provision, if any, should be put in place to protect the rights of those who under the law designated by the objective connecting factor would be entitled to a reserve, *légitime*, a forced share, or a court or tribunal awarded share of the deceased's assets. The form in which the *professio juris* might be expressed was discussed at length, whether it should be a testamentary disposition, a notarized document, or a particularized form to be described in the terms of the Convention.

During the second session (March/April, 1987) of the Commission experts accepted that the law of the nationality might be chosen, and by a single vote majority that the law of the situs might also be chosen in the case of immovables. Because of the difficulties that could arise due to the differences in matrimonial property laws, including conflict rules, as between jurisdictions, a substantial majority was opposed to the matrimonial property law being available for choice. A substantial majority favoured choice which was express, or arose by necessary implication from the terms of a will. It was accepted without vote that the chosen law should determine the validity of that choice, and that the form should be that of a testamentary disposition.

As to the issue of the time at which the chosen law should be determined (the mobile conflict) there was considerable discussion. By a large majority experts favoured the nationality law at the time of will execution, even if the nationality law subsequently changed, but there was an inconclusive debate as to what should be done in case the chosen law should prove to be the law of the domicile. At this point in the Commission's discussions, however, the objective connecting factor having not been decided upon, the debate was suspended.

Later in the second session, decisions regarding the objective connecting factor having then been taken, the Commission resumed its discussions on the *professio juris* and by a series of votes determined that, because of the scission it would cause, the law of the situs should not be an available choice, whether the immovables are in a Contracting or a non-Contracting State, that a choice of law to govern only a part of the estate should not be permitted, and that the testator should have a limited choice between the law of the nationality at death and the law of his habitual residence at death. On this last issue, which raised the problem of '*conflits mobiles*' were the Convention to permit the choice between the laws of nationality and habitual residence as at the time of the will execution, there was discussion of a number of possibilities. These were (1) that the

lités ont été envisagées. Ces possibilités étaient les suivantes: (1) que la loi alors désignée prime, même s'il y avait changement ultérieur de nationalité et/ou de résidence habituelle du *de cuius*, (2) que la loi désignée prime pendant un certain temps après le choix, même si les faits changeaient, et (3) que la loi de la nationalité, facteur plus stable, l'emporte une fois qu'elle aurait été choisie alors que la résidence habituelle, si elle venait à changer plus tard en fait, ne devrait pas prévaloir. La décision finale en faveur de la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle au décès a été prise parce qu'une appréciable majorité des experts estimaient que l'introduction de la *professio juris* avait surtout pour objet d'assouplir la Convention et d'atténuer un facteur de rattachement objectif passablement rigide (article 3). De plus, le choix de la loi s'appliquant à la succession d'un testateur constituait une innovation pour bien des Etats. Etant donné les raisons de l'adoption de la *professio juris* dans la Convention, il importait de demeurer simple si l'on ne voulait pas compromettre les possibilités d'adoption de la Convention elle-même par les Etats membres.

Par une marge étroite, la Commission s'est également prononcée en faveur d'un choix exprès de la loi applicable. Plusieurs experts, en particulier ceux de pays de *common law* accoutumés à des choix implicites, notamment en matière de trust, ont préconisé que la possibilité en soit reconnue dans la Convention, et appelé l'attention sur l'article 11 de la *Convention de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, mais d'autres ont craint les incertitudes que les juridictions n'appartenant pas à la *common law* pourraient éprouver, faute d'avoir la même expérience. Cette décision a été ultérieurement confirmée à une plus large majorité.

L'article Y du Document de travail No 52 (document du Comité de rédaction) a été amendé à la suite d'un débat et il en est résulté l'article 3 du projet d'avril (Doc. pré. No 10).

A la troisième session, tenue en septembre/octobre 1987, la Commission a examiné et rejeté une proposition (Doc. trav. No 66) tendant à ce que (1) le moment auquel le choix est effectué détermine la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle, et à ce que (2) cette loi prime également si au moment de son décès, le défunt n'a plus de lien bien défini avec l'Etat dont il avait précédemment désigné la loi. La préoccupation de certains délégués était que, pour que le pouvoir de choisir ait quelque valeur, il est essentiel que le testateur soit libre d'opter pour une loi dont il sait, au moment où il rédige ses dernières volontés, qu'elle régira son patrimoine; le Document de travail No 66 répondait en grande partie à cette préoccupation. De même les mots «clairement exprimée», qui figurent à présent à l'article 4.2, répondent au désir de la Commission que le *de cuius* fasse savoir sans contestation possible qu'il exerce son choix en faveur d'une loi particulière, quelle que soit la manière dont il s'exprime. Certains experts craignaient que les choix implicites ne fassent leur retour en scène si l'on venait à supprimer l'exigence de la «stipulation expresse» – expression employée à l'article 3.2 du projet d'avril 1987 (Doc. pré. No 10). D'autres ont estimé cependant que, si l'expression était conservée pour souligner avec quelle extrême clarté une loi devait être désignée, d'aucuns pourraient croire qu'une formule particulière quelconque – une «formule magique» – était nécessaire, ce qui serait superflu, d'autant que nombre de testateurs ne bénéficient pas des conseils de juristes. Les mots «choix exprès» paraissaient aussi manifester un formalisme superflu. La portée à donner à l'article introduisant la *professio juris*, et le rôle limité dévolu à celle-ci, étaient très largement fixés vers la fin de la seconde session, et c'est ce que traduit le projet d'avril. Par la

suite les changements ont été secondaires et n'ont porté que sur des détails.

Paragraphe 1

31 Cette disposition précise que, bien que le *de cuius* puisse désigner une loi «pour régir sa succession», son option est limitée à la loi de sa nationalité ou à celle de sa résidence habituelle au moment de son décès. La désignation de toute autre loi est invalide – y compris celle d'une loi de la nationalité ou de la résidence habituelle qui ne serait plus celle du *de cuius* au moment de son décès. S'il est peu probable qu'un changement de nationalité se produise inopinément, en revanche la résidence habituelle légalement parlant peut se modifier à l'insu de l'intéressé. Par exemple, un ressortissant suédois dont la résidence était au Danemark, où il travaillait, passe après sa retraite presque tout son temps dans ce qui était jusque là une résidence d'été aux Baléares, où il réunit en conséquence la plus grande partie de ses biens et où ses parents et alliés lui rendent visite. A sa mort, quatre ans après sa retraite, il laisse un testament rédigé avant sa cessation d'activités dans lequel il a désigné la loi danoise comme devant régir sa succession. Cette désignation peut être invalide, auquel cas il retombe sous l'effet de l'article 3.2, et sa succession est alors régie par la loi suédoise, à moins qu'on ne puisse établir que le défunt avait «des liens plus étroits» avec le Danemark. Si la désignation initiale est considérée comme invalide, il y a des chances pour que l'Etat avec lequel les «liens les plus étroits» existent soit l'Espagne.

Il semble être de la plus haute importance que les Etats appellent l'attention de leurs résidents de longue durée sur le fait que des désignations semblables faites (par exemple) durant leur retraite devraient tenir compte de ce que sera en dernier lieu leur situation successorale.

Dès lors qu'une loi a été désignée en vertu de l'article 4, elle s'applique à l'ensemble de la succession. Autrement dit, elle régit toutes les dispositions des instruments testamentaires valides établis antérieurement à la désignation, et tous les instruments de cette nature rédigés à la même époque ou plus tard. Ces instruments considérés globalement produisent leurs effets au décès du *de cuius* comme étant l'expression de ses «dernières volontés», et la désignation de la loi qui a été faite leur est évidemment applicable.

La question de savoir si une *professio juris* peut on non être faite est bien entendu une question déterminée par la Convention elle-même qui introduit cette nouvelle institution dans les droits des Etats contractants. Par exemple, si une personne ayant la nationalité de Ruritanie – à sa résidence habituelle en France – un Etat contractant – mais dans son testament, désigne la loi de Ruritanie comme régissant sa succession, tous les Etats contractants respecteront ce choix même si le droit international privé de Ruritanie ne permet pas la *professio juris*. En plus de la question de savoir si une *professio juris* peut être faite, des questions peuvent se présenter concernant la validité matérielle d'une *professio juris* dans les cas où un choix a été fait sous influence dolosive, par erreur, etc. Ce problème n'a pas encore été discuté de manière approfondie par la Commission. Il semblerait que ces questions sont régies par la loi choisie (la loi de Ruritanie dans l'exemple qui vient d'être donné).

Paragraphe 2

32 Ce paragraphe semble signifier que, bien qu'un testateur puisse, dans son testament, viser «la loi de ma nationalité» ou «la loi de ma résidence habituelle» comme étant celle qui doit régir sa succession, la question d'une

then chosen law should prevail though there was a subsequent change in the nationality and/or his habitual residence by the *de cuius*, (2) that the chosen law prevail for a period of time after the choice being made, despite a factual change, and (3) that the law of the nationality, being a more settled factor, once chosen should prevail while the chosen habitual residence, given a subsequent factual change, should not prevail. The final decision in favour of the law of nationality or habitual residence at death was made because the substantial majority of experts was of the opinion that the *professio juris* was principally being introduced to lend flexibility to the Convention as a counter to a rather rigid objective connecting factor (article 3). Moreover, the choice of law to govern testate succession was a novel proposition for many States. Keeping in mind the reasons for the adoption in the Convention of *professio juris*, it was important to retain simplicity if the chances of the adoption of the Convention itself by Member States were not to be jeopardized.

By a narrow margin the Commission also voted for the choice of the governing law to be express. Several experts, especially those of a common law background who were accustomed to implied choice, particularly in trusts, supported its adoption in the Convention, and pointed to Article 11 of the 1978 *Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*, but other experts feared the uncertainty that non-common law jurisdictions might experience, being without such familiarity. Later by a larger majority this decision was confirmed.

Article Y of Working Document No 52 (Drafting Committee) was amended as a result of debate, and article 3 of the April draft (Prel. Doc. No 10) was the outcome.

During the third session in September/October, 1987, the Commission considered and rejected a proposal (Work. Doc. No 66) that (1) the time of choice should determine the law of nationality or of habitual residence, and that (2) that law should also prevail unless at his death the deceased no longer had a significant connection with that State whose law he had earlier chosen. Much concern was felt by some delegates that it is crucial to a valuable choice of law power that the testator is free to choose a law which he knows when he makes his will is to govern his estate, and Working Document No 66 was inspired in large part by that concern. Also the language, 'clearly expressed', now in article 4(2), emanated from the Commission's desire that the *de cuius* put it beyond question that he is making a choice of a particular law, in whatever way he chooses to express himself. Some experts were concerned that implied choices might re-enter the scene if the article dropped the requirement of 'express stipulation', the term employed in article 3(2) of the April, 1987, draft (Prel. Doc. No 10). However, others considered that, if this term were retained in order to show with what utter clarity a law must be chosen, it might even suggest that particular words of some kind – 'magic words' – were needed, and that this was surely unnecessary, especially given the fact that many testators do not have access to legal advice. The words 'express choice' also seemed to highlight formality more than is necessary. The scope that should be given the article introducing the *professio juris*, and the limited role it should play, was determined very largely by the end of the second session, as reflected in the April draft. Thereafter the changes were of a secondary, detailed nature.

Paragraph 1

31 This makes it clear that, though the *de cuius* may select a law 'to govern his succession', such choice is limited to his nationality or habitual residence at his death. The choice of any other law is invalid, including a law of nationality or of habitual residence which is no longer the law of the *de cuius* at his death. While a change in nationality is unlikely to occur without occasion, an habitual residence may in law change without the *de cuius* being aware that this is so. For instance, a Swedish national whose residence was in Denmark, the place of his employment, spends nearly all his time during retirement at his one-time summer vacation villa in the Balearic Islands, where he assembles about him as a consequence most of his assets, and his extended family visits him. At his death four years after his retirement, he dies leaving a will drawn prior to his retirement in which he has chosen Danish law to govern his succession. The choice may be invalid, in which case he falls under article 3(2), and his will is governed by Swedish law, unless it can be established that he was 'more closely connected' with Denmark. If the original choice is held invalid, the 'most closely connected' State is likely to be Spain.

It seems it will be most important for States to bring to the attention of their long-time residents that moves of this nature in retirement (for instance) should involve a provision for their ultimate succession situations.

Once a law has been designated under article 4 it governs the whole succession. That is, governs all valid dispositive testamentary instruments drawn earlier than the designation was made, and all such instruments drawn at the same time or later. All such instruments together take effect on the death of the *de cuius* as his 'will', and therefore are obviously subject to the designation.

Whether or not a *professio juris* may be made is, of course, a matter which is determined by the Convention itself, which introduces this new institution into the laws of the Contracting States. For instance, if a national of Ruritania – Ruritania not being a Party to the Convention – is habitually resident in France – a Contracting State – but in his will chooses the law of Ruritania to govern his succession, all Contracting States will respect this choice, even if Ruritanian private international law does not admit *professio juris*. In addition to whether a *professio juris* may be made, there may arise questions as to the substantive validity of a *professio juris* in cases where a choice has been made under undue influence, by mistake, etc. This problem has not yet been discussed in full by the Commission. It would seem that these questions are governed by the chosen law (Ruritanian law in the example just given).

Paragraph 2

32 This paragraph would appear to mean that, though a testator may refer in his will to 'the law of my nationality' or 'the law of my habitual residence' as the law which is to govern his succession, this would not be a

interprétation quant à laquelle de ces lois il entendait désigner ne se poserait pas, car, compte tenu de la possibilité d'un changement de fait, le testateur en question n'aurait pas «clairement exprimé» sa désignation. Si, en revanche, il désigne «la loi de la résidence habituelle de feu mon père» (formulation moins probable), et indique que cette loi correspondra à sa propre résidence habituelle au moment de son décès, il aura «exprimé clairement» son choix, parce que la résidence habituelle de feu son père au moment de son décès est connue avec certitude quand le fils rédige son testament. Si le testateur désigne, par exemple, «la loi de ma résidence habituelle» et si celle-ci ne change pas entre la rédaction du testament et le décès, un tribunal désireux de respecter la désignation, plutôt qu' de retomber sous le régime de l'article 3, sera fortement tenté de considérer le paragraphe 2 comme posant un problème d'interprétation. Il ne peut cependant pas céder à cette tentation. Le paragraphe 2 spécifie que la désignation doit être «clairement exprimée dans une déclaration», ce qui veut dire qu'il ne saurait y avoir d'«expression claire» sur la base de justifications de résidence soumises au tribunal, quand bien même il en résulterait un choix manifeste.

Le fait que la désignation puisse être exprimée dans une «déclaration» signifie qu'elle peut se trouver dans un document comportant un certain nombre d'actes de disposition (un testament) ou en constituer l'entière teneur – c'est-à-dire se concrétiser par un document ayant pour unique objet de désigner la loi applicable. La désignation ne peut être faite dans un acte notarié n'ayant pas la forme d'un testament, dans une annexe à un testament n'ayant pas elle-même un caractère testamentaire, ou dans une lettre aux légataires ou aux héritiers, même si la désignation est «clairement exprimée», même si le testateur est parfaitement informé et même s'il n'y a aucun homme de loi à proximité. Tout dépend toutefois de la forme de disposition testamentaire autorisée par la loi régissant cet aspect. Les «exigences formelles» nécessaires (y compris, semble-t-il, la question de savoir si la «déclaration» peut être verbale) dépendront de la loi résultant des règles de conflit du for, qui peuvent être celles de la *Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, ou ses propres règles quand le for n'a pas adopté cette Convention. L'expression «la forme d'une disposition testamentaire» ne se réfère aucunement au droit interne matériel du for.

Dans certaines juridictions de droit civil un codicille à un testament ne peut contenir que des dispositions mineures et n'a donc pas à revêtir une forme notariée. Il semblerait que, puisqu'un tel codicille constitue une «disposition testamentaire», il réponde aux conditions fixées par l'article 4.2 pour la *professio juris*. Toutefois, il existe une opinion contraire selon laquelle un «véhicule» testamentaire aussi mineur ne suffit pas. C'est un point qui pourra utilement être précisé.

Paragraphe 3

33 La révocation d'une désignation doit (1) être faite par celui qui en est l'auteur et (2) selon la forme approuvée par les règles de conflit du for en cas de révocation d'une disposition testamentaire. Toutefois, bien que le paragraphe ne vise que les révocations qui résultent d'un acte de l'intéressé, notamment: a) l'insertion d'une clause de révocation dans un testament ultérieur, b) la rédaction d'un instrument totalement incompatible avec un instrument testamentaire précédent, mais qui ne révoque pas expressément celui-ci et c) dans certaines juridictions, le fait pour le testateur de brûler, de déchirer ou de détruire le testament de toute autre manière (d'où l'emploi des mots «en la forme»), il convient de souli-

gner que d'autres cas de révocation – en vertu de la loi, par exemple – ne sont pas exclus. Les règles de conflit du for touchant les conditions de forme amèneront à rechercher si une révocation peut revêtir le caractère d'un acte du testateur ou d'une conséquence de la loi et, dans l'affirmative, si elle revêt effectivement ce caractère. Il est manifestement possible de soutenir que le mariage et le divorce sont, chacun de leur côté, des actes du testateur, s'inscrivant dans un cadre particulier, et présentant des «connotations» juridiques. Dans de nombreuses juridictions le mariage annule un testament et, dans certaines, le divorce a le même effet. La Convention n'envisage pas la révocation par l'effet de la loi; elle laisse au for le soin de résoudre la question comme il l'entend. S'il en est ainsi c'est que les manières dont les différentes juridictions traitent de ce sujet sont trop diverses pour que la Convention soit d'une grande utilité à cet égard. Le for peut appliquer la loi successorale, mais il est également possible qu'il fasse appel à la loi du régime matrimonial ou à la loi personnelle du testateur, pour déterminer s'il y a révocation de la clause désignant la loi applicable.

La différence entre le paragraphe 2 et le paragraphe 3 de l'article 4 – à savoir l'exigence d'une désignation «clairement exprimée» dans le premier et l'absence de cette exigence dans le second – s'explique par le fait que bien des systèmes juridiques admettent la révocation implicite d'une disposition testamentaire. La Convention prévoit la révocation implicite.

Article 5

Observations générales

34 Cet article porte sur des questions relevant de la loi successorale. La Commission a eu à sa disposition le Document préliminaire No 8, établi par le Bureau Permanent, et le Document préliminaire No 9, rédigé par l'Observateur du *Commonwealth Secretariat*, sur ce sujet difficile qui englobe la doctrine relative au droit matériel dans chacun des Etats membres. A la deuxième session d'avril 1987 un débat approfondi a permis de constater que la façon dont le terme «succession» est compris varie considérablement entre les pays de droit civil et les pays de *common law* (les pays de droit civil font entrer dans le concept de succession la transmission, l'administration – dans la mesure où celle-ci n'est pas régie par la loi de procédure du for – et la dévolution, alors que les pays de *common law* n'y englobent que la dévolution et renvoient la transmission et l'administration à la *lex fori*). Le débat a également montré qu'il existe des différences appréciables entre les juridictions sur le point de savoir si certaines questions concernent le fond ou la procédure, ou si elles relèvent, par exemple, du droit matrimonial ou du droit contractuel, par opposition au droit successoral. Il a donc été décidé d'énumérer les points essentiels, considérés par tous comme étant du domaine successoral. Une liste dite «positive» serait ainsi établie. Cependant la Convention autoriserait tout Etat contractant à faire entrer d'autres matières dans le cadre de la «succession», selon qu'il en déciderait. La discussion a fait apparaître que, pour certains pays, une partie considérable de ce qu'ils considèrent comme étant du domaine successoral ne figurerait pas dans la liste positive, mais l'on n'en est pas moins parvenu à la conclusion que l'établissement d'une telle liste constituerait un grand pas en avant. La zone qualifiée de «grise» comprendrait les questions de fond, omises de la liste positive, qui peuvent relever ou non de la «succession» selon les juridictions. Néanmoins, le problème de l'interprétation des testaments n'a pas été dé-

matter for interpretation as to which law he intended, because, given the possibilities of a factual change, he has not 'clearly expressed' his designation. If, however, he designates 'the law of my late father's habitual residence' (a less likely expression of his choice), and that law constitutes his own habitual residence at death, he will have 'clearly expressed' his designation, because his late father's habitual residence at death is finally fixed when the son's will is executed. Should the testator choose, for instance, 'the law of my habitual residence' and his habitual residence between will execution and death has not changed, a court anxious to uphold the choice, rather than throw his estate back into article 3, will be sorely tempted to treat paragraph 2 as posing a problem of interpretation. The temptation, however, cannot be yielded to. Paragraph 2 says that the designation must be 'clearly expressed in a statement', which means there cannot be a 'clear expression' in the light of residence evidence before the court, however manifest the choice thus becomes.

The fact that the designation may be expressed in a 'statement' means that the designation can be made in an otherwise dispositive document (a will) or be the sole content of a document, that is, a document originated for the single purpose of designating a choice of law. It cannot be made in a notarized document having other than a testamentary form, by a memorandum in a non-testamentary form attached to the will, or by letter to the executors or heirs, however 'clearly expressed' is the choice, however informed the testator, and however remote the nearest law office. Nevertheless, everything turns on the form of testamentary disposition permitted by the law governing form. The necessary 'formal requirements' (including, it would seem, whether the 'statement' may be in oral form) will be determined according to the law pointed to by the conflict rules of the forum, which may be the *Hague Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*, or its own rules where the forum has not adopted that Convention. The phrase 'the formal requirements of a testamentary disposition' does not refer in any way to the internal substantive law of the forum.

In some civil law jurisdictions a codicil to a will is permitted to contain only minor dispositions, and therefore need not be in notarial form. It would appear that, since such a codicil is a 'testamentary disposition', it would satisfy article 4(2) for a *professio juris*. However, the contrary opinion is that such a minor testamentary vehicle is not enough. This might usefully be clarified.

Paragraph 3

33 Revocation of a choice of law must (1) be made by the maker of the choice, and (2) be in a form approved by the conflict rules of the forum for the revocation of a testamentary disposition. However, though the paragraph refers only to revocations by act of the maker, as, for example, (a) the incorporation of a revocation clause in a later will, (b) the execution of an instrument which is wholly incompatible with an earlier testamentary instrument, but which does not expressly revoke that earlier instrument; and (c) in some jurisdictions the burning, tearing or other physical destruction of the will by the maker (hence the words 'as to form' instead of 'formal'), it should be observed that the paragraph does not

exclude revocation by other occurrences, such as operation of law. The conflict rules of the forum as to the formal requirements will lead to a determination as to whether a revocation may take the character of, and, if so, by act of the maker or by operation of law. It is clearly arguable that marriage and divorce are each acts of the testator in a particular setting having legal connotations. In many jurisdictions marriage revokes a will, and in some jurisdictions divorce also revokes a will. The Convention does not cover the subject of revocation by operation of law; it leaves the matter to the forum to handle the subject as it will. It does this because there are too many variations in the way different jurisdictions treat this subject for the Convention to be of much value on the point. The forum may refer to the succession law, but it is also possible that it would instead refer to the matrimonial law or the personal law of the testator, as to whether there is a revocation of the choice of law clause.

The relationship between the requirement of article 4(2) that the designation 'be clearly expressed', and the absence of this language in article 4(3) concerning revocation, is explained by the fact that many legal systems allow implied revocation of a testamentary disposition. The Convention provides for implied revocation.

Article 5

General comments

34 This article is concerned with the topics which fall within the scope of the law of succession. The Commission had the advantage of Preliminary Document No 8, prepared by the Permanent Bureau, and Preliminary Document No 9, prepared by the Observer of the Commonwealth Secretariat, on this difficult subject which embraces substantive doctrine in each of the Member States. At the second session in April, 1987, a full discussion underlined that there is a considerable diversity of understanding between civil law and common law countries as to the meaning of 'succession' (within that concept civil law countries include transmission, administration – to the extent that this is not governed by the procedural law of the forum – and devolution, while common law countries include devolution only, assigning transmission and administration to the *lex fori*). It also underlined that there are significant differences between jurisdictions in the classification of issues as being substance or procedure, or as falling, for instance, into matrimonial law or contract as opposed to succession. It was therefore decided to list 'core' matters that all would regard as matters of succession. There would thus be developed a so-called 'positive' list. However, the Convention would allow for any Contracting State to include other matters within 'succession'; if and as the State chose. The discussion revealed that for some countries a considerable part of what they regard as 'succession' would not be included in the positive list, but it was nevertheless concluded that a significant step forward would be made with the formulation of such a list. The so-called 'grey area' would be those substantive topics, omitted from the positive list, which may or may not be included within 'succession', depending on the jurisdiction. However, the problem of the interpretation of wills was not discussed with regard to this article, and remains to be examined at the Sixteenth Session.

battu à propos de cet article et restera à examiner au cours de la Seizième session.

La liste positive comprend des cas de successions testamentaires et de successions *ab intestat*.

Paragraphe 1

35 Ce paragraphe établit un lien entre les articles 3 et 4 en soulignant que ces articles concernent tous deux la façon de déterminer la loi applicable. Il les associe en outre à l'article 5 lui-même, dont l'objet est de spécifier les matières que les Etats contractants doivent considérer comme relevant de la «succession».

L'expression «l'ensemble des biens de la succession» doit s'interpréter comme signifiant tous les biens du défunt après prélèvement de ceux auxquels le conjoint survivant aurait éventuellement droit en vertu d'un régime matrimonial. «L'ensemble des biens» souligne également que la Convention veut créer l'unité de la succession. Que les biens soient meubles ou immeubles, la succession les concernant est régie par une seule loi. Cet article de l'avant-projet est le seul qui se réfère au principe de l'unité et il est possible que cette référence modeste de l'avant-projet ignore un problème. La juridiction du lieu de la situation des biens aura besoin d'une preuve suffisante de la loi étrangère applicable, spécialement pour ce qui est des immeubles situés sur son territoire. L'administration publique et les compagnies d'assurances de titres de propriété (et même les notaires et hommes de loi spécialisés dans la rédaction des actes translatifs de propriété) demanderont la preuve que le droit de succession dont on prétend l'existence en vertu de la loi applicable existe effectivement. L'avant-projet n'exige pas la production d'une décision déclaratoire par le juge ou autre autorité de l'Etat de la loi applicable concernant les règles de succession émanant de cette loi.

Paragraphe 2

Alinéa a

36 Cette première disposition vise à définir les personnes appelées à hériter, ce qu'elles héritent, et éventuellement à quelles conditions. Lesdites personnes succèdent en tant qu'héritiers ou légataires, ou, dans le système de la *common law*, en tant qu'héritiers ou bénéficiaires testamentaires de *realty* (*devises*) ou de *personalty* (*legatees*). Par «parts respectives» on entend la quotité de la succession, ou les biens particuliers provenant de la succession, auxquels l'héritier ou le légataire a droit; le mot «part» inclut les notions de réserve, de légitime et de «*forced share*» dans la mesure où ce droit ne s'étend pas à des biens spécifiques. «Les charges qui leur sont imposées par le défunt» visent les conditions ou obligations personnelles dont le défunt assortit le droit d'héritage particulier, c'est-à-dire les conditions et obligations imposées au bénéficiaire désigné auquel des biens sont dévolus en vertu du testament. «Les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès» concernent les titres à des biens précis ou à une portion du patrimoine, là encore quels que soient les termes du testament et qu'il y ait eu ou non testament, en vertu des notions de «*forced share*» et de *homestead*. L'alinéa met cependant l'accent sur les personnes titulaires de droits semblables, et qui ont donc la qualité d'héritiers réservataires. «Les attributions prélevées ... par une autorité judiciaire ou par une autre autorité» visent le pouvoir reconnu à un tribunal dans les juridictions de *common law*, ou à un tribunal administratif dans certaines autres juridictions, de procéder à des attributions discrétionnaires. Quels que soient les termes du testament, et en cas d'intestat dans certaines juridictions,

«une autorité judiciaire ou ... une autre autorité» attribuera des biens compris dans la succession, modifiant ainsi l'ordre et la quotité de la succession *ab intestat*, à des personnes faisant ou ayant fait partie de la famille rapprochée du défunt ou qui étaient à sa charge. Certaines juridictions comprennent à ce titre un ancien conjoint, ou la personne qui vit avec le défunt au moment de son décès (ou qui a vécu avec lui dans le passé) ainsi que les rapports résultant d'une telle cohabitation.

L'alinéa ne vise pas les prélèvements exceptionnels qui, dans certaines juridictions, peuvent être faits sur la succession afin de porter secours à diverses personnes dans le besoin, par exemple le conjoint survivant et les enfants. Toutefois, s'il ne s'agit pas ici des droits issus de régimes matrimoniaux et qui se concrétisent au décès, l'alinéa couvre en revanche les pensions alimentaires imputables à la succession.

A la troisième session de la Commission les notaires se sont préoccupés du problème des décès simultanés de deux ou plusieurs personnes, proches selon la loi ou en fait, et victimes d'un même accident. Cependant, les présomptions de survie étant de caractère procédural, et les personnes décédées pouvant aussi avoir eu, au moment de leur décès, leur résidence habituelle dans des Etats différents, il semble avoir été admis que les *commorientes* ne sont pas visés par cet article. Par conséquent, il semblerait, que les *commorientes* soient en dehors du domaine de la Convention envisagée.

Soit dit en passant, il aurait peut-être été plus clair pour le praticien que cet alinéa ne concerne que les «personnes» et que «leurs parts respectives et les charges qui leur sont imposées par le défunt» se trouvent dans un alinéa distinct qui viendrait ensuite, puisqu'il s'agit de biens faisant partie de la succession. Le mot «*them*» dans le texte anglais présente aussi une certaine ambiguïté. S'agit-il des parts ou des personnes? Des conditions sont imposées aux biens; les obligations personnelles à la charge du bénéficiaire sont imposées à la personne. Les résultats sont différents – du moins dans les juridictions de *common law*. Dans le même esprit, «les autres droits» auraient pu s'appliquer plus clairement aux personnes. L'alinéa *d* paraît, dans une certaine mesure, tautologique; il concerne manifestement les biens et, aux yeux du praticien, pourrait sembler s'appliquer aux «autres droits sur la succession», mais cette fois du point de vue patrimonial. Si le praticien relit l'alinéa *a*, il ou elle pourra conclure que l'alinéa *d* vise quelque chose de tout différent. Néanmoins, si l'alinéa *a* concerne surtout les personnes, comme cela paraît évident, il serait naturel d'interpréter largement la portée de la référence aux biens qui figurent à l'alinéa *d* – quelles que soient la quotité disponible, les réserves ou les restrictions.

Alinéa b

37 Cet alinéa met l'accent sur des personnes qui seraient bénéficiaires de la succession mais qui, pour des raisons mentionnées, perdent leurs droits à l'héritage. Par «exhérédation» on entend toute circonstance dont il résulte que le bénéficiaire (c'est-à-dire toute personne, qui, à quelque titre que ce soit, viendrait à la «succession» du défunt, qu'il y ait eu ou non testament) est privé des droits successoraux dont il aurait normalement bénéficié. Le terme «*disinheritance*» dans le texte anglais semble couvrir aussi bien l'exhérédation forcée que l'exhérédation volontaire (par exemple un refus, une renonciation et un rejet du testament); en effet certaines formes d'exhérédation forcée rencontrées dans les Etats membres sont sans rapport avec l'«indignité successorale». Cette dernière expression vise les cas où l'héritier ou le légataire (en fait tout bénéficiaire putatif) attende

The positive list embraces the circumstances of both testate and intestate succession.

Paragraph 1

35 This paragraph ties together articles 3 and 4, emphasizing that both are concerned with the modus of determining the applicable law. It associates both articles with the present article whose task is to set out those topics which Contracting States must regard as falling under the heading of 'succession'.

The phrase 'all assets of the estate' is to be interpreted as meaning all the deceased's assets after matrimonial property, to which the surviving, or other, spouse is entitled, has been taken out. 'All assets' also underlines that the Convention is concerned to bring about the unity of succession. Whether assets are movable or immovable, succession to them is governed by a single law. This is the only article in the preliminary draft which refers to the unity principle, and possibly with such a limited reference this draft overlooks a problem. The jurisdiction of the situs needs adequate proof of the foreign applicable law, especially for immovables within its borders. Public offices and title insurers (as well as conveyancers) will require proof that the succession rights alleged to exist under the applicable law do in fact exist. The draft makes no requirement for the origination of a declaratory order by a court or other authority within the State of the applicable law concerning the succession that law mandates.

Paragraph 2

Sub-paragraph a

36 This first sub-clause is concerned with the ascertainment of the *persons* who are entitled to inherit, what it is they inherit, and on what terms, if any. They will take as heirs or legatees, and in the common law system as heirs or testamentary beneficiaries or realty (devisees) or personalty (legatees). 'Respective shares' means the quantum of the estate, or particular assets from the estate, to which the heir, legatee or devisee is entitled; 'share' would include the reserve, '*légitime*', and forced share entitlement, to the extent that that entitlement does not relate to specific assets. 'Obligations imposed upon them by the deceased' would refer to conditions or personal duties which the deceased attaches to the particular right of inheritance, that is, imposed on the described beneficiary taking under the will. 'Other succession rights arising by reason of death' refers to rights to specific assets or a quantum of assets, again regardless of the terms of the will and whether the deceased dies testate or intestate, under the concept of 'forced shares' and homestead. However, this sub-paragraph is emphasizing the persons who have such rights, and who are thus enforced heirs or inheritors to the deceased's estate. 'The provision by a court or other authority' refers to the power of the court in common law jurisdictions, or of an administrative tribunal in some other jurisdictions, to make awards at the discretion of the court or tribunal. Regardless of the terms of the will and in some jurisdictions when there is an intestacy, the 'court or other authority' will award assets from the estate, thus varying the order and quantum of intestate succession, to persons in the immediate or one-time

close family of the deceased or who were dependants of the deceased. Some jurisdictions include a former spouse, and the cohabitee at the death of the deceased (or a past cohabitee) and issue of such cohabitation relationships.

It is not intended that this sub-paragraph include emergency provision which may be made out of the estate in some jurisdictions for the relief of need of certain persons, e.g., surviving spouse and children, but, while it is not intended to cover matrimonial property rights arising on death, alimony and maintenance payments out of the estate are included in this sub-paragraph.

A notarial concern was expressed during the Commission's third session over the problem of simultaneous deaths or deaths of two or more persons, related in law or in fact, in a common disaster. However, because the presumptions of survivorship are procedural, and the deceased persons may also have had habitual residences at death in different States, the conclusion appears to have been accepted that *commorientes* should not be referred to in this paragraph. *Commorientes* should therefore be regarded, it would seem, as falling outside the scope of the proposed Convention.

By way of an observation at this point, it might have been more clear for the practitioner had this sub-paragraph been concerned solely with 'persons', and then 'their respective shares and the obligations imposed upon them by the deceased', since this concerns property in the estate, had been placed in a separate and following sub-paragraph. The word 'them' may also be ambiguous, at least in the English text. Does it refer to the shares or to the persons? Conditions are imposed on the property; personal obligations to be undertaken by the beneficiary are imposed on the person. The results, at least in common law jurisdictions, are different. In a similar vein, the emphasis as to 'other succession rights' might have been placed on persons. Sub-paragraph *d* may appear somewhat tautologous; this clearly refers to property, and may seem to the practitioner to cover 'other succession rights' again, but this time from the point of view of property. If the practitioner reads sub-paragraph *a* once more, he or she may conclude that sub-paragraph *d* is concerned with something quite different. However, if sub-paragraph *a* had an obvious emphasis on persons, the broad scope of the *property* reference in sub-paragraph *d* – whatever the disposability, the indefeasibility or the restrictions – would be a natural interpretation.

Sub-paragraph b

37 The emphasis of this sub-paragraph is upon persons who would be beneficiaries of the estate of the deceased, but who for reasons set out in the sub-paragraph lose the right of inheritance. 'Disinheritance' refers to any circumstance under which the beneficiary (using that term to embrace any person who in whatever capacity 'succeeds' to the estate of the deceased, whether on testacy or intestacy) is deprived of the succession which he would have otherwise enjoyed. 'Disinheritance' would appear to cover both forcible disinheritance and disinheritance by choice (e.g., disclaimer, renunciation, and election against the will), since some forms of forcible disinheritance in Member States are not 'disqualification by conduct'. The latter term would include such circumstances as the heir, legatee or devisee (indeed any would-be beneficiary) who criminally takes the life,

de manière criminelle à la vie du défunt ou se fait le complice d'un tel attentat. Le texte français exclut clairement l'exhérédation volontaire de la part de l'ayant droit.

Alinéa c

38 Le but de cet alinéa est de faire en sorte que, dès lors qu'un bénéficiaire qualifié est connu et a droit à une part de la succession ou à l'un des biens qui en font partie, la loi applicable à la succession s'applique pour déterminer si, dans quels cas et dans quelle mesure, ce bénéficiaire a des comptes à rendre. Il peut être tenu d'énumérer, aux fins du calcul de la masse successorale, les libéralités que lui a faites le défunt durant sa vie, et de faire prendre en compte lesdites libéralités ou versements faits à lui par le défunt, ou les autres legs visés dans le testament, afin de déterminer ce qui lui revient sur la succession. L'alinéa ne porte que sur les questions relatives au calcul de la masse successorale aux fins de sa répartition entre les bénéficiaires. Il ne concerne pas la manière dont les bénéficiaires peuvent avoir à rapporter des libéralités excessives; ce sujet sort du cadre de la Convention. A titre d'exemple d'un problème qui relèverait de l'alinéa, un fils peut avoir reçu de son père, pendant la vie de celui-ci, des sommes importantes pour l'assister dans ses affaires ou dans l'exercice de sa profession, alors que dans son testament, le père – en l'occurrence un veuf – partage son patrimoine également entre ses trois enfants. La loi applicable déterminera si, et dans quelle mesure, le fils doit rapporter ce qu'il a reçu pendant la vie du défunt au moment de la détermination des parts de chaque enfant.

La loi applicable déterminera aussi la validité d'une clause testamentaire obligeant un bénéficiaire à rapporter des libéralités reçues du testateur pendant la vie de celui-ci.

Toutefois, si le bénéficiaire d'une libéralité entre vifs faite par le testateur n'était pas obligé, au décès de celui-ci, de prendre en compte (de rapporter) cette libéralité en vertu de la loi qui eût régi la succession si le testateur était mort aussitôt après la libéralité, alors que cette loi a changé en fait au moment du décès du testateur, des problèmes pourraient se poser. Si la libéralité n'est pas un pacte successoral en vertu de la loi antérieure, mais si la loi successorale effectivement applicable impose l'obligation de rapport, il semblerait que la Convention oblige le donataire à faire ce rapport. Il en est ainsi parce que la loi applicable en vertu de la Convention est la *lex successionis* au moment du décès.

Alinéa d

39 Cet alinéa porte sur des points qui concernent la liberté de tester et les droits successoraux déterminés par la loi ou par un procédé juridique, droits que le testateur n'a pas la liberté d'enfreindre par son testament. L'accent est mis sur le caractère inaliénable d'une portion du patrimoine, ou d'avoirs spécifiques en faisant partie. Dans le Document de travail No 27, alinéa f, le Comité de rédaction a proposé d'examiner une disposition ainsi libellée: *la quotité disponible et les réserves et autres protections de certains membres de la famille du défunt*. Dans le Document préliminaire No 10, article 4.3 c, la formule était: *... les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort*. En anglais «... *indefeasible interests and other restrictions on testamentary disposition*». Pour finir, dans l'avant-projet adopté le 8 octobre 1987, le texte anglais a été remanié de nouveau pour se lire: «... *indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon*

death», le texte français restant inchangé. Le Document de travail No 27 fait bien ressortir l'intention, mais les membres de la Commission ont craint que la formulation ne soit pas suffisamment large pour s'appliquer à la fois aux systèmes de droit civil et de *common law*. Dans le Document préliminaire No 10 la référence aux restrictions était plus large, mais l'alinéa risquait d'être interprété comme incluant les droits des créanciers, et l'on s'est efforcé de réintroduire l'idée qu'il s'agit ici de savoir si le testateur essaie de tourner la réserve, la légitime, les *forced shares*, ou l'attribution discrétionnaire par les tribunaux de biens à certaines personnes en recourant à des pactes successoraux, *succession agreements*, et *contracts to bequeath or devise*, ainsi qu'à des dispositions testamentaires.

Il est présumé que les questions afférentes aux régimes matrimoniaux seront résolues par la loi appropriée qui les gouverne, et que ce n'est qu'après cela que la portion dont le testateur peut disposer serait connue. La Convention concerne cette masse disponible.

Alinéa e

40 Il a déjà été fait mention de cet alinéa dans le commentaire de l'article premier (voir le paragraphe 19 de ce Rapport, *supra*). Cette disposition a été insérée au bénéfice des praticiens, et souligne que, dans l'esprit des délégués, les questions de procédure, voire de forme, ne doivent pas être considérées comme entrant dans le domaine de la Convention.

Paragraphe 3

41 Le paragraphe 1 de l'article 5 ayant énoncé la formule générale quant à l'applicabilité de la loi déterminée par les articles 3 et 4, et le paragraphe 2 ayant énuméré les matières spécifiques que les Etats contractants sont tenus de considérer comme régies par la loi applicable, le paragraphe 3 complète cette structure tripartite en soulignant que rien, dans l'article, n'empêche un Etat contractant d'appliquer les termes de la Convention à toute autre matière qui, d'après sa conception de la «succession», rentrerait dans le cadre de la Convention. Ce paragraphe pourrait être appliqué plus spécialement par les pays de droit civil, pour qui, comme on l'a vu, la «succession» comprend la transmission et, dans certains cas, l'administration en plus de la dévolution. Ces pays peuvent donc faire entrer dans le cadre de la Convention la question du passif s'ils le jugent approprié.

Le rapport entre les articles 3 et 4

42 Le texte de la Convention autorise le testateur à choisir une loi unique régissant sa succession, option qui s'applique ensuite à la totalité de cette succession, qu'elle ait été faite en un seul instrument ou en plusieurs. La Commission a cependant décidé, après un débat approfondi, que le texte ne concernerait pas la situation du testateur qui, dans son instrument unique, entendrait choisir deux ou plusieurs lois pour régir des aspects différents de son patrimoine ou des biens situés en différents endroits. Le choix de deux ou plusieurs lois est tout simplement interdit. La Commission a également décidé que la Convention ne s'appliquerait pas au cas où, par exemple, le testateur, disposant de biens différents dans des juridictions différentes, voudrait faire un testament pour chacune de ces juridictions. Bien que tous ces instruments constituent ensemble son «testament», on voit souvent dans cette situation un exemple de «testaments multiples».

En faisant des testaments multiples, dans la situation juridique actuelle, le testateur veut habituellement s'as-

or aids and abets the taking of the life, of the deceased. The French text clearly excludes disinheritance by choice.

Sub-paragraph c

38 The purpose of this sub-paragraph, once a qualified beneficiary is established as entitled to a share or to assets in the estate, is to render subject to the applicable law of succession all questions concerning whether, and, if so, in what circumstances and to what extent the beneficiary has to account. He may be required to list, for the benefit of the deceased's estate, gifts received from the deceased during his lifetime, and to bring into account such gifts or other lifetime transfers by the deceased to the beneficiary, or other legacies in the will, for the purposes of the determination of what the beneficiary is to receive from the estate. The sub-paragraph is solely concerned with issues involving the calculation of the size of the deceased's estate for the purposes of distribution to beneficiaries. It is not concerned with questions relating to accounting by beneficiaries for excessive gifts; these matters lie outside the scope of the Convention. As an example of an issue that would fall within the sub-paragraph, a son may have received substantial sums from his father during the father's lifetime to assist the son in his business or chosen profession, and in his will the father, a widower, divides his estate equally between his three children. The applicable law will determine whether, and, if so, to what degree the son must account for his lifetime receipts when the quantum of each child's share is being determined.

The applicable law would also determine the validity of a clause in the will requiring a beneficiary to bring into account gifts made by the testator during the testator's lifetime.

However, if a donee of an *inter vivos* gift from the testator was not required on the testator's death to account (the duty of *rappor*t) for that gift under the law that governed the testator's succession had he died the moment after the gift, but that law has in fact changed when the testator does die, problems might arise. If the gift is not a *pacte successoral* under the earlier law, but the actual succession law does impose the obligation to account, it would appear that the Convention obligates the donee to account. This is because the Convention's applicable law is the *lex successionis* at death.

Sub-paragraph d

39 This sub-paragraph is concerned with issues involving freedom of testation, and succession rights which are determined by law or by legal process, these being rights which the testator by his will cannot deny. The emphasis is upon the inalienability of a portion of the estate property, or specific assets within the estate. In Working Document No 27, paragraph *f*, the Drafting Committee proposed for discussion a provision which ran as follows: *the disposable portion of the estate, the inalienable shares and other modes of family protection*. In Preliminary Document No 10, article 4(3)(c), this was worded: *... inalienable interests and other restrictions on testamentary disposition*. Finally, in the preliminary draft adopted on 8 October, 1987, a further rewording took place: *... inalienable interests and other restrictions on dispositions of property upon death*. Working Document No 27 demonstrates what was intended, but Commission members were anxious lest the

phrase should not be sufficiently embracing of both civil and common law systems. Preliminary Document No 10 in its reference to restrictions was wider, but exposed the sub-paragraph to the interpretation that it included creditors' rights, and the preliminary draft attempted to bring back the notion that the sub-paragraph is concerned with whether the testator is avoiding reserve, *légitime*, forced shares, or judicial discretionary allocation of assets to certain persons by succession agreements and contracts to bequeath or devise, as well as by dispositions in his will.

It is presupposed that questions about matrimonial property would be determined by the appropriate law governing such questions, and only thereafter would the quantum of the testator's disposable estate be known. The Convention concerns that disposable estate.

Sub-paragraph e

40 Reference has already been made to this sub-paragraph in the previous discussion of article 1 (see paragraph 19 of this Report, *supra*). It is inserted for the convenience of practitioners, and underlines a concern of delegates that questions of procedure, and possibly of form, should not be thought to be subject to the Convention.

Paragraph 3

41 Article 5, paragraph 1, having set out the general formula as to the applicability of the law determined by articles 3 and 4, and paragraph 2 having listed specific matters that Contracting States must regard as governed by the applicable law, paragraph 3 concludes the tripartite structure by underlining that nothing in the article prevents a Contracting State from applying the terms of the Convention to any other matter that under its conception of 'succession' falls within the scope of the Convention. A primary application of this paragraph may be made by civil law countries, whose notion of 'succession', as previously noted, includes transmission and in certain cases administration, as well as devolution. Such countries may therefore bring the subject of liabilities within the Convention, if to them this seems appropriate.

The interrelationship between articles 3 and 4

42 The text of the Convention permits the testator to choose one law only to govern his succession, and that choice will then govern the whole of his succession, whether contained in one instrument or in two or more instruments. However, the Commission decided, following close discussion of the matter, that the text would not address the situation where the testator in his one instrument purports to choose two or more laws to govern different aspects or differently located assets in his estate. A choice of two or more laws is simply not permitted. It was also decided that the Convention would not provide for the situation where, because, for instance, the testator has different assets in different jurisdictions, he chooses to execute a will in each of those jurisdictions. Though each of those instruments together constitutes his 'will', the latter situation is commonly referred to as a circumstance of 'multiple wills'.

In executing multiple wills in today's legal circumstances, the testator is usually anxious to make sure

surer que la loi locale s'appliquera dans chacune des juridictions. Ce qui lui permet de prévoir comment non seulement la dévolution mais aussi la transmission et l'administration de ses biens sera réalisée dans chaque cas. Le testateur penchera plus particulièrement pour des testaments multiples quand les éléments de son patrimoine, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles, se trouvent à la fois dans des juridictions de droit civil et dans des juridictions de *common law*. Le praticien local, dans chacune de ces juridictions, n'a qu'à appliquer la loi locale; il ne se préoccupe pas de l'effet éventuellement incertain des règles locales de conflit sur un instrument unique, d'une forme peut-être étrangère, et qui régit aussi la succession à des biens situés dans d'autres Etats ou juridictions. Quant au testateur, il cherche à éviter les délais et les frais qu'entraînerait un recours aux tribunaux.

En revanche, le testateur peut décider d'employer un seul instrument et de laisser, aux fins de la succession, la loi locale s'appliquer aux avoirs qu'il possède dans chaque juridiction. Il peut attribuer les biens se trouvant dans chacune des juridictions aux bénéficiaires qui y résident.

43 Si l'avant-projet était adopté comme Convention dans l'une quelconque des juridictions en question, de nouvelles difficultés pratiques surgiraient. Une seule loi peut être désignée (article 4), et elle régit la totalité de la «succession», quelle que soit la situation des différents avoirs. Si deux ou plusieurs lois ont été désignées, et si un seul instrument a été utilisé, le praticien se trouvant dans l'Etat contractant ou un tribunal de cette juridiction conclura peut-être qu'aucun choix valable n'a été fait et que l'article 3 détermine par conséquent la loi applicable. Autre éventualité: la conclusion sera peut-être qu'il faut donner suite autant que possible à la *professio juris* exercée, de sorte que le tribunal, suivant sa propre inspiration, retiendra éventuellement l'une des lois désignées pour l'appliquer aux aspects du testament qui sont couverts par l'article 5, paragraphe 2. Toutefois, si le testateur a désigné différentes lois comme s'appliquant, non pas aux biens se trouvant dans des juridictions différentes, mais à divers aspects (au sens de l'énumération de l'article 5.2) de ses affaires successorales, alors l'Etat contractant conclura peut-être que, puisqu'un aspect cité dans le testament comme devant être régi par la loi désignée exclue est considéré dans la loi de l'Etat saisi comme constituant une «succession», alors la loi désignée acceptée peut s'y appliquer également. L'article 5, paragraphe 3, est forcément permissif dans de telles éventualités. L'article 3 fournirait alors la loi applicable aux éléments qui ne constitueraient pas une «succession» en vertu de la loi du for (c'est-à-dire l'Etat saisi de la question).

Ce résultat, dans le cas d'un testament énumérant différents aspects, risquera plus particulièrement de se produire lorsque le for est une juridiction de droit civil. L'attitude à l'égard de la désignation de deux lois pourrait être différente, et la conception de la «succession» serait différente, si l'instrument unique devait être considéré par le for d'un Etat contractant de *common law*. De plus, le débat qui s'est déroulé à la Commission durant la deuxième session (P.-v. No 14) au sujet de l'article 5 (actuel) a révélé à quel point les conceptions différentes parmi les Etats membres à propos des éléments, qui, pour chacun d'eux, font partie de la «succession». Entre-temps, si la Convention n'était pas adoptée par un grand nombre d'Etats, il est plus que probable que les biens du testateur seraient disséminés entre Etats contractants et non contractants.

Pour en venir aux testaments multiples (consistant en instruments testamentaires distincts pour chacune des

juridictions où des biens doivent être transmis, administrés et dévolus), et en supposant encore une fois que l'avant-projet aboutisse à la Convention, le praticien d'un Etat contractant qui est amené à s'occuper du «testament» relatif aux biens se trouvant dans son propre Etat devra être informé de l'existence et de la teneur des «testaments» rédigés par le *de cuius* dans d'autres pays. Dans l'état actuel des choses, chaque testament fait habituellement mention de l'existence d'autres dispositions testamentaires, de manière à en harmoniser l'administration. Quand le praticien s'en avise, lui-même ou les tribunaux de son Etat doivent trancher la question qui a déjà été évoquée, celle de savoir laquelle des lois désignées, s'il y a eu effectivement désignation, serait applicable. Le praticien ou le tribunal doivent prendre leur décision tout en sachant que les autres Etats pourront fort bien parvenir – et dans certains cas parviendront nécessairement – à des conclusions différentes en ce qui concerne les «testaments» et les biens présents dans leurs juridictions.

On a déjà évoqué (paragraphe 23, *supra*) la situation du *de cuius* qui a choisi une loi comme régissant son testament, mais meurt partiellement intestat. Comment les articles 3 et 4 s'appliquent-ils dans une situation semblable?

Ces difficultés ont été passées en revue lors de l'examen du Document de travail No 76 et, à une étroite majorité, la Commission a décidé d'approfondir l'ensemble de la question. Cet examen devra être effectué à la Seizième session en octobre 1988.

Il est certain que des difficultés se présenteront en raison des conclusions diverses auxquelles aboutiront les différentes juridictions en ce qui concerne la distinction entre droit matériel et conflits de lois, et la ligne de démarcation qui sépare les questions d'interprétation et les questions de conflit de lois. Il semblerait que, d'un point de vue pratique, le choix fait par la Commission en faveur d'une *professio juris* limitée et de l'élimination de la scission, ainsi que sa volonté d'éviter le dépeçage, ont suscité des problèmes qu'aggrave l'étendue relativement faible de la marge d'accord entre les systèmes juridiques et les juridictions quant à ce que recouvre la «succession». Tout en restant dans le même état d'esprit que la Commission spéciale, la Seizième session pourra éventuellement conclure que pour résoudre les problèmes spécifiques évoqués dans le présent paragraphe du Rapport, des dispositions devront être insérées dans le texte de la Convention.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

44 Ce chapitre concerne non plus le testament unilatéral et révocable qu'envisageait jusque-là la Convention mais (1) les accords entre deux parties sur une succession future (pactes successoraux) et (2) les testaments de parties différentes ayant un caractère de réciprocité en ce sens que chacune des parties confère à l'autre un avantage successoral en escomptant qu'une personne tierce profitera des deux testaments (testaments mutuels ou testaments conjonctifs). De tels testaments peuvent être faits en un document ou en plusieurs. Les pactes successoraux comprennent (1) l'engagement unilatéral, à savoir la promesse de laisser des biens à un autre par voie de libéralité et (2) le contrat bilatéral, à savoir une promesse analogue de laisser des biens à un autre, mais moyennant contrepartie. Une note extrêmement utile sur les pactes successoraux (Doc. prélim. No 11 daté d'août 1987) a été rédigée par le Bureau Permanent à la demande de la seconde session de la Commission, et une discussion approfondie a eu lieu pendant la troisième session, au cours de laquelle, après plusieurs réexa-

the local law will apply in each of those jurisdictions, so that he can predict in each how both the devolution, and also the transmission and administration, of his assets will be determined. He will particularly select multiple wills when his estate assets, whether movables or immovables, are located in both civil law and common law jurisdictions. The local practitioner in each has only to apply local law; he is not concerned with the possibly uncertain impact of local conflict rules upon a single instrument, possibly in foreign form, that also governs the succession to assets located in other States or jurisdictions, and the testator avoids for his estate the risk of delay and cost attendant upon court applications.

In the alternative, and nevertheless, the testator may decide to employ one instrument, and to leave the local law, for the purposes of succession, to apply to his assets, in each jurisdiction where they are located. He may match assets in each jurisdiction with beneficiaries in that jurisdiction.

43 Were the preliminary draft to be adopted as the Convention in any of the jurisdictions in question, new and practical difficulties arise. Only one law may be chosen (article 4), and it governs the whole of the 'succession', wherever assets may be. If two or more laws have been chosen, and a single instrument has been employed, the practitioner in the Contracting State or a court in that jurisdiction may conclude that no valid choice has been made, and that article 3 therefore determines the governing law. Alternatively, it may be concluded that an exercised *professio juris* should be given effect so far as possible, and then the court according to its own devices may select one of the chosen laws to apply to those matters in the will that are covered by article 5, paragraph 2. However, if the testator has chosen different laws to govern, not the assets in different jurisdictions, but different aspects (*i.e.*, in the sense of article 5(2) enumeration) of his testamentary affairs, then the Contracting State may conclude that, since an aspect enumerated in the will to be governed by the rejected chosen law is considered in the law of the State considering the matter to constitute 'succession', then the accepted chosen law might apply to that aspect also. Article 5, paragraph 3, is necessarily permissive in these circumstances. Article 3 would then supply the applicable law for those matters not constituting 'succession' under the law of the forum (*i.e.*, the State considering the matter).

The above result for a will enumerating different aspects will be particularly likely when the forum is a civil law jurisdiction. A different attitude towards the choice of two laws may occur, and a difference in the conception of 'succession' would occur, if the single instrument came to be considered by a common law Contracting State forum. Moreover, the debate in the Commission during the second session (Minutes No 14) concerning article 5 (as it now is) revealed what diversity of approach there is among Member States as to what topics for each of them fall within 'succession'. Meanwhile, it is more than likely, should the Convention not be adopted by many States, that the testator's assets may straddle both Contracting and non-Contracting States.

Turning to multiple wills (*e.g.*, a separate will instrument for each jurisdiction where there are assets to be

transmitted and administered, and to devolve), and again assuming the preliminary draft becomes the Convention, the practitioner in a Contracting State concerned with the 'will' that deals with the assets in his own State must learn of the existence and contents of 'wills' of the testator in other States. As things stand today, the existence of the other will or wills is usually mentioned in each will, in order to harmonize administration. When he discovers this information, he or the courts of his State must now decide the already discussed question, namely, which, if any, of the chosen laws is the governing law. He or the court must do this in the knowledge that the other States, as to the 'wills' and the assets in their several jurisdictions, whether Contracting or non-Contracting States, may well come – in some cases, must come – to different conclusions.

Reference has already been made (paragraph 23, *supra*) to the situation where the *de cuius* chooses a law to govern his will, but dies partly intestate. How do articles 3 and 4 apply in these circumstances?

These difficulties were canvassed during the consideration of Working Document No 76, and by a narrow majority the Commission voted to study the whole subject further. This study remains to be made at the Sixteenth Session in October, 1988.

No doubt the difficulties will arise because of the varying conclusions as between jurisdictions in the distinction between substantive law and conflicts law, and the line between matters of interpretation and matters of the conflict of laws. It would seem that from a practical point of view the Commission's dedication to a limited *professio juris* and the elimination of scission, as well as its determined wish to avoid *dépeçage*, have led to problems which are compounded by the relatively limited area of agreement between legal systems and jurisdictions as to the scope of 'succession'. While remaining of the same frame of mind as the Special Commission, the Sixteenth Session may nevertheless conclude that, as to the specific problems raised in this paragraph of the Report, some provision is needed in the text of the Convention.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

44 This chapter is concerned, not with the unilateral revocable will for which to this point the Convention has provided, but (1) the agreement between parties as to a future succession (*pactes successoraux*) and (2) the wills of different parties which are reciprocal in the sense that each confers a succession benefit on the other in expectation that a third person will benefit from both wills (mutual wills or *testaments conjonctifs*). Such wills may either be made in one instrument or in two (or more) separate instruments. *Pactes successoraux* include (1) the unilateral contract, namely, the promise to leave property to another by way of gift, and (2) the bilateral contract, namely, a similar promise to leave property to another, but for reciprocal value. An invaluable Note on the subject of *pactes successoraux* (Prel. Doc. No 11, dated August, 1987) was prepared by the Permanent Bureau at the request of the second session of the Commission, and the subject was discussed in depth during the third session when, after several reviews of the Drafting Committee's proposals, Chapter III of the pre-

mens des propositions du Comité de rédaction le chapitre III de l'avant-projet a été parachevé et accepté par la Commission.

Dans ce domaine, les différences de conceptions entre juridictions, touchant en particulier le droit matériel, mais aussi les règles de conflit de lois, ont été exposées en détail dans le Document préliminaire No 11; bien qu'il y ait eu un débat entre experts (P.-v. No 34) sur l'état actuel du droit dans leurs différents pays, ce débat a mis en évidence la même complexité et la même diversité que le Document préliminaire. Dans le présent Rapport, on est parti de l'idée que ce dernier a été étudié, et l'expression «testament mutuel» est employée pour désigner un testament accordant des avantages réciproques en échange de celui que chacune des parties confèrera à un tiers, au sens du Document préliminaire.

45 Si le chapitre III de l'avant-projet n'existait pas, les pactes successoraux (pour lesquels il n'existe aucune traduction adéquate en anglais) et les testaments mutuels (testaments conjonctifs) tomberaient dans la zone qualifiée de «grise» de l'article 5, paragraphe 3. La question qui se posait à la Commission était de savoir s'il convenait de les y laisser, en abandonnant à chaque juridiction le soin de déterminer par elle-même comment elle qualifierait une transaction et déterminerait la loi applicable, ou si, en revanche, la Commission ne devait pas au moins ébaucher des règles pour la détermination de la loi applicable aux pactes successoraux et aux testaments conjonctifs, à condition que les Etats contractants qui ne souhaitent pas disposer de telles règles puissent se réserver le droit de ne pas les appliquer. (Sur l'effet de cette réserve voir paragraphe 80, *infra*). La Commission a reconnu que, dans certains Etats, les pactes et testaments conjonctifs de cette nature sont totalement interdits, et que d'autres ne les admettent que dans une mesure limitée. Toutefois, en raison de l'importance que revêtent actuellement dans la pratique ces arrangements concernant le patrimoine familial, en particulier en France, où dans les limites étroites permises par le Code civil les pactes successoraux sont largement utilisés, mais en fait dans de nombreuses juridictions de l'Europe de l'Ouest continental et de la Scandinavie, la Commission a conclu que la diversité actuelle des droits matériels devait en fait inciter à inclure dans la Convention des règles de conflit de lois unifiées. On a insisté en particulier sur l'importance de la donation-partage, irrévocable en droit français, comme moyen de réaliser une division immédiate de biens particuliers entre les enfants, assortie d'une renonciation simultanée de ces enfants à la part réservataire de la succession du parent défunt à laquelle ils auraient pu normalement prétendre. Il est évident que ce type d'arrangement fait partie intégrante de la planification moderne du patrimoine (ou de la succession), dans laquelle la disposition testamentaire ne représente qu'un moyen de disposer des biens intervenant à un moment particulier, et son importance actuelle ne doit pas nous surprendre. Les experts n'ont pas perdu de vue non plus que l'article 5.2. c fait déjà entrer dans le cadre de la Convention le rapport des biens reçus selon d'autres modalités, que ce soit entre vifs ou comme légataires. De plus, dans la loi en vigueur dans certaines juridictions, le résident ou le ressortissant est autorisé à conclure un pacte successoral ou à rédiger un testament conjonctif dans une juridiction étrangère admettant de tels arrangements, bien qu'il ne puisse en fait agir de même dans le pays de sa loi personnelle. Il est vrai que, dans d'autres cas, le fait de conclure un tel pacte ou testament conjonctif équivaut à se dérober à la loi personnelle, ce qui est interdit, mais il n'en reste pas moins qu'il semblait y avoir des avantages considérables à ce que la Convention traite de ce sujet.

46 L'interdiction historique des pactes successoraux et des testaments conjonctifs qui a si fortement influencé le droit successoral des juridictions de tradition romaine, en particulier le Code civil français, est étrangère à l'histoire et par conséquent aux attitudes actuelles des juridictions de *common law*. Leur préoccupation est différente; elle porte sur le fait que, les dispositions testamentaires devant être exécutées sous une forme prescrite par la loi, nul ne doit assumer d'obligations au sujet d'un héritage futur, qu'il encourage ainsi à transmettre, puis, au décès du disposant, prétendre que l'obligation n'est pas exécutoire, au motif qu'à sa création elle ne respectait pas les conditions de forme imposées par la loi. Il s'agit de prévenir une telle fraude. Qui plus est, aucune prétendue disposition entre vifs n'est valable si le titre est en fait conféré par le décès du prétendu donateur, c'est-à-dire si, au moment avant le décès du donateur, le prétendu bénéficiaire de la libéralité entre vifs n'avait aucun droit *in rem* sur le bien litigieux. Une authentique libéralité entre vifs, dans laquelle le bénéficiaire possède au moins un droit acquis ou en acquiert un qui dépend de sa survie au donateur, ne constitue pas une disposition testamentaire; par conséquent les *joint interests with right of ownership* créés entre vifs, les trusts entre vifs avec dévolution au décès de leur créateur ou autres droits subordonnés à la survie du bénéficiaire, et même les *contracts for value to bequeath or devise assets* ne posent aucun des problèmes qui existent en Europe continentale. Aucun de ces procédés de transmission n'a jamais été contesté comme le pacte successoral ou le testament conjonctif l'ont été, en tant que contraires à l'ordre public, de sorte que l'on ignore le phénomène constitué par l'exception à la règle, la donation-partage par exemple. En revanche, du point de vue du droit international privé, et par le moyen d'une Convention de La Haye, une juridiction de *common law* pourrait avoir avantage à ce que certaines de ces «successions contractuelles» soient reconnues comme étant régies par la loi successorale. Les Etats de *common law* devront donc examiner dans quelle mesure le chapitre dont il s'agit peut faciliter la planification des successions; il ne serait peut-être pas justifié de conclure d'emblée, sans plus attendre, qu'une réserve est inévitable.

47 Les délégués à la Seizième session devront se demander comment le chapitre à l'examen peut améliorer le fonctionnement et l'utilité potentielle de variantes testamentaires précises existant dans le droit matériel de la juridiction représentée par chacun d'eux. La Session devra examiner si une liste d'accords exceptés ou d'autres stipulations entre vifs, dont chacune est particulière à un système juridique, voire à une juridiction déterminée, aurait sa place dans le texte de la Convention, ce texte ayant une application universelle. Vu la diversité qui prévaut actuellement dans ce domaine, un accord ou une stipulation expressément exclus par l'Etat A peut donner lieu à des problèmes d'interprétation ou à une exception non souhaitée dans un autre Etat. L'exclusion envisagée pour la *joint tenancy* a suscité la même réaction (voir l'examen du Doc. trav. No 98 et le parallèle tracé avec la «tontine» française; P.-v. No 38). Et cependant, si la Convention ne doit pas se borner à prévoir la possibilité de la réserve, que faire sinon insérer une liste dans son texte? Le Rapport suffirait-il sur un sujet si important et en l'absence de toute définition ou description des pactes successoraux dans le corps de la Convention? On semble avoir considéré qu'il suffisait de dire, en réponse à la question d'un expert, qu'étant donné la diversité des situations il serait trop difficile de parvenir à une définition (la description n'a pas été mentionnée).

liminary draft was completed and accepted by the Commission.

The diversity of approach to this subject between jurisdictions, particularly in substantive law but also in conflict of law rules, is carefully explained in Preliminary Document No 11, and, though there was a discussion by the experts (Minutes No 34) as to the present law in their several countries, this revealed the same complexity and diversity to which the Preliminary Document had spoken. This Report presupposes that that document has been read, and it employs the term 'mutual wills' to mean wills conferred reciprocal benefits in return for the benefit to be conferred by each upon a third person, as the document uses the term.

45 Without Chapter III of the preliminary draft *pactes successoraux* (there is no ready translation into English) and mutual wills (*testaments conjonctifs*) would fall into the so-called grey area of article 5, paragraph 3. The question for the Commission was whether they should be left there, so that each jurisdiction would continue to determine for itself how it would characterize a transaction and determine the applicable law, or on the other hand the Commission should at least mandate rules for the determination of the applicable law governing *pactes successoraux* and mutual wills, providing also that those Contracting States who do not wish to have these rules may reserve the right not to apply them. (On the effect of this reservation, see paragraph 80 of the Report, *post.*) The Commission recognized that in some States such *pactes* and *testaments conjonctifs* are totally prohibited, and that other States recognize them but only to a very limited degree. However, because of the importance which currently attaches in practice to these arrangements for family property, especially in France, where within the narrow limits permitted by the Civil Code *pactes successoraux* are widely used, but also in many jurisdictions of mainland Western Europe and Scandinavia, the Commission concluded that the diversity which now exists between substantive laws is actually an incentive for the inclusion in the Convention of unified conflict of law rules. Emphasis was laid on the importance in particular of the *donation-partage*, irrevocable under French law, as a vehicle whereby today an immediate division of particular assets can be made among children, and at the same time those children forego claims for *légitime* they would otherwise have had against the estate of the deceased parent. It is evident that this kind of arrangement is an inherent part of modern wealth (or estate) planning where disposition by will is only one form and timing of disposition, and its importance today therefore comes as no surprise. Experts were also mindful that article 5(2)(c) already brings within the Convention an accounting for property otherwise received, whether *inter vivos* or by legacy. Additionally, under the present law of some jurisdictions it is permitted for the domiciliary or national to enter into a *pacte successoral* or mutual will in a foreign jurisdiction which allows such arrangements, though he may not effectively enter into the same arrangement in the country of his personal law. It is true that in other instances an entry into such a *pacte* or mutual will constitutes an evasion of the personal law, and is prohibited, but there still appeared considerable advantage in the Convention including this subject.

46 The historic prohibition of *pactes successoraux* and *testaments conjonctifs* which has so heavily influenced succession law jurisdictions of the Roman tradition, especially that of the French Civil Code, is not part of the history and therefore the contemporary attitudes of common law jurisdictions. Their concern is of a different nature, namely, that because testamentary dispositions must be executed in a required statutory form, no person shall assume an obligation with regard to an eventual inheritance whose conferment he thus encourages, and then on the death of the benefactor deny the enforceability of the obligation on the ground that the mode of creation of the obligation did not conform to the formal requirements of the statute. Such 'fraud' is prevented. Moreover, no purported *inter vivos* disposition is valid if title was in fact conferred by the death of the would-be transferor, that is to say, one moment before the transferor's death the purported *inter vivos* transferee had no *in rem* right in the disputed property. Genuine *inter vivos* disposition, when the transferee is at least 'vested in interest' or acquires an interest which is contingent on the transferee surviving the transferor, is not a testamentary disposition, and therefore *inter vivos* created joint interests with right of ownership, *inter vivos* trusts with interests vesting in possession on the settlor's death or other interests contingent on survival of the settlor, and even contracts for value to bequeath or devise assets, raise none of the mainland European problems. None of these devices for transmission has ever been questioned as has the *pacte successoral* or the *testament conjonctif*, as being contrary to society's policies, and therefore the phenomenon of the exception to the rule, for example, the *donation-partage*, is unknown. On the other hand in a private international law sense, and through the medium of a Hague Convention, a common law jurisdiction may possibly gain from having certain of its 'agreements as to succession' recognized as governed by the succession law. Common law States have thus to consider in what respects this chapter can assist estate planning; an immediate assumption at this stage that a reserve would inevitably be made may not be appropriate.

47 Delegates to the Sixteenth Session will need to consider how this chapter can assist the operation and potential utility of existing, specific will alternatives in the substantive law of the jurisdiction each represents. The Session will have to consider whether a list of excepted agreements or other *inter vivos* transactions, each peculiar to a legal system, perhaps to a particular jurisdiction, can be located in the text of the Convention, when the text has universal application. In view of the diversity that now exists in this area, one expressly excepted agreement or transaction for State A may give rise to interpretational problems or an undesired exception in another State. Proposed joint tenancy exclusion has also given rise to this reaction (see the discussion of Work. Doc. No 98, and the parallel drawn in the French '*tondine*'; Minutes No 38). Yet, if a reserve is not to be the sole response permitted by the Convention, what alternative is there to a list in the text? Is the Report a sufficient response on so important a matter, and in the absence of any definition or description of *pactes successoraux* in the text? It appears to have been assumed and regarded as enough, in response to one expert's question, to say that given the diversity the task of definition (description was not canvassed) is too difficult.

48 Pour faciliter l'exposé, ces articles seront traités ensemble, leur portée étant la même sauf pour ce qui est de la nécessité d'un cumul. L'article 6 vise le cas d'une succession unique; l'article 7 les circonstances dans lesquelles deux ou plusieurs successions sont en jeu.

A l'origine, le Comité de rédaction était saisi des Documents de travail Nos 68 et 75, ainsi que du mandat résultant du débat des experts (P.-v. No 34) en vertu duquel, notamment, il devait tenir compte de la révocabilité – autorisée dans certains Etats – des pactes successoraux et se demander si, lorsque deux testaments conjonctifs sont régis par des lois distinctes, les deux lois devraient être prises en considération. Le Comité de rédaction devait aussi faire en sorte que la loi déterminée selon les articles 3 ou 4, respectivement, régie toute question de caractère successoral relative aux droits de la partie à un pacte vis-à-vis de la masse successorale et à son obligation de rapporter les libéralités.

Le Comité de rédaction s'est inspiré du Document de travail No 68 et s'est attaché avant tout à la loi devant régir la validité matérielle, la révocabilité et les effets d'un pacte, que celui-ci soit unilatéral (et consiste en un engagement obligatoire souscrit par une partie au sujet de la disposition de sa succession future) ou bilatéral (lorsqu'une contrepartie quelconque, ou un avantage réciproque, est accordé en échange de la promesse). Il a été admis que la révocation pourrait consister en un acte concerté des parties, ou en un acte unilatéral accompli avec ou sans le consentement de l'autre, selon ce que prévoirait l'accord. Quant aux «effets», ils engloberaient le cas d'un pacte valable qui, du fait de certaines circonstances ultérieures, serait désormais réputé nul ou sans effet. Il convient de noter d'autre part que l'intention n'était nullement que la Convention s'applique aussi à la validité formelle des pactes successoraux et des testaments conjonctifs, et l'avant-projet laisse de côté cette question. (Voir paragraphe 17 de ce Rapport, *supra*). En dehors de la validité matérielle, de la révocabilité et des effets du pacte, le Comité a décrit l'institution elle-même; il s'agit d'un accord entre parties qui, d'une part, confère, retire ou modifie des droits de succession, et d'autre part affecte la ou les successions futures d'une ou de plusieurs parties. Lorsque la réciprocité est stipulée ce sont non seulement les droits de succession de chaque partie qui sont affectés, mais également sa succession future.

49 Le Document de travail No 95, article X, prévoyait que, si les parties ne désignent aucune loi, la loi successorale applicable à toute succession future serait déterminée d'après les dispositions de l'article 3 (actuel). Autrement dit, lorsque le contrat ne concerne qu'une succession future, l'article 3 déterminerait la loi qui lui est applicable, et lorsque deux ou plusieurs successions futures de parties au contrat sont en jeu, l'article 3 déterminerait la loi applicable à chacune d'elles. Le Comité de rédaction a estimé que le moment à retenir pour déterminer la loi au sens de l'article 3 n'était pas le moment du décès, mais la date du contrat. Le Comité a également envisagé que, «par stipulation expresse» – termes qui subsistent dans l'avant-projet, mais qui ont été considérés comme trop étroits pour l'article 4.2 – les parties contractantes aient la faculté d'adopter, comme loi régissant la succession future dont il s'agit, celle de la nationalité ou de la résidence habituelle de la partie dont le patrimoine est en cause. Bien entendu, il s'agirait de cette loi à la date du contrat. Les propositions du Comité ont été adoptées, et sont concrétisées par l'article 6 actuel de l'avant-projet.

50 Lorsque le pacte intéresse deux ou plusieurs successions, le Comité, dans son article Y, a proposé à la Commission deux options en ce qui concerne la validité matérielle et la révocabilité. Un tel pacte serait matériellement valide si, dans chaque cas, soit la loi déterminée selon l'article 3 et régissant l'une des successions, soit la loi déterminée selon l'article 3 et régissant toutes les successions, en reconnaissait la validité. Sur la révocabilité, le Comité a adopté la même position. Il proposait cependant que les effets du pacte soient reconnus par les lois applicables à chacune des successions futures en cause, et la Commission n'a pas contesté cette solution par la suite. Les deux options susvisées – c'est-à-dire les solutions alternative et cumulative – ont trouvé des partisans au sein de la Commission mais, la question ayant été mise aux voix, une forte majorité des experts s'est prononcée en faveur de la solution cumulative pour la question de la validité matérielle. Cette position conservatrice, visant à protéger la loi matérielle retenue dans chaque cas par le jeu de l'article 3, n'a pas été tout à fait maintenue quand le vote a porté sur la question de la révocabilité. Par une marge étroite, la préférence est encore allée à une solution cumulative. Etant donné les attitudes diverses des Etats en ce qui concerne la validité et la révocabilité de ces accords (terme qui a été préféré par la suite à celui de «contrat»), on pourrait penser que la Commission a fait preuve de hardiesse en décidant d'inclure de tels accords dans la Convention, puis qu'en fait elle a ensuite perdu de son enthousiasme initial pour se cantonner dans une attitude plus équivoque. Les experts ont néanmoins estimé que, s'il y avait conservatisme, celui-ci était amplement compensé par le degré d'autonomie autorisé par ce qui constitue à présent l'article 7, paragraphe 2, de l'avant-projet (voir ci-après). Les décisions résultant des votes sont reflétées dans l'avant-projet par le texte de l'article 7, paragraphe 1, alinéas *a* et *b*.

A l'article 7, paragraphe 2, la Commission a retenu la recommandation du Comité tendant à ce que, lorsque deux ou plusieurs successions futures sont en cause, les parties aient la faculté de choisir, pour régir leur accord (sous-entendu sa validité matérielle, sa révocabilité et ses effets, bien que ce ne soit pas clair) la loi qui, lors de la conclusion de l'accord, était celle de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'une quelconque des parties dont la succession future est concernée. Toutefois, l'intention était de faire jouer le paragraphe de telle manière que la loi unique désignée régie toutes les successions futures touchées par l'accord. Un expert au moins était manifestement convaincu qu'il existe des éléments cumulatifs dans la loi ou dans les lois mentionnées dans ce paragraphe, et il est fort possible que sa rédaction ait besoin d'être revue.

51 Le Comité n'a pas retenu la suggestion faite durant le débat de la Commission qui a précédé la présentation du premier projet du Comité, laquelle suggestion tendait à ce que la validité d'un accord révocable puisse être déterminée au moment où ledit accord devient irrévocable; le projet du Comité ne prévoit pas non plus que la résidence habituelle, aux fins de la désignation de la loi, ait eu une certaine durée. Ces suggestions n'ont pas été renouvelées après la transmission du projet à la Commission.

Article 8

Paragraphe 1

52 Ce paragraphe vise à mettre hors de doute la validité de tout accord régi par les articles 6 ou 7 dans l'éventualité où la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de

48 For ease of explanation these articles are dealt with together, because but for the cumulation requirement their provision is the same. Article 6 deals with the situation where succession to only one estate is involved; article 7 is concerned with the circumstances where succession to two or more estates is involved.

Initially the Drafting Committee had Working Documents Nos 68 and 75 before it, together with the mandate from the debate of the experts (Minutes No 34) that *inter alia* it was to take into account, as permitted by some States, the revocability of succession agreements, and whether both laws should be considered if each of two mutual wills is governed by a separate law. It was also to ensure that the law determined by article 3 or article 4, respectively, should govern any question of succession as to what a contractual party is to receive from the estate and that party's obligation to restore gifts.

The Drafting Committee followed the thought of Working Document No 68 in concentrating its attention upon what law should govern the material validity, the revocability, and the effects of a 'contract', whether it is unilateral (*i.e.*, a binding promise by one party as to the disposition of his future estate) or bilateral (*i.e.*, value in some manner, such as reciprocity, is given for the promise). Revocability, it was accepted, might be a joint act of the parties, or a unilateral act with or without the consent of the other, according to the terms of the parties' contract. As for 'effects', this will include a valid contract which because of certain later circumstances is held to have been rendered null or frustrated. Also, it should be noted, there was no intention that the Convention should also cover the formal validity of *pactes successoraux* and mutual wills, and the preliminary draft does not do so (see paragraph 17 of this Report, *supra*). Apart from being concerned with material validity, revocability, and the effects of the 'contract', however, the Committee additionally described the institution in question; it is a contract between parties where on one side rights to succeed are granted, withdrawn, or modified, and on the other a future estate of a party or future estates of parties are affected. In the event of reciprocity each party has rights to succeed which are affected, and also a future estate which is affected.

49 Working Document No 95, article X, provided that, if the parties make no choice of law, the governing law of succession to any such future estate shall be determined under article 3 (as it now is). That is, where the contract affects only one future estate, article 3 will determine the governing law, and where it affects two or more future estates of parties to the contract, article 3 will determine the governing law for each. The Drafting Committee considered that the appropriate time for determining the article 3 law is not the date of death, but the date of the contract. The Committee also envisaged that 'by express stipulation' – language which remains in the preliminary draft, but which was considered too circumscribing for article 4(2) – the contracting parties might agree to adopt, as the governing law of succession to the future estate in question, the law of the nationality or habitual residence of the party whose estate it is. Again, of course, it would be that law as at the date of the contract. The Committee's policy proposals were adopted, and ultimately became article 6.

50 For a contract where two or more estates are affected, the Committee in article Y presented two options to the Commission with respect to material validity and revocability. Such a contract would be materially valid, if in each case either the article 3 law of one of the affected estates, or the article 3 law of all the affected estates, accepted the validity. The position the Committee took with regard to revocability was the same. However, the Committee proposed that the effects of the contract must be accepted by the governing laws of each of the future estates involved, and this was not later questioned by the Commission. There were advocates in the Commission for both above options, that is, the alternative and the cumulative solutions, but on a vote a substantial majority of experts favoured the cumulative solution for the issue of material validity. This conservative position, protecting the position as to the substantive law taken by each article 3 law concerned, was not exactly maintained when the vote was taken on the revocability issue. By a narrow margin a cumulative solution was again preferred. Given the diversity of approach by different States to the validity and revocability of these agreements (a term which was later preferred to 'contract'), the Commission might seem to have taken a bold step in deciding to include such agreements in the Convention, but then in effect to have withdrawn from its initial enthusiasm into a more equivocal stance. However, experts felt that any conservatism expressed here was fully compensated for in the degree of autonomy permitted under what is now article 7, paragraph 2, of the preliminary draft (see below). The decisions taken by vote are reflected in the preliminary draft in article 7, paragraph 1, sub-paragraphs *a* and *b*.

In article 7, paragraph 2, the Commission adopted the Committee's recommendation that, to govern their agreement (impliedly as to material validity, revocability and effects, though this is not clear), where two or more future estates are affected, the parties to the agreement might choose the nationality or habitual residence law at the time of contracting of any *one* of the parties whose future estate is affected. However, this paragraph is intended to operate so that the one chosen law will govern all the future estates affected by the agreement. At least one expert was evidently of the opinion that there are cumulative elements in the law(s) referred to by this paragraph, and it may be that the language used here should be reconsidered.

51 The Committee did not adopt the suggestion made during the Commission discussion prior to the Committee's initial draft that the validity of a revocable agreement might be determined at the moment at which it becomes irrevocable, nor did its draft require that habitual residence, for the purposes of choice of law, should have existed for a period of time. These suggestions were not raised again after the Commission's receipt of the draft.

Article 8

Paragraph 1

52 The intended purpose of this paragraph is to put beyond question the validity of any agreement subject to article 6 or article 7 in those circumstances where the

l'article 4 régissant le testament (ou, dans le cas de l'article 3, la succession *ab intestat*), du *de cuius* dont la succession future est affectée par l'accord, considérerait l'accord comme invalide. En confirmant la validité de l'accord, ce paragraphe vise également à empêcher un ayant droit (bénéficiaire de l'accord) d'en contester la validité en se basant sur la loi applicable en vertu des articles 3 ou 4 et d'invoquer avec succès ses droits successoraux impératifs. En d'autres termes, l'accord et le testament (ou la succession *ab intestat*) constituent ensemble la succession.

Par exemple, A, de nationalité allemande, ayant eu sa résidence habituelle en Grèce pendant quatre années, conclut un *Erbvertrag* avec B dans la République fédérale d'Allemagne, selon lequel il (A) confère des droits successoraux sur sa succession future (la succession de A) à B. Selon l'article 6.1. a, la loi allemande régit la validité matérielle de l'*Erbvertrag* en vertu de l'article 3.2. Plus tard, A rédige un testament omettant toute référence à B. Lorsqu'il meurt, A a eu sa résidence habituelle en Grèce pendant six ans. B est ayant droit de A. La loi grecque interdit les pactes successoraux; la loi allemande reconnaît cet accord comme valide. Sans l'article 8, paragraphe premier, B pourrait contester la validité de l'accord en Grèce, et exiger sa réserve. L'article 8, paragraphe 1, a pour effet qu'il ne pourra plus contester la validité de l'accord en Grèce.

Comme deuxième exemple, supposons que P, de nationalité autrichienne ayant sa résidence habituelle en Belgique au moment de sa mort, fait un testament conformément à l'article 4.1 dans lequel il désigne la loi belge pour régir sa succession. Q figure parmi les héritiers de P. Plus tard, P conclut un *Erbvertrag* avec Q et R par lequel P, Q et R acquièrent des droits successoraux réciproques sur leurs successions futures mutuelles. Les parties désignent expressément (conformément à l'article 7.2) la loi autrichienne pour régir leur accord. La loi belge ne reconnaît pas la validité d'un tel accord successoral; par contre, la loi autrichienne la reconnaît. Quand P meurt, laissant Q et R comme survivants si l'article 8, paragraphe 1, n'existait pas, il serait possible pour Q de contester la validité de l'accord en Belgique, d'exiger sa réserve, et également de profiter du bénéfice de l'accord en vertu de l'*Erbvertrag*.

Cependant, il se peut que ce paragraphe, tel qu'il est rédigé maintenant soit ouvert à une autre interprétation – c'est du moins ce qu'il apparaît au Rapporteur. Cette interprétation repose sur le fait que les articles 6 et 7 désignent la loi applicable en vertu de l'article 3 et celle applicable en vertu de l'article 4 comme si le défunt était mort à la date de l'accord, tandis que «la loi désignée aux articles 3 ou 4» (article 8, paragraphe 1) est la loi qui s'applique à la date de la mort actuelle du *de cuius*. Supposons que la teneur de la loi régissant l'accord change entre le moment de la conclusion de l'accord et la mort. L'article 8, se préoccupe-t-il de ce problème? Ce paragraphe prévoit en fait que, lorsque la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 4, selon le cas, diffère au moment du décès de ce qu'elle était lors de la conclusion de l'accord, la validité de ce dernier n'en est pas affectée. Il s'ensuit que si la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 4 ne change pas, mais que sa teneur change et rende désormais invalide un accord qui ne l'était pas auparavant, la Convention a pour résultat d'effacer cette invalidité. En revanche, si la loi en vertu de l'article 3 (ou la loi en vertu de l'article 4 à supposer qu'elle soit jamais choisie) rendait l'accord invalide au moment de sa conclusion, mais qu'une nouvelle loi déterminée selon l'article 3 (ou selon l'article 4 si un tel choix était fait) rende l'accord valide, l'avant-projet ne reconnaîtrait pas cette validité. Si cette interprétation était correcte on avouera qu'il est difficile de

comprendre pourquoi l'avant-projet est si sévère en exigeant que la validité devra précéder l'invalidité pour que la Convention admette sa reconnaissance. Cependant, pour éviter cette interprétation alternative assurément perverse, il serait peut-être utile de reconsidérer la formulation du paragraphe premier.

Certains délégués ont tenu tout particulièrement à ce que le paragraphe premier figure dans le texte pour éviter toute contestation d'un héritier non réservataire.

Paragraphe 2

53 Bien qu'il confirme la validité de l'accord, l'avant-projet continue néanmoins à protéger les droits à réserve (ou ceux dont on ne peut être privé). Les mots «droits dont elle ne peut être privée» ont été insérés pour bien faire ressortir que les droits successoraux dont la quotité dépend de la décision discrétionnaire d'un tribunal ou de tout autre organe font partie de la notion de «réserve». Bien que l'accord valide ne subisse pas les effets de l'invalidité que la loi déterminée suivant l'article 3 ou l'article 4 entraînerait, il est spécifié à l'article 8, paragraphe 2, que, si le titulaire des droits à réserve n'était pas partie à l'accord, et n'a donc pas consenti au retrait ou à la modification de ses droits, il les conserve intacts en vertu de la loi résultant de l'article 3 ou de l'article 4 au moment du décès. Reste à déterminer cependant ce qui arriverait si une personne, titulaire de droits à réserve en vertu de la loi résultant de l'article 3 (ou de l'article 4) au moment de la conclusion de l'accord, et qui, éventuellement, chercherait à obtenir des avantages immédiats en échange d'une renonciation aux droits, n'était plus réservataire en vertu de la même loi au moment du décès. Est-elle tenue de rapporter, c'est-à-dire de rendre des comptes à la succession? Si l'accord reste valide en vertu de l'article 8, paragraphe 1, la réponse semble être négative. En revanche, un tribunal pourrait conclure que la Convention ne règle pas la question et appliquer ses propres règles de droit matériel ou de conflit.

On est également porté à se demander pourquoi la démarche suivie par l'article 8 à l'égard des successions contractuelles, y compris les testaments conjonctifs, n'est pas reprise à propos du choix de la loi en vertu de l'article 4, avec ce résultat que la loi applicable par le jeu de cet article pourrait être celle de la nationalité ou de la résidence habituelle au moment de la rédaction du testament. Certains critiques, qui demeurent soucieux de faciliter la planification des successions, sembleraient détecter dans ce passage de l'avant-projet une sorte de fascination pour la possibilité d'une exécution indépendante entre vifs d'un pacte.

54 Il convient de noter que le Document de travail No 95 (Comité de rédaction) ne visait que «les droits des tiers». Lors du débat la Commission a conclu que ces termes étaient ambigus, l'objet du paragraphe 2 étant de protéger les tiers qui disposent d'une réserve ou d'autres droits inaliénables à succéder à tout ou partie du patrimoine du défunt (voir le Document de travail No 99, proposition qui a d'ailleurs été rejetée, parce qu'elle aurait eu pour effet de priver totalement d'objet les articles 7 et 8). L'avant-projet précise donc que ce sont les tiers titulaires de tels droits que vise le paragraphe.

Pour empêcher les tiers parties à l'accord d'en contester ultérieurement la validité, la Commission a en outre décidé, à une majorité appréciable, que seuls les tiers titulaires d'un droit à réserve ou d'autres droits dont ils ne peuvent être privés (y compris ceux qui doivent s'adresser à une instance judiciaire ou à une autre autorité

article 3 or article 4 succession law, governing the will (or, in the case of article 3, the intestacy) of the *de cuius* whose future estate is affected by the agreement, would hold the agreement invalid. By confirming the validity of the agreement, this paragraph is also intended to prevent the heir (a beneficiary under the agreement) from disputing that validity under the article 3 or article 4 law, and successfully claiming his mandatory succession rights. In other words, the agreement and the will (or intestacy) together constitute the succession.

For example, A, a national of the Federal Republic of Germany, when habitually resident in Greece for four years, enters into an *Erbvertrag* with B in the Federal Republic, whereby he (A) confers succession rights in his (A's) future estate upon B. Further to article 6(1)(a), German law governs the material validity of the *Erbvertrag* under article 3(2). Later, A makes a will omitting any reference to B. When he dies A has had his habitual residence in Greece for six years. B is A's heir. Greek law prohibits *pactes successoraux*; German law recognizes this agreement as valid. Without article 8, paragraph 1, B could contest the validity of the agreement in Greece, and claims his reserve. The effect of article 8, paragraph 1, is that he will no longer be able to contest the validity of the agreement in Greece.

As a second example, suppose P, an Austrian national habitually resident in Belgium at his death, makes a will, further to article 4(1), in which he chooses Belgian law to govern his succession. P's heirs include Q. Later, P enters into an *Erbvertrag* with Q and R whereby reciprocal succession rights are acquired by P, Q and R in each other's future estates. The parties expressly choose (further to article 7(2)) the law of Austria to govern their agreement. Belgian law does not accord validity to such a succession agreement; Austrian law does. On the death of P, leaving Q and R surviving him, it would be possible for Q to contest the validity of the agreement in Belgium, claim his reserve, and then take his agreement benefits under the *Erbvertrag*, were it not for article 8, paragraph 1.

However, as now drafted, it may be – as it appears to the Reporter – that this paragraph is open to another interpretation. This interpretation turns upon the fact that articles 6 and 7 designate the article 3 law and the article 4 law of the *de cuius* as if he had died on the date of the agreement, while 'the law designated by Article 3 or 4' (article 8, paragraph 1) is the law in question on the date of the actual death of the *de cuius*. Suppose the content of the designated law governing the agreement changes between agreement-making and death. Is article 8, paragraph 1, dealing with that problem? This paragraph provides in effect that where the article 3 law, or the article 4 law, as the case may be, is different at the time of death from that which it was at the time of agreement-making, this change does not affect the validity of the agreement. It would follow that, though the article 3 or article 4 law does not change, but the contents of that law change and would render the once valid agreement now invalid, that invalidity by force of the Convention is inoperative. On the other hand, if the article 3 law (or should it ever be chosen, the article 4 law) would render the agreement invalid at the time of agreement-making, but a changed article 3 law (or the article 4 law, where a choice was made) would hold the agreement valid, the preliminary draft does not recognize the validity. It is admittedly difficult to appreciate under this interpretation why the preliminary draft is so fastidious in requiring that validity must precede invalid-

ity if recognition is to be accorded by the Convention. However, if this alternative interpretation, however perverse, is not to be possible, some reconsideration of the language of paragraph 1 may be of value.

Some delegates were particularly concerned to have paragraph 1 in the text as it avoids any challenge by an heir who is not a forced heir.

Paragraph 2

53 Though it confirms the validity of the agreement, the preliminary draft nevertheless remains protective of indefeasible (or undeniable) inheritance rights. The word 'undeniable' is added here to ensure that included in 'indefeasible' are succession rights where the quantum is in the discretion of a court or other body. Though the valid agreement is not touched by the invalidity that the article 3 or article 4 law would visit upon it, article 8, paragraph 2, provides that, if a person with such indefeasible rights were not a party to the agreement, and therefore did not consent to the withdrawal or modification of his rights, that person retains those rights under the article 3 or article 4 law at the death unaltered. It is not clear, however, what happens if a person, who had indefeasible rights under the article 3 law (or the article 4 law) at the time of agreement-making, and bargained perhaps for immediate benefits in return for foregoing his indefeasible succession rights, is not a person with indefeasible rights under the article 3 or article 4 law at the time of the death. Is he required to restore his gain, *i.e.*, to account to the estate? If the agreement remains valid under article 8, paragraph 1, the answer would appear to be 'no'. On the other hand, a court may conclude that the matter is not covered by the Convention, and apply its own substantive or conflict rules.

One is also inclined to ask why the approach taken by article 8 towards succession agreements, including mutual wills, is not adopted with regard to choice of law under article 4, so that the governing law under that article might be that of the nationality or habitual residence prevailing at the time of execution of the will. For some critics, still concerned with the facilitation of estate planning, there may seem at this point in the preliminary draft to be something of a mesmerization with the independent *inter vivos* enforceability of a *pacte*.

54 It should be noted that Working Document No 95 (Drafting Committee) referred only to 'the rights of third parties'. The Commission in debate concluded that this language is ambiguous, since the object of paragraph 2 is to protect those third parties who have indefeasible or otherwise undeniable rights to succeed to the whole or part of the deceased's estate (see Working Document No 99, a proposal which was otherwise rejected, because it had the effect of frustrating the entire object of articles 7 and 8). The preliminary draft therefore makes specific reference to the fact that it is third parties with those rights who are intended by the paragraph.

In order to prevent such third parties who were party to the agreement from later challenging the validity of the agreement, the Commission went further to provide, decided upon by substantial majority vote, that only third parties with indefeasible or otherwise undeniable rights (which includes those who must apply to a court

pour qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire en leur faveur) qui n'étaient pas parties à l'accord pourraient invoquer cette disposition. C'est ce que stipule à présent le paragraphe 2.

Autrement dit, le titulaire de droits semblables qui aurait su, au moment de l'accord, ou aurait appris par la suite, lorsque le *de cuius* était encore en vie, que, en commun avec d'autres sans doute, ses droits seraient modifiés par l'accord auquel il n'était pas partie, serait en droit de contester celui-ci lors du décès du *de cuius*. Il est possible qu'une partie à l'accord ait agi aussi comme mandataire d'un tiers, auquel cas ce dernier est lié par l'accord. Autre possibilité, un tribunal pourrait conclure que le fait d'avoir connaissance de l'accord et de ne formuler aucune contestation jusqu'au moment du décès constitue une fraude contre le défunt ou contre sa succession. La Convention laisse toutefois ces questions au for, quelles qu'en soient les conséquences pour la succession.

Article 9

55 Au cours de l'examen du Document de travail No 95 un expert d'un pays de *common law* a évoqué les difficultés que le chapitre III, dans sa forme actuelle, lui poserait. Dans son pays, non seulement de nombreuses stipulations entre vifs, connues sous le nom de «*will-substitutes*», donnent naissance à un intérêt patrimonial immédiat (par opposition au simple espoir d'hériter) pour leur bénéficiaire, mais en outre des institutions financières sont impliquées, avec les deux parties contractantes, dans des arrangements tripartites, où la banque, la *trust company* ou la compagnie d'assurances est elle-même intéressée dans une mesure appréciable à l'opération. Des difficultés réelles pourraient surgir si les lois successorales des deux parties non institutionnelles devaient régir ces contrats. L'expert estimait que les contrats par lesquels on s'engage à laisser des biens par testament ou à ne pas révoquer un tel legs sont les seuls pactes successoraux qu'il était en mesure d'appuyer, et il a cherché par la suite à obtenir des exclusions spécifiques.

Un autre délégué d'un pays de *common law* a essayé de faire excepter tous les droits et intérêts détenus conjointement avec possibilité de réversion «lorsque la *lex situs* qualifie de tels droits de droits créés par une disposition entre vifs» (Doc. trav. No 98). Certains experts ont estimé que les contrats de mariage prévoyant des droits et intérêts conjoints peuvent avoir cependant des aspects successoraux; selon d'autres la Convention ne devrait rien dire de la qualification. En vertu d'une proposition ultérieure (Doc. trav. No 100) le chapitre III de la Convention aurait exclu non seulement les droits conjoints réversibles au bénéfice du survivant mais encore les «contrats ou opérations multipartites actuellement en cours avec des institutions bancaires, financières ou des compagnies d'assurances». Dans la proposition qu'il a lui-même présentée par la suite (Doc. trav. No 102) le Comité de rédaction a préconisé l'adoption d'un article 9 ainsi conçu:

Le présent chapitre ne s'applique pas aux biens possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, ni aux accords concernant de tels biens conclus avec des institutions bancaires ou financières ou avec des compagnies d'assurances.

Cette rédaction a été critiquée à son tour parce qu'elle n'englobait pas les comptes bancaires «payables en cas de décès» (la personne qui ouvre et alimente le compte en est le bénéficiaire sa vie durant, étant convenu au moment de l'ouverture du compte qu'une autre ou d'au-

tres personnes en bénéficieront au décès du titulaire), ni le «*Totten trust*». On a également signalé que ce texte n'excluait pas les plans de retraite, ni les polices d'assurance désignant un bénéficiaire en cas de décès, qui ne sont ni les uns ni les autres considérés comme des «pactes successoraux» par les juridictions connaissant ces institutions.

56 Le chapitre tout entier pouvant faire l'objet d'une réserve, d'aucuns ont considéré qu'il conviendrait de supprimer l'article 9 de l'avant-projet, mais une motion en ce sens a été repoussée par 7 voix en faveur, 7 contre, et 8 abstentions. Une autre suggestion tendait à laisser à chaque juridiction le soin d'établir sa propre liste des institutions exceptées. Une autre encore visait à mentionner dans le texte de l'article 9 les plans de retraite et les contrats d'assurance. La rédaction finalement adoptée pour l'avant-projet a été la suivante:

Le présent chapitre ne s'applique pas aux biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, ni aux plans de retraite et contrats d'assurance.

Les «biens et droits possédés conjointement» sont censés inclure les comptes bancaires joints, et toutes les formes de «*joint tenancy*». Certains experts de pays de droit civil ont craint cependant que cela ne conduise à l'exclusion de la «tontine» et d'autres formes semblables de possession conjointe existant en droit civil, qui, selon eux, devraient relever du chapitre III en tant que «pactes successoraux». Il a été souligné durant l'examen de cet article sur les «exceptions» qu'une exclusion spécifique de ce chapitre laisserait supposer que les institutions en cause relèvent du reste de la Convention, et plusieurs experts ont été d'avis que toute la substance de l'article relèverait plutôt de l'article premier de la Convention. Il a paru être généralement admis, à l'issue des discussions sur l'article 9, que l'ensemble de la question des exceptions spécifiques au chapitre III et à la Convention en général devrait être réexaminé à la Seizième session.

57 Il semble qu'au coeur de la difficulté se trouve l'absence de définition ou de description de l'expression «pactes successoraux», sujet sur lequel porte le chapitre III. En outre certains pactes ou accords de ce genre mentionnés au cours du débat semblent en fait présenter à la fois des éléments de conventions entre vifs et des éléments successoraux, par exemple les arrangements entre conjoints qui divorcent ou se séparent. En l'état actuel des choses il semble que relèveraient du chapitre les testaments conjonctifs, les engagements à laisser des biens par testament ou à ne pas révoquer de tels legs, les contrats visant à conférer des avantages immédiats moyennant renonciation aux réserves ou autres droits de succession protégés, les accords en cas de séparation influant sur la répartition des biens au décès, les renonciations aux droits successoraux en général, et tout contrat dont l'exécution intégrale ou partielle affecte le partage des successions futures d'une ou plusieurs parties au contrat. Les prétentions quasi contractuelles formulées contre la succession en *common law* (par exemple, *quantum meruit*) paraissent incluses, et la «tontine» du droit civil français (bien acheté par deux parties agissant ensemble et allant en totalité au survivant; clause courante dans les contrats de mariage) l'est effectivement. Il convient toutefois de faire preuve d'une certaine prudence au sujet de cette dernière inclusion. S'agissant d'un acte qui se traduit par une forme de copropriété (différente conceptuellement de la *joint tenancy* en *common law*) au bénéfice du survivant, les termes de l'article 9 pourraient entraîner l'exclusion. Les donations en faveur d'un conjoint survivant sont couvertes par le chapitre III, de même que les dispositions *mortis causa*.

or other authority for the exercise of a discretion in their favour) who were *not* party to the agreement might take advantage of the paragraph. Paragraph 2 now reads to that effect.

This means that a person with such rights who knew at the time of the agreement, or later during the lifetime of the individual whose future succession was affected, that – no doubt in common with others – his rights were altered thereby, but who was *not* a party to the agreement, *would* be able to challenge it on the death of the individual whose estate was affected. It is possible that a person who was party to the agreement was also acting as an agent for the person not contracting, in which case the latter is bound by the agreement. Alternatively, a court may conclude that the knowledge, plus absence of complaint until the death occurred, constitutes fraud on the deceased or his estate. However, the Convention leaves these issues to the forum, whatever the outcome for the succession to the estate.

Article 9

55 During the discussion of Working Document No 95 a common law expert referred to the difficulties the present Chapter III created for him. In his country not only do many *inter vivos* transactions, familiar as ‘will-substitutes’, give rise to an immediate interest of a property nature (as opposed to a succession expectation) in the recipient party to the transaction, but financial institutions are involved with the two contracting parties in ‘three-cornered deals’, where the bank, the trust company, or the insurance company has a significant interest of its own in the transaction. He saw real difficulties if the succession law(s) of the two non-institutional parties were the governing law(s) of those contracts. He considered that contracts to leave assets by will, or not to revoke, were about the only *pactes successoraux* that he could support, and he later sought specific exclusions.

Another common law delegate sought the exception of all joint interests with right of survivorship ‘where the *lex situs* characterizes such ownership as arising from an *inter vivos* disposition of property’ (Work. Doc. No 98). Some experts thought the matrimonial property agreement, involving joint interests, can have succession aspects, however; others felt the Convention should not make any reference to characterization. A later proposal (Work. Doc. No 100) would have Chapter III or the Convention exclude not only joint interests with right of survivorship, but ‘multiple party contracts or transactions presently effective with banking, financial or insurance institutions’. In its own subsequent proposal (Work. Doc. No 102) the Drafting Committee recommended an article 9 which ran:

This Chapter does not apply to assets or interests owned jointly with right of survivorship, or to agreements involving such ownership entered into with banking, financial or insurance institutions.

This in turn was subjected to the criticism that it did not include ‘payable-on-death’ bank accounts (where the person opening and funding the account is the beneficiary during his lifetime, and by agreement when the account was opened another or others take on the death

of the person opening the account), the so-called ‘Totten trust’. Nor, it was noted, did it exclude pension plan (or superannuation scheme) or insurance policy beneficiary-on-death designations, none of which is classified as a ‘succession contract’ by the jurisdictions which know these concepts.

56 Because a reservation to the whole chapter can be made, some thought article 9 should be dropped from the preliminary draft, but this motion was defeated by 7 votes for, 7 votes against, and 8 abstentions. Another suggestion was that each jurisdiction might compile its own list of excepted institutions. Yet another proposal was that pension plans and insurance contracts be added to article 9. The preliminary draft finally emerged as:

This Chapter does not apply to assets or interests owned jointly with right of survivorship, or to pension plans or insurance contracts.

The ‘assets or interests owned jointly’ is intended to include joint bank accounts, and any form of ‘joint tenancy’. However, some civil law experts feared this will lead to the exclusion of ‘*tonitine*’ and other such forms of joint ownership in the civil law, which they consider should fall within Chapter III as ‘succession contracts’. It was pointed out during the discussion of this ‘exceptions’ article that exclusion specifically from this chapter suggested that these institutions do fall within the remainder of the Convention, and several experts were of the opinion that this whole article’s subject-matter was properly a matter for article 1 of the Convention. It appeared to be generally accepted at the close of all discussion on article 9 that the whole subject of specific subject-matter exceptions to Chapter III and the Convention at large would have to be re-examined at the Sixteenth Session.

57 At the heart of the difficulty appears to be the lack of any definition or description of the term ‘*pactes successoraux*’, with which Chapter III is concerned. Also some such *pactes* or agreements as were mentioned during the debate appear in fact to have both *inter vivos* elements and succession elements, e.g., separation agreements between married persons on divorce or separation. It would appear, as things stand, that included within the chapter are mutual wills, contracts to leave assets by will or not to revoke, contracts for the conferring of immediate benefits and the consequent foregoing of indefeasible or undeniable succession rights, separation agreements affecting property distribution on death, waivers in general of succession rights, and any contract of which the performance in whole or in part affects the distribution of the assets of the future estates of one or more parties to the contract. Quasi-contractual claims under common law (e.g., *quantum meruit*) against the estate appear to be included, and under French civil law the ‘*tonitine*’ (property bought by two parties together, the survivor to take all; commonly found in marriage contracts) is included. Some caution should be expressed about the inclusion of the ‘*tonitine*’, however. As an act which results in a form of co-ownership (which is not conceptually the same as joint tenancy in the common law), and the survivor taking the whole, it may be excluded by the language of article 9. Donations in favour of a surviving spouse are included within Chapter III, as are all dispositions *mortis causa*.

58 A propos de l'article 9, le Procès-verbal No 39 indique que «de nombreux experts n'étaient pas sûrs de saisir tout à fait la nature de ces problèmes ni les conséquences possibles d'une modification du texte sur ce point». Les problèmes évoqués semblent tenir au fait que les experts de *common law*, moins familiers avec le concept de pacte successoral, et conscients de ce que leurs «*will-substitutes*» entre vifs, ou bien supposent une mutation immédiate entre vifs ou bien seraient classés aujourd'hui comme des actes entre vifs, ne savent guère – en l'absence d'une définition – comment leurs juridictions interpréteront la portée et l'application du chapitre III. Ils cherchent en conséquence à exclure les concepts reconnus par leur droit matériel qui présentent une importance pratique, et qui selon eux devraient à l'évidence être exceptés du chapitre.

Sont exclus du chapitre III les concepts de *common law* des biens et droits possédés conjointement avec réversibilité au profit du survivant, qu'ils concernent des biens meubles ou immeubles (y compris des comptes bancaires joints), et les désignations de bénéficiaires en cas de décès aux fins de plans de retraite ou de polices d'assurance. Le Document de travail No 100 tendait à exclure les comptes bancaires dits «*Totten trust*» (Etats-Unis), mais les «contrats ou opérations ... avec des institutions bancaires» ayant été éliminés de l'avant-projet, cette exclusion semble avoir disparu également. Toutefois, ces comptes bancaires *peuvent* être exclus en tant que trusts. Les trusts entre vifs, très populaires comme solution de remplacement du testament, sont clairement exemptés en vertu de l'article 10. En droit portugais une disposition en faveur des enfants futurs figurant dans un contrat de mariage est considérée comme testamentaire et non comme représentant un pacte successoral; elle se trouve donc également exclue de l'article 9.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 10

59 En vertu des dispositions de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, la loi régissant un trust dont la preuve est apportée par écrit est la loi choisie expressément ou implicitement par le constituant du trust ou, à défaut d'un tel choix, la loi qui correspond aux liens les plus étroits. La Convention s'applique d'une façon générale aux trusts (article premier), ce qui comprend à l'évidence entre autres les trusts créés par testament. Il semble que les systèmes juridiques modernes exigent invariablement que le testament soit écrit, ce qui satisfait par conséquent aux conditions posées par l'article 3 de la Convention sur le trust. Dans le commentaire de cette Convention, le testament est décrit comme un lance-missiles qui met le trust (le missile) sur orbite, le testament fait l'objet de règles de conflit distinctes régissant respectivement sa validité formelle et sa validité matérielle; aucune des lois correspondantes n'est nécessairement la loi qui régit le trust. Celle-ci est déterminée de façon indépendante selon les dispositions du chapitre II de la Convention sur le trust. Il résulte de l'article premier de cette dernière Convention qu'il en est ainsi non seulement pour les trusts testamentaires mais aussi pour les trusts entre vifs, et il serait vraiment exceptionnel que ces derniers soient créés verbalement. Par suite, ces trusts, quels que soient les droits auxquels ils donnent naissance, relèvent de la Convention sur le trust.

Il convient donc de noter que, quand les droits conférés au bénéficiaire d'un trust, s'ils prennent corps au mo-

ment de la création de celui-ci, sont subordonnés à une condition quelconque ou à une condition de survie au constituant aux fins de la possession, c'est la Convention sur le trust qui régit leur validité. Cependant, ces trusts entre vifs sont des dispositions entre vifs et non des questions «successorales». L'article 10 de la présente Convention ne s'applique donc qu'aux trusts créés par testament.

Cet article, qui pour le fond, est repris au Document de travail No 77, n'est pas indispensable, sauf à titre de rappel à l'intention des Etats qui ratifient à la fois la présente Convention et la Convention sur le trust. Toutefois, en raison du caractère complexe de la relation entre trust et succession, cette disposition complète utilement la Convention. Par exemple, un legs fait par testament à un trust entre vifs existant ne relève pas de la Convention sur le trust, c'est une question de «succession» régie par la loi déterminée en vertu de la présente Convention. L'article 10 spécifie que lorsque la loi régissant la succession est déterminée de la manière prévue par la Convention, cela n'empêche pas le notaire ou le tribunal du for de conclure que le trust est régi par une autre loi, établie conformément aux dispositions de la Convention sur le trust. La réciproque est aussi manifestement vraie; ayant constaté la création d'un trust par le testament, et déterminé la loi applicable en vertu de la Convention sur le trust, le notaire ou le tribunal aura toute liberté de déterminer aussi la loi qui régit la succession aux fins du testament comme dans toute succession *ab intestat*.

Les mots «ne fait pas obstacle» visent à permettre aux autorités des Etats qui n'ont pas ratifié la Convention sur le trust et qui ignorent cette institution de prendre en considération les dispositions particulières au trust par application de l'article 5, paragraphe 3, de la présente Convention. Ces Etats pourront décider alors d'appliquer la loi régissant la succession.

Le paragraphe 2 de l'article 10 applique les mêmes «dispositions» que le paragraphe 1 «aux fondations et institutions analogues» créées par testament. Le paragraphe 1 ne faisant que souligner la relation entre la Convention sur le trust et la Convention actuelle, et l'article premier de la Convention sur le trust restreignant cette Convention au «trust et à sa reconnaissance», on ne voit pas très bien quelles «dispositions» sont visées dans le paragraphe à l'examen. Celui-ci veut sans doute dire que les fondations doivent être traitées comme s'il s'agissait de trusts aux fins de la présente Convention, et que la loi qui régit une fondation, qu'il s'agisse de sa détermination ou de son application, constitue un problème distinct de celui de la détermination de la loi régissant la succession. En raison du contexte, on serait en outre porté à penser que le paragraphe ne s'applique que si le testament crée la fondation.

Les mots «institutions analogues», en l'occurrence, paraissent une description assez nébuleuse, encore que fournissant une base textuelle à des développements du Rapport. Le texte ne devrait-il pas être plus précis?

Article 11

60 Cet article prévoit que lorsque la *lex situs*, avec les politiques économiques, familiales ou sociales sous-jacentes, impose un ordre particulier de succession pour des biens déterminés ou des entreprises situés sur son territoire, la loi régissant la succession, quand elle diffère de la *lex situs*, doit céder le pas à celle-ci dans le domaine particulier de l'héritage. Par exemple, la *lex situs* peut prévoir que, en ce qui concerne les exploitations agricoles familiales ou celles qui ne dépassent pas certaines dimensions, la propriété doit être transmise en

58 Minutes No 39 record, concerning article 9, that 'many experts were not entirely sure of the nature of the problem, nor of the potential consequences of an alteration to the text'. The problem there referred to appears to stem from the fact that common law experts, less accustomed to the concept of *pacte successoral*, and aware that their substantive *inter vivos* 'will-substitutes' either involve immediate *inter vivos* property disposition or would today be classified as *inter vivos* acts, are uncertain – in the absence of a definition – how their jurisdictions will interpret the scope and application of Chapter III. They are consequently seeking to exclude those of their substantive concepts which are of practical importance, and which in their opinion should manifestly be excepted from the chapter.

Excluded from Chapter III are the common law concepts of joint interests with right of survivorship, whether concerning immovable or movable property (including joint bank accounts), and designations of beneficiary-on-death for the purposes of pension plans or insurance policies. Working Document No 100 would have excluded so-called 'Totten trust' bank accounts (United States), but with the elimination of 'contracts or transactions ... with banking ... institutions' in the preliminary draft this exclusion appears also to have gone. However, they *may* be excluded as trusts. *Inter vivos* trusts, a popular will-substitute, are clearly exempted under article 10. In Portuguese law a disposition in a marriage contract in favour of future children is regarded as a testamentary disposition, not as a *pacte successoral*, and therefore this concept, also, is excluded from article 9.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 10

59 Under the provisions of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, it is provided that the law governing a trust which is 'evidenced in writing' is the law expressly or impliedly chosen by the person creating the trust, or, if no law is so chosen, by the law of closest association. The Convention also applies generally to 'trusts' (article 1), and among others this obviously includes trusts created in a will. It seems that the will is invariably required by modern legal systems to be in writing, and therefore article 3 of the Trusts Convention is satisfied. In the language of the commentary to that Convention, the will is described as the rocket-launcher which puts the trust (the rocket) into orbit. The will is the subject-matter of distinct conflict rules governing its formal and its material validity; neither of the laws there indicated is necessarily the law governing the trust. The law governing the trust is independently determined under Chapter II of the Trusts Convention. It follows from article 1 of that Convention that this is true, not only of testamentary trusts, but of *inter vivos* trusts, and such trusts would very rarely indeed be in oral form. As a consequence, such trusts, whatever beneficial interests they create, come under the Trusts Convention.

It should therefore be noted that, where beneficial interests under the trusts, though created at the time of

the trust's creation, are subject to any condition, or requirement for the purposes of possession, of surviving the creator of the trust, their validity falls within the Trusts Convention. Additionally, however, such *inter vivos* trusts are *inter vivos* dispositions, and not matters of 'succession'. Article 10 of the present Convention therefore refers only to trusts created in a will.

This article, the substance of which was originally canvassed by Working Document No 77, is not necessary, except as a reminder for those States which ratify both this Convention and the Trusts Convention. However, the sophistication of the relationship between trusts and succession makes this article a valuable addition to the Convention. For instance, a legacy or devise in a will to an existing *inter vivos* trust is not a matter for the Trusts Convention, it is a matter of 'succession' which is governed by the law determined under the present Convention. Article 10 provides that the determination under this Convention of the law governing succession does not prevent the notary or the court of the forum from determining that another law, under the provisions of the Trusts Convention, governs the trust. The converse is also and obviously true; having perceived a trust in the will, and determined its governing law under the Trusts Convention, the notary or court is not prevented from also determining the law that governs succession for the purposes of the will, as it would for any intestacy.

The language 'shall not preclude' is intended to enable the authorities in those States, which have not ratified the Trusts Convention, and do not know the trust, to consider the particular trust provisions under article 5(3) of the present Convention. Such States may then decide to apply the law governing succession.

Paragraph 2 of article 10 applies the same 'rules' as those set out in paragraph 1 'to foundations and corresponding institutions' created by a will. Since paragraph 1 is merely underlining the relationship between the Trusts Convention and the present Convention, and article 1 of the Trusts Convention restricts that Convention to 'trusts and their recognition', it is not clear what 'rules' are intended by the present paragraph. Presumably the paragraph is saying that foundations are to be treated as if they are trusts for the purposes of the present Convention, and that the law governing a foundation, both as to the determination of that law and its application, is an issue distinct from the determination of the law governing the succession. Moreover, one would assume, the paragraph in context only applies when the will creates the foundation.

'Corresponding institutions' in the present context, as a description, appears somewhat nebulous even though it is a textual reference for elucidation in the Report. Should not the text be more precise?

Article 11

60 This article provides that where the *lex situs*, with its distinct economic, family or social policies in mind, imposes a special order of inheritance upon particular assets or operations located on its soil, the law to govern the succession, when it is other than the *lex situs*, is to give way to the *lex situs* on that specific area of inheritance. For instance, the situs may legislate that with regard to family-owned farms at or under a given size the farm is to devolve as one unit by way of the male line of the proprietor. In another case the concern may

bloc à la lignée mâle du propriétaire. Dans d'autres cas il ne s'agira pas tant d'une ligne de descendance particulière, mais il sera spécifié que, si l'exploitation agricole appartient à un individu, ou à une société de capitaux ou de personnes, elle ne sera divisée ni comme immeuble, ni sous forme d'actions ou de parts, pour la raison que deux ou plusieurs personnes auraient le droit d'en hériter en totalité ou d'hériter chacun une part. Le même principe peut s'étendre à d'autres biens meubles. Une critique pourrait cependant dire que l'article 11 est d'une portée trop restreinte; il n'y a pas seulement la politique suivie par l'Etat pour éviter que les héritages n'entraînent des démembrements, il y a aussi sa politique à l'égard de la propriété de biens meubles ou immeubles susceptibles d'être transmis par héritage et qui sont à la fois rares et très recherchés. Pourquoi l'article 11 ne devrait-il prendre en compte qu'une seule de ces deux politiques?

61 La réponse pourrait bien être que l'orientation de l'article a changé entre le moment où il a commencé à prendre forme et celui de l'avant-projet. Lorsque la question a été étudiée pour la première fois à la session de novembre 1986 (voir le résumé du Président, P.-v. No 8), la Commission se préoccupait des règles spéciales d'ordre public concernant des biens ou des entreprises particuliers situés ailleurs que dans l'Etat qui fournit la loi successorale applicable. Les Documents de travail Nos 53 et 54, avaient cependant des objets différents, bien que connexes. Le Document de travail No 53, dans son paragraphe 1, envisageait les règles «qui restreignent, contrairement aux règles habituelles de la succession, la propriété, la possession, l'usage ou l'occupation de biens particuliers». Par exemple, la *lex situs* peut interdire aux étrangers de posséder des terrains dans une zone résidentielle bordant la côte, dont l'offre est limitée. De même la propriété de biens meubles liés à l'histoire et à la vie de l'Etat, ou de ses populations (par exemple, objets tenus pour sacrés par la population aborigène), peut être réservée à des personnes agréées par l'Etat ou à des institutions se trouvant sur son territoire. Les conséquences de l'héritage sont également en cause; par exemple: qui peut occuper un certain immeuble ou posséder un certain bien meuble, notamment un objet d'art? Le Document de travail No 54, en revanche, visait la loi de l'Etat du *situs* «qui constitue un régime d'héritage spécial pour [certains] biens». C'est là une disposition qui concerne la dévolution. Ces deux projets ont été regroupés pour examen (voir P.-v. No 25) dans le Document préliminaire No 10. Toutefois, un sentiment assez répandu parmi les experts était qu'il appartenait au *situs* de dédommager les héritiers qui auraient normalement eu un titre; cela dépassait le cadre d'une convention sur les conflits.

Au cours de la troisième session, et bien que l'article 5 (Doc. trav. No 54) et l'article 6 (Doc. trav. No 53, paragraphe 1) du Document préliminaire soient complémentaires, parce qu'ils traitent tous deux des circonstances qui influent sur la loi successorale applicable, l'article 6, en tant qu'article distinct, a été rejeté à l'issue d'un vote. Certains experts ont considéré qu'il concernait une question de droit public, d'autres que la Convention ne devait pas accorder une sorte de reconnaissance aux politiques discriminatoires des Etats, mais le sentiment général a paru être qu'il ne s'agissait pas d'un problème de conflit de lois, mais d'une question qui relèverait de l'ordre public. Plusieurs propositions tendaient à fusionner ce qui faisait l'objet des articles 5 et 6, notamment le Document de travail No 81, qui s'inspirait de l'article 7 de la Convention de Rome portant sur le même sujet, mais, malgré la rédaction simple et concise du Document No 81, la plupart des experts ont estimé qu'il élimi-

nait la distinction existant entre les articles 5 et 6. Un vote a alors eu lieu sur le Document de travail No 80 qui, tel qu'amendé, visait expressément les règles qui «prévoient des possibilités d'héritage extraordinaires ou restreignent de toute autre façon les règles habituelles de la propriété». La proposition développait ensuite les raisons de la restriction qu'il s'agissait d'introduire. Elle a cependant été rejetée à la suite d'un vote par lequel il a été décidé de conserver l'article 5 comme ayant seul le caractère qui convenait à une règle de conflit. Les questions mentionnées dans le Document de travail No 80, à l'exception des «régimes successoraux particuliers» (art. 11 de l'avant-projet), rentreraient alors dans le cadre de l'article 14 comme questions d'ordre public, et le for, s'il n'est pas le *situs* aurait à examiner si les restrictions à la propriété, à l'usage ou à la possession résultant de la *lex situs* constituent une exception d'ordre public à l'application de la loi successorale.

62 Un «régime successoral particulier» devrait donc être compris comme un mode de dévolution de biens meubles ou immeubles. A moins que ce droit ne soit qualifié de «question relevant du régime matrimonial» au sens de l'article 1.2 c, un point à noter est qu'il semblerait englober le droit du conjoint survivant à continuer d'occuper le foyer familial pendant toute sa vie, prenant ainsi le pas sur les héritiers testamentaires ou légaux. L'adjonction des considérations «culturelles» a été rejetée pour diverses raisons, et avant tout parce qu'aucun exemple concret n'a pu être fourni de considérations de ce genre qui influeraient sur la succession. Le mot «entreprises» a été maintenu par un vote, bien que les opinions aient d'abord divergé sur le point de savoir si ce terme nouveau devrait figurer dans la Convention. Ce terme vise les opérations agricoles, commerciales ou industrielles, appuyées ou non sur des avoirs consistant en biens meubles ou immeubles, et organisées en sociétés de capitaux ou de personnes ou autres entités coopératives, en tant qu'activité particulière. Les exemples donnés portaient sur les opérations à partir d'une propriété louée à bail ou appartenant à une société dont les actions ou les parts sont elles-mêmes détenues par les membres d'une famille.

Article 12

63 La formulation de cet article est significative. Lorsqu'il n'existe pas de bénéficiaires testamentaires, et qu'aucune personne physique n'est susceptible *ab intestat*, en vertu de la loi déterminée conformément à l'article 3 ou à l'article 4, selon le cas, cela «ne fait pas obstacle» à ce que l'Etat du *situs*, ou une institution désignée par celui-ci, appréhende les biens de la succession se trouvant sur son territoire.

Cette solution ingénieuse à un problème très ancien a été proposée dans les derniers jours de la troisième session. Les Etats appliquant la théorie du droit régalien estiment que, s'il n'existe pas de bénéficiaires désignés par testament et qu'aucune personne physique ne soit susceptible *ab intestat*, l'Etat doit appréhender en tant que biens vacants tous les actifs se trouvant sur son territoire. Les Etats de la tradition de droit civil diffèrent entre eux; certains considèrent au contraire que l'Etat entre en scène comme héritier (*ultimus heres*) lorsqu'il n'y a pas d'héritier physique. Pour ce qui est des conflits de lois, et ainsi que le Document préliminaire No 7, établi par le Bureau Permanent le souligne, on peut aboutir de la sorte à des conflits positifs ou à des conflits négatifs. Un conflit positif se produit quand l'Etat invoquant le *situs* et l'Etat invoquant la doctrine de l'*ultimus heres* font tous deux valoir leurs prétentions; un conflit

be not so much a particular line of descent, but that however the farm is held in ownership, whether by an individual, a company, or a partnership, it shall not be divided whether as an immovable or as shares or interests, as a consequence of two or more persons being entitled to inherit the whole, or a part each. The policy may also extend to other movables. However, a critic might say that article 11 is too narrow in its scope; there is not only State policy as to non-division by inheritance, there is State policy as to who may own immovables or movables of a heritage character or which are in short supply and great demand. Why is article 11 dedicated to one only of these two policies?

61 The answer may well be that this article changed direction between its early origination and the preliminary draft. When the subject was first canvassed in the November, 1986, session (see summary of the Chairman, Minutes No 8), the Commission was concerned with special public policy rules concerning particular assets or operations on the occasion when the situs of those assets or operations is different from the State which provides the applicable succession law. Working Documents Nos 53 and 54, however, had different, if related, objects. Working Document No 53 was concerned in its paragraph 1 with rules 'restricting contrary to the usual rules of succession, the ownership, control, use or occupancy of particular assets'. This would apply, for example, when the situs prohibits foreigners from owning choice waterfront residential land, of which there is little. It would also apply where movables associated with the history and life of the State, or with peoples within the State, are not permitted to be owned except by State approved persons or institutions within the State. For instance, movables sacred to aboriginal peoples. The consequences of inheritance are also involved; that is, who may occupy a certain immovable, or possess a certain movable, such as art. Working Document No 54 on the other hand spoke of the law of the situs State 'which institutes a special inheritance regime in respect of [certain] assets'. This is a devolution provision. Both these drafts were included for discussion (see Minutes No 25) in Preliminary Document No 10. However, the widespread feeling among experts was that compensation by the situs of those heirs who would otherwise have been entitled was for the situs; it was beyond the scope of a conflicts convention.

During the third session, despite the fact that article 5 (Work. Doc. No 54) and article 6 (Work. Doc. No 53, paragraph 1) of the Preliminary Document were complementary, because both deal with circumstances that interfere with the applicable law of succession, article 6 as a separate article was by vote rejected. Some experts thought it concerned a public law issue, others that the Convention should not recognize discriminatory State policies, but the general view appeared to be that it did not concern a conflict of laws problem, and, as an issue, would fall under *ordre public*. Several proposals had been made to join the objects of articles 5 and 6, and these included Working Document No 81 which followed article 7 of the Rome Convention on the subject, but, though Working Document No 81 was short and simple in expression, most experts felt it lost the distinction that lay between articles 5 and 6. Working Document No 80 was then voted upon which, as amended,

particularized rules which 'provide an extraordinary inheritance or otherwise restrict the usual rules of ownership'. The proposal continued by elucidating the reasons for the restriction. However, this proposal was rejected by a vote in favour of retaining article 5 as alone having the appropriate character of a conflicts rule. Matters referred to in Working Document No 80, other than 'a particular inheritance regime' (article 11 of the preliminary draft), would thus fall under article 14 as *ordre public*, and the forum, if it is not the situs, would consider whether the ownership, use or control restrictions of the situs constitute an *ordre public* exception to the application of the succession law.

62 'A particular inheritance regime' should therefore be interpreted as a mode of devolution of immovables or movables. Unless that right were to be characterized as 'matrimonial property' under article 1(2)(c), it should be noted that it would appear to include the right of the surviving spouse to remain in the family home for his or her lifetime, taking precedence thereby over the testamentary or intestate heirs. The additional adjective, 'cultural' considerations, was rejected for a number of reasons, principally because no specific example could be given of such considerations having a succession connotation. The term 'enterprises' was retained, following a difference of opinion as to whether this novel expression should appear in the Convention, and a confirming vote. It refers to agricultural, commercial or industrial operations, whether concerned with assets in the form of immovables or movables, organized in corporate, partnership (society), or other such co-operative form, as a particular venture. Examples given were operations conducted on leasehold property, or on property owned by a company whose shares are in turn owned by members of a family.

Article 12

63 The wording of this article is significant. When there is no testamentary beneficiary, and no physical person entitled in intestacy, under the law determined by article 3 or article 4, as the case may be, that fact 'does not preclude' the situs State, or an agency designated by that State, from taking the estate assets on its soil.

This ingenious solution to a time-honoured problem was proposed in the last days of the third session. States following the theory of the regalian right take the view that, when there is no designated beneficiary under a will and no physical heir to take on intestacy, the State takes as *bona vacantia* all estate assets whose situs is in that State. States of the civil law tradition are divided; some adopt the contrary position that the State takes as an heir (the *ultimus heres*) in those circumstances where there is no physical heir. At the conflict of laws level, as Preliminary Document No 7, originated by the Permanent Bureau, points out, this can lead to positive conflicts or negative conflicts. A positive conflict occurs when the State upholding situs and the State upholding *ultimus heres* both claim to be entitled; a negative conflict will exist when State X (*ultimus heres*) is the situs of the assets, but X designates State Y (the regalian

négalif existe lorsque l'Etat X (*ultimus heres*) est le *situs* des biens, mais que X désigne l'Etat Y (droit régalien) comme étant finalement l'héritier. Dans ce cas ni l'un ni l'autre ne fait valoir ses prétentions.

64 Dans le Document préliminaire No 7, *supra*, page 204, note 7, le Bureau Permanent recommandait à la Commission d'adopter l'article 4 du projet de 1928, règle territoriale en vertu de laquelle, s'il n'existe pas de bénéficiaires testamentaires et, «abstraction faite de l'Etat dont la loi est applicable à la succession», aucun successible *ab intestat*, les biens sont acquis à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. Au cours des discussions, l'attention de la Commission a été attirée sur le fait qu'il existe trois possibilités; le *situs* appréhende les biens, la loi successorale l'emporte toujours, ou le *situs* appréhende les immeubles, tandis que la loi des articles 3 ou 4 détermine à qui vont les meubles. Les avantages d'une règle déterminant à quel Etat les biens devraient être acquis et ceux d'une règle spécifiant que la Convention ne prend pas position sur ce point ont été examinés tour à tour et, chacune de ces solutions soulevant des problèmes, l'une et l'autre ont été rejetées.

65 Pour finir, on s'est mis d'accord pour adopter ce qui pourrait être décrit comme l'effet de la règle territoriale du projet de 1928. La proposition présentée dans le Document de travail No 93 et, sous réserve de modifications de forme, adoptée par la Commission, n'est pas une règle de conflit comme celle de l'avant-projet de 1928, mais une disposition permissive qui vise à mieux exprimer la règle territoriale en éliminant la possibilité d'un litige lorsque l'Etat dont la loi constitue la *lex successio nis* revendique les biens, en tant qu'*ultimus heres*, vis-à-vis de l'Etat où les biens se trouvent. La solution à laquelle on a abouti à l'article 12 n'est pas parfaite – un conflit négatif peut encore se produire quand l'Etat de la *lex successio nis* (comme désignée par les règles de conflit de l'Etat où les biens se trouvent) et l'Etat même où les biens se trouvent ne revendiquent pas les biens, et la situation exacte des biens incorporels peut prêter à controverse – mais les experts ont reconnu que c'était la meilleure solution pratique.

66 Dans le Document de travail No 108 (Comité de rédaction) le texte anglais se lisait: «*does not preclude the State ... from appropriating*», et le français «ne fait pas obstacle à la prérogative d'un Etat». Un vote à main levée a montré que 11 délégations étaient en faveur de la version anglaise et 9 en faveur de la version française. La première a donc été adoptée. La minorité estimait que la prérogative de l'Etat devait être soulignée, car c'est là que se trouve l'explication de l'article. Selon les membres de la minorité, la «loi successorale» signifie la loi de l'Etat de la nationalité ou de la résidence habituelle conformément aux dispositions de la Convention. Il ne s'agit pas de n'importe quel Etat étranger où les biens se trouveraient au moment de la mort du *de cuius*.

Article 13

67 Cet article reflète la manière désormais traditionnelle dont les Conventions de La Haye traitent le renvoi, et qui consiste à l'exclure.

La Commission a néanmoins examiné trois possibilités. La première était d'exclure le renvoi (Doc. trav. No 78), la seconde d'admettre un renvoi limité (Doc. trav. No 85), et la troisième de laisser libre cours au renvoi (Doc. trav. No 86). Cependant, la deuxième et la troisième possibilités n'étaient proposées que pour les cas où aucune loi n'a été désignée par le défunt (autrement dit les cas de l'article 3). On a fait valoir en faveur du

Document de travail No 78 qu'il représentait l'attitude traditionnelle de La Haye. Le Document de travail No 85 (renvoi uniquement au deuxième degré) se concrétisait par une proposition en vertu de laquelle si A, Etat contractant, était renvoyé à B, Etat non contractant, pour la *lex successio nis* en vertu de l'article 3, mais que ce deuxième Etat renvoyait à son tour à C, autre Etat non contractant, un tel renvoi devrait être admis. On a dit à l'appui de cette proposition qu'elle avait pour effet d'harmoniser les lois. Le Document de travail No 86 autoriserait le renvoi chaque fois que la loi selon l'article 3 appliquerait elle-même le renvoi. Bien que celui-ci soit inégalement accepté par les Etats, les partisans de cette méthode étaient d'avis qu'il ne fallait pas trop lier les mains des juges dans les efforts qu'ils font eux aussi pour parvenir à l'unité. Toutefois, en raison surtout du fait que la troisième proposition aurait signifié que la Convention perdait toute influence dans sa tentative de parvenir à une loi applicable unifiée et que, bien qu'allant plus loin que la troisième proposition dans la voie de l'unification, la seconde établissait une distinction entre les Etats contractants et non contractants, la première proposition, correspondant à la politique traditionnelle de La Haye, a recueilli la majorité.

Il convient de noter que la Convention ne fait aucune mention des règles unilatérales de conflit et qu'elle ne s'en soucie nullement. De telles règles existent, par exemple, quand la loi du for spécifie que personne ne peut accomplir un acte particulier à moins d'être un résident habituel du for. Il s'agit là d'une règle d'autolimitation totalement différente des règles de conflit de lois qui s'appliquent de façon générale au for et aux autres Etats.

Article 15

68 C'est la «clause fédérale». De même que dans toutes les récentes Conventions de La Haye, elle vise à régler le cas d'un Etat national comprenant deux ou plusieurs unités territoriales, dont chacune possède son système juridique propre ou ses propres règles de droit pour la matière traitée dans la Convention. Cette matière est en l'occurrence la loi successorale (paragraphe 1).

Le paragraphe 2 traite de la situation, résultant par exemple de l'article 3, paragraphe 1, dans laquelle la loi successorale objectivement déterminée (c'est-à-dire quand aucune désignation n'a été faite) oblige à se référer à la nationalité ou à la résidence habituelle du *de cuius*, et dans laquelle il convient de décider quelle loi on entend par «loi de la nationalité» et par «loi de la résidence habituelle».

Le paragraphe 3 concerne le problème qui se pose lorsque, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, alinéa *b*, la loi résultant de la «résidence habituelle dans cet Etat depuis au moins 5 ans» doit être déterminée, alors que durant ces 5 ans le défunt a résidé dans deux ou plusieurs des unités territoriales de l'Etat de sa nationalité.

Le paragraphe 4 envisage le cas où le défunt a choisi la loi d'une unité territoriale faisant partie d'un tel Etat. Il importe au plus haut point qu'un testateur qui possède la nationalité de cet Etat ou qui y est résident habituel n'ait pas la faculté de désigner n'importe quelle unité territoriale à l'intérieur de l'Etat alors que ces unités peuvent avoir des dispositions très différentes en matière de protection de la famille – par exemple des réserves dans le cas des Etats-Unis. Il serait par trop facile à un ressortissant ou à un résident habituel de choisir sa loi successorale en vue d'éviter les mesures de protection de la famille de l'unité dans laquelle il vit. C'est pour-

right) as the ultimate heir. So neither claims entitlement.

64 In Preliminary Document No 7, *supra*, page 205, note 7, the Permanent Bureau recommended that the Commission adopt article 4 of the 1928 draft which is a territorial rule providing that where there is no testamentary beneficiary, and, 'abstraction faite de l'Etat dont la loi est applicable à la succession', no intestate heir, the State being the situs of the assets should take them. During discussion it was pointed out to the Commission that there are three choices; the situs takes, the law of succession always prevails, or the situs takes the immovables, while the law of article 3 or 4 determines who takes the movables. The merits of a rule in the Convention determining which State should take the assets, and on the other hand a rule stating that the Convention make no provision on the matter, were considered, and, because each position has problems, each was rejected.

65 Finally, it was agreed to adopt what might be described as the effect of the territorial rule of the 1928 draft. The proposal put forward in Working Document No 93, and, subject to drafting, adopted by the Commission, is not a conflicts rule like the 1928 draft, but a permissive provision which aims to eliminate the possibility of litigation when the State whose law is the *lex successionis* claims as *ultimus heres* from the State of the situs. The solution reached by article 12 is not perfect – a negative conflict may still occur when the State of the *lex successionis* (as determined by the conflict rules of the situs State), and the situs State itself, make no claim, and there may still be argument over the situs of intangible movables – but experts agreed that in practical terms this was the best available solution.

66 In Working Document No 108 (Drafting Committee) the English was worded, 'does not preclude' the State ... from appropriating', and the French, '*ne fait pas obstacle à la prérogative d'un Etat*'. A vote by show of hands revealed eleven delegations in favour of the English expression, and nine in favour of the French. The English expression was therefore adopted. The minority were of the opinion that State prerogative should be emphasized, because this explains the article. In their view what is meant by the law of succession is the law of the State of the nationality or of the habitual residence, following the provision of this Convention. It does not mean any alien State where the assets happen to be at the time of the death of the *de cuius*.

Article 13

67 This article represents the now traditional response of the Hague Conventions to renvoi, namely, to exclude it.

Nevertheless, three positions were considered by the Commission. The first was to exclude renvoi (Work. Doc. No 78), the second was to admit a limited renvoi (Work. Doc. No 85), and the third was to allow renvoi to occur as it will (Work. Doc. No 86). However, both the second and third alternatives were proposed for *non-professio-juris* (i.e., article 3) situations only. Working Document No 78 was advocated on the basis that it is

the traditional Hague approach. Working Document No 85, renvoi only to the second degree, took the form of a proposal that if A, a Contracting State, was taken to B, a non-Contracting State, as the *lex successionis* under article 3, but that State referred on to C, another non-Contracting State, that renvoi should be permitted. This proposal was commended as serving to harmonize laws. Working Document No 86 would allow renvoi wherever the article 3 law would itself apply renvoi. Though renvoi is unevenly accepted among States, the proposers of this approach considered that the hands of the courts should not be too tied in their efforts also to reach unity. However, principally because the third proposal meant that the Convention lost all hold in attempting to secure a unified applicable law, and though facilitating more unification than the third, the second proposal distinguished between Contracting and non-Contracting States, the first proposal, the traditional Hague policy, was voted majority acceptance.

It should be noted that the Convention makes no reference to, or has any concern with, unilateral conflict rules. Such rules arise, for instance, when the law of the forum provides that no person shall perform a particular act unless he is habitually resident in the forum. This is a self-limiting rule which is totally different from conflict of law rules, which apply generally to the forum and other States.

Article 15

68 This is the 'federal State clause'. It provides, in common with all other modern Hague Conventions, for the situation where one national State includes two or more territorial units, each of which has its own legal system, or its own rules of law for the subject area in question. In this instance the subject in question is the law of succession (paragraph 1).

Paragraph 2 deals with the situation, as for example article 3, paragraph 1, where the objectively determined law of succession (i.e., where no choice is made) requires references to the nationality and the habitual residence of the *de cuius*, and a decision has to be made concerning which law is meant by 'nationality' and by 'habitual residence'.

Paragraph 3 is concerned with the problem where under article 3, paragraph 1, sub-paragraph *b*, the law pointed to by 'habitual residence in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death' must be determined, when within that five years the *de cuius* has been resident in two or more of the territorial units within his State of nationality.

Paragraph 4 deals with the circumstances where the *de cuius* has chosen a law of a territorial unit within such a State. It is very important that a testator who has the nationality of, or an habitual residence within, that State, not be permitted to choose any territorial unit within the State when those units may have very different provisions from each other on family protection matters, e.g. forced shares in the states of the United States. It would be all too easy for any national or habitual resident to select his succession law with a view to avoiding the family protection provisions of the unit within which he lives. For this reason paragraph 4 aims to en-

quoi le paragraphe 4 vise à faire en sorte que le ressortissant ou le résident habituel d'un tel Etat ait actuellement ou ait eu dans le passé un lien personnel (tel que décrit au paragraphe 4) avec la loi de l'unité territoriale désignée par lui.

Paragraphe 2

69 L'alinéa *a* signifie que, si la résidence habituelle d'un «Canadien», par exemple, soulève des questions, et si ce Canadien, à son décès, avait été résident habituel de la Province de l'Ontario, la loi de l'Ontario serait considérée comme la loi de l'Etat dans lequel, au moment de son décès, il était habituellement résident.

L'alinéa *b* signifie que la «loi de la nationalité» du défunt serait déterminée d'abord, en recherchant l'unité territoriale que l'Etat en cause serait réputé avoir visée. Si l'Etat n'a aucune règle à cet effet, l'avant-projet oriente le praticien ou le tribunal vers l'unité territoriale où le défunt a eu sa dernière résidence habituelle, ou, à défaut d'une telle résidence, vers l'unité avec laquelle il avait les liens les plus étroits. Par exemple, dans le cas d'un citoyen des Etats-Unis vivant et travaillant en Europe, mais dont l'Etat d'origine est la Virginie, où il est né et a grandi, et d'où il est parti pour l'Europe, la loi de la nationalité serait sans aucun doute la loi de la Virginie, «dernière résidence habituelle» aux Etats-Unis. En revanche, si le défunt était né en Europe de parents américains, s'il avait grandi en Europe et y était décédé, et ne s'était rendu aux Etats-Unis que pour s'occuper de ses affaires familiales et visiter ses parents dans l'Etat de New York, la loi de cet Etat serait sans doute celle avec laquelle il aurait les «liens les plus étroits». Certes, il peut arriver qu'il n'y ait jamais eu de résidence habituelle, et uniquement, au mieux, des «liens étroits» assez vagues, mais dans la grande majorité des cas l'alinéa *b* donnerait un résultat clair. Si la Convention prétendait régler des situations aussi exceptionnelles que celles qui viennent d'être évoquées, elle deviendrait sans aucun doute un instrument trop complexe pour le praticien en présence d'un cas normal.

Toutefois, l'avant-projet n'aborde pas le problème du défunt qui possède une double nationalité au moment de son décès. Il n'en traite ni ici, à propos de la «clause fédérale», ni dans les articles 3 et 4 où il est question de la «loi de la nationalité» d'une façon générale. Il faut présumer que, aux fins de la Convention, le défunt peut être considéré comme ayant l'une ou l'autre nationalité. Rien dans les termes de la Convention ne semble obliger le praticien ou le juge à ne tenir compte que de la dernière nationalité ou de la nationalité dominante. Cependant, l'article 3, paragraphe 2, pourrait poser des difficultés. Si un citoyen des Etats A et B travaillait sous contrat dans l'Etat C au moment de son décès, et si le tribunal concluait qu'il avait des «liens plus étroits» avec l'Etat C qu'avec les Etats A ou B, quelle «loi de la nationalité» constituerait la loi applicable?

Paragraphe 3

70 Pour déterminer les cinq années de résidence habituelle (article 3, paragraphe 1, alinéa *b*, trois conditions doivent être remplies: (1) les cinq années de résidence doivent avoir immédiatement précédé le décès, (2) la résidence dans une unité territoriale (quand deux ou plusieurs unités se trouvent en jeu) n'a pas à avoir été elle-même habituelle au moment où elle a pris fin, à condition qu'au moins l'une de ces résidences ait été habituelle, et (3) la résidence dans deux ou plusieurs unités, aboutissant à une résidence habituelle au moment du décès, doit avoir consisté en résidences successives. Par exemple, le défunt peut avoir résidé dans les

Etats australiens de la Nouvelle-Galles du Sud (2 ans), de Victoria (2 ans), et de l'Australie du Sud (1 an) au moment de son décès. Au début de cette période de 5 ans, il émigrerait en Australie et à son décès, tout comme à son arrivée, il était ressortissant grec. Bien qu'en elle-même la résidence dans le premier et le troisième des Etats australiens n'ait pas été habituelle quand elle a pris fin, la résidence dans l'Etat de Victoria était habituelle sur sa fin. Le défunt avait établi son foyer parmi les Grecs de Melbourne (Victoria) et s'était rendu à Adélaïde (Australie du Sud) pour aider un ami en difficultés qui y possédait un restaurant. A son décès il était résident habituel en Australie depuis cinq ans. La loi applicable, aux fins de l'article 3, paragraphe 1, alinéa *b*, est la loi de l'Etat de Victoria.

Il convient de noter que, si un tribunal estimait que la résidence dans l'Etat de Victoria n'était pas habituelle au moment du voyage dans l'Etat d'Adélaïde, le défunt, bien que résident habituel en Australie pour les cinq années spécifiques requises, n'aurait aucune loi d'aucune unité territoriale applicable à sa succession. Le paragraphe 3 ne semble pas aller jusqu'à envisager cette situation. Etant donné les cinq années de résidence habituelle en tout, il semblerait qu'il faille ajouter à la fin du paragraphe les mots «ou avec laquelle il avait les liens les plus étroits».

Paragraphe 4

Alinéa a

71 Ce texte signifie que si une personne, écossaise par la naissance, par conviction et comme ayant eu en Ecosse sa résidence habituelle, se trouvait par hasard à Londres, en Angleterre, et y était établie en permanence à son décès, et que cette personne avait désigné la loi écossaise en vertu de l'article 4 pour régir sa succession, ce choix serait valable. En tant que ressortissant du Royaume-Uni elle aurait désigné la loi d'une unité territoriale du Royaume-Uni, et y aurait eu «à une période donnée» sa résidence habituelle. Si en fait elle n'avait jamais eu de résidence habituelle en Ecosse, mais avait passé la plus grande partie de sa vie en Nouvelle-Ecosse, au Canada, avant de venir à Londres, le choix pourrait demeurer valable (décision de fait) comme portant sur une unité territoriale avec laquelle elle «avait eu des liens étroits». Les éléments à prendre en considération pour apprécier les «liens étroits», qu'ils soient simplement «étroits» ou «les plus étroits», ont déjà été examinés à propos de l'article 3, paragraphe 2.

Alinéa b

72 Cette disposition validerait la désignation de la loi si, par exemple, un ressortissant français vivant dans la province du Québec, Canada, où il aurait sa résidence habituelle, mourait à Québec, ayant choisi la loi du Québec pour régir sa succession.

Alinéa c

73 Cet alinéa représente une légère variation par rapport à l'alinéa *b*. Le défunt avait à son décès sa résidence habituelle dans une unité territoriale de l'Etat, et il a choisi la loi d'une autre unité du même Etat où il avait eu antérieurement sa résidence habituelle. Par exemple, le ressortissant français visé au paragraphe 72 déménage à Toronto (Ontario) et acquiert une résidence habituelle en Ontario avant d'y décéder. Il désigne cependant la loi du Québec, où il avait eu jadis sa résidence habituelle, pour régir sa succession.

sure that both the national or habitual resident of such a State must have some past or present personal association (in the manner described by paragraph 4) with the territorial unit law he has chosen.

Paragraph 2

69 Sub-paragraph *a* means that, if the habitual residence of a 'Canadian', for instance, becomes a question, and that Canadian died habitually resident in the province of Ontario, the law of Ontario would be taken as the law of the State in which at death he was habitually resident.

Sub-paragraph *b* means that the 'nationality law' of the deceased would be determined, first, by looking to see which territorial unit the State in question would deem to have been referred to. If the State has no rules for this purpose, then the preliminary drafts takes the practitioner or court to the territorial unit in which the deceased had his last habitual residence, or, failing such a residence, to the unit with which he had the closest connection. For instance, the law of the nationality of an American citizen living and working in Europe, but whose 'home' state is Virginia in the United States, being the state where he was born and grew up, and from where he left for Europe, would no doubt be Virginia, as his 'last habitual residence' within the United States. On the other hand, had the deceased been born in Europe to American parents, grown up in Europe, and died there, only visiting the United States in order to tend to family business and stay with family in New York State, the law of that state would no doubt constitute his 'closest connection'. It is evident that there could be cases where there never was an habitual residence, and only a nebulous 'closest connection', if any, but for the great majority of cases this sub-paragraph will produce clear results. Were the Convention to attempt to meet such exceptional cases, it would no doubt become too complex a rule for the practitioner faced with the standard case.

However, the preliminary draft does not deal with the problem of the deceased who at death had dual nationality. It neither deals with it here, in connection with the 'federal State clause', or when dealing in articles 3 and 4 with the issue of 'nationality law' at large. Presumably the deceased may for all purposes of the Convention be considered to have either nationality. There seems to be nothing in the terms of the Convention which would require the practitioner or the court to look solely to the later acquired, or to the dominant, nationality. However, article 3, paragraph 2, could cause difficulties. If a citizen of State A, and of State B, was working with a contract in State C when he died, and the court concludes he was not 'more closely connected' with State C than A or B, which 'nationality law' constitutes the applicable law?

Paragraph 3

70 For the determination of the five years of habitual residence (article 3, paragraph 1, sub-paragraph *b*), three requirements must be met: (1) the five such years of residence must have immediately preceded his death, (2) residence within a territorial unit (when two or more are involved) need not *itself* when it concluded have been habitual, providing at least one of those residences was habitual, and (3) the residence within two or more units, leading to an habitual residence on death, must have been successive residences. For example, the deceased may have resided within the Australian states of New South Wales (2 years), Victoria (2 years), and

South Australia (1 year) when he died. He was an immigrant to Australia at the commencement of that five years, dying, as he came, a Greek national. Though the residence in the first and the third of those states of Australia was not in itself when it terminated habitual, the residence in Victoria was habitual at its close. The deceased had made his home among the Greeks of Melbourne, Victoria, and had gone to Adelaide, South Australia, to assist a friend in difficult times with a restaurant there. At his death he had been habitually resident in Australia for five years. The applicable law, for the purposes of article 3, paragraph 1, sub-paragraph *b*, is the law of Victoria.

It should be noted that, if a court were of the opinion that the Victoria residence was not habitual when the journey to Adelaide took place, the deceased, *though habitually resident in Australia* for the required particular five years, has no territorial unit law applicable to his succession. Paragraph 3 appears to stop short of providing for this situation. Given the overall five years of habitual residence, it would seem that at the end of the paragraph should be added, 'or with which he had the closest connection'.

Paragraph 4

Sub-paragraph *a*

71 This language would mean that, if a Scot by birth, one-time habitual residence, and persuasion found himself by dint of circumstances in London, England, where he was permanently living when he died, choosing the law of Scotland under article 4 to govern his succession, that choice would be valid. As a United Kingdom national he has designated the law of a territorial unit of that State, and 'at some time' had had his habitual residence there. Had he in fact never had an habitual residence in Scotland, but spent most of his life in Nova Scotia, Canada, before making his way to London, the choice may still be valid (a factual decision) as referring to a territorial unit with which he 'otherwise had a close connection'. The factors to be considered for the purposes of determining 'close connection', whether 'close' or 'closest', have already been considered in connection with article 3, paragraph 2.

Sub-paragraph *b*

72 This provision would validate the choice of law where, for instance, a French national living in the province of Quebec, Canada, where he has his habitual residence, dies in Quebec, choosing the law of Quebec to govern his succession.

Sub-paragraph *c*

73 This sub-paragraph poses a slight variation on sub-paragraph *b*. The deceased died with an habitual residence in a territorial unit of the State, and chose the law of another unit in the same State, having previously had an habitual residence in that other unit. For instance, the French national, *supra*, paragraph 72, moves to Toronto in Ontario, and acquires an habitual residence in Ontario by the time of his death there. He nevertheless nominates the law of Quebec, his sometime habitual residence, to govern his succession.

74 Trois experts venant d'Etats unitaires ont souligné que l'article 15 applique en fait un traitement différent aux ressortissants ou résidents habituels d'Etats fédéraux et aux ressortissants ou résidents habituels d'Etats unitaires. S'ils étaient traités de la même façon, le ressortissant ou le résident habituel d'un Etat fédéral pourrait choisir n'importe quel système juridique ou n'importe quelle loi successorale à l'intérieur de cet Etat. On pourrait penser que cet argument est très valable et qu'il conviendrait d'éviter autant que possible des dispositions comme celles du paragraphe 4. L'Expert des Etats-Unis a cependant expliqué que, dans son pays, un libre choix de la loi permettrait au défunt d'éviter les lois de protection de la famille de sa propre unité territoriale en en choisissant une autre, dont la loi n'accorderait pas la même protection, et avec laquelle il n'aurait ni liens familiaux ni liens d'aucune autre espèce. Une autre solution à ce problème incontestable, mais qui ne justifie guère qu'une convention internationale adopte la forme du paragraphe 4, serait que la Convention autorise un Etat fédéral ou un Etat subdivisé en régions appliquant des lois successorales différentes à introduire le paragraphe 4 s'il le désire. Sinon la Convention autoriserait à choisir n'importe quelle loi successorale à l'intérieur des frontières nationales du lieu de résidence habituelle.

75 L'article s'applique par analogie aux pactes successoraux. Par exemple, «sa dernière résidence habituelle» signifierait «sa résidence habituelle au moment de l'accord»; «avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits» signifierait «avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits au moment de l'accord»; «au moment de son décès» signifierait «au moment de l'accord». C'est là toutefois une question qui mérite peut-être plus ample réflexion.

Article 16

76 Cet article est également bien connu dans les conventions récentes, et n'a guère prêté à discussion au sein de la Commission. Un Etat peut compter des résidents soumis à un système de loi personnelle telle que la loi islamique, et reconnaître cette loi, de même que ses adhérents. Si l'Etat lui-même ne dispose pas de règles pour déterminer quel système juridique au sein de l'Etat doit s'appliquer, l'article 16 prévoit que ce sera la loi avec laquelle le défunt avait «les liens les plus étroits» qui prévaudra. Là encore on retrouve le problème de la détermination des liens les plus étroits. Toutefois, les personnes qui relèvent d'un statut personnel, Hindous, Musulmans, Parsis ou Chrétiens par exemple, seront reconnues comme telles à l'intérieur de l'Etat, et la loi personnelle du testateur lui-même pourra être déterminée en vertu de la loi locale.

Article 17

77 Un conflit de lois entre juridictions à l'intérieur d'un Etat contractant, et alors que la loi d'aucun autre Etat n'est en jeu en vertu des termes de la Convention, sort du cadre de cette dernière. Il en est ainsi non seulement entre deux unités territoriales ressortissant au même système juridique, par exemple la *common law*, mais entre deux unités, disons le Québec et l'Ontario, qui appliquent des systèmes juridiques différents, et entre une loi personnelle religieuse et une loi (ou autre statut personnel) séculière. Vu cette dernière hypothèse il est douteux que l'adjectif «territoriales» soit à sa place à la première ligne de l'article 17. Idéalement, l'article ne devrait faire aucune mention des unités territoriales ni

même des unités. Si cette remarque est fondée, l'article 17 pourrait être ainsi rédigé:

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit différents ou des règles différentes s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits entre les lois de ces différents systèmes, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.

Il semblerait que le texte de l'article 23 soulève un problème analogue.

Article 18

78 Cet article dispose que, «dans un Etat contractant», la Convention s'applique à la succession de toute personne décédée après son entrée en vigueur «pour cet Etat». Cela signifie que, si le défunt est ressortissant ou résident habituel de l'Etat en question au moment de son décès (dans le cas d'une succession testamentaire ou *ab intestat*), ou s'il a «des liens plus étroits» avec la loi de cet Etat, l'article 3 s'appliquera, même si le testament a été rédigé avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat. Puisque la Convention s'applique à toute la succession, même s'il existe des testaments différents pour des biens se trouvant dans des juridictions différentes, cela signifie que tous les testateurs et ceux qui n'ont fait aucune disposition testamentaire doivent réexaminer leur situation avec soin et sans perdre de temps, à moins que tous leurs biens ne se trouvent dans une seule juridiction. Dans bien des Etats la révocation résulte de l'introduction d'une seule clause de révocation dans un nouveau testament, ou même de la rédaction d'un nouveau testament dont les dispositions sont incompatibles avec le testament précédent (toujours existant). La révocation résultant d'une clause de révocation annulera alors tous les documents testamentaires précédents, y compris la clause de désignation de la loi qui peut y figurer. Quant à savoir si un testament ultérieur, totalement incompatible avec le ou les précédents, annule une ancienne désignation de la loi, c'est là une question d'interprétation, pour déterminer si le testateur entendait révoquer la clause de désignation de la loi en adoptant des dispositions totalement (et surtout partiellement) nouvelles.

Toutefois, dans d'autres Etats la loi exige une révocation formelle et expresse, non seulement des testaments eux-mêmes, mais de toute clause de désignation de la loi (la *professio juris*). C'est là une question qui relève du droit matériel, et concerne en particulier l'interprétation des testaments. Dans ces juridictions les testateurs doivent veiller tout particulièrement à ce que ces actes de révocation formelle emportent leurs effets, s'ils ne veulent pas que la Convention affecte leurs testaments actuels (c'est-à-dire ceux qu'ils ont rédigés avant la Convention). L'article spécifie que la désignation d'une loi faite avant l'entrée en vigueur de la Convention est une désignation conforme à l'article 4, si elle est valable en vertu de cet article, et si le testateur meurt après l'entrée en vigueur de la Convention.

Aux Pays-Bas, certains notaires ont aujourd'hui pour pratique d'insérer des clauses de désignation de la loi dans les testaments présentant des aspects internationaux. La validité de telles clauses est douteuse mais, à les supposer valables, et si un testateur ayant formulé une telle clause décède après l'entrée en vigueur de la Convention aux Pays-Bas, la clause devrait satisfaire aux conditions de l'article 4 ou alors elle n'aurait aucun effet. On semble penser que la Convention ne devrait pas avoir ce résultat; des dispositions transitoires devraient être envisagées dans son texte. La même opinion

74 It was noted by three experts of unitary States that article 15 effectively treats differently those who are nationals or habitual residents of federal States from those who are of unitary States. Parity of treatment would allow the national or habitual resident of a federal State to choose any legal system or succession law within the State. It might be thought that there is much force in this argument, and that provisions like paragraph 4 should be avoided, if possible. However, the United States Expert explained that in his country the free choice of law would permit the *de cuius* to avoid family protection laws in his home territorial unit by choosing another territorial unit, whose law did not give that protection, and with which he had no family or other ties of any kind. An alternative solution to this genuine problem, but a problem which hardly justifies the shaping of an international convention as is done by paragraph 4, would be for the Convention to permit a federal State or a State with regions applying different succession laws to introduce paragraph 4 at its choosing. Otherwise the Convention would allow the choice of any law of succession within the national borders or the place of habitual residence.

75 The article applies by analogy to *pactes successoraux*. For example, 'his last habitual residence' would read 'his habitual residence at the time of the agreement', 'with which the deceased had the closest connection' would read 'with which the deceased at the time of the agreement had the closest connection'; 'at the time of his death' would read 'at the time of the agreement'. However, this is a matter which may deserve further thought.

Article 16

76 This article is also familiar in modern conventions, and drew little discussion from the Commission. A State may include persons who are subject to, or acknowledge, a personal law system, such as Islamic law, and the State recognizes this law, together with its adherents. If the State itself has no rules for determining which legal system within the State is to apply, article 16 lays down that it shall be the law with which the deceased had 'the closest connection'. Again there arises the issue of determining which is the closest connection. However, persons who are adherents to a personal law system, such as Hindus, Muslims, Parsees, and Christians, will be described in this way within the State, and the personal law of the testator himself will be discoverable under local law.

Article 17

77 A conflict of laws between jurisdictions within a Contracting State, where the law of no other State is involved under the terms of this Convention, is beyond the reach of the Convention. This is so not only between two territorial units of the same legal system background, *e.g.*, the common law, but between two units, *e.g.*, Quebec and Ontario, with different legal systems, and between a personal religious law and a secular (or other personal) law. In this last connection it is questionable whether the adjective 'territorial' should be employed in the first line of article 17. Ideally the article should make no reference to territorial units or even to units. If this argument is correct, article 17 might then

read:

A Contracting State in which different systems of law or rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts between the laws of such different systems where the law of, or within, no other State is applicable by virtue of the Convention.

It would appear that a similar problem arises with the wording of article 23.

Article 18

78 It is provided in this article that 'in a Contracting State' the Convention applies to succession to the estate of any person who dies after the coming into force of the Convention 'for that State'. This means that, if such a deceased is a national of, or habitually resident in, the State in question at the time of his death (in the case of a will or intestacy), or if the deceased is 'more closely connected' with the law of that State, article 3 will apply, even though the will was executed at a time prior to the coming into force of the Convention in that State. Since the Convention applies to the entire estate, even if different wills have been executed for assets in different jurisdictions, this means that all testators and those without wills need to review their circumstances carefully and without delay, unless all their assets are within one jurisdiction. In many States revocation occurs by the introduction of a simple revocation clause in a new will, or even by the execution of a new will whose dispositive terms are incompatible with the former (and existing) will. Revocation by a revocation clause will then revoke all previous testamentary documents, including a choice of law clause. Whether a later totally incompatible will revokes an earlier choice of law clause is a question of interpretation, namely, did the testator intend to revoke the choice of law clause, in making totally (or, especially, partially) new dispositions?

However, in other States the law requires a formal and express revocation, not only of wills themselves, but of any choice of law clause (the *professio juris*). This is a matter falling within the substantive law, and in particular concerns the interpretation of wills. Testators in these jurisdictions have to be particularly careful to ensure that such formal revocatory acts are carried out, should the impact of the Convention upon their existing (*i.e.*, pre-Convention) wills not be desired. The article expressly states that a designation of a law made prior to the Convention coming into force will be an article 4 designation, if it is valid under that article, and the testator dies after the coming into force.

It is the present practice in the Netherlands for certain notaries to insert choice of law clauses into wills that contain international elements. The validity of such a clause is in doubt, but, should it be valid and any such testator postdecease the coming into force in the Netherlands of the Convention, the clause would have to meet article 4 requirements, or fail. The opinion is apparently entertained that the Convention should not have this effect; transitional arrangements should appear in the text of the Convention. The same opinion is

s'applique aux clauses de *professio juris* existant dans d'autres pays après l'entrée en vigueur de la Convention.

Il convient aussi de relever que l'article 18 ne fait aucune exception pour les personnes qui ont rédigé leur testament avant l'entrée en vigueur de la Convention, mais qui étaient devenues mentalement incapables au moment de cette entrée en vigueur et sont demeurées dans ce même état physique jusqu'à leur décès. La question de savoir si cette situation devrait être envisagée à la Seizième session mérite elle aussi réflexion.

Pour ce qui est des pactes successoraux, la loi applicable est celle de la nationalité ou de la résidence habituelle au moment où le pacte est conclu. Toutefois, si le décès du *de cuius* se produit après l'entrée en vigueur de la Convention, la teneur de la loi applicable aura changé en ce qui concerne ses règles de conflit et, puisque l'accord et le testament (lui-même probablement rédigé avant l'entrée en vigueur de la Convention) sont destinés à se compléter, il serait également très indiqué de réexaminer soigneusement les accords de cette nature.

Article 19

79 Le Document de travail No 88 a été examiné au cours de la troisième session de la Commission; il renfermait une proposition qui permettrait aux Etats contractants de conclure des conventions régionales ayant en tout ou en partie une portée analogue au présent projet de Convention. Il a été souligné que le texte, bien que repris de l'article 21.2 de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, ne fait aucune mention de la relation entre celle-ci et d'autres conventions existantes. Le Secrétaire général ayant expliqué que d'éventuelles variantes de la formulation traditionnelle de cet article sont à l'examen, le Bureau Permanent s'est engagé à présenter un texte pouvant être inséré à ce propos dans le projet de Convention.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 20

80 Cet article du type habituel concerne les réserves pouvant être formulées par les Etats contractants, ainsi que les modalités du retrait de ces réserves. Le paragraphe 1 autorise à exclure le chapitre III relatif aux pactes successoraux. Dès les premières discussions portant sur ces pactes il a été reconnu que, vu la diversité entre Etats membres du droit matériel y relatif, une telle réserve devrait être possible. Le paragraphe à l'examen concrétise cette décision.

Il semble que l'effet de cette réserve soit que les pactes successoraux et les testaments mutuels (ou réciproques), en un document ou en plusieurs, sont renvoyés par l'Etat réservataire à la «zone grise» (article 5, paragraphe 3). Cependant, on pourrait également soutenir qu'un Etat qui fait cette réserve entend par là même qu'aucune partie de la Convention, y compris l'article 5, paragraphe 3, ne s'applique à ces pactes ou testaments mutuels soumis à sa juridiction. Si cet argument est correct, l'Etat réservataire est alors censé déclarer que ces pactes ou testaments mutuels ne sont même pas inclus dans la «zone grise», c'est-à-dire qu'il n'appliquera pas la loi applicable déterminée par la Convention à ces questions, même si elles sont considérées par cet Etat comme faisant partie de la loi successorale.

Il semblerait préférable que l'effet d'une réserve soit simplement que les pactes successoraux et les testaments

mutuels soient laissés dans la «zone grise», et, si c'est ce qu'on envisage, l'article 20 devrait peut-être le dire. Trois propositions ont été présentées en ce qui concerne d'autres objets possibles de réserves. Dans le Document de travail No 61 il était proposé qu'un Etat contractant se réserve la faculté d'appliquer sa propre loi aux immeubles faisant partie d'une succession qui seraient situés sur son territoire. Dans le Document de travail No 103 il était suggéré qu'un Etat contractant soit libre de ne pas appliquer l'article 3, paragraphe 1, alinéa *b* – c'est-à-dire la disposition concernant la loi applicable à la succession lorsqu'il y a eu résidence habituelle pendant les cinq années successives qui précèdent immédiatement le décès. Et le Document de travail No 107 envisageait la possibilité d'une réserve à l'application de la Convention en cas de succession *ab intestat*, qui constituait en fait une nouvelle référence à l'article 3.

Ces trois propositions ont été retirées à l'invitation du Président, de telle sorte que toute la question des réserves pourrait être examinée à fond lors de la Session plénière d'octobre 1988. Cela explique les crochets qui entourent le paragraphe 2 de l'article.

Dans une annexe au Procès-verbal No 40, les observations de huit délégations sont consignées. Les experts dont il s'agit souhaiteraient remplacer la règle des cinq années fixes de résidence habituelle contenues dans l'article 3.1 *b* par une *présomption* en faveur de la résidence habituelle au terme des cinq ans, et par l'application de la loi de l'Etat des *liens les plus étroits* lorsque la présomption qui précède est contredite par les preuves dont on dispose. L'article 3.2. aboutirait aussi à appliquer la loi de l'Etat avec lequel les liens sont les plus étroits à défaut de résidence habituelle pendant la période de cinq ans. La référence à la nationalité serait ainsi supprimée du paragraphe 2. Cette proposition serait présentée à la Session plénière.

Article 21-27

81 Ces clauses finales du type habituel ont été proposées dans le Document de travail No 95 (Comité de rédaction), et adoptées sans débat pour être incorporées dans l'avant-projet de Convention.

Victoria, février 1988.

held as to existing *professio juris* clauses in other countries after the coming into force.

It should also be noted that article 18 makes no exception for persons who made their wills prior to the coming into force, but who are incapacitated by mental illness when the Convention comes into force, and who remain in that physical condition until death. Whether this situation is something that ought to be considered at the Sixteenth Session is itself a matter for reflection.

So far as *pactes successoraux* are concerned, the applicable law is that of the nationality or the habitual residence at the time of the execution of the agreement. However, if the death of the person whose estate is affected should occur after the coming into force of the Convention, the content of the applicable law will have changed as to its conflict rules, and, since the agreement and the will (itself probably executed before the coming into force) are intended to be complementary, careful review of such agreements will also be highly desirable.

Article 19

79 During the third session of the Commission Working Document No 88 was discussed, a proposal which would permit Contracting States to enter into regional conventions whose provisions cover the whole or part of the subject-matter of the present proposed Convention. It was pointed out that the language, though found in article 21(2) of the Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages, made no mention of the relationship between this and other existing conventions. The Secretary General having explained that possible alternatives to the traditional formulation of this article had been examined, the Permanent Bureau undertook to submit language which might appear in the proposed Convention on this matter.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 20

80 This familiar article provides for the permitted subject-matter of reservations by Contracting States, together with the modus of withdrawal of reservations. Paragraph 1 enables such a State to exclude the adoption of Chapter III on *pactes successoraux*. From the first discussions concerning such *pactes* it was recognized that, given the diversity of substantive law on the subject among Member States, such a reservation ought to be possible. This paragraph implements that policy.

The effect of a reservation appears to be that *pactes successoraux* and mutual (or reciprocal) wills, whether or not contained in one instrument, are relegated by the reserving State to the 'grey area' (article 5, paragraph 3). However, it could be argued that with a reservation a State is additionally declaring that it intends no part of the Convention, including article 5, paragraph 3, to apply to such *pactes* or mutual wills that are subject to its jurisdiction. If this argument is correct, the reserving State would be declaring that such *pactes* or mutual wills are not even in the 'grey area', *i.e.*, that it will not apply the applicable law, as determined by the Convention, to these questions, even if they would be considered by that State to be part of the law of succession.

It would appear preferable that the effect of a reservation be simply that *pactes successoraux* and mutual wills

are left in the 'grey area', if this is the preferred policy, article 20 should perhaps say so.

Three proposals of further subject-matter reservations were put forward. Working Document No 61 proposed that a Contracting State might apply its own law to estate immovables situated in that State. Working Document No 103 proposed that a Contracting State be at liberty not to apply article 3, paragraph 1, subparagraph *b* – the provision concerning the applicable law for succession when there has been habitual residence for five successive years immediately preceding the death. And Working Document No 107 proposed a power of reservation concerning the application of the Convention to instances of intestate succession, which was in effect a further reference to article 3.

These three proposals were withdrawn at the invitation of the Chairman, so that the whole subject of reservations might be fully examined at the Plenary Session in October, 1988. This explains the square brackets around paragraph 2 of this article.

In an annex to Minutes No 40 the observations of eight delegations have been recorded. The experts in question seek to replace the fixed five year habitual residence rule of article 3(1)(*b*) with a *presumption* in favour of the habitual residence after the five years, and an application of the law of the State of *closer connection* where that presumption is rebutted by the evidence. Article 3(2) would also apply the law of closer association where habitual residence has not existed for the five year period. The reference to nationality would thus be dropped from paragraph 2. This proposal is to be made at the Plenary Session.

Articles 21-27

81 These standard final clauses were proposed in Working Document No 95 (Drafting Committee), and adopted in the preliminary draft Convention without discussion.

Victoria, February 1988

Observations des Gouvernements sur le Document préliminaire No 12

Comments of the Governments on Preliminary Document No 12

Document préliminaire No 13 de septembre 1988

Preliminary Document No 13 of September 1988

République fédérale d'Allemagne/Federal Republic of Germany

From the German point of view, efforts made to unify the international law of succession and to overcome the splitting of the estates of deceased persons are basically to be welcomed. However, only some of the observations submitted by those practitioners and scientists heard indicate basic agreement with the general contours of the preliminary draft. Most of the views expressed reject a primary link with the deceased's last habitual residence. The Act to Revise Private International Law, which came into force in 1986, allows for a choice of German law in respect of land situated in the Federal Republic of Germany; in other respects it has retained the well-tried solution of referring to the last nationality of the deceased, a solution which is clear and which is conducive to legal certainty. Generally, substantial misgivings have been expressed in respect of the preliminary draft's divergent solution.

Notwithstanding this, it seems appropriate to the Federal Government to make an attempt at working towards improvements in the preliminary draft. The Federal Government would like to elucidate how a more positive attitude to the project could be reached in the longer term.

Article 3

The deceased's habitual residence will subsequently be generally more difficult to establish, and more uncertain as to the outcome, than his last nationality. The deceased's connections with his home country's legal system are, as a rule, much stronger than they are with the legal system of a State where he has only resided for five years.

Nevertheless, in the interests of a widely acceptable solution, an extension of the five-year period referred to in paragraph 1 under letter *b* could be dispensed with if nationality took clear precedence at least in the cases referred to in paragraph 2. The second part of paragraph 2 has altogether encountered the most serious objections because of its vagueness. Indeed it is to be feared that this provision will lead to a temptation arbitrarily to deviate from the law of the State of which the deceased was a national; the desired unification of laws might thus be reduced to a mere sham. For the sake of the Convention's success this should be avoided, and the second part of paragraph 2 with the reservation in favour of a closer connection should be deleted.

A compromise might be found in limiting this provision to clear cases of a closer connection, for instance through inclusion of the word 'manifestly'. For the sake of a facilitated and certain application of the law, the

wording itself should at the same time indicate that the five-year period referred to in paragraph 1 under letter *b* already begins to run in respect of simple residence. Accordingly, the provision could be worded as follows:

Article 3

'1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a he was then a national of that State, or

b he had had that residence for a period of not less than five years immediately preceding his death.

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national (, *unless at that time the deceased was manifestly more closely connected with the State in which he had his habitual residence, in which case the law of that State shall apply*).'.

Article 4

There are scarcely any fundamental objections to a limited choice of law, as proposed by the preliminary draft, but the practical application of this provision should be made easier. Thus, in regard to paragraph 1, sentence 2, account should also at least be taken of conditions at the time the choice is made since the testator himself will only be able to take cognizance of the latter. Instead of the unusual requirement of clearly expressing the designation in a statement, an 'express' choice should be demanded.

Paragraphs 1 and 2 of this provision might thus be worded as follows (paragraph 3 remaining unchanged):

'1 A person may designate the law of a particular State to govern his succession. The designation shall be effective only if at the time of *the designation (and of his death)* such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation shall be *in an express* statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition.'

Articles 1 and 5

In connection with article 5, paragraph 3, as well there should be an examination again as to whether it is possible to dispense with the exclusion of capacity to dispose of property upon death from the scope of the Convention's application in article 1, paragraph 2, under letter *b*.

Articles 6-9

In its wording the Convention should make it clear that Chapter III also covers joint wills. Only the obligation in respect of a legal transaction involving several persons – and not its other effects – should be subject to the hypothetical *lex successionis* at the time of the legal transaction.

Article 7 restricts the revocability of an agreement too far.

Article 6, paragraph 1, letter *a* and article 7, paragraph 1, letter *b* might accordingly be worded as follows:

Article 6

'1 *a* Where an agreement concluded between two persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of one of those persons in all or part of the future estate of the other, the agreement is governed,

as concerns its material validity and its revocability by the law which, under Article 3, would have been applicable to the succession to the estate of that other person if that person had died on the date of the agreement.'

Article 7

'1 b The agreement is revocable if its revocability is accepted by one of the laws mentioned in the preceding paragraphs. ...'

For the purpose of clarification the following new provision should be included:

Article 8a

Articles 7 and 8 shall apply, mutatis mutandis, to the material validity and revocability of mutual wills (testaments conjonctifs).

The envisaged possibility, in article 20, paragraph 1, that reservations may be entered excluding the application of the whole of Chapter III seems unfortunate. If States making no provision for testamentary dispositions with several persons participating are able to exclude the application of this Chapter, this will also have an effect on the interest in ratification of those States that allow such dispositions. The very significance of Chapter III lies in the fact that it takes balanced account of the situation under the different legal systems. Thus this reservation, too, should be considered as a final possibility only.

Article 11

The Report should make it clear that the provision also covers rules laying down particular methods of valuation, used in the interests of preserving farms. Sections 2049 and 2312 of the Civil Code present examples of this, laying down that agricultural estates must on principle be assessed in terms of their yield value.

Article 13

At least as far as immovables are concerned the Convention should not obstruct the possibility of account being taken of a renvoi or a forward reference to a third law by the private international law of a non-Contracting State. The keeping of land registers might be facilitated thereby in all Contracting States, and further impetus might thus be given to accession to the Convention by those States that presently apply the *lex situs*.

Article 19

The Convention should leave earlier agreements unaffected and it should also not obstruct the possibility of divergent bilateral or multilateral agreements, with a narrower field of application (article 2), being concluded in future if the need arises.

Danemark/Denmark

The Danish Government has with great interest taken cognizance of the preliminary draft Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons and of Professor Waters' excellent Report. The Government can give its support to the general principles on which the draft is based. It has, however, certain comments to and proposals in respect of particular aspects of the draft and the Report which will be mentioned in the following.

Article 3

The Danish Government supports the idea of a compromise between the principles of domicile and nationality. Denmark is today a country of immigration as well as a country of emigration. It has a long tradition for adherence to the principle of domicile applied in a flexible and pragmatic way. It is, therefore, felt that the requirement of the rather long period of five years' habitual residence in paragraph 1 and the preference given to the national law in paragraph 2 are unfortunate. In respect of paragraph 2 it is especially felt that the preference given to the national law is unfortunate in cases where the deceased did not have his habitual residence in the country of which he was a national during the period immediately preceding his change of residence to the country where he resided habitually at the time of his death. To meet these hesitations the Danish Government proposes that the preference given to the national law in paragraph 2 should be eliminated.

The Government also proposes by way of an additional third paragraph to introduce some flexibility in the five years' requirement contained in paragraph 1 b.

The proposal reads as follows:

Article 3

'1 (unchanged)

2 In other cases succession is governed by the law of the State with which the deceased at the time of his death was most closely connected.

3 If exceptionally it appears from the circumstances as a whole that the deceased at the time of his death was more closely connected with another State than that law of which governs the succession according to paragraph 1 b then the law of that State shall govern the succession.'

Article 4

In the Report on pages 255 and 257 *supra* the Reporter explains the requirement in paragraph 2 of this article 'clearly expressed' by way of an example. He states that a reference in the will to 'the law of my nationality' is invalid and not subject to interpretation as to which law the testator intended: the law of nationality at the time of making the will or the law of nationality at the time of death. According to the Reporter the mere fact that there is this doubt means that the designation is not clearly expressed. This would apply even where no change of nationality had taken place before death.

This very strict interpretation of the words 'clearly expressed' is not acceptable to the Danish Government. If in the circumstances it is clear that the deceased meant that the law of nationality at the time when the will was made should apply, then that must be accepted. If, on the other hand, the law of nationality at death was meant, the designation would not be valid since it would not be known at the time of making the will to which law reference was made.

In the view of the Danish Government the intention behind the insertion of the word 'clearly' was only to exclude inferences from any odd reference in the will, not to exclude any interpretation of expressions used in it.

Article 5

In paragraph 2 a reference is made to provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased.

The Danish Government fully accepts this provision. With one exception it also accepts the comments by the Reporter on page 259 *supra* explaining it.

The Reporter in the second paragraph of section 36 of his Report states that this provision also includes alimony and maintenance payments out of the estate. The Danish Government differs on this point. In its view alimony and maintenance payments are creditor claims against the estate and can never be characterized as pertaining to the law of succession. They do not depend upon 'provision by a court or other authority' but are pre-existing. How they will be treated in relation to other claims depends, of course, on the applicable law. That does not mean that 'provision by a court or other authority' cannot be made where the person in whose favour such provision is requested is in need of maintenance. The grounds for giving such provision wholly depends upon the law applicable under article 3 or 4.

CHAPTER III

In Section 44, the last paragraph, the Reporter explains that he uses the term 'mutual wills' to mean wills conferring reciprocal benefits in return for the benefit to be conferred by each upon a third person. That may be so. However, in the view of the Danish Government that should not be taken to mean that wills conferring reciprocal benefits upon the makers only are not covered by the provisions of this chapter of the draft.

Article 7

Paragraph 1 *a* provides that an agreement to succeed in the future estates of more than one person is valid only if valid according to each of the laws governing each of these estates. However, the parties may according to paragraph 2 agree to subject the agreement to the law applicable to one of the estates in which case its validity will depend upon that law.

The Danish Government proposes that even where no designation has been made of the applicable law the agreement should be valid if it is valid according to the law applicable to one of the estates involved. By making the agreement the parties have clearly expressed a will to make a valid agreement. If the agreement is valid according to the law applicable to the estate of one of them it is not reasonable to declare it invalid just because the law of one of them regards it as invalid when an express reference to the validating law would have made the agreement valid.

The Danish Government, therefore, proposes to replace paragraph 1 *a* by the following:

'1 *a* Where an agreement concluded between two or more persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of any one or more of those persons in all or part of the future estates of more than one of those persons, the agreement is valid if its material validity is accepted by *any one* of the laws which under article 3 would have governed the succession of *any one* of the persons whose estates are involved if they had died on the date of the agreement.'

With respect to paragraph 1 *b* the present text is acceptable but it would also be acceptable to make reference to only one of the laws.

Espagne/Spain

1 L'avant-projet de Convention a une portée doublement limitée. D'une part, il ne concerne que le seul problème de la loi applicable aux successions à cause de mort, bien que l'importance des questions juridiction-

nelles dans la matière soit difficile à nier. D'autre part, en marge des exclusions prévues à l'article premier, paragraphe 2, le domaine de la loi applicable, en vertu des articles 3 et 4, est aussi limité à l'article 5, paragraphe 2. Compte tenu notamment de cette deuxième limitation, il faudrait se demander si la portée universelle, quant aux situations régies, de la loi, établie par la Convention, est convenable, ou s'il serait préférable par contre que la loi successorale ne soit applicable qu'aux seules situations rattachées aux Etats contractants par la nationalité et/ou par la résidence habituelle.

2 Le rattachement objectif, prévu à l'article 3 de l'avant-projet, est le résultat d'un compromis et, ainsi, un point d'équilibre entre des tendances opposées. Il semble donc nécessaire de maintenir ce résultat de l'avant-projet, pour qu'il puisse être acceptable aux Etats qui ont été toujours attachés au critère de la nationalité du défunt pour l'ensemble de la succession. De même, la «*professio juris*» pourrait être acceptable dans la rédaction actuelle de l'article 4.

3 L'article 5, paragraphes 2 et 3, de l'avant-projet mérite d'être précisé. Il faut, en effet, tenir compte des divergences entre les pays de «*common law*» et ceux de droit civil, en ce qui concerne le domaine de la loi applicable à la succession, et, en outre, des différences existantes entre Etats sur la qualification d'une question comme de fond ou de procédure. S'il s'agit d'une liste dite «positive», les matières incluses au paragraphe 2 de l'article 5 ne pourront pas être détournées par la voie d'une qualification procédurale. Il conviendrait donc, même au risque d'élargir ce paragraphe, de séparer les différents aspects de l'alinéa *a* et de mieux préciser son contenu.

L'article 5, paragraphe 3, implique un manque d'équilibre entre les Etats contractants, le domaine de la loi successorale étant plus large pour les pays de droit civil. Il faudrait donc supprimer ce paragraphe de l'article 5.

4 Compte tenu que la Convention cherche à établir la loi applicable aux successions à cause de mort, l'inclusion du Chapitre III, relatif aux successions contractuelles s'avère nécessaire. Néanmoins, les dispositions actuelles des articles 6 à 9 ne sont pas satisfaisantes et doivent être révisées. Il faudrait notamment améliorer la rédaction de l'article 6, paragraphe 1, et mieux préciser, à l'article 9, les situations exclues, malgré l'effort déjà fourni par la Commission spéciale.

5 Les présomptions de survie, lors des décès simultanés, ont été exclues du domaine de la loi successorale, compte tenu de son caractère procédural et des circonstances liées à la nationalité et à la résidence habituelle des «*commorientes*». Mais, la qualification procédurale n'ayant pas une portée générale, le problème devra faire l'objet d'une règle spéciale dans la Convention.

6 L'avant-projet a exclu, à l'article premier, paragraphe 2 *c*, les questions relevant du régime matrimonial. Même si l'on admettait cette exclusion générale, il resterait un problème particulier concernant le résultat de l'application de la loi du régime et de la loi successorale au conjoint survivant, problème dit d'adaptation.

Telle question est à présent exclue du domaine de la Convention, mais elle mérite d'être réglée dans une disposition spéciale, étant donné que de nombreux cas vont apparaître, à partir du moment de l'application de la loi successorale, les différents systèmes étatiques de droit international privé apportant des réponses assez variées.

7 Les exceptions à l'unité de la succession, prévues aux articles 11 et 12, méritent une évaluation différenciée. En ce qui concerne les régimes successoraux particuliers pour certaines catégories de biens, de l'article

11, cette disposition est acceptable, compte tenu des dérogations au régime général, qui existent dans les législations internes. Par contre, la solution adoptée à l'article 12, s'avère favorable aux Etats qui ont suivi le critère de la «*lex situs*». Aucune raison n'existe, d'autre part, pouvant justifier l'exclusion de l'application de la loi successorale, établie aux articles 3 et 4, telle loi étant la seule qui doit continuer à déterminer le sort des biens en l'absence de personnes physiques venant au degré successible.

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

General observations

This Convention addresses an area of private international law in which costly and frustrating problems of applicable law occur with an increasing frequency. The preliminary draft has been reviewed by various interested persons in the United States. We believe that a useful Convention will be adopted that is acceptable to countries whose citizens engage in personal and financial family property transactions which have effect beyond their borders. Such a Convention will contribute greatly to the predictability of the succession of family property and to the development of private international law.

The major concerns of the United States center, first, on the formulation of the controlling connecting factor (article 3), second, on the ability of the decedent to choose the law applicable to his estate, *professio juris* (article 4), third, on the application of a single law to all assets in the decedent's estate, *i.e.*, the concept of unity of succession (article 5), and fourth, on the co-ordination and application of contracts relating to succession (articles 6 and 7). Observations will be made concerning other articles but these latter mainly relate to the interrelations of various articles of this draft Convention and to the situations in which succession touches upon provisions of other areas of the law.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

Article 3 identifies the State whose law is applicable to a particular estate by formulating the controlling connecting factor. This is the core of the Convention and the center of divergent views as to the appropriateness of the formulation. States are divided between those who utilize nationality as the controlling connection and those who rely on domicile for that choice. This section attempts a workable compromise between these views. Whether using nationality or domicile to control the succession of a decedent's estate, all States appear to consider the choice to be to that State with which, in their view, the decedent was most closely connected at the time of his death, *i.e.*, his home. This is the center of his family life and succession is primarily concerned with the allocation of family property among the members of the family. Domicile, however, has had several much criticized aspects, *e.g.*, revival of domicile of origin and the requirement of an intended permanent home. As a consequence, recent Hague Conventions have used 'habitual residence' in place of domicile even though habitual residence is not defined in the Hague Conventions.

Against this background, the United States supports the draft Convention's reference to the State of habitual residence in paragraph 1 but is seriously concerned that

the additional conditions that the deceased also either be a national (paragraph 1 *a*) or have been habitually resident there for five years (paragraph 1 *b*) will frustrate the reasonable expectations of both the decedent and his family as well as the State in which the family has their settled home. In brief, it appears that the arbitrary five year habitual residence requirement is a condition unrelated to the family and will operate harshly on those immigrants who have abandoned their prior home in the State of their nationality and have begun but have not yet completed the time consuming process of becoming citizens of the State of their recently established home. Although paragraph 2 is designed to accommodate the immigrant decedent who had an habitual residence outside his State of nationality for less than five years, the presumption favoring nationality would appear in practical operation of the clause to reinforce the rigidity of paragraph 1 or invite inconsistent conclusions which would destroy the unity of succession which is an underlying policy of the Convention. Reduction of the five year period and emphasizing the State of the closest connection would seem more consistent with the increasing mobility of the people of the world, their probable preference and the interests of the State in which the family resides.

Article 4

Article 4 permits the testator limited power to designate the State whose law will be applicable to his estate. The designation is to be by a statement which is executed, or revoked, in accordance with the formal requirements of a will. The power to designate, *professio juris*, is limited to avoid evasion of the family protection afforded by States concerned about the family. The present draft limits this reference to his State of nationality or habitual residence at the time of his death. This raises the problem of conflict in time since at the time of execution of a will the testator would normally refer to this habitual residence and may later, because of changed circumstances, take up an habitual residence in another State where he could die without changing his will. In the somewhat analogous situation of the execution of a contract to will under article 6, the parties may refer to habitual residence or nationality at the time of execution of the contract. This suggests that a choice of law clause in a will that refers to the State which is the testator's habitual residence or nationality either at the time of execution of the will or at the time of death should appropriately be valid. It is believed that the family protection policies of the State with the closest connection will not be prejudiced unduly by modest expansion of the alternatives available for the testator's choice of law.

The interaction of article 4 and article 5(1) preclude designations of the law of different States to apply to different assets of the estate. (See Waters Report § 43) The only exception to this total rejection of *dépeçage* is found in article 10 relating to trusts. The present language of the draft Convention further supports the view that because only reference to a single applicable law is permitted, in any case of multiple designations, *all* choices would be ineffective. However, conversely, it would seem equally arguable that under the analogy to ineffective partial revocations, a permitted designation should stand unless effectively revoked. In light of the common practice in some jurisdictions of making multiple wills, each to cover assets in a different country, this provision has the potential for a great deal of confusion in practice and frustration of reasonable expectations in application. This potential of invalidation and uncertainty in construction of multiple choice of law designa-

tions may well raise concerns about the Convention. It would appear that these concerns would be alleviated by simply permitting the designation in article 4, paragraph 1 to govern 'all or part of' his succession. The restriction to the State of nationality or habitual residence would seem an adequate limiting protection for the interested States.

A related *professio juris* issue arises out of the occasional reference to the situs of particular land. Such a reference in a will could possibly invalidate a general reference under the circumstance discussed above. Further, the question occurs as to the substantive merit of permitting a choice of law reference to the situs of land. Again the basic issue is whether such a reference permits an undesirable evasion of the family protection laws of the most concerned States. A possible approach that would accommodate most cases would be to permit a choice of law reference to the situs of residential immovables. This would avoid the possibility of investment property classified as 'land' being used as a device to avoid family protection laws while accommodating family property needs.

In view of these concerns about article 4, the United States will propose the consideration of amendments to article 4 *in italics* as follows:

Article 4

1a A person may designate the law of a particular State to govern *all or part of* his succession. The designation shall be effective only if at the time of his death, or at the time the instrument designating that law was executed, such person was a national of that State or had his habitual residence there.

1b *In addition, a person may also designate the law of its situs to govern the succession of particular residential immovable property.*

2 This designation shall be clearly expressed in a statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition.

3 The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of a testamentary disposition.

Article 5

Article 5 identifies in detail the scope of the Convention's application, both as to the nature of assets under paragraph 1 and the nature of the legal issue under paragraphs 2 and 3. The first paragraph addresses the matter of unity of succession, *i.e.*, a single applicable law, as compared to scission, *i.e.*, different law applicable to immovables and movables. The second and third paragraphs address the distinctions between substantive interests in succession and matters relating to administration of estates.

The draft Convention provides that the law determined under both article 3 or 4 shall apply to all assets wherever located. We have addressed the concerns relating to the testator's express choice of law, *professio juris*, that call for amendment of article 4 proposed above. To accommodate those changes, the United States will propose the consideration of amendment to article 5(1) as follows:

Article 5

1 *In the absence of contrary designation under article 4, the law determined under articles 3 and 4 applies to all assets of the estate of the deceased wherever those assets are located.*

By providing that article 3 applies to all assets, the Convention adopts the concept of unity of succession and rejects the concept of scission. It seems clear that in the succession of decedent's estates, the traditional scission approach no longer applies to many significant issues or is rapidly being abandoned. The United States supports the draft Convention's concept of unity of succession and its rejection of the concept of scission as both appropriate and consistent with the objectives of the Convention and the interests of the States involved.

Paragraph 2 of article 5 provides descriptive detail of the nature of the substantive legal issues covered by the Convention. In the common law systems, the substantive issues of succession involve who gets what shares or amounts of the decedent's assets that pass as part of his estate at death. The effect of *inter vivos* transfers upon rights at death such as advancements or gifts in satisfaction of testamentary dispositions are covered, as are limitations on testation. Matters of administration are procedural matters left to the forum. Because many civil law countries have the system of universal succession under which the heir directly takes possession and title of the decedent's assets and assumes responsibility for paying the decedent's debts and other obligations without judicial intervention, paragraph 3 permits the forum to apply the governing law under the Convention to other matters in addition to those listed in paragraph 2. In this way, the Convention accommodates the two major procedural systems for dispositions at death.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Articles 6, 7, 8 and 9

The provisions of Chapter III, *i.e.*, articles 6, 7, 8 and 9, reflect some difficulty in co-ordinating succession contracts with the law applicable to the decedent's estate. This is particularly true with regard to the planning aspects that make it desirable for all choice of law clauses in estate instruments to refer to the law of the same State to avoid private international law issues. Because contracts relating to succession can be in the form of antenuptial or marriage contracts, releases, advancements or gifts in satisfaction, as well as contracts to will, the conflicts in time are very significant. For this reason, it would appear desirable that the parties to an agreement relating to succession should be permitted to refer to the habitual residence or nationality of the relevant estate owner either at the time of contracting or at the time of his death. These modifications, together with those suggested above for articles 4 and 5 permitting the application of the law of different States to different assets but within the limits of a significantly related habitual residence or nationality, would permit thoughtful planning by the parties to avoid expensive and difficult litigation.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 10

Article 10 accommodates choice of law references relating to testamentary trusts, foundations and similar institutions that are different from the choice of law applicable to the rest of the estate under articles 3 and 4. Thus, *dépeçage* is permitted as to trusts. This is consistent with the suggested amendments to articles 4 and 5, urged above, permitting different choice of law to be designated as to different assets, such as assets in different countries under different wills.

Article 11

This article is an attempt to permit limited exceptions for certain assets which are not devisable by the general laws of succession. Typical examples are historical sites, ancestral lands, minimum size units of agricultural land. The problem in drafting this clause is to avoid an exception that may frustrate the broad objective of unitary succession under the Convention. The language of the draft would appear to permit sufficiently broad construction of 'economic, family or social considerations' to permit, unfortunately, a court to find its local rules fit within this exception even though those rules are nothing more than references to the situs. Thus, the language seems an invitation that is inconsistent with the purpose of the Convention, and modification should be explored. For these reasons, the United States will propose the consideration of amendment of article 11 to delete the words 'economic, family or social' and to add at the end 'regarding the particular use, occupancy or development of the asset.'

Article 13

This article precludes the recognition that the State to which the forum refers may apply a different choice of law to assets within that State. This article reflects the frequent suspicion with which possible use of *renvoi* is viewed. Unfortunately, this article may frustrate a basic purpose of this Convention and prevent the application of the same law to all assets. Because of the fact that this Convention is not reciprocal but may call for reference to the law of non-participating States, it is believed that this article should be omitted and the matter left to the courts to give effect to the basic purpose of the Convention.

Conclusion

The Government of the United States commends the Special Commission for the progress made in addressing the matters covered by the draft Convention and submits these observations for the purpose of furthering constructive resolution of the few remaining issues.

Finlande/Finland

General

1 The Finnish Government welcome with satisfaction the efforts of the Hague Conference to create uniform, universally applicable rules concerning the law applicable to decedents' estates. We also wish to express our appreciation to the Special Commission, to the Reporter as well as to the Permanent Bureau for the valuable work done in the preparation of the preliminary draft Convention.

2 The main principles of the preliminary draft in particular the principle of unity, the use of habitual residence as a primary connecting factor and the introduction of the possibility of choice of law by the testator (*professio juris*) within certain limits, are acceptable to our Government and they also correspond to the objectives set up for the revision of Finnish private international law in this particular field.

3 As to the objective connecting factor, the present Finnish private international law – outside the application of the Nordic Convention of 1934 – is based on the principle of nationality. With this regard the transition

from nationality to habitual residence as a primary connecting factor, as being considered in our internal law revision project, would mean a radical change of our law both in principle as well as from the point of view of the individual parties, lawyers and judges. In consequence, there is a considerable risk that such a change of law might in certain cases cause unexpected and manifestly unreasonable results to the parties unless the reform is carried out having due regard to these exceptional situations.

4 Having regard to the possibilities of the ratification of the future Convention by Finland our Government wish that these problems could be adequately taken into account in the preparation of the Convention at the Sixteenth Session. In particular, we hope that the future Convention would not unnecessarily create insurmountable difficulties to Finland and several other countries which in their internal law are in the process of moving from the principle of nationality towards habitual residence as a primary objective connecting factor. Otherwise it may be feared that the future Convention can only be ratified by a minority of Member States and thus, instead of creating uniformity, will lead to a wider disparity among the Member States in this field.

5 It should be noted, however, that our Government do not suggest that the principle of nationality should be given a stronger role than that adopted in the preliminary draft as objective connecting factor. On the contrary, we consider that the compromise reached in the draft is acceptable to us. Instead, what we are concerned about are certain exceptional situations where the rigid rules of the draft concerning habitual residence as a connecting factor might lead to the application of the law of a certain State although the deceased clearly had a genuine, closer connection with some other State which again may or may not be that of the nationality.

6 Our Government recognize the principle that the choice of law rules in this field, in particular having regard to the tasks of practising lawyers both in estate planning as well as in the administration of the estate should be as simple and clear as possible. However simplicity should not be the sole consideration in the elaboration of choice of law rules in this field. In particular in ordinary succession cases all the social and economic aspects relating to the members of the family of the deceased and the avoidance of arbitrary, unexpected and unreasonable results should be given at least equal weight. It would be unfortunate if the future Convention would, having regard to certainty and simplicity, adopt a system of rules which in certain foreseeable situations would necessarily lead to manifestly unfair and arbitrary results unexpected by the *de cuius*, especially where the deceased has died intestate.

Comments on specific articles

Article 3

7 We propose the rigid rule in paragraph 1, sub-paragraph *b*, to be changed to a *strong* presumption which would allow that in *exceptional* cases, where it has been established that the deceased at the time of his death had a closer connection to some other State than that of the last habitual residence, the law of that other State shall be applicable.

8 Provided that this proposal would be acceptable, we would also support the suggestion that the time-limit in paragraph 1, sub-paragraph *b*, would be shortened to 2-3 years instead of five years as in the existing text.

9 Paragraph 2, as a result of the compromise reached

at the Special Commission creates a presumption of the application of the law of the State of nationality of the deceased. Our Government would prefer the deletion of the reference to the law of nationality, provided that this would be acceptable to a large majority of Member States. If this would not be the case, our Government are willing to accept the presumption rule.

10 Having regard to the *chapeau* of paragraph 1 it might not be perfectly clear that the law of the closest connection under paragraph 2 may also be the law of the State of the last habitual residence of the deceased in cases where this habitual residence had not lasted the five year period as required by paragraph 1, sub-paragraph *b* – and that in practice this often may be the case. In this respect the text might require some clarification.

Article 4

11 According to article 4, paragraph 1, a person may designate a particular law to govern his succession. The designation shall be effective only if *at the time of his death* such person was a national of the State the law of which was designated to be applicable or was habitually resident there.

12 Under present Finnish law the choice of applicable law by the *de cuius* is unknown. However, we consider that the *professio juris* will be a useful and practical instrument in certain situations. In particular, in estate planning the *professio* can be used for unifying the laws applicable to successions and to the matrimonial property regimes. On the other hand, since the choice of law by the *de cuius* is a novelty in most Member States, our Government consider that the Conference should proceed with prudence and caution in the introduction of this possibility by the Convention. Especially from the point of view of States whose laws have restrictive rules concerning forced shares it may be feared that a liberal system of *professio juris* might open the possibilities to avoid the application of such rules which restrict the powers of the *de cuius* to dispose of his estate by will. Besides this, an unlimited freedom of choice might also lead to results which were not foreseen at the time of the designation.

13 On the basis of these considerations, our Government are of the opinion that the use of *professio juris* should be limited to cases where the *de cuius* had a real connection with the State the law of which was chosen to be applicable and that such a connection should have existed not only at the time of death – as according to the preliminary draft – but also at the time of such designation. From a practical point of view it seems to be both artificial and unnecessary to allow the *de cuius* to designate a law of a State applicable to his estate although he at the time of such designation had no connections whatsoever with that State. Consequently, we propose that article 4, paragraph 1, should be amended to read as follows:

‘1 A person may designate the law of the State of which he at the time of such designation was a national or where he at that time had his habitual residence, to govern his succession. The designation shall not be effective unless the deceased at the time of his death was a national of that State or had his habitual residence there.’

14 According to article 4, paragraph 2, the designation shall be ‘clearly expressed’. This wording is a result of a compromise reached at the Special Commission between those delegations who favoured the requirement that the designation should be made by ‘express stipulation’ and those who were willing to accept even an implied choice. In our opinion the present wording, how-

ever, seems to be very unclear and ambiguous. One interpretation which certainly was not intended would be that the provision requires not only an ‘express stipulation’ but also that such a stipulation shall be ‘clear’. We consider that the wording of paragraph 2 should be clarified and redrafted without attempting to qualify the expressed designation by the word ‘clearly’ or by any other way. We also think that the reference to ‘the formal requirements of a testamentary disposition’ is unnecessary. If it is required that the designation shall be made in a testamentary disposition it seems to be self-evident that also the formal requirements of a testamentary disposition shall apply. Finally, the question whether the designation shall be ‘express’ or whether it may be implied in terms of a testamentary disposition is very closely linked to the basic principles of interpretation or construction of wills, which in our view falls outside the scope of application of the preliminary draft. Therefore we think that also the question whether an implied choice of law should be allowed or not should be left to the *lex fori*.

15 On the basis of the considerations above we suggest that article 4, paragraph 2, should read as follows:

‘2 The designation shall be made in a testamentary disposition.’

Article 19 (relations with other international Conventions)

16 Since the scope of application of the draft Convention is universal the future Convention shall in principle replace all other international instruments to which a Contracting State is a Party. On the other hand some Member States may be bound by international Conventions relating to successions and which are applicable only in the relations between States Parties to that instrument. For instance, the Nordic States, Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden are bound by the Nordic Convention on Successions (1934) which only applies to ‘Nordic’ successions. In order to facilitate the ratification of the future Convention by such States, it would be advisable that the Convention would enable those States to apply such Conventions even after having become Parties to the Hague Convention. We also consider that the future Convention should allow States Parties to conclude Conventions or to enact uniform legislation concerning successions, where such Conventions or, respectively, legislation are based upon special ties of regional or other nature and are applicable only in the relations between such States. Such provisions would also be consistent with the underlying principles of article 17 concerning the relations between the territorial units of a Contracting State. The provisions which we are suggesting might read as follows:

Article 19

1 This Convention shall replace any other international instrument, containing provisions in matters governed by this Convention, to which a Contracting State is a Party.

2 However, where a Contracting State is a Party to an international instrument which is applicable only in the relations between States Parties to that instrument, a Contracting State may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention shall not apply in the relations between that State and other States Parties to that instrument. The declaration may be withdrawn at any time.

3 The declaration and the withdrawal of the declaration shall be notified to the depositary of this Convention; the withdrawal shall have effect on the first day of the month following the notification of the withdrawal.

4 This Convention shall not affect the right of a Contracting State to become a Party to a Convention or to enact uniform legislation, based on special ties of a regional or other nature and applicable in the relations between those States, containing provisions in matters governed by this Convention.

Article 25 (revision)

17 Article 25 which corresponds to the wording of article 29 of the *Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (1986)* provides that any State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of an instrument revising it shall be considered to be a Party to the Convention as revised. The wording of the article seems to suggest that contrary to the general principles of the law of treaties a State which has expressed its consent to be bound by a particular Convention becomes a Party to another Convention.

18 However, as clearly stated in the Explanatory Report by Professor von Mehren on the Convention on the International Sale of Goods (*Proceedings*, October 1985, page 757), the sole purpose of the provision is to provide that after the entry into force of the instrument revising the Convention 'ratification of or accession to the earlier instrument will no longer be permitted'. If this – as we believe – is the meaning of article 25 of the draft it also should be clearly expressed.

19 Since the draft Convention contains a fairly flexible denunciation clause (article 26) it might not be absolutely necessary to have any specific mechanisms applicable to situations where a State Party to the Convention intends to become a Party to the Convention as revised, especially in cases where the revising instrument in itself is an independent new Convention. However, it might be of some advantage to have in the Convention a provision which would enable a State Party to the Convention to become a Party to the Convention as revised without being compelled to formally denounce the earlier Convention.

20 On the basis of the considerations above the Finnish Government propose that article 25 should read as follows:

'Article 25

1 After the entry into force of an instrument revising this Convention a State may only become Party to the Convention as revised.

2 Where the provisions of an instrument revising this Convention are incompatible with the provisions of this Convention, a State Party to both instruments shall only be bound by the provisions of this Convention as revised.'

Israël/Israel

1 We note that the draft Convention deals only with the applicable law, and not to jurisdiction or recognition of foreign judgments (paragraph 13 of the Preliminary Document). We nevertheless feel that consideration should be given to including a provision relating to jurisdiction, as this is closely connected with choice of law. We suggest that jurisdiction be conferred on the courts of the State where the deceased had his habitual residence, or in the territory of which he left assets belonging to his estate.

2 With regard to the basic choice of law rule as stated in article 3 of the draft Convention, our preference is for the rule of habitual residence, with the alternative of the law of the State of closer connection, whereas a reference to the law of nationality seems to us to introduce an undesirable complicating factor. We are thus in favour of the proposal of the eight delegations referred to in paragraph 80 of the Preliminary Document.

Alternatively, we suggest that the period of five years referred to in article 3, paragraph 1b, as a minimum period of habitual residence, be shortened to two years. As a country of immigration, we feel that two years is a sufficient period for a person to establish his habitual residence in a new country.

If a reference to the law of nationality is nevertheless retained, we would favour the possibility of a reservation as to such reference.

Although we agree that the term 'habitual residence' need not be exhaustively defined, we think that its principal features should be mentioned; for example, that it is the place where the centre of the deceased's life was situated.

3 With regard to the designation of the law of a particular State to govern succession (*professio juris*) under article 4, we have our misgivings as to the necessity of such a provision.

However, if it is decided to retain the *professio juris*, we suggest that its effect be confined solely to substantive matters of devolution, and that it be stipulated that it should not apply to testamentary form or to capacity to inherit, nor even to such matters as disinheritance, or succession by unborn children.

4 Article 5(1) of the draft Convention refers to all assets of the estate of the deceased, and this is explained as applying the 'unity' principle, whereby succession to movable and immovable property is governed by a single law (paragraph 35 of the Preliminary Document). We realize that this position was reached after discussing the alternatives.

Nevertheless, we think that further consideration be given to the possibility of applying the *lex situs* to immovables in view of the widely accepted rule of conflict of laws in this matter, and the practical difficulties of applying any but the local law to immovables.

5 Article 13 of the draft Convention effectively excludes renvoi. However, the proposal to exclude renvoi was by no means unanimous (paragraph 67 of the Preliminary Document). We therefore suggest a reconsideration of the proposal for limited application of renvoi.

6 We have serious misgivings with regard to the whole subject of agreements as to succession (Chapter III), since in common with the laws of other countries, our law renders such agreements void. We should prefer to see the subject omitted from the Convention, but if this is not feasible, we note the possibility under article 20 of a reservation in respect thereof.

7 We think that the Convention should provide for the law applicable to the interpretation of a will and that this should be the law of the habitual residence of the testator at the time of making the will.

8 Re article 20: we welcome the intention to examine the whole subject of reservations at the Plenary Session (Preliminary Document, paragraph 80), since we think that reservations should be allowed on controversial matters.

I – *Evaluation générale de l'avant-projet*

L'avant-projet satisfait déjà largement l'objectif prioritaire qui se doit d'être recherché par une Convention sur la loi applicable aux successions, à savoir de garantir, par un choix de critères de rattachement forts et bien définis, l'obtention d'une uniformité maximum dans la mesure du possible entre les solutions de conflit adoptées par les divers systèmes juridiques. En effet, étant donné la multiplicité et la complexité des intérêts en jeu, l'importance sociale des solutions retenues par les législateurs des divers Etats, ainsi que la nécessité de sauvegarde des tiers, la matière des successions ne se prête pas à des solutions susceptibles d'évaluations discrétionnaires ou, pis encore, de véritables manipulations.

Le Gouvernement italien approuve donc les trois choix de fond qui distinguent l'avant-projet: a) principe de l'unité de la loi applicable au patrimoine tout entier du défunt; b) compromis entre le facteur de rattachement de la résidence habituelle et celui de la nationalité; c) prévision de la possibilité d'une *professio juris*, à savoir la possibilité pour le *de cuius* de choisir, bien que dans certaines limites, la loi applicable à la succession, échappant ainsi à l'application du facteur de rattachement objectif. Le Gouvernement italien verrait toutefois avec faveur, à l'article 3, paragraphe 2, qu'un relief plus marqué soit donné au facteur de rattachement de la nationalité.

II – *Rapport entre la Convention et les autres conventions en matière de succession*

Le Gouvernement italien estime que tout effort doit être fait afin de relier la Convention en projet à la Convention sur l'administration des successions, étant donné que le choix notamment en faveur du principe de l'unité de la succession retenu par l'avant-projet (et l'importance même partielle donnée au critère de rattachement de la nationalité) rendent nécessaire l'adoption de solutions uniformes aussi dans le domaine de l'administration des successions. Il est donc opportun que, malgré la portée limitée de la Convention sur la loi applicable aux successions, la Seizième session de la Conférence aborde le problème susvisé, soit en retenant des solutions faisant fonction de pont entre les deux Conventions, soit en mettant en marche en perspective, si de besoin, des modifications de la Convention sur l'administration des successions, de nature à garantir un meilleur succès à l'avenir de cette Convention.

III – *Acceptation de la professio juris*

L'introduction dans le domaine successoral de la *professio juris* représente probablement la nouveauté principale de l'avant-projet, instaurant un mécanisme pouvant donner lieu dans l'avenir, si la Convention bénéficiait de nombreuses ratifications, à des applications pratiques importantes et étendues. Ce mécanisme enlève tout espace aux critiques concernant une rigidité excessive présumée des facteurs objectifs de rattachement, puisqu'il permet au *de cuius*, par l'exercice d'une autonomie de volonté limitée mais non moins importante, de retenir à leur place une loi davantage rattachée au centre réel de sa vie et de ses intérêts. Etant donné le rôle important de la *professio* dans la structure globale de l'avant-projet, il semble opportun de consacrer le maximum d'attention aux problèmes d'interprétation soulevés, à l'article 4, paragraphe 1, par la requête que le *de*

cuius désigne «la loi d'un Etat déterminé», afin d'éviter que des désignations à première vue plus vagues mais souvent substantiellement équivalentes (désignation *tout court* de la «loi nationale» ou de celle de la «résidence habituelle») soient jugées inaptes au but pour lequel elles ont été formulées.

Le Gouvernement italien est favorable à la solution, opportunément limitative, selon laquelle la *professio* devrait avoir comme objet uniquement les deux lois (nationalité ou résidence habituelle au moment du décès) indiquées à l'article 4, paragraphe 1. Il n'existe toutefois pas d'opposition de principe, ceci afin de garantir une plus vaste adhésion des Etats au projet de Convention, à la possibilité de permettre au testateur, au moins en certains cas (en pratique pour les successions immobilières), de choisir aussi la *lex rei sitae*, par dérogation, à titre exceptionnel, au principe de l'unité de la loi applicable à la succession.

Etant donné que dans la *professio* l'autonomie de la volonté agit comme facteur de rattachement d'une règle de conflit, il semble opportun de préciser quelle est la loi applicable aux conditions de «validité au fond» de cette manifestation de volonté (vices du consentement, etc.). A l'article 4, paragraphe 3, il serait aussi préférable, pour des raisons objectives de sûreté et de fiabilité aussi envers les tiers, de prévoir qu'une éventuelle révocation doit être «clairement exprimée» éliminant ainsi la possibilité d'une révocation seulement implicite, susceptible d'entraîner des interprétations divergentes.

IV – *Matières régies par la loi applicable*

L'énumération des matières régies par la loi applicable, contenue à l'article 5, paragraphe 2, doit être quelque peu revue, compte tenu notamment de quelques questions qui pourraient y être ultérieurement ajoutées. Que l'on songe en particulier, pour ce qui est de la capacité de disposer pour cause de mort, aux questions concernant la capacité spéciale ou les vices du consentement. Le Gouvernement italien estime en outre que la loi applicable au sens des articles 3 et 4 de l'avant-projet doit régir, à la lettre *e* de l'article 5 paragraphe 2, non seulement la «validité au fond des dispositions testamentaires», mais aussi l'interprétation desdites dispositions. Quoique la tradition des Conventions de La Haye aille en sens nettement opposé, le Gouvernement italien se demande s'il ne serait pas opportun, à titre exceptionnel, d'aborder dans la Convention examinée, la question du rapport existant entre la loi applicable à titre principal à la dévolution de la succession, au sens des articles 3 et 4 de l'avant-projet, et la loi visant à régler les questions préalables de nature familiale (validité d'un mariage, détermination de la filiation légitime ou naturelle, etc.) soulevées par l'application de la première loi. Il est bien connu que ce problème est par tradition caractérisé par la possible alternative – afin de résoudre les questions préalables – entre le recours au système de conflit du for ou à celui de la *lex causae* et que les divers ordres juridiques suivent en la matière des solutions qui souvent ne coïncident pas. La Convention examinée favoriserait de manière adéquate l'uniformité, si l'on réussissait dans ce cas aussi à proposer des solutions unitaires.

V – *Accords successoraux*

Le chapitre III de l'avant-projet doit être attentivement revu, au moins sous deux points de vue. En premier lieu il est nécessaire de délimiter avec plus de précision (pour que ce soit clair pour l'interprète) quels sont les «accords successoraux» régis par les articles 6 et 7, par rapport aux institutions sûrement exclues de cette réglementation (auxquelles se réfère actuellement l'article 9).

En deuxième lieu, il est nécessaire de réexaminer les solutions de conflit approuvées aux articles 6 et 7, afin notamment de prévoir, non seulement la compétence des lois actuellement désignées par lesdites dispositions (lois qui agissent au moment de la conclusion de l'accord successoral) mais aussi un rattachement alternatif aux lois concrètement applicables à la dévolution de la succession au sens des articles 3 et 4 de l'avant-projet. En effet, il semble raisonnable d'admettre, en raison même des avantages pratiques qui pourraient dériver d'une telle solution, qu'un accord successoral doit être retenu valable et efficace même quand il n'est considéré comme tel que par la loi applicable à la succession (objectivement ou en tant que découlant d'une *professio juris*).

VI – Champ d'application de la Convention vis-à-vis des Etats tiers

Selon une tradition désormais consacrée par les plus récentes Conventions de La Haye, l'avant-projet prévoit, à l'article 2, le caractère «universel» de la future Convention («la loi désignée ... s'applique même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant»), et, à l'article 13, le rejet de toute forme de renvoi («le terme «loi» désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois»).

Ces deux dispositions, considérées dans leur fonctionnement conjoint, se révèlent par trop rigides, puisqu'elles risquent facilement de produire, vis-à-vis des Etats qui demeurent étrangers à la Convention, des désaccords graves et injustifiés. Ces désaccords doivent, dans la limite du possible, être évités, compte tenu de l'importance, comme nous l'avons auparavant souligné, de la matière successorale. A cette fin deux chemins pourraient être suivis.

Une première possibilité consiste à agir sur l'article 2 de l'avant-projet, soit en supprimant complètement le caractère «universel» de la future Convention, soit, chose plus vraisemblable, en prévoyant que cette disposition puisse faire l'objet de réserves. Cette dernière solution aurait toutefois le désavantage éventuel de ne pas rendre uniforme entre les Etats contractants le régime de conflit prévu par la Convention et de laisser subsister, pour les Etats qui expriment la réserve, les règles de conflit nationales à côté de celles prévues par la Convention.

La deuxième possibilité, qui paraît de loin préférable au Gouvernement italien, consiste à l'inverse à agir sur l'article 13, en prévoyant une exception au régime unitaire qu'il prescrit. Ladite exception devrait prévoir que, dans le cas où la loi applicable à titre objectif serait la loi d'un Etat *non contractant* qui renvoie par son système de conflit, en tout ou en partie, à la loi d'un autre Etat *non contractant*, qui pour sa part se considère comme applicable, il faudrait appliquer cette dernière loi. Il s'agit d'une exception qui introduirait le renvoi sous une forme limitée, afin de tenir compte d'une seule hypothèse particulièrement frappante de «conflits de systèmes» en droit international privé, et d'éviter que la future Convention produise des désaccords dans un cas où l'uniformité (avec et entre deux Etats tiers!) serait facile à obtenir, sinon même imposée par les faits.

Des raisons pratiques pourraient ensuite induire à estimer admissible aussi un éventuel renvoi au premier degré à la loi du for d'un Etat contractant de la part du système de conflit d'un Etat non contractant (dont la loi serait en principe applicable au sens de la Convention).

Norvège/Norway

Proposals by Norway

The following provisions shall read:

Article 3

1 When a deceased person at the time of his death had his habitual residence in a State of which he then was a national, succession is governed by the law of that State.

2 In other cases succession is governed by the law of the State with which the deceased at the time of his death had the closest connection, considering his habitual residence, his nationality, his personal and family ties [his manifest intentions] and other significant elements.

3 Unless prevailing considerations as a whole lead to another State, the deceased is presumed to have had the closest connection

a with the State in which he had habitual residence for a period of not less than five years immediately preceding his death, or if that is not the case,

b with the State of which he was a national at the time of his death and in which he had had his habitual residence at any time during the /10/5/ years preceding his death.

Portugal

1 Le présent projet de Convention cherche à reconduire les systèmes conflictuels des Etats membres de la Conférence à une solution commune à l'égard de la discipline des successions à cause de mort, matière où ces systèmes se partagent selon différentes lignes divergentes.

La première de ces lignes divergentes oppose les Etats qui envisagent le phénomène successoral de façon unitaire, le soumettant à l'empire d'une même loi, quelle que soit la nature des biens en cause, à ceux qui fractionnent le problème en appliquant à la succession de biens immobiliers la *lex situs* et à la succession de biens mobiliers la loi de l'Etat où est censé se trouver le centre de la vie du défunt.

La deuxième ligne divergente ne concerne pas la question du traitement unitaire ou fractionné de la succession, mais le rattachement choisi (nationalité ou domicile) pour la détermination de la loi applicable (à tous les biens de la succession ou à une partie de ces biens).

Il faut encore ajouter que parmi les Etats membres on peut encore signaler des différences importantes dans la définition du domaine d'application de la loi successorale.

Pour certains d'entre eux, tout l'ensemble des questions se rapportant à la succession *mortis causa* est soumis à la loi successorale – non seulement la dévolution successorale, mais aussi, entre autres, le problème des dettes, l'administration de la succession, la transmission et le partage – tandis que d'autres Etats soumettent à des lois différentes quelques-uns de ces problèmes.

Ces différentes approches rendent particulièrement difficile la tâche de trouver un compromis qui puisse être acceptable pour les Etats membres.

2 Comme le Rapport le mentionne (No 9 et suivants), pour ce qui touche la première des questions qui viennent d'être évoquées, la Commission spéciale a facile-

ment abouti à un accord sur le principe de l'unité. Quant au choix de l'élément de rattachement, elle a adopté une solution de compromis qui se traduit par la recherche d'un équilibre entre les principes de la nationalité et de la résidence habituelle et par la reconnaissance de la faculté du *de cuius* de déterminer, dans de certaines limites, son statut successoral, moyennant le choix entre la loi nationale et la loi du domicile. Finalement, le projet a choisi de définir par la voie d'une énumération exclusive – et très restrictive – les matières qui retombent obligatoirement dans le domaine d'application de la loi désignée par la Convention (article 5, paragraphe 2). La mise en œuvre du compromis basé sur ces différentes options ne va pas sans soulever des difficultés importantes pour un pays qui, tout en acceptant le principe unitaire, privilégie l'application de la loi nationale et conçoit en des termes très larges le domaine d'application de la loi successorale. On attirera l'attention sur les principales difficultés qui se posent à ce sujet.

3 En ce qui concerne la désignation de la loi applicable – une fois admis le principe unitaire – nous pensons qu'il faut rester fidèle à la règle d'après laquelle cette loi doit correspondre à celle de l'Etat auquel le *de cuius* se trouvait le plus étroitement lié au moment de son décès, où se situait le centre de sa vie à ce moment. Un tel principe est sans doute retenu dans l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 3, étant donné que la coïncidence de la nationalité et de la résidence habituelle permettra sûrement d'identifier la loi avec laquelle le défunt se trouvait le plus étroitement lié au moment de sa mort.

La même conclusion devra être retenue par rapport à la règle du paragraphe 2 de l'article 3, puisque lorsque le défunt, au moment de sa mort, n'avait pas résidé depuis cinq ans dans un pays autre que celui de sa nationalité, l'application de la loi nationale, qui sera en principe la loi la plus proche, pourra toujours être écartée si l'on démontre que le *de cuius* avait au moment de son décès des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat sera appliquée.

Par contre, la règle de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 3, par sa rigidité, ne permet pas d'assurer le principe que nous pensons devoir déterminer le choix de la loi applicable.

La règle d'après laquelle la résidence habituelle qui a duré au moins cinq ans détermine le choix de cette loi comme loi applicable à la succession, sans la possibilité d'une quelconque clause échappatoire, ne permet pas de faire correspondre cette loi avec celle du centre de vie du *de cuius*, la loi de l'Etat auquel il serait effectivement le plus étroitement lié au moment de sa mort.

Nous croyons donc que dans l'hypothèse d'une résidence qui aurait duré au moins cinq ans dans un pays autre que celui de la nationalité, il devrait être permis d'apporter la preuve que cette résidence ne correspond pas à l'attache la plus forte du défunt à un Etat donné, auquel cas la loi de l'Etat avec lequel le *de cuius* avait les liens les plus étroits devrait être choisie.

On devrait donc admettre que la résidence qui s'est étendue sur une période de cinq ans correspond à une présomption de rapport plus étroit du défunt avec cet Etat, qui pourra cependant être écartée par la preuve contraire, en des termes parallèles à ceux qui valent pour la nationalité dans le cadre du paragraphe 2.

On doit souligner que cette proposition ne s'identifie pas à celle formulée dans l'annexe au procès-verbal No 40, reproduite dans le Rapport, *supra*, p. 282: au lieu de faire disparaître le relief du principe de la connexion de la nationalité, celle-ci considérée en termes au-

tonomes, ce que l'on envisage maintenant c'est de la mettre sur un plan d'égalité avec la résidence habituelle, en admettant la mise à l'écart de l'une ou de l'autre lorsque l'on prouve que l'ordre juridique auquel la vie du *de cuius* était, au moment de la mort, plus strictement liée, était différent de celui indiqué par la nationalité ou par la résidence de cinq ans.

4 En vue de résoudre certaines difficultés mentionnées dans le Rapport (*supra*, p. 278), nous croyons qu'il faudrait rendre clair le fonctionnement de l'article 3, dans les situations de plurinationalité.

Ainsi, dans le cas du paragraphe 1, la coïncidence de la résidence habituelle et d'une nationalité quelconque du *de cuius* serait suffisante pour déterminer la loi applicable, que cette nationalité soit ou non la nationalité dominante ou la nationalité de l'Etat du for.

En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 3, l'application d'une loi autre que celle d'un Etat dont le défunt est le ressortissant ne pourrait être admise qu'au cas où le *de cuius* présenterait avec cette loi des liens plus étroits qu'avec n'importe lequel des Etats dont il est le ressortissant.

Si tel n'était pas le cas, on devrait appliquer la loi de l'Etat de la nationalité avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

La solution proposée, quoique correspondant à celle suggérée au No 29 du Rapport, devrait être expressément consacrée, étant donné que l'utilisation de l'élément de rattachement nationalité dans les cas en question n'est pas uniforme et que la solution ne découle pas des critères couramment admis pour la solution des conflits de nationalités, aussi bien sur le plan interne que sur le plan international.

5 Comme il a déjà été souligné, le projet contient une énumération taxative – et très restrictive – des matières qui doivent être obligatoirement régies par la loi successorale.

Cette solution qui s'écarte de l'orientation consacrée dans plusieurs textes issus de la Conférence de La Haye représente une source de difficultés pour les pays dont le droit de conflits est favorable à une vocation élargie du domaine de la loi successorale.

En effet, en limitant le champ d'application de la loi successorale à un noyau limité de matières, le projet laisse en vigueur, pour toutes les autres questions du domaine successoral qu'il ne se propose pas de régler, le système qui est propre à chaque Etat, ce qui entraînera pour plusieurs pays une scission de la réglementation conflictuelle dans le domaine des successions qui leur est inconnue jusqu'à présent.

Le paragraphe 3 de l'article 5, qui accorde à chaque Etat la faculté d'appliquer la loi désignée par la Convention à toute autre question rentrant dans le domaine de la succession, d'après la conception qui lui est propre, ne permet pas de résoudre la difficulté signalée: si le compromis que le projet propose en ce qui concerne le choix de la loi applicable n'apparaît pas, pris en ses propres termes, comme une solution préférable à celle qui découle des règles de conflits de source interne en vigueur, les Etats auront tendance à réduire au *minimum* le sacrifice imposé à leurs solutions nationales dans le cadre de la Convention, d'autant plus que l'élargissement unilatéral du champ d'application de la loi désignée par la Convention ne trouvera pas nécessairement de contrepartie dans la position d'autres Etats membres et ne pourra donc aider à un élargissement de l'unification.

C'est pourquoi les solutions proposées par le projet soulèvent des difficultés spécifiques à un Etat dont l'émigration atteint des chiffres importants et dont les émigrés maintiennent, au-delà des cinq années mentionnées à

l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 3, des liens étroits avec leur Etat d'origine lequel appliqué comme loi successorale la loi nationale, tout en reconnaissant un domaine élargi à l'application de cette loi.

Pour tenir compte des difficultés mentionnées, il faudrait rechercher un compromis plus équilibré entre la loi nationale et la loi de la résidence et, d'autre part, un élargissement du domaine d'application de la loi choisie par la Convention pour régler la succession.

6. En ce qui concerne la *professio juris* (article 4) nous croyons qu'il faudra préciser dans la Convention la loi à laquelle on doit recourir pour déterminer l'existence et la validité matérielle du consentement relatif à la désignation de la loi applicable, en suivant la ligne d'autres textes adoptés par la Conférence, notamment la Convention sur la loi applicable au contrat de vente internationale de marchandises (article 10). La loi à retenir serait, selon l'orientation pacifiquement admise à ce propos, la loi choisie.

Pour ce qui touche à la possibilité du choix de plusieurs lois pour régler la succession, nous estimons, avec la Commission spéciale (Rapport, No 42), qu'elle ne doit pas être admise. Mais nous croyons que cette solution ne découle pas de façon suffisamment claire du paragraphe 1 de l'actuel article 4; c'est pourquoi nous préférons voir cette idée soulignée dans le texte de la Convention.

La solution proposée n'exclut pas que plusieurs lois soient appelées à la discipline de la succession: mais ce résultat ne découlera pas d'un choix basé sur la Convention mais d'un choix fondé sur la loi que l'auteur de la succession lui-même aura choisi valablement, la désignation de plus d'une loi fonctionnant ainsi non pas comme référence conflictuelle (*kollisionsrechtliche Verweisung*) mais comme une référence matérielle (*materielle rechtliche Verweisung*), selon les termes admis par la loi applicable.

En ce qui concerne la forme de la *professio juris*, nous croyons que le projet exige expressément que la déclaration qui doit la contenir prenne la forme d'une disposition testamentaire, les règles de conflits du for devant indiquer le système ou les systèmes applicables en matière de forme des dispositions à cause de mort. A ces systèmes reviendra la tâche de définir ce qu'il faut comprendre par forme des dispositions testamentaires, c'est-à-dire, par voie de renvoi, quelles sont les solemnités requises à cet effet pour la validité de la *professio juris* quant à la forme. Il faudra donc conclure (*vide* Nos 18 et 37 du Rapport) que la Convention contient une exigence spécifique dans le domaine de la forme de la *professio juris*: pour les tribunaux du for restera donc à décider, selon cette interprétation, la question de savoir si une forme particulière utilisée est ou non valide pour les dispositions testamentaires, dans les termes de la loi applicable.

7. En ce qui concerne la définition du domaine de la loi applicable (article 5), on a déjà souligné l'importance du problème, ayant en vue que les Etats membres de la Conférence adoptent des positions différentes en ce qui concerne la délimitation du domaine de la loi successorale et le projet s'incline en faveur d'une énumération exclusive des matières qui devront être obligatoirement réglées par la loi désignée applicable à la succession par les articles 3 et 4.

Si cette option est maintenue, le choix des matières qui doivent figurer dans l'article 5 gagne une importance décisive, étant donné que la non-inclusion de certaines questions dans le paragraphe 2 de cet article signifiera leur exclusion du domaine de la loi applicable, solution qui ressort nettement de la rédaction du paragraphe en question, si on le compare aux articles identiques

d'autres Conventions de La Haye.

Ayant en vue cette option de base du projet, on indiquera par la suite quelques amendements qui devraient être apportés au paragraphe 2 de l'article 5.

a Parmi les questions auxquelles la loi désignée par les articles 3 et 4 de la Convention devrait s'appliquer nous pensons que l'on devrait inclure le problème des indisponibilités relatives.

Il ne s'agit pas d'un problème concernant la capacité de disposer à cause de mort qui est exclue de la Convention (article 1, paragraphe 1, alinéa *b*), y comprise la capacité spécifique, comme le suggère le Rapport No 19.

Les indisponibilités relatives que l'on envisage concernent la défense de faire des dispositions testamentaires en faveur de certaines catégories de personnes que l'on estime devoir rentrer dans le domaine d'application de la loi désignée par la Convention et donc être incluses parmi l'énonciation contenue dans le paragraphe 2 de l'article 5.

b Nous estimons aussi que dans l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 5 il faudra mentionner expressément la question de la renonciation à l'héritage, étant donné qu'aucune raison valide ne semble justifier qu'elle ne soit pas incluse dans le champ d'application de la loi désignée par les articles 3 et 4 (voir ce qui est mentionné au No 37 du Rapport, *in fine*, quant à la différence portée des deux versions linguistiques utilisées).

En ce qui concerne l'acceptation de l'héritage ce même raisonnement ne semble plus se justifier, son omission étant donc admise.

c Dans le paragraphe 2 de l'article 5, l'on devrait mentionner l'interprétation (*cf.* le No 34 du Rapport *in fine*) aussi bien que la validité matérielle des dispositions testamentaires. Cette dernière expression doit couvrir la matière des vices du consentement, à propos de laquelle le tribunal du for ne dispose d'aucun pouvoir spécial de qualification, puisqu'il s'agit de questions à inclure sans aucun doute dans le statut successoral (mais, avec quelques différences, le No 19 du Rapport). En effet, le tribunal du for doit décider si les faits survenus dans la situation qui lui est soumise configurent ou non l'existence d'un vice de consentement; dans l'affirmative, la discipline de ce vice sera couverte par la loi désignée par la Convention. D'autre part, et au-delà de la validité matérielle des dispositions testamentaires, il faudra accepter que cette loi est appelée à définir le régime de leur invalidité et des conséquences qui en découlent, ce que justifie la mention expresse de ces questions (*cf.* l'article 12, alinéa *h*, de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises).

8. On a déjà mentionné les questions posées par le paragraphe 3 de l'article 5, à l'égard des Etats de droit civil auxquels il est destiné (No 41 du Rapport), dans la mesure où il les oblige à une modification de leur droit de conflits, au-delà des limites imposées par la Convention, au cas où ils voudraient conserver la vocation unitaire du statut successoral. En outre les références faites dans le Rapport (No 41) sont susceptibles d'induire l'interprète en erreur, dans la mesure où elles se rapportent, à ce propos, au champ d'application de la Convention. Nous croyons que ce qui est en cause c'est le différent domaine de la loi applicable, puisque (exception faite, bien sûr, au mécanisme de réserves) il ne semble pas possible de penser à un champ d'application de la Convention variable d'un Etat à l'autre et, d'ailleurs, suivant des circonstances qui découlent du droit interne de ces Etats.

9. Le texte de l'article 10 du projet semble admettre que la Convention de La Haye sur le *trust* se trouve en

vigueur ou que sa doctrine peut être configurée comme l'expression d'un authentique *ius commune* et ceci vaut aussi pour le Rapport (No 59).

Pour écarter une telle interprétation, il serait important de maintenir dans la Convention la deuxième partie de l'article 10, paragraphe 1.

10 Enfin, l'ambiguïté susmentionnée à propos de la portée du paragraphe 3 de l'article 5 nous semble renforcée par l'interprétation donnée dans le No 80 du Rapport aux effets de la réserve à l'égard de l'application du Chapitre III, prévue par l'article 20, paragraphe 1. On y suggère qu'une telle réserve ne devrait impliquer que l'inclusion de cette question dans la «zone grise» mentionnée par le paragraphe 3 de l'article 5. Nous croyons par contre que le sens de la réserve sera, en principe, celui d'exclure les pactes successoraux de la réglementation de la future Convention – y inclus le paragraphe 3 de l'article 5. Le Rapport défend à cet égard la possibilité d'appliquer aux pactes successoraux, dans le cas où les Etats membres feront la réserve prévue dans le paragraphe 1 de l'article 20, la loi désignée dans les articles 3 et 4, ce que nous ne jugeons pas correct, étant donné que les problèmes particuliers que soulèvent les pactes successoraux sont à la base de la réglementation spécifique contenue dans le Chapitre III du projet.

La formulation de la réserve signifiera, donc, en principe, que les règles de conflits de chaque Etat (et non pas le système de la Convention, dans la totalité ou en partie) sont applicables aux pactes successoraux. Etant donné que cette interprétation n'est pas pacifique, nous croyons utile que la question soit réglée dans le sens proposé.

Royaume-Uni/United Kingdom

GENERAL OBSERVATIONS

The UK is most impressed by how much has been achieved by the Special Commission in this very complex and sensitive area in only five weeks of deliberations. For this, much credit must be given to the work of the Permanent Bureau and of the Chairman, Reporter and individual members of the Special Commission as well as to the assistance provided by observers attending meetings of the Commission.

There have been major breakthroughs in three areas. Currently, the UK:

- 1 applies the *lex situs* to immovables and the law of the deceased's last domicile to movables, instead of applying one law to the whole estate;
- 2 uses as the connecting factor the concept of domicile in the technical common law sense, rather than the concept of habitual residence or of nationality; and
- 3 does not permit a testator to choose the law to be applicable to succession to his estate (though it does allow him to choose the law governing interpretation of his will).

The draft Convention adopts:

- 1 the principle of unity, whereby one law is applicable to the whole of the deceased's estate;
- 2 the use of habitual residence as the primary connecting factor; and
- 3 permits a testator a limited choice of applicable law, so that the law of nationality at death may be chosen

instead of the law of habitual residence.

In the interests of compromise and much-needed uniformity and in the light of the arguments considered in the Special Commission, the UK is, in general, ready to propose changing its law in line with the draft Convention. However, it does seem that some refinement will be needed of these major new principles if the Government is to be able to carry through Parliament internal legislation in this highly sensitive area involving strong cultural and family bonds, especially since the estates of so many citizens are potentially liable to be affected. A lengthy lead-in period will be needed for making lawyers and laymen fully aware of the implications of the new principles, especially when in the UK the majority of persons die intestate or without having seen a lawyer to draft their will.

No doubt, as a result of consultations since last October, other States may seek refinements to these major new principles, so that this October a reasonable amount of time will need to be set aside for considering any proposed qualifications of these principles.

Further time will need to be devoted to proper consideration of Chapter III on *pactes successoraux*. This Chapter was only introduced for the first time half-way through the last meeting of the Special Commission. After consultation and mature reflection there should be an opportunity for fully informed consideration of the issues raised by the new articles. Of course, article 19, when drafted by the Permanent Bureau, will also need to be considered, since the question of the relations with other international Conventions is an important one.

Even if the major principles of the draft Convention are left unqualified there remains the need, if the Convention is to be workable, to spend a significant amount of time on much major and minor tidying up of loose ends e.g. what to do about defective choice of law (Waters' Report paragraph 43), interpretation of wills (paragraph 34), problems caused by dual nationality or dual residence (paragraphs 29, 69).

In preparing these UK observations one is led to the inevitable conclusion that, ideally, there ought to be a further fortnight spent on the draft by the Special Commission. Much needs to be done, and it takes time fully to appreciate other viewpoints and to put oneself in the shoes of others, so that problematical issues can be talked through to satisfactory workable compromises. How necessary – and how satisfactory – will it be at all costs to finalise a draft Convention by 20 October 1988 by forcing matters along according to a tight timetable drastically curtailing discussion? A potentially successful Convention might well prove unacceptable merely because of failure to spend a little more time and a little more effort, so wasting a great deal of time in which great efforts have been expended.

The reasons for this pessimistic view appear in the following detailed observations. They are intended to focus attention on significant issues (other than those relating to Chapter III) in the hope that the XVIth Session of the Hague Conference may, with sufficient forethought, progress to a satisfactory conclusion despite the substantial amount of work that still needs to be done.

TIDYING UP THE DRAFT CONVENTION

What is defective choice of law and what then happens?

What are the problems that may arise because the Convention mandatorily requires the one law determined under articles 3 and 4 to apply to all assets of the deceased wherever they are located: article 5.

1 *Partial Intestacy*

An Englishman moves to Tenerife and after five years habitual residence there he dies partially intestate because a residuary beneficiary under his will predeceases him.

In his will he expressly chose English law to govern succession under his will, so no clearly expressed choice was made about succession outside his will due to intestacy, so that Tenerife law seems to apply thereto. Is this application of two laws considered to be a defective choice so that the English choice is void and Tenerife law applies to the whole estate under article 3? If the English choice is valid for assets passing under the will and Tenerife law applies to assets passing on intestacy, can a testator take advantage of this to have e.g. English law apply to English assets and Tenerife law apply to Tenerife assets?

Should this be prohibited by a provision that any choice of law to govern succession under a will shall be construed as governing succession to the testator's whole estate, testate and intestate?

2 *Subsequently discovered second will*

The existence of a foreign will, choosing the law of State C as applicable to State C assets therein disposed of, is not discovered until six months after the estate elsewhere has been distributed under a testamentary designation of State A law under an earlier will in circumstances where the testator could have validly chosen State A law (nationality) or State B law (habitual residence at death) and under article 3, State B law is applicable in the absence of a valid choice of State A law. Does State B law now apply? [It seems immaterial whether or not State C might have been a possible choice of law under article 15, paragraph 4.] It may be that State A and State B have different rules about subsequently discovered wills. Should there be a provision that wills that are discovered after distribution of the deceased's estate under the apparently applicable law should be ignored for *all* purposes?

3 *Second known will for non-Contracting State property*

A Scot moves to England where he dies after five years habitual residence, having made a will disposing of all but his State X immovable property and expressly choosing Scots law to govern such will, and having made a will in State X leaving all his State X immovable property and choosing State X law to govern such will. State X turns out to be a non-Contracting State with immovables governed by the *lex situs*.

Is there a defective choice so that (under article 3) English law governs the whole estate other than State X immovables, or is it clearly implicit, as a recognition of reality, that the need for a choice of one law applies only for those assets which in practice are capable of being governed by that one law, so the choice is valid? After all, if the testator had expressly purported to make State X immovables subject to Scots law this would be ineffective to oust State X law e.g. as to forced indefeasible shares in the State X immovables. By stating that State X law is to apply to State X immovables the testator is merely stating what would anyhow be the case, so why penalise him?

What if the testator in his State X will had disposed of his State X villa and its household contents since, as a practical matter, it is usually sensible to pass them on together to the same person? Since State X law would have allowed movables to be governed by Scots law so that Scots law could have applied to all assets other than

State X immovables and yet State X law has been chosen to govern State X movables and Scots law to govern other assets, is there a defective choice so that (under article 3) English law applies? Should this harsh result not be avoided e.g. by a provision that a choice of the law of a non-Contracting State for assets located there should not invalidate or oust the application of the one law chosen to govern the rest of the testator's estate located in Contracting States? In considering the problem of non-Contracting States one must remember that lawyers in such States are likely to be ignorant of the Convention's rules and are likely to recommend making a will of local property under the local law.

4 *Impact of article 5, paragraph 3*

Article 5, paragraph 3, is designed to assist civil law States which do not have the common law distinction between matters of administration of estates and matters of succession to the net distributable estate after full administration. It will enable them to treat matters of administration as matters of succession (though falling outside paragraph 2 which otherwise specifies those matters that are succession matters for the purposes of the Convention).

This may well create problems for common law testators who, in the light of their understanding of the distinction between administration and succession, may choose State A law to govern specified matters considering as involving administration and choose State B to govern other matters considered as involving succession. A civil law State's *lex fori* may consider that some of the matters referred to State A law are matters of succession, so that the testator has not chosen one law to govern succession. Therefore, neither State A nor State B can be applicable under article 4 so the applicable law is to be determined under article 3. This law may be that of State C where the testator was a national or resident of a federal State having a wide choice of law under article 15, paragraph 4. Should there be provision for State B law to govern succession matters in such case? One must remember that the testator when he makes his will cannot be sure what will be the forum whose law may extend the Convention beyond those matters specified in article 5, paragraph 2. Moreover, it seems that reference to the *lex fori* assumes litigation because there may be a number of States whose jurisdictional rules may allow a claim to be entertained. A general principle underlying the Convention must be that one ought not to have to litigate in order to resolve matters.

5 *The validity of a designation of an applicable law*

By analogy with contracts, should the Convention make it clear that the designated law governing succession should determine the validity of a designation? However, does one follow this principle through to its logical conclusion if the designated law is that of a non-Contracting State which does not permit choice of law (see Waters' Report, paragraph 31)?

Interpretation of wills

In common law countries, pragmatically the date of the will is the relevant date for ascertaining the law applicable to interpretation. Otherwise, the date of death is the relevant date for succession matters as is recognized by the draft Convention. Thus, one should either exclude the interpretation of wills from the draft Convention or insert a separate rule on the applicable law. The latter course seems preferable so that there is uniformity on this important issue rather than leave it to the choice of law rules of individual States. For mere

matters of interpretation: should the testator not have complete freedom of choice of the law governing interpretation?

Dual residence or nationality

For purposes of article 3, paragraph 2, the question of dual nationality should be addressed and, generally, the question of dual habitual residence should also be dealt with in the Convention. For connecting factors and their order to priority, assistance may be obtained from the OECD Model Double Taxation Convention, on Income and Capital (1977) and on Estates Inheritances and Gifts (1982).

Close connection with federal States

To deal with the case where the latter part of article 3, paragraph 2 applies it seems there should be a new article 15, paragraph 2 c on the following lines:

c. Any reference to the law of a State with which the deceased was closely connected is to be construed as referring to the territorial unit therein determined by rules in force in that State, or, in the absence of such rules, to the territorial unit therein with which the deceased had the closest connection.

Miscellaneous matters

The Rapporteur in his Report (paragraphs 24, 36, 59, 78 and 80) indicates other areas that should be clarified. It would also help federal States like the UK if article 23 were clarified. At present, it seems a State may subsequently 'modify' or qualify (*i.e.* restrict) its earlier declaration but not extend or enlarge such declaration. To enable either course to be taken the word 'modify' should be replaced by 'extend or restrict'. This will enable a State to ratify the Convention forthwith and subsequently add various territorial units, so obviating the need to consult all territorial units before ratifying for as many as possible: this need has delayed UK ratification of the Trusts Convention despite enactment of the Recognition of Trusts Act 1987. Nevertheless this touches upon a wider issue. It is doubtful whether a territorial unit clause like article 23 is sufficient to enable the United Kingdom to include dependent territories *e.g.* Gibraltar.

AMENDMENTS TO MAJOR PRINCIPLES

Mitigation of 5 year rigid rule in article 3, paragraph 1 b

As explained in the Annex to Minutes No 40, the UK and several other States are very worried whether about the capricious results that inevitably will arise where there is a rigid rule or about the possible far-reaching repercussions of giving a distorted meaning to the central concept of habitual residence in order to prevent such capricious results. As a solution to those problems the Annex concluded with a specific proposal for amendment of article 3.

While still supporting such proposal, the UK, in a spirit of compromise, is ready, if such proposal appears to be unacceptable to the majority of States, to put forward a modified proposal whereby article 3 stays as it is except for adding to the end of paragraph 1 b:

'unless, exceptionally, he was at his death most closely connected with some other State in which case the law of that other State shall apply'

The rigid rule is then replaced by a strong presumption. This accurately reflects what some members of the Special Commission indicated would actually happen in their States, by virtue of distorting the ordinary meaning of habitual residence, in an exceptional case to prevent a capricious result which would contravene the reasonable expectations of the deceased and his family.

The principle of unity and express choice of law

The principle of unity is welcomed for intestate succession and where testators wish to have one law applicable to their estates as a whole. However, it is believed that the 'All or nothing' approach to choice of law, while attractively simple in theory, is misconceived in practice. Nowadays, it is not uncommon to find that a testator has property and family ties in different States. To deal with this as simply and practically as possible, current practice is to have two or more separate wills operating in parallel, each dealing in a self-contained way with property in a particular jurisdiction according to the local domestic law, so simplifying the application of local inheritance tax. It is possible to take into account as part of the overall estate plan forced indefeasible shares and matrimonial property regimes in particular States. The foreign notary can in self-sufficient fashion deal with the property in his jurisdiction. He does not need to consult an English lawyer and the English testator's lawyer need not consult the foreign notary. If the draft Convention remains in its current form and English law is the designated law then if there is to be only one will, the English lawyer will need to consult a foreign notary to check up on the material validity of dispositions of foreign property and what foreign analogues may be available to give effect to the testator's wishes. If there are to be two wills with English law being designated for both, then the foreign notary dealing with the foreign property may well need to consult an English lawyer for advice on the effect of the choice of English law and how the employment of foreign concepts might be given effect to under English law.

English Members of Parliament may well ask why an Englishman's freedom to make multiple wills for immovables governed by different laws should be taken away from him, especially when this will add substantially to his legal costs due to the extra practical difficulties caused by the speciously simple principle of unity. Currently, the choice of the *lex situs* is a sensible workable one made in 99% of cases by decent, God-fearing, family men. Their wishes should not be frustrated by a desire to catch a few family-hating villains who may seek to exploit a choice of the *lex situs*. One cannot make such villains the central focus of the crucial basic rules of the Convention. It is pointless even to try since they will always be able to avoid such a Convention through acquisition of property in non-Contracting States and by secretive measures involving bearer shares in companies or similar institutions.

The UK supports the principle of unity because, generally, it makes things simpler and, therefore, less costly and gives effect to reasonable expectations or intentions. It submits that the principle should be qualified where it makes things more difficult and, therefore, more costly and frustrates reasonable intentions. Thus the choice of the *lex situs* should be available for immovables (and, perhaps, even the household contents of immovables).

The relevant date: date of death or date of will?

Originally, family welfare interests, concerned with the plight of the deceased's family at his death, narrowly prevailed over the interests of the testator and his estate planners, concerned with certainty of planned arrangements at the date of the will.

However, family welfare interests which justified the draft Convention's focus on the time of death have become of decreasing significance as the draft Convention has progressed. First, a testator habitually resident or domiciled with his family in State A can validly choose the law of State B as his nationality law which may well confer less protection on the family than the law of State A. However, virtually all civilised States have some protection for a deceased's family. Second, a testator who dies a national of federal State C can choose the law of any territorial unit of that State if at some time in, say, the 80 years before his death he had his habitual residence in that unit or otherwise had a close connection with it (article 15, paragraph 4a). This enables an American national to choose the law of South Dakota if he habitually resided there 40 years ago or if his parents habitually resided there before he was born though he himself never resided there. [Perhaps, the close connection possibility should be restricted only to those cases where the deceased never had any habitual residence in the State of his nationality.]

Moreover, a testator who dies habitually resident in a federal State of which he is not a national can choose the law of any territorial unit of that State if at some time he had his habitual residence in that unit (article 15, paragraph 4b-c). This enables a Frenchman who dies habitually resident in the USA (e.g. in California) to choose the law of any State therein where he habitually resided at any time in his life (e.g. South Dakota which he left before marrying and having a family).

Finally, one notes that in Chapter III, concerned with *pactes successoraux* i.e. succession agreements made in the deceased's lifetime, it is the date of the agreement and not the date of the deceased's death that is the relevant date for the validity of the agreement.

With the benefit of hindsight, it would seem more satisfactory if article 4 were, instead, drafted along the following lines:

'A person may designate as governing succession to his estate the law of the State of which at the time of such designation he is a national or the law of the State where at such time he has his habitual residence, providing that:

a such designation shall not be effective [so that the applicable law shall be determined under Article 3] if at the time of his death he is neither a national of, nor habitually resident in, the State whose law has been designated;

b in the case of immovables he may designate the law of the State where a particular immovable is located to govern succession to such immovable.'

This is logical and realistic in focussing on the testator's circumstances at the date of the will so that earlier habitual residence in some other territorial unit of a federal State cannot be exploited, in allowing the *lex situs* to be chosen for immovables, and in making explicit what is already implicit in the current article 4, namely, the need to make a new will if the testator changes his nationality or his habitual residence (other than from one territorial unit of a State to another unit or to the State of his nationality where the law of such State has earlier been expressly designated) and is not happy with the law objectively applicable under article 3. The amendment with corresponding amendment of

article 15, paragraph 4 (indicated below) should sufficiently safeguard the family welfare interest, which could be considered to be overly prejudiced if a designation of the law of nationality or of habitual residence at the date of the will were to prevail regardless of subsequent changes of nationality or habitual residence. In an ideal world such designation should perhaps prevail on the basis that virtually all systems provide some reasonable protection for the testator's family and on the basis that, anyhow, in practice wealthy and determined family-hating testators will always be able to find secret means of evading their obligations.

Article 15, paragraph 4 should be amended along the following lines if the proposed article 4 is acceptable:

4 For the purposes of Article 4 -

a Any designation by a person of the law of the territorial unit of the State of which he is a national at the time of such designation shall be effective, subject to proviso (a) of Article 4, if that law is applicable according to rules in force in that State. In the absence of such rules such designation shall be effective, subject as aforesaid, only if at the time of such designation he had his habitual residence in that designated territorial unit or, in the case where at such time he has no habitual residence in the State of which he is a national, if such designated territorial unit were the unit in which he last had habitual residence when last habitually resident in such State, or, in the case where at such time he had never had any habitual residence in the State of which he is a national, if such designated territorial unit was one with which he had a close connection [by virtue of family ties];

b any designation by a person of the law of a territorial unit of a State of which he was not a national at the time of such designation, but in which territorial unit he had his habitual residence at the time of such designation shall be effective subject to proviso (a) of Article 4;

c Delete, since there seems no justification for allowing a person within the preceding paragraph (e.g. a Frenchman habitually resident in California) to have the additional right to designate instead of the law of California the law of some other territorial unit (e.g. S. Dakota, Oregon) where he had previously habitually resided.

CONCLUSIONS

Much remains to be done if a successful Convention is to result from deliberations this October. To achieve this end, the above detailed observations have been made. Obviously, it will help if some measure of agreement between States can be achieved before the Plenary Session 3-20 October.

Sweden/Sweden

General

An international harmonization of the choice of law rules concerning decedents' estates has become increasingly important in view of the frequency of migration from one country to another in the contemporary world. Therefore, the Swedish Government appreciates the efforts of the Hague Conference to create uniform, universally applicable rules concerning the law applicable to decedents' estates. The Swedish Government is very interested in the outcome of the work of the Special

Commission. However, although being aware of the fact that the preliminary draft Convention in several aspects is a result of compromises between different views, the Swedish Government is not fully pleased with the content of vital parts of the draft, especially articles 3 and 4. Some changes in articles 3 and 4 would make it easier for Sweden to ratify the future Convention.

The main principles of the preliminary draft, in particular the principle of unity, the use of habitual residence as the primary connecting factor and the introduction of the possibility of choice of law by the testator within certain limits, are acceptable. They correspond very well with what is contained in a draft on a new Swedish private international law in the field of family law.

As regards the scope of the Convention it is important that administration of a decedent's estate which is organized in Sweden may be carried out in accordance with Swedish national law. The Swedish Government therefore notes with satisfaction that rules on administration are excluded from the scope of the draft.

While Swedish private international law in the field of family law and succession rules was in the past generally committed to the principle of nationality, the development over the last few years has been characterized by a gradual erosion of that principle. The tendency today is clearly in favour of solutions essentially based on the principle of domicile. The Swedish Government is now planning to establish domicile as the main connecting factor in a new legislation.

Bearing this in mind, a solution in the future Convention which makes domicile a very strong connecting factor with as few exceptions as possible, would be preferable.

Comments on specific articles

Article 3

Basically, the Swedish Government would prefer that this article is drafted in a way which to a greater extent satisfies the demand for clarity and foreseeability.

The Swedish Government also finds the time period in paragraph 1, sub-paragraph *b*, too long. It should be shortened to two years.

It is therefore proposed that article 3 read as follows:

'1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

1a he was then a national of that State, or

1b he had had that habitual residence in that State for a period of not less than *two* years immediately preceding his death.

2 In other cases succession is governed by the law of the State *in which the deceased had his last former habitual residence, if this is demanded by an heir or a legatee. If such a demand is not made, succession is governed in such cases by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident.*

3 *Such a demand which is mentioned in paragraph 2 must be made within six months from the death of the deceased.'*

If the Swedish proposal would not be acceptable to a majority of Member States, the Swedish Government has a second choice concerning paragraph 2. The present text of this paragraph, as a result of the compromise reached in the Special Commission, creates a presumption of the application of the law of the State of nationality of the deceased. The Swedish Government would prefer the deletion of the reference to the law of nationality. Article 3, paragraph 2, would then read as follows:

'2 *In other cases succession is governed by the law of the State with which the deceased at the time of his death was most closely connected.'*

Article 4

According to article 4, paragraph 1, a person may designate the law of a particular State to govern his succession. The designation shall be effective only if at the time of his death he was a national of that State or was habitually resident there.

It is the opinion of the Swedish Government that the use of *professio juris* should be limited to cases where the *de cuius* had a real connection with the State the law of which was designated and that such a connection should have existed primarily at the time of his choice of law but also to some extent at the time of his death. Concerning the time of his death, it might be advisable to have a rule which makes the law choice invalid when the connection has ceased to exist. However, this might be difficult to establish with a sufficient degree of accuracy. Therefore the rule should say that when a specific number of years has elapsed after the *de cuius* having changed his habitual residence, the choice of the law of the former habitual residence should be invalid. Thus the Swedish Government proposes the following new text in article 4, paragraph 1:

'1 A person may designate the law of the State of which he at the time of such a designation was a national or where he at that time had his habitual residence to govern his succession. The designation shall not be effective, if the deceased at the time of his death was not a national of that State and had had his habitual residence outside that State during the last ten years.'

Article 12

The Swedish Government presupposes that the Swedish '*Allmänna arvsfonden*' (general inheritance fund) is an entity to which this article applies.

Suisse/Switzerland

– Le projet tend à réaliser l'unité de la succession, ce dont il faut se réjouir.

– A ce propos, il paraît cependant souhaitable d'assortir la Convention sur la loi applicable d'une convention sur la compétence internationale en vue notamment d'assurer une compétence unifiée. Certes, le dernier domicile du *de cuius* constitue fréquemment un facteur important en la matière, mais c'est loin de suffire, comme l'expérience le montre.

L'on aurait ainsi un système à double volet – loi successorale applicable et autorité successorale compétente – qui permettrait le mieux de réaliser cette unité.

– Cette Convention sur la compétence, qui devrait faire l'objet d'un instrument distinct, pourrait être mise sur pied lors d'une Session ultérieure de la Conférence de La Haye. Il est proposé que la première Commission inscrive cet objet à l'ordre du jour de la prochaine Session.

– Le choix à titre principal, comme loi successorale, de la loi du domicile du *de cuius* (ou plus précisément de sa résidence habituelle selon la notion, très proche, consacrée par la Convention de La Haye), correspond à la tendance la plus récente. Au titre de concession aux Etats tenants de la loi nationale du *de cuius*, la solution du temps d'établissement de moins de cinq ans – en

principe loi nationale – ou de cinq ans ou plus – obligatoirement loi de la résidence habituelle – constitue une solution acceptable. Dans le cas d'un *de cuius* établi depuis moins de cinq ans dans un pays donné au moment de son décès, l'application de la loi nationale du *de cuius* à la succession – «sauf liens plus étroits avec un autre Etat» (art. 3, al. 2) – permet sans doute d'atténuer au besoin la rigidité de la limite de cinq ans. D'un autre côté, on peut se demander si une certaine asymétrie entre les solutions adoptées dans les deux cas et un certain flou de la notion «des liens plus étroits» sont bien souhaitables. Pour limiter les risques d'une interprétation laxiste de la notion, le Gouvernement suisse serait favorable à l'idée d'ajouter «des liens *manifestement* plus étroits».

– Signalons enfin le cas du *de cuius* décédant intestat sans laisser de parents au degré successible, alors que la succession comporte des biens dans plusieurs pays. Le problème qui se pose alors est celui de la qualité en laquelle l'Etat acquiert la succession. (Ces cas vont prendre de l'importance avec la suppression du «*situs*» comme point de rattachement de la loi successorale comme telle, en matière de successions immobilières en général.)

Le projet comprend une disposition à ce propos (art. 12), visant à éliminer les différends entre Etats quant à leur droit d'acquisition des biens successoraux sis dans plusieurs Etats.

Il conviendrait peut-être d'examiner encore le «pour et le contre» de cette disposition. Elle vise à une solution équitable, mais ne paraît pas applicable dans chacune des quelques hypothèses qui se présentent.

On le sait, les Etats se rattachent à l'une ou à l'autre de deux constructions juridiques différentes, pour définir les droits de l'Etat lorsqu'un *de cuius* décède intestat sans laisser de parents au degré successible («parents» doit s'entendre ici dans un sens très large, englobant le conjoint survivant, voire dans certaines législations sur les successions, des personnes faisant partie du ménage du *de cuius* sans être forcément liées par le sang). Selon une des conceptions, l'Etat acquiert la succession à titre d'héritier du dernier rang. Dans l'autre conception, la succession tombe en déshérence et l'Etat acquiert alors la succession en vertu de son droit souverain d'occupation sur les choses sans maître (droit régalien de l'Etat). Il n'y a jamais conflit lorsque les biens successoraux se trouvent dans deux Etats connaissant tous deux le système de l'acquisition par droit régalien, limitée au territoire même de l'Etat, ou qu'ils se trouvent au contraire dans deux Etats connaissant tous deux le système de l'Etat héritier légal du dernier rang. Dans ce dernier cas, c'est l'Etat dont la loi successorale est applicable qui acquiert également des biens sis dans l'autre Etat.

Il peut y avoir conflit positif si la succession, régie dans un Etat se rattachant au système de l'Etat héritier légal du dernier rang, comprend des biens sis dans un Etat se rattachant au système du droit régalien. Ce n'est d'ailleurs pas là une conséquence obligée. L'Etat connaissant le système de l'acquisition successorale – à défaut de parents au degré successible ou d'héritiers institués – par droit d'acquisition régalien peut en effet reconnaître, quant aux biens successoraux sis sur son propre territoire, la compétence de la loi (de l'autre Etat) applicable à la succession. Il y a par contre conflit si l'Etat se rattachant au système de l'acquisition par droit régalien considère que la qualité en laquelle l'Etat acquiert une succession légale à défaut de parents au degré successible fait l'objet d'un conflit de qualification, à trancher en définitive selon la loi où l'exécution peut être demandée, soit la *lex situs*. Cette dernière manière de voir est notamment celle de la France.

D'autre part, il peut y avoir conflit négatif, lorsque la loi applicable à la succession est celle d'un Etat qui acquiert une succession légale, à défaut de parents au degré successible, par droit régalien, et que des biens dépendant de la succession se trouvent dans un Etat connaissant le système de l'Etat héritier du dernier rang. La loi successorale applicable est en effet impuissante à conférer un droit régalien d'occupation à un autre Etat. L'acquisition des biens successoraux par l'Etat n'est semble-t-il possible que sur le territoire de l'Etat dont émane la loi successorale applicable. Or, l'article 12 de la Convention ne peut pas à notre avis avoir pour effet de conférer à un Etat tiers où se trouvent des biens successoraux (et ne connaissant pas le système de l'acquisition par droit régalien de l'Etat), la compétence d'appréhender à son profit lesdits biens successoraux, faute de dispositions de droit interne lui conférant expressément cette compétence (et la lui conférant à titre exclusif.)

Sinon d'ailleurs, l'article 12 aurait notamment pour effet, discutable, de modifier le règlement des cas lorsque les biens successoraux se trouvent dans deux Etats pratiquant tous deux le système de l'Etat héritier légal du dernier rang, mais dont seul hérite normalement celui dont la loi successorale est applicable.

Pour tenir compte de ces difficultés, il est suggéré une nouvelle version de l'article 12. Cette version part de la conception suivante:

Si à défaut d'héritiers légaux physiques (et d'héritiers institués) selon la loi applicable à la succession, l'Etat acquiert selon cette loi les biens en vertu de son droit régalien, mais que des biens dépendant de la succession se trouvent dans un autre Etat qui connaît, lui, le système de l'Etat héritier du dernier rang, il y a alors (par adhésion à la théorie en cause) conflit de qualification sur la nature des droits de l'Etat, et ce conflit doit être tranché selon la loi du *situs* des biens (qui est aussi la loi d'exécution sur les biens.) De même, lorsque selon la loi applicable à la succession l'Etat acquiert les biens comme héritier du dernier rang, mais que des biens dépendant de la succession se trouvent dans un Etat qui connaît le système de l'acquisition par droit régalien, il y a alors conflit de qualification sur la nature des droits de l'Etat, et ce conflit doit être tranché par la loi du lieu où les biens sont situés.

Proposition relative à un article 12, nouvelle version

«Si un *de cuius* décède intestat sans laisser de proches au degré successible selon la loi successorale applicable et que sa succession comprend des biens dans un autre pays que celui dont émane cette loi, la situation se présente ainsi quant aux biens dépendant de la succession sis dans cet autre Etat:

a Lorsque l'Etat dont la loi successorale est applicable acquiert la succession en vertu de son droit régalien et que l'autre Etat connaît, lui, le système de l'Etat héritier du dernier rang, la loi successorale de ce dernier Etat s'applique néanmoins aux biens de la succession sis sur son propre territoire, mais seulement quant à la qualité en laquelle l'Etat les acquiert (héritier du dernier rang faute d'autres successibles selon la loi normalement applicable) et c'est à ce dernier Etat que reviennent ces biens.

b Lorsque l'Etat dont la loi successorale est applicable acquiert la succession à titre d'héritier du dernier rang mais que l'autre Etat connaît, lui, le système de l'acquisition par droit régalien, la loi successorale normalement applicable n'a néanmoins pas vocation à s'appliquer aux biens successoraux sis sur le territoire de ce dernier Etat quant à la qualité en laquelle il les acquiert; c'est à lui qu'ils reviennent.

c Lorsque la succession comprend des biens dans un autre Etat que celui dont la loi successorale est applicable, mais que ces deux Etats connaissent tous deux le système de l'Etat héritier du dernier rang, l'Etat dont la loi successorale est applicable hérite également des biens successoraux sis dans l'autre Etat.

d Si au contraire les deux pays connaissent tous deux le système de l'acquisition par droit régalien, chacun de ces deux Etats acquiert les biens dépendant de la succession sis sur son territoire.»

NB: les lettres c et d ne sont là que pour mémoire et pourraient à la rigueur être supprimées. Elles ne font que décrire des situations qui ne donnent pas lieu à conflit de lois et qui se régleraient de la même manière sans lesdites lettres.

Ce texte aurait l'avantage de supprimer conflits de lois positifs et négatifs, et de régler la question sans lacunes. Il paraît équilibré, systématise les solutions et dans l'ensemble ne désavantagerait pas les Etats se rattachant à l'un des systèmes au profit des Etats se rattachant à l'autre système.

Turquie/Turkey

I. In general

Compared with the previous draft on the law applicable to succession the following points can be emphasized:

1 The present draft is more comprehensive than the previous one, since it also takes into consideration succession contracts and the trusts created in a testamentary disposition.

The new draft includes also a provision which provides that in case of absence of a legal heir the State can take possession of the assets of the estate that are situated within its territory.

2 The new draft still keeps the notion of 'habitual residence' as main connecting factor in the determination of the applicable law. However a more effective rôle has been given to the law of nationality of the deceased than in the previous draft.

3 The scope of the law applicable to succession has been defined as it was in the previous draft. On the other hand the scope of the provision on exceptions with regard to certain enterprises has been widened, so that this provision also covers the assets of the other special categories.

4 The main principles like the prohibition of renvoi and the public order have been kept in the new draft as such.

II Evaluation of the provisions of the draft relating to the determination of the law applicable to succession

1 The draft foresees as its main rule that succession shall be 'governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either:

a he was then a national of that State, or

b he had had that habitual residence in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death' (article 3(1)(a-b)).

In other cases where these both alternatives have not been realised, the new draft accepts, in comparison to

the previous one, that the national law of the deceased at the time of his death would also directly apply. This law of the nationality can only be disregarded if the deceased was more closely connected with another State. Thus the law of nationality takes its place in the new draft not only as a presumption but also as an applicable rule.

However, according to article 3 the national law applies only in a very limited manner. In addition to it this presumption can be eliminated easily, if it is proved that the deceased was more closely connected with another State. On this point the joint proposal, supported among others by the Turkish delegation, contained in the annex to Minutes No 40, should be taken into consideration in the next Session. In this document it has been clearly shown with examples that the strict application of the law of the habitual residence would lead to results which would contradict the expectations of real life. It has therefore been suggested that the rigid five years' rule as contained in article 3 be changed to a strong presumption. Thus, if it is clearly proved that the deceased was more closely connected with a State other than the State where he was habitually resident for a period of five years immediately preceding his death, this presumption should be eliminated.

The Turkish delegation reserves therefore its right on this particular subject and suggests the reformulation of the above-mentioned provision along the lines as proposed in the annex to Minutes No 40.

2 Article 4 of the draft Convention enables the testator by means of *professio juris* to choose the law applicable to his succession. Although the notion of *professio juris* is unknown in Turkish law, the Turkish delegation welcomes this provision, because it represents on the one hand an escape clause from the objective connecting factor of the habitual residence and on the other hand it is a useful instrument for the testator. This way he can put all his assets situated in various countries under one single law. But right on the latter point it should be added that the use of this possibility presupposes a high degree of knowledge of the testator.

III Evaluation of the provisions of the draft with respect to the scope of matters to be governed by the applicable law

1 According to the draft Convention the field of the applicable law is a comprehensive one. The determined law applies to all assets of the estate of the deceased wherever those assets are located (article 5(1)). In addition to it the judge at the forum can also apply the law of the forum, irrespective of the applicable law, if he considers it as part of the law of the succession regarding certain matters of succession (article 5(3)).

The subjects relating to the scope of the applicable law, which are enumerated in paragraph 2 of article 5 are being considered in general by all law systems as the law of succession.

Certainly, this kind of wide application of the succession law would cause some problems. Therefore, in order to find a balance article 11 of the draft provides with consideration of economy, family or social policies to apply the *lex situs* to the particular assets of the estate. From this point of view the approach of the draft with respect to the applicable law is a suitable one.

2 During its last session the Special Commission accepted after lengthy deliberations Chapter III of the preliminary draft which deals with *pactes successoraux* and trusts created in a testamentary disposition.

As indicated in the Explanatory Report *pactes successoraux* include the unilateral contract, namely the prom-

ise to leave property to another by way of gift, and the bilateral contract, namely a similar promise to leave property to another, but for reciprocal value.

It is known that laws of some States do not recognize these notions and in some States they are totally prohibited. Since article 20 of the draft gives to these States the right of reservation to exclude the application of this chapter, it would have some effect in getting the participation of these States to the Convention.

According to the draft, if the parties make no choice of law, the governing law of succession under article 3 would also apply to such contracts. In case of *professio juris* the contracting parties can designate the applicable law. This law is not that of, at the date of death but at the date of the contract. It should be pointed out that just on this point some problems could rise. Namely, the chosen law at the time of the contract and that of at the time of death can provide different provisions regarding the validity and contents of such contracts.

Article 10 of the draft establishes a link between the Hague Trust Convention of 1 July 1985 and the present Convention. Those States, which have not ratified the Trust Convention; and whose laws do not recognize the notion of trust, can apply either the law as determined under articles 3 and 4 of the present Convention or the law of the forum under article 5(3). In the latter case the question of qualification could raise some problems.

According to paragraph 2 of article 10 the same rules apply to foundations and corresponding institutions created by a testamentary disposition.

Turkish law does not recognize the notion of trust in the sense of the Trust Convention. However, the provision as contained in article 10 of the present draft represents a suitable solution on this particular point.

IV *The situation of the State in matters of succession*

According to article 12 of the draft, when there is no testamentary beneficiary, and no physical person entitled in intestacy, under the law determined by article 3 or article 4, as the case may be, the State takes as *bona vacantia* all estate assets, which are situated in its country.

It can be said that this provision represents the most significant regulation of the draft Convention, because it solves the problem relating to the position of the State in matters of succession, as to whether the State is being considered as an heir (the *ultimus heres*) or not, in a very clear manner. Furthermore this provision would apply not only with respect to immovables but also to movables.

V *Conclusion*

The preliminary draft attempts to overcome the conceptual differences between the civil law and common law countries in the field of law of succession. Under the consideration of the unity principle one single law governs the succession of both movable and immovable property of the deceased's estate. This is in principle the law of the habitual residence of the deceased. But in some cases it gives its place to the *lex situs*.

Article 3 of the draft represents the core of the draft which provides the habitual residence as connecting factor. If the deceased has left no will and has died intestate, or made no choice of law under article 4, the law of the State in which the deceased had his habitual residence for more than five years immediately prior to his death applies automatically. As mentioned above the strict application of this rule would lead to inappropriate results.

The possibility of choice of law under article 4 is not a

remedy for ordinary people. As it is known most of them die intestate and because of their level of education they are not in a position to make use of this possibility.

It is therefore suggested that in exceptional cases, where the deceased habitually resides for over five years, the law of the State with which he was most closely connected, should also apply, whereas the five years' rule still remains as a strong presumption.

Note du Bureau Permanent

Notice by the Permanent Bureau

Conformément à une pratique qui a pris naissance lors de la Session extraordinaire de 1966, les interventions ont été résumées dans la langue, anglaise ou française, utilisée par les orateurs. De même les Documents de travail sont reproduits dans la langue utilisée par leur auteur, le Bureau Permanent ne disposant pas de service de traductions. Sont toutefois diffusés dans les deux langues les documents émanant des Président et Rapporteur, du Secrétariat et des Comités de rédaction.

In accordance with a practice which began during the Extraordinary Session of 1966, the speakers' remarks have been summarized in the languages which they have employed, respectively English or French. Likewise, Working Documents are reproduced only in the languages employed by their authors, since the Permanent Bureau has no translation service. However, documents emanating from the Chairman, the Reporter, the Secretariat or the Drafting Committees have been distributed in both languages.

Membres de la Deuxième commission

Members of the Second Commission

PRÉSIDENT – CHAIRMAN

M. A. E. von Overbeck, professeur à la Faculté de droit de Fribourg; directeur de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, Suisse

VICE-PRÉSIDENT – VICE-CHAIRMAN

Mr A. Boggiano, formerly Judge of the Court of Appeals; Professor of private international law, University of Buenos Aires, Argentina

RAPPORTEUR – REPORTER

Mr D. W. M. Waters, Professor, University of Victoria, British Columbia, Canada

DÉLÉGUÉS – DELEGATES

République fédérale d'Allemagne/ Federal Republic of Germany

M. K. J. Pirrung, Ministerialrat, Ministère fédéral de la Justice, Bonn

Argentine/Argentina

Mr P. R. Keegan, Second Secretary, Embassy of Argentina, The Hague

Australie/Australia

Mr D. C. Edwards, First Assistant Secretary, Business Affairs Division, Attorney-General's Department, Canberra

Mr H. K. Roberts, Crown Solicitor for New South Wales, Sydney

Autriche/Austria

Mr A. Duchek, Advocate General, Federal Ministry of Justice, Vienna; Lecturer on private international law at the Vienna Economic University

Belgique/Belgium

M. J. Schokkaert, directeur d'administration à la Direction générale de la Chancellerie et du Contentieux, Ministère de Affaires Etrangères, Bruxelles

M. A. H. Pipers, secrétaire d'administration, juriste au Ministère de la Justice, Bruxelles

Canada

Mme C. Verdon, avocat général, droit constitutionnel et international, Ministère de la Justice, Ottawa

M. J. A. Talpis, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Québec

M. A. Cossette, notaire; coordonnateur des travaux de droit civil au Ministère de la Justice du Québec

Mr J. D. Gregory, Acting Deputy Director, Policy Development Division, Ministry of the Attorney-General, Ontario

Mme C. Bernier, conseiller juridique, Ministère de la Justice, Ottawa

Chili/Chile

M. L. Montt Dubournais, professeur, Faculté de droit, Université du Chili, Santiago

Chine/China

Mr Wang Houli, Director, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing

Mr Liao Jincheng, First Secretary, Embassy of the People's Republic of China, The Hague

Mrs Zhang Honghong, Chief of Division, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing

Mr Duan Jielong, Legal Adviser, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing

Chypre/Cyprus

Mr A. Loizou, President of the Supreme Court of Cyprus, Nicosia

Danemark/Denmark

Mr A. Philip, Professor Dr. Jur., Member of the Danish Bar, Copenhagen

Espagne/Spain

M. J. D. González Campos, professeur de droit international privé à l'Université autonome de Madrid

Mme A. Borrás Rodríguez, professeur de droit international privé, Université de Barcelone

M. C. Lasarte, professeur de droit civil, Université de Séville

Etats-Unis d'Amérique/United States of America

Mr P. H. Pfund, Assistant Legal Adviser for Private International Law, Department of State, Washington D.C.

Mr E. F. Scoles, Professor of law, University of Illinois

Finlande/Finland

Mr M. Savolainen, Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Helsinki

France

M. P. Lagarde, professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

M. D. Hascher, magistrat à l'Administration centrale du Ministère de la Justice, Paris

Mme M. Revillard, expert notarial, Centre de recherches, d'information et de documentation notariales de Lyon

Grèce/Greece

M. J. Voulgaris, professeur de droit international privé; directeur du Département d'Etudes internationales de l'Université «Démokritos» de Thrace; président du Comité hellénique de droit international privé

M. S. Vrellis, professeur à la Faculté de droit d'Athènes

Hongrie/Hungary

Mr T. Bán, Director, International Law Division, Ministry of Justice, Budapest

Mr F. Mádl, Professor of Law, School of Law, University of Budapest; Director of the Civil Law Institute

Irlande/Ireland

The Honorable Mr Justice *R. Keane*, President of the Law Reform Commission of Ireland, Dublin

Israël/Israel

Mr *C. I. Goldwater*, Director of Legal Advice in Private Law, Ministry of Justice, Jerusalem

Italie/Italy

Mr *P. Picone*, professeur de droit international à l'Université de Naples

Japon/Japan

Mr *S. Ikehara*, Professor Emeritus of the University of Tokyo, Professor of Sophia University
 Mr *S. Yoshikai*, Director, Nationality Division, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
 Mr *M. Hara*, Staff Attorney, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
 Mr *Y. Kikuchi*, First Secretary, Embassy of Japan, The Hague

Luxembourg

Mr *H. Delvaux*, procureur général d'Etat honoraire, Luxembourg

Mexique/Mexico

Mr *J. L. Siqueiros*, Legal Adviser to the Mexican Foreign Office, Mexico

Norvège/Norway

Mr *S. Rognlien*, Director General, Ministry of Justice, Oslo

Pays-Bas/Netherlands

Mr *J. C. Schultsz*, avocat, professeur à l'Université d'Amsterdam; président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé
 Mr *A. V. M. Struycken*, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue
 Mr *J. van Rijn van Alkemade*, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye
 Mr *W. Westbroek*, Notary (retired)
 Mme *D. van Ieterson*, administrateur, Ministère de la Justice, La Haye

Pologne/Poland

Mr *J. Chromicki*, Director of the Department for Legal Affairs, Ministry of Justice, Warsaw
 Mr *A. Dietkow*, Senior Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Warsaw

Portugal

Mme *I. M. de Magalhães Collaço*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lisbonne
 Mr *V. Bramão Ramos*, Service juridique, Ministère des Affaires Etrangères, Lisbonne
 Mr *R. M. Moura Ramos*, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Coimbra

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

Mr *D. J. Hayton*, MA, LLB, LL.D, Barrister, Professor of Law; Dean of Faculty of Laws, King's College, London University
 Mr *C. D. Robertson*, LLB, Solicitor, Scottish Courts Administration, Edinburgh

Suède/Sweden

Mr *S. Blomstrand*, Legal Adviser, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland

Mr *P. H. Lescaze*, adjoint scientifique à l'Office fédéral de la Justice, Berne

Tchécoslovaquie/Czechoslovakia

Mr *J. Růžička*, Director of the Legal Department of the Federal Ministry of Foreign Trade, Prague
 Mr *J. Srb*, Attaché, Legal Department, Federal Ministry of Foreign Affairs, Prague
 Mr *P. Baňas*, Assistant, Ministry of Justice of the Slovak Socialist Republic (Legislation Department), Bratislava

Venezuela

Mr *G. Parra-Aranguren*, Professor of private international law at the Universidad Central de Venezuela and at the Catholic University Andres Bello, Caracas

OBSERVATEURS - OBSERVERS

OBSERVATEURS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES - OBSERVERS FOR INTER-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS

Institut international pour l'unification du droit privé/International Institute for the Unification of Private Law

Mr *M. Evans*, Secretary General
 Mr *F. Pocar*, professeur de droit international et de droit international privé; directeur de l'Université de Milan

Commonwealth Secretariat

Mr *J. D. McClean*, Professor of Law, University of Sheffield; Consultant on Private International Law to the Commonwealth Secretariat

Organisation des Etats américains/Organization of American States

Mrs *G. Alemán*, Staff Attorney, Legal Secretariat, Washington D.C.

Conseil de l'Europe/Council of Europe

Mr *F. W. Hondius*, directeur adjoint des Affaires juridiques, Strasbourg

OBSERVATEURS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES - OBSERVERS FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS

Union internationale du Notariat latin/International Union of Latin Notaries

Mr *V. L. Simó Santonja*, notaire, ex-professeur à l'Université de Valencia
 Mme *A. H. M. de Jong*, notaire à Haarlem

International Bar Association

Ms *G. M. Beckman*, Professor, Georgia State University, Atlanta

Association internationale des jeunes avocats

Mr *E. Th. Groenewald*, président sortant de l'AIJA, avocat, Amsterdam
 Mme *N. B. Helfenberger*, avocat, Paris

M. P. *Xavier-Bender*, secrétaire général de l'AIJA,
avocat, Paris

Inter-American Bar Association

M. L. D. *de Castello Cruz*, membre du Barreau de Rio
de Janeiro; consul général du Brésil à Rotterdam

SECRETARIAT – SECRETARIAT

Secrétaire général/Secretary General

M. G. A. L. *Droz*

Secrétaire général adjoint/Deputy Secretary General

M. M. L. *Pelichet*

**Premiers secrétaires au Bureau Permanent de la
Conférence/First Secretaries at the Permanent Bureau
of the Conference**

Mr C. A. *Dyer*

M. J. H. A. *van Loon*

Secrétaires rédacteurs/Recording Secretaries

Miss W. A. *Allwood*, Ph. D. student, Cambridge

M. P. *Blaquier-Cirelli*, avocat à la Cour, Paris

Mlle M.-C. *de Lambertye*, assistante à l'Université de
Paris II

Mr K. *Morrison*, student of English and French law at
King's College, London, and Université de Paris I
Panthéon-Sorbonne

Miss S. E. *Roberts*, Lecturer in Law, University of
Bristol

M. P. *de Vareilles-Sommières*, assistant à l'Université
de Paris I Panthéon-Sorbonne

Miss K. S. *Williams*, Lecturer in Law, University of
Liverpool

Documents de travail
de la Deuxième Commission

Working Documents
of the Second Commission

Distribués le mardi 4 octobre 1988

Distributed on Tuesday 4 October 1988

No 1 – Proposal of the delegations of Australia, Canada, Finland, the United Kingdom and the United States

Proposed amendment of article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a he was then a national of that State, or

b he had had that habitual residence in that State for a period of not less than 5 years immediately preceding his death, *unless at his death he was manifestly more closely connected with some other State, in which case the law of that State shall apply* [OR unless at his death he was manifestly more closely connected with the State of his nationality, in which case the law of that State shall apply].

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of that other State shall apply [OR unless at that time the deceased was manifestly more closely connected with the State in which he had his habitual residence, in which case the law of that State shall apply].

Note:

It is proposed that just as the current article 3, paragraph 2, has an 'escape hatch' for special cases, where rigid application of the general rule would lead to harsh and arbitrary results defeating the reasonable expectations of the deceased and his family, so should paragraph 1b have a corresponding 'escape hatch'. Indeed, there is more need for paragraph 1b to provide an 'escape hatch' to avoid injustice, since the link of the 5 years' habitual residence will often be weaker and more tenuous than the link of nationality in paragraph 2.

Like the majority of the Special Commission who endorsed paragraph 2 in its current terms, we do not think that the simple 'fall-back' to the law of the State of closest connection will, in practice, create unsatisfactory uncertainty. However, if the majority view is beginning to change (which we doubt) then the 'fall-back' could be restricted to the State of nationality in paragraph 1b, where the deceased was manifestly more closely connected with that State, and, correspondingly, to the State of habitual residence in paragraph 2, where the deceased was manifestly more closely connected with that State, as indicated in the clauses in parentheses. This would still leave some cases of injustice.

No 2 – Proposal of the delegation of Sweden

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a he was then a national of that State, or

b he had had that habitual residence in that State for a period of not less than two years immediately preceding his death.

2 In other cases succession is governed by the law of the State in which the deceased had his last former habitual residence, if this is demanded by an heir or a legatee. If such a demand is not made, succession is governed in such cases by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident.

3 Such a demand which is mentioned in paragraph 2 must be made within six months from the death of the deceased.

Second alternative

1 (as above)

2 In other cases succession is governed by the law of the State with which the deceased at the time of his death was most closely connected.

Article 4

1 A person may designate the law of the State of which he at the time of such a designation was a national or where he at that time had his habitual residence to govern his succession. The designation shall not be effective, if the deceased at the time of his death was not a national of that State and had had his habitual residence outside that State during the last ten years.

2 The designation shall be made in a testamentary disposition.

3 (unchanged)

No 3 – Proposal of the delegation of the Netherlands

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a he was then a national of that State, or

b he had had that habitual residence in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death, unless exceptionally he was at the time of his death manifestly more closely connected with the State of his nationality, in which case the law of the latter State shall apply.

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless exceptionally at that time the deceased was manifestly more closely connected with the State of his habitual residence, in which case the law of the latter State shall apply.

Article 4, paragraph 1

1 a A person may designate the law of a particular State to govern his succession. The designation shall be effective only if at the time of the designation or at the time of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

b A person may also designate with respect to all or some of the immovables, the law of the place where these immovables are situated.

No 4 – Proposal of the delegation of Norway

Article 4, paragraph 2

Article 4, paragraph 2, shall read:

2 This designation shall be clearly *indicated* in a statement made ...

No 5 – Proposal of the delegation of the United States

It is proposed that article 4 be amended (as in italics) to read as follows:

Article 4

1 a A person may designate the law of a particular State to govern *all or part of* his succession. The designation shall be effective only if at the time of his death, *or at the time the instrument designating that law was executed*, such person was a national of that State or had his habitual residence there.

1 b *In addition, a person may also designate the law of its situs to govern the succession of particular residential immovable property.*

2 This designation shall be clearly expressed in a statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition.

3 The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of a testamentary disposition.

No 6 – Proposal of the delegation of the United States

It is proposed that article 5 be amended (as in italics) to read as follows:

Article 5

1 *In the absence of contrary designation under Article 4, the law determined under Articles 3 and 4 applies to all assets of the estate of the deceased wherever those assets are located.*

No 7 – Proposition de la délégation de la France

Article 2

La présente Convention est applicable même si la loi qu'elle désigne est celle d'un Etat non contractant.

Article 3 bis

Si la loi applicable en vertu de l'article précédent est celle d'un Etat non contractant et que la règle de conflit de cet Etat désigne, pour tout ou partie de la succession, la loi d'un autre Etat non contractant qui accepte sa compétence, la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 13

Au sens de la présente Convention et sous réserve de l'article 3 bis, le terme «loi» désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

No 8 – Proposal of the delegation of the Federal Republic of Germany

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a he was then a national of that State, or

b he had had that *residence* for a period of not less than five years immediately preceding his death.

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national (, unless at that time the deceased was *manifestly* more closely connected with the State in which he had his habitual residence, in which case the law of that State shall apply).

No 9 – Proposal of the delegation of Finland

It is proposed that article 4, paragraph 2, shall read as follows:

2 This designation shall comply with the formal requirements of a testamentary disposition.

No 10 – Proposition de la délégation de l'Italie

Article 2

La présente Convention est applicable même si la loi qu'elle désigne est celle d'un Etat non contractant.

No 11 – Proposal of the delegation of the United States

It is proposed that articles 6 and 7 be amended (as in italics) to read as follows:

Article 6

1 a Where an agreement concluded between two persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of one of those persons in all or part of the future estate of the other, the agreement is governed, as concerns its material validity, its revocability and its effects as between the parties by the law which *is applicable* under Article 3 *or* would have been applicable to the succession to the estate of that other person if that person had died on the date of the agreement.

b The same rule applies where the person whose future estate is in question had concluded the agreement with more than one person, and the rights to succeed of any one or more of these persons are affected thereby.

2 The parties may, however, agree by express stipulation to subject the agreement, so far as its material validity, revocability and effects are concerned, to the law of the State in which the party whose future estate is in question *is a national or* has his habitual residence *either* at the time of the conclusion of the agreement *or at the time of his death.*

Article 7

1 a Where an agreement concluded between two or more persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of any one or more of those persons in all or part of the future estate of more than one of those persons, the agreement is valid only if its material validity is accepted by all of the laws which under Article 3 *is applicable or* would have governed the succession of each of the persons whose estates are involved if they had died on the date of the agreement.

b The agreement is revocable only if its revocability is *valid* by the laws *applicable under* the preceding paragraph. As between the parties the effects of the agreement are only those which are *valid* by those laws.

2 The parties may however agree, by express stipulation, to subject their agreement to the law of a State in which any one of the persons whose future estates are in question *is a national or* has his habitual residence at the time of the conclusion of the agreement, or *at the time of his death*.

No 12 – Proposal of the delegation of the United States

It is proposed that article 13 be deleted.

No 13 – Proposal of the delegation of the United States

It is proposed that article 11 be amended (as in italics) to read as follows:

Article 11

The law applicable under this Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises, immovables or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of *the particular use, occupancy or development of the asset* considerations.

No 14 – Proposition de la délégation de la France

Article 8, paragraphe 2: supprimer les mots «non partie à l'accord» et lire ainsi le paragraphe 2:

Toutefois, l'application de la loi désignée aux articles 6 et 7 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne qui, en vertu des articles 3 ou 4, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

No 15 – Proposal of the delegation of Argentina

Article 3

1 *b* He had had that habitual residence in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death, unless exceptionally he was at the time of his death manifestly more closely connected with the State of his nationality, or of his immediately preceding habitual residence in which case the law of the particular one of those two States with which he was more closely connected shall apply.

No 16 – Proposal of the delegation of Mexico

It is proposed that article 11 be amended (only as shown in italics), to read as follows:

Article 11

The law applicable under this Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises, immovables or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family, social *or national security* considerations.

No 17 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 7

The Danish Government proposes to replace paragraph 1 a by the following:

1 *a* Where an agreement concluded between two or more persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of any one or more of those persons in all or part of the future estates of more than one of those persons, the agreement is valid if its material validity is accepted by *any one* of the laws which under Article 3 would have governed the succession of *any one* of the persons whose estates are involved if they had died on the date of the agreement.

Documents de travail Nos 18 à 35

Working Documents Nos 18 to 35

Distribués le mercredi 5 octobre 1988

Distributed on Wednesday 5 October 1988

No 18 – Proposal of the delegation of the Federal Republic of Germany

Article 4

1 A person may designate the law of a particular State to govern his succession. The designation shall be effective only if at the time of *the designation (and/or of his death)* such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation shall be *in an express* statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition.

3 (unchanged)

No 19 – Proposal of the delegation of the Federal Republic of Germany

Article 6

1 *a* Where an agreement concluded between two persons confers upon, withdraws, or modifies rights to succeed of one of those persons in all or part of the future estate of the other, the agreement is governed, as concerns its material validity *and its revocability* by the law which, under Article 3, would have been applicable to the succession to the estate of that other person if that person had died on the date of the agreement.

Article 7

1 *b* The agreement is revocable if its revocability is accepted by *one of the* laws mentioned in the preceding paragraphs. ...

Article 8 a

Articles 7 and 8 shall apply, mutatis mutandis, to the material validity and revocability of joint and mutual wills (testaments conjonctifs).

No 20 – Proposition de la délégation de la France

(Réserve sur la clause d'exception concernant l'article 3, paragraphe 1 b du projet)

Article 3, paragraphe 1 bis

Par dérogation au paragraphe 1, b du présent article, la loi applicable à la succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait eu, au moment de son décès, sa résidence habituelle depuis au moins cinq ans, si cet Etat a fait la réserve prévue à l'article 20, paragraphe 2.

Article 13 bis

Si la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait eu, au moment de son décès, sa résidence habituelle depuis au moins cinq ans est celle d'un Etat qui n'a pas fait la réserve prévue à l'article 20, paragraphe 2, et que cet Etat rende applicable, du fait de l'article 3, paragraphe 1, b, la loi d'un autre Etat qui n'a pas non plus fait cette réserve, la loi de cet autre Etat est applicable, même dans les Etats ayant fait ladite réserve.

Article 20, paragraphe 2

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra se réserver le droit d'exclure l'application de l'article 3, paragraphe 1, b.

No 21 – Proposition de la délégation de la Belgique

Article 3

3 Si la loi applicable à la succession n'a pu être déterminée en application des paragraphes 1 et 2, la succession est régie par la loi de l'Etat avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits au moment de son décès.

No 22 – Proposition de la délégation de la Belgique

Amender l'article 4.1 de la manière suivante:

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession. La désignation n'a cependant d'effet que si cette personne possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle soit au moment de la désignation de la loi, soit au moment de son décès.

Commentaire:

Le but de cet amendement est simplement de faciliter la tâche des praticiens en augmentant considérablement la prévisibilité de la loi applicable à la succession.

No 23 – Proposition de la délégation de la Belgique

Insérer les mots suivants à l'article 4.2, in fine:

au sens de la loi du for.

Commentaire:

Cette précision est destinée à prévenir les problèmes d'interprétation.

No 24 – Proposal of the delegation of the Netherlands

The Netherlands delegation proposes:

a that the third paragraph of article 5 be deleted;

b that the opening sentence of article 5 should be amended to read as follows:

The law applicable under this Convention shall determine, in particular ...

Note

Cf. Article 8 of the Convention on the Law Applicable to Products Liability;

Article 8 of the Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents.

No 25 – Proposal of the delegation of Spain

It is proposed that article 5, paragraph 3, be deleted.

No 26 – Proposition de la délégation de l'Italie

Supprimer le mot «manifestly» (manifestement) dans l'article 3, par. 1, lettre b.

No 27 – Proposition des délégations de la France et des Pays-Bas

Article 4, paragraphe 1 b

Une personne peut aussi désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi de l'Etat où ces immeubles sont situés si, au moment de la désignation cet Etat est un Etat non partie à la présente Convention.

No 28 – Proposition de la délégation de l'Italie

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment de son décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle. Une référence faite en général à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle vaut comme référence à la loi en vigueur au moment de la désignation.

2 La désignation de la loi applicable doit être clairement exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition testamentaire. [Elle est soumise, quant à sa validité, en ce qui concerne la forme à la loi régissant la forme des dispositions testamentaires, et en ce qui concerne des vices éventuels de la volonté, à la même loi choisie.]

3 La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition testamentaire. Les cas de révocation *ex lege* sont réglés par la loi choisie.

Proposition alternative pour le paragraphe 1

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession, à condition que:

a cette loi corresponde à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle au moment du choix;

b ou que cette loi corresponde à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle au moment du décès.

Dans le paragraphe a, le choix produit toutefois ses effets dans le seul cas où le défunt a possédé la nationalité ou la résidence habituelle dans l'Etat de la loi choisie pour une période donnée dans les dix ans avant son décès.

No 29 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

New article 4, paragraph 4

Issues concerning the existence and validity of the choice of the applicable law are determined, where the choice satisfies the requirements of Article 4, by the law chosen.

If under that law the choice is invalid the law governing succession is determined under Article 3.

(Cf. Article 9, Hague International Sales Convention.)

**No 30 – Proposition de la délégation du Canada
– Proposal of the delegation of Canada**

Article 5.2 f

La prise en compte dans le calcul des parts héréditaires:

- i)* des prélèvements ou avances exceptionnels à titre d'aliments, à même les biens de la succession, attribués à une personne désignée à l'article 5.2 a, et
- ii)* des droits acquis par une personne désignée à l'article 5.2 a par application de l'article 11.

Article 5(2)(f)

The taking into account, in the determination of the shares of heirs, legatees and devisees, of:

- i)* emergency payments or advances of an alimentary nature out of the assets of the estate in favour of a person designated in Article 5(2)(a), and
- ii)* any rights acquired by a person designated in Article 5(2)(a) by virtue of the application of Article 11.

**No 31 – Proposition de la délégation du Canada
– Proposal of the delegation of Canada**

(Ce document est remplacé par le Document de travail No 34 – This document was replaced by Working Document No 34)

No 32 – Proposition de la délégation de l'Italie

(Variante proposée au Document de travail No 27)

Article 4.1 b

Une personne peut aussi désigner, en ce qui concerne des immeubles, la loi de l'Etat où ces immeubles sont situés mais cette désignation ne prend effet que si, au moment du décès, cet Etat est un Etat non contractant, et que ladite loi veut s'appliquer à la succession immobilière en cause d'après les règles de conflit de cet Etat en question.

No 33 – Proposition de la délégation de la France

Article 4, paragraphes 2 et 3

Remplacer les mots: «disposition testamentaire» par: «disposition à cause de mort».

**No 34 – Proposition de la délégation du Canada
– Proposal of the delegation of Canada**

*(Ce document remplace le Document de travail No 31)
(This document replaces Working Document No 31)*

Article X

Dans l'application de la présente Convention on tiendra

compte de la nécessité de coordonner la liquidation du régime matrimonial et de la succession [ainsi que les effets d'un trust constitué par le défunt, et les effets d'autres lois attribuant des droits sur les biens du défunt] afin d'éviter des injustices graves.

Article X

In applying this Convention, account shall be taken of the need to co-ordinate the distribution of assets under the law governing matrimonial property as well as the law governing the succession [as well as the effects of any trust established by the deceased and the effects of other laws creating rights in the property of the deceased] in order to avoid serious injustice.

No 35 – Proposition de la délégation de la Belgique

Insérer la disposition suivante:

Article 11 bis

Lorsque la personne désignée comme bénéficiaire de la succession en vertu des articles 3 ou 4 n'a pas manifesté l'intention de recueillir la succession, cette personne ne peut être tenue sur son propre patrimoine au paiement des dettes de la succession.

Documents de travail Nos 36 à 46

Working Documents Nos 36 to 46

Distribués le jeudi 6 octobre 1988

Distributed on Thursday 6 October 1988

**No 36 – Proposal of the delegation of the United Kingdom
– Proposition de la délégation du Royaume-Uni**

Article 5 bis

The validity of the designation of the applicable law under Article 4 shall not be prejudiced by:

- a* the application of Article 5, paragraph 3;
- b* the designation of the law applicable under Article 11 to govern particular assets falling thereunder;
- c* the designation of the law of a non-Contracting State to govern immovables situated there if such law must, in any event, govern succession to such immovables.

Article 4, paragraph 4

A designation shall be construed as governing succession to the whole estate of the deceased whether he dies testate or partially or wholly intestate, unless he ex-

pressly intended his designation to apply only to part of his estate, in which case such designation [shall be void subject to Article 5 bis].

OR

[shall be effective *pro tanto* for assets located in the State whose law had been designated, and the remainder of his estate shall be governed by any designated law or laws of any other State whose law might validly be designated under paragraph 1, so far as the assets in question are located in the particular State or States in question, but if there is no other designated law then the remainder of his estate shall be governed by the law applicable under Article 3].

Note

Instead of the latter alternative it would be simpler to add to the end of article 4, paragraph 1:

'and shall be effective only if it is a designation of one law, subject to Article 5 bis. However, a person may designate the law of his habitual residence at the time of his designation to govern assets located in the State of such residence and the law of his nationality at that time to govern assets located in the State of such nationality.'

Article 5 bis

La validité de la désignation de la loi applicable en vertu de l'article 4 n'est pas compromise par:

- a. l'application de l'article 5, paragraphe 3;
- b. la désignation de la loi applicable en vertu de l'article 11 pour régir les biens qui tombent sous le coup de cet article;
- c. la désignation de la loi d'un Etat non contractant pour régir la loi applicable aux immeubles qui y sont situés si telle loi régir, de toute façon, la succession relative à de tels immeubles.

Article 4, paragraphe 4

Une désignation sera interprétée comme régissant toute la succession du défunt qu'il meure totalement ou partiellement intestat, à moins qu'il n'ait eu expressément l'intention que sa désignation s'applique seulement à une partie de la succession, auquel cas cette désignation [sera nulle, sujette aux termes de l'article 5 bis]

OU

[sera effective *pro tanto* pour les biens situés dans l'Etat dont la loi a été désignée et le reste de la succession sera régi par toute loi désignée ou toutes lois de tout autre Etat dont la loi pourrait être valablement désignée en vertu du paragraphe 1 dans la mesure où les biens en question sont situés dans l'Etat ou les Etats particuliers concernés, mais s'il n'y a pas une autre loi désignée le reste de la succession sera régi par la loi applicable en vertu de l'article 3].

Note

Au lieu d'insérer la deuxième option il serait plus simple d'ajouter à la fin de l'article 4, paragraphe 1:

«telle désignation est effective seulement si elle désigne une loi (sans porter atteinte à l'article 5 bis). Cependant une personne peut désigner la loi de sa résidence habituelle au moment de la désignation pour régir sa propriété située dans l'Etat de sa résidence et l'Etat de sa nationalité au même moment pour régir sa propriété située dans l'Etat de telle nationalité.»

No 37 – Proposal of the delegation of Australia

(This proposal was replaced by the proposal contained in Working Document No 60)

No 38 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 5, paragraph 3

3 Paragraph 2 does not preclude a State from providing for the application of the law applicable under Articles 3 and 4 to other matters which are considered by the law of the forum to be part of the law of succession.

OR

delete paragraph 3.

No 39 – Proposition de la délégation de la France

Article 4, paragraphe 1

Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession. La désignation prend effet seulement si:

- 1 au moment de la désignation, cette personne possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle depuis au moins cinq ans; ou si
- 2 au moment du décès, cette personne possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.

No 40 – Proposal of the delegations of Denmark, the United Kingdom and the United States

Add to article 4, paragraph 1:

and shall be effective only if the designation is of one law.

However, where a person has designated one law to govern succession to his estate he may designate the law of the State where a particular immovable is located to govern succession to such immovable but any such latter designation shall not oust the application of the former dominant law to the question of the rights of heirs to forced indefeasible shares or other testamentary provision.

If there is any doubt as to which law is the dominant law the issue shall be resolved in favour of the law with which the deceased had the closest connection at the date of his death.

No 41 – Proposal of the delegations of Denmark and the United States

Add to article 4, paragraph 1:

... and shall be effective only if the designation is of one law.

However, a person may designate the law of his habitual residence at the time of his designation to govern assets located in the State of such residence and the law of his nationality at that time to govern assets located in the State of such nationality, but any such latter designation shall not oust the application of the former dominant law to the question of the rights of heirs to forced indefeasible shares or other mandatory provision in their favour.

If there is any doubt as to which law is the dominant law the issue shall be resolved in favour of the law with which the deceased had the closest connection at the date of his death.

Note

The proposal combines Work. Doc. No 36, last paragraph, and the proviso in Work. Doc. No 40.

No 42 – Proposal of the delegation of the United Kingdom – Proposition de la délégation du Royaume-Uni

Article 4(1)

The designation shall be effective only if ... and only if it is a designation of one law.

Having made such a choice, a person may designate the law of his habitual residence at the time of his designation to govern assets located in the State of such residence and the law of his nationality at the time to govern assets located in the State of such nationality.

Article 4.1

Cette désignation est effective seulement si ... et si elle désigne une loi.

Ayant fait une telle désignation une personne peut désigner la loi de la résidence habituelle au moment de la désignation pour régir sa propriété située dans l'Etat de sa résidence et la loi de l'Etat de sa nationalité au même moment pour régir sa propriété située dans l'Etat de telle nationalité.

No 43 – Proposal of the delegations of Denmark, the United Kingdom and the United States

Add to article 4, paragraph 1:

... and shall be effective only if the designation is the law of one State.

However, whether or not such a choice has been made, a person may designate the law of such habitual residence to govern assets located in the State of such residence and the law of such nationality to govern assets located in the State of such nationality, [but such a limited designation shall not prejudice the application of the law otherwise applicable under this Convention to the question of the rights of heirs to forced indefeasible shares or other mandatory provision in their favour.]

If at the time of death more than two laws would be applicable by virtue of Article 3 and/or one or more choices of law made by the deceased then only the references to the national law and the habitual residence at death shall be effective.

Note

The proposal combines Working Documents Nos 41 and 42.

No 44 – Proposal of the delegation of Australia

Article 4

1 ... and only if it is a designation of one law.

2 Having made such a choice, he may additionally designate the law of a State where specified assets [immovables], or specified classes of assets [immovables], are situated to govern succession to those assets [immovables] or those classes of assets [immovables], provided that the law is, at [the time of designation or] the time of death, the law of his nationality or habitual residence.

However, any such additional designation shall not oust the application of the generally chosen law to the question of the rights of heirs or close family members to forced indefeasible shares or other mandatory provisions (including family provision ordered by a competent court or authority) in their favour.

No 45 – Proposal of the delegation of China

It is proposed that article 5, paragraph 2, shall read as follows:

Article 5

2 (draft text unchanged)

f the interpretation of testamentary dispositions.

Note

The Chinese delegation considers that the designation by the deceased of the law to govern his succession should be taken to indicate his intention that, for a disposition to be effective, it must conform to the requirements of, and be governed by, the chosen law. Moreover, when the chosen law differs from the lex fori, it is only an evaluation of the content of a testamentary disposition in accordance with the chosen law that can properly ensure the fulfilment of the intentions of the deceased as to the disposition of his estate, and thus the full exercise of his right to dispose of that estate in conformity with the chosen law.

No 46 – Proposition de la délégation de l'Italie

Article 6

Ajouter le paragraphe suivant:

3 Un accord qui n'a pas été révoqué selon la loi indiquée aux deux paragraphes précédents est toutefois valable et produit ses effets, si cela est admis par la loi applicable, en vertu de l'article 3, à la succession de la personne concernée.

Documents de travail Nos 47 à 55

Working Documents Nos 47 to 55

Distribués le vendredi 7 octobre 1988

Distributed on Friday 7 October 1988

No 47 – Proposition des délégations du Canada, des Etats-Unis, de l'Italie, du Royaume-Uni et du Venezuela – Proposal of the delegations of Canada, Italy, the United Kingdom, the United States and Venezuela

Article 4, al. 2

En plus du droit de désignation en vertu de l'alinéa 1, une personne peut choisir la loi d'un ou des Etats pour régir une partie de sa succession située dans ces Etats. Mais une telle désignation ne portera pas atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'alinéa 1 de cet article.

Article 4, paragraph 2

In addition to the right to designate under paragraph 1, a person may choose the law of one or more States to govern parts of his estate situated in such States. But such choice or choices shall be without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable to the estate according to Article 3 or paragraph 1 of this Article.

No 48 – Proposition des délégations de la Belgique et du Canada – Proposal of the delegations of Belgium and Canada

Le point (ii) de la proposition au Document de travail No 30 de la délégation du Canada est retiré et remplacé par la proposition suivante:

Article Y

L'héritier qui, par application des articles 4, alinéa 2 ou 11, n'a pas reçu la totalité de la part à laquelle il avait droit en vertu des articles 3 ou 4, alinéa 1, doit recevoir de la succession ou de la personne qui a bénéficié de l'application des articles 4, alinéa 2 ou 11 une indemnité compensatoire en nature ou par équivalent.

Note: La seconde phrase du Document de travail No 47 [et la seconde phrase du paragraphe 4.2 du Document de travail No 44] seraient supprimées.

Item (ii) of the proposal in Working Document No 30 of the delegation of Canada is withdrawn and is replaced by the following proposal:

Article Y

The heir who, because of the application of Article 4(2) or Article 11 has not received the whole of the share to which he was entitled under Article 3 or Article 4(1), shall receive compensation, in kind or otherwise, from the estate or from the person who has benefitted from the application of Article 4(2) or Article 11.

Note: The second sentence of Working Document No 47 [and the second sentence of article 4(2) in Working Document No 44] would be dropped.

No 49 – Proposition de la délégation de la Belgique

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Dans certains Etats, notamment en Belgique, les pactes successoraux et les testaments conjonctifs sont, en principe, interdits. Il est, par conséquent, très difficile d'accepter les dispositions du chapitre III de l'avant-projet de Convention.

Il paraît cependant excessif de considérer comme nul le pacte successoral ou le testament conjonctif qui porterait, entre autres, sur une succession qui est directement concernée par l'interdiction précitée.

D'autre part, les institutions contractuelles entre époux établies par contrat de mariage semblent comprises dans le champ d'application du chapitre III. La logique et la facilité d'application par les praticiens du droit rendent toutefois préférable qu'elles soient régies par la même loi que le régime matrimonial auquel elles sont étroitement liées.

Aussi, la délégation belge propose-t-elle les dispositions suivantes comme base de discussion:

Article 8

1 Les articles 6 et 7 ne sont pas applicables à la succes-

sion qui ne pourrait être soumise aux types d'accords qu'ils visent, en vertu soit d'une disposition expresse de la loi désignée par application des articles 3 et 4, soit d'une disposition expresse de la loi régissant les conditions de forme des dispositions relatives à cette succession.

2 Lorsque l'accord visé aux articles 6 et 7 est inséré dans un contrat de mariage, il est régi par la loi à laquelle est soumis le régime matrimonial des époux.

3 Dans les autres cas, la validité de l'accord successoral ne peut être contestée. L'application de la loi désignée aux articles 6 et 7 ne porte toutefois pas atteinte aux droits de tout tiers par rapport à l'accord qui dispose, en vertu des articles 3 ou 4, d'un droit à la réserve ou d'un autre droit dont il ne peut être privé par la personne dont la succession est concernée.

No 50 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 5, paragraph 2 bis

This law does not govern the legal meaning of the language used by the maker of a testamentary disposition.

[Alternatively one could add as article 1, paragraph 2: d the legal meaning of the language used by the maker of a testamentary disposition.]

Example of 'to A and his children'

State X construes this so A takes absolutely, because the words are technical 'words of limitation'.

State Y construes this so A and his three lawful children take a quarter share each, because the legal presumption of legitimacy applies unless the contrary is expressed in the will.

State Z construes this so A and the above three children and his two illegitimate children take a one-sixth share each, because the legal presumption of including illegitimate children applies unless the contrary is expressed.

If a testator, T, in making his will intended State X law to govern the meaning of his language A's rights should not be affected if T dies when State Y or State Z law governs succession.

Possible positive rule in Article Z

The legal meaning of the language used by the maker of a testamentary disposition shall be governed by the law intended by him at the time of his disposition, but the application of that meaning to the factual circumstances prevailing at his death shall be governed by the law governing succession to his estate.

No 51 – Proposal of the delegation of Finland

Add to article 1, paragraph 2, the following:

d the interpretation or construction of wills and to the revocation of wills by operation of law (ex lege).

No 52 – Proposition des délégations de l'Argentine, de l'Italie et du Portugal

Article 5

Ajouter au paragraphe 2 l'alinéa suivant:

f l'interprétation d'un testament, à moins que le testateur ne se soit référé à une autre loi.

No 53 – Proposition de la délégation du Portugal

Ajouter au paragraphe 2 de l'article 5 l'alinéa suivant:

x) l'interdiction de désigner certaines catégories de personnes comme héritiers ou légataires;

No 54 – Proposition des délégations de l'Argentine, de l'Italie et du Portugal

Ajouter à l'article 5, paragraphe 2, l'alinéa suivant:

x) la renonciation à la succession;

No 55 – Proposition des délégations de l'Espagne et des Pays-Bas – Proposal of the delegations of the Netherlands and Spain

(Ce document est remplacé par le Document de travail No 57 – This document was replaced by Working Document No 57)

Document de travail No 56

Working Document No 56

Distribué le samedi 8 octobre 1988

Distributed on Saturday 8 October 1988

No 56 – Proposition de la délégation de l'Italie

Article 6

1 *a* Lorsqu'un accord conclu entre deux personnes confère ou retire à l'une d'elles des droits sur tout ou partie de la succession future de l'autre ou modifie de tels droits, cet accord est régi, quant à sa validité au fond, sa révocabilité et ses effets entre les parties, par la loi de l'Etat dans lequel, au jour où l'accord a été conclu, il avait sa résidence habituelle depuis au moins deux ans, ou, à défaut, par la loi de l'Etat de sa nationalité, ou, à défaut, par la loi de l'Etat avec lequel il avait les liens les plus étroits.

1 *b* Inchangé.

2 Inchangé.

3 Un accord rentrant dans la catégorie indiquée au paragraphe 1*a* est toutefois en tout cas valable et produit ces effets, même si cela n'est admis que par la loi applicable en général à la succession concernée en vertu des articles 3 ou 4.

La proposition vaut comme modèle pour une révision, dans les limites à définir, du même article 7.

Documents de travail Nos 57 à 63

Working Documents Nos 57 to 63

Distribués le lundi 10 octobre 1988

Distributed on Monday 10 October 1988

No 57 – Proposition des délégations de l'Espagne et des Pays-Bas – Proposal of the delegations of the Netherlands and Spain

(Ce document remplace le Document de travail No 55) (This document replaces Working Document No 55)

Article Z

1 Lorsque l'ordre dans lequel deux ou plusieurs personnes sont décédées ne peut être déterminé, ces personnes sont censées être décédées simultanément. La succession de l'une à l'égard de l'autre n'aura pas eu lieu.

2 Le paragraphe premier ne s'applique que si les lois successorales applicables prévoient des solutions incompatibles.

Note: La première phrase du paragraphe premier a été reprise de l'article 2 des Dispositions communes annexées à la Convention Benelux relative aux comourants.

Article Z

1 When it cannot be determined which of two or more persons has died first, it is presumed that those persons have died simultaneously. In this case they do not succeed to each other.

2 The first paragraph only applies if the succession laws applicable provide incompatible solutions.

Note: The text of paragraph 1, first sentence, is borrowed from Article 2 of the Common Dispositions annexed to the Benelux Convention on the 'commorientes'.

No 58 – Proposal of the delegation of the Netherlands

It is proposed that the following words should be added to article 11:

' , if, and in so far as, under the law of the latter State, those rules must be applied whatever the law applicable to the succession.'

Cf. Article 7, first paragraph, of the EEC Convention on the law applicable to contractual obligations.

No 59 – Proposition de la délégation de la Suisse

Article 12

Si un *de cujus* décède intestat sans laisser de proches au degré successible selon la loi successorale applicable et que sa succession comprend des biens dans un autre pays que celui dont émane cette loi, le sort desdits biens sis dans cet autre Etat obéit aux règles suivantes:

a Lorsque l'Etat dont la loi successorale est applicable acquiert la succession en vertu de son droit régalien et que l'autre Etat connaît, lui, le système de l'Etat héritier du dernier rang, la loi successorale de ce dernier Etat s'applique néanmoins aux biens de la succession sis sur son propre territoire, quant à la qualité en laquelle l'Etat les acquiert (héritier du dernier rang faute d'autres successibles selon la loi normalement applicable), et c'est à ce dernier Etat que reviennent ces biens.

b Lorsque l'Etat dont la loi successorale est applicable acquiert la succession à titre d'héritier du dernier rang mais que l'autre Etat connaît, lui, le système de l'acquisition par droit régalien, la loi successorale normalement applicable n'a néanmoins pas vocation à s'appliquer aux biens successoraux sis sur le territoire de ce dernier Etat quant à la qualité en laquelle il les acquiert; c'est à lui qu'ils reviennent.

[Eventuellement]

c Lorsque la succession comprend des biens dans un autre Etat que celui dont la loi successorale est applicable, mais que ces deux Etats connaissent tous deux le système de l'Etat héritier du dernier rang, l'Etat dont la loi successorale est applicable hérite également des biens successoraux sis dans l'autre Etat.

d Si au contraire les deux pays connaissent tous deux le système de l'acquisition par droit régalien, chacun de ces deux Etats acquiert les biens dépendant de la succession sis sur son territoire.

Commentaire:

Les lettres c et d ne sont là que pour mémoire et pourraient à la rigueur être supprimées. Elles ne font que décrire des situations qui ne donnent pas lieu à conflit de lois et qui se régleraient de la même manière sans lesdites lettres.

Article 12

Deuxième proposition

Lorsque le *de cuius* est décédé intestat sans laisser de proches au degré successible, et que des biens dépendant de la succession se trouvent dans d'autres Etats que celui dont la loi successorale est applicable, la loi du lieu de situation des biens régit les droits des différents Etats en cause sur la succession.

Article 12

Troisième proposition

Lorsque le *de cuius* est décédé intestat sans laisser de proches au degré successible, et que des biens dépendant de la succession se trouvent dans différents Etats, le sort de ces biens obéit aux règles suivantes:

a si la loi successorale prescrit que l'Etat est héritier du dernier rang, elle est appelée à s'appliquer également quant aux biens sis dans les autres Etats, quelle que soit leur propre règle en la matière, et l'Etat héritier est celui dont émane ladite loi,

b si la loi successorale prescrit que l'Etat acquiert ces biens successoraux en vertu de son droit souverain d'occupation sur les choses sans maître [variante rédactionnelle: en vertu de son droit régalien], cette loi s'applique par analogie aux autres Etats dans lesquels se trouvent des biens dépendant de la succession, et chacun des Etats recueille les biens sis sur son propre territoire.

Article 12

Quatrième proposition

Suppression.

No 60 – Proposal of the delegation of Australia

(This proposal replaces the proposal contained in Working Document No 37)

Article 11 bis

A Contracting State under whose legal system provision for members of the family or persons close to the deceased may be ordered to be made out of the estate by a competent court or authority may, at the time of depositing its instrument of ratification or accession, declare that the operation of the law applicable to the succession under this Convention shall not prevent the ordering of such provision out of assets of the estate located within that Contracting State in exceptional cases where, under the applicable law, injustice would result from the failure of that law to make any or adequate provision for members of the family, or persons close to the deceased, who are nationals of or habitually resident in that Contracting State.

No 61 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 11

At end of article 11 add:

... neither does it affect the laws of any State governing the devolution of land with titles or the devolution of titles on their own.

No 62 – Proposition de la délégation de l'Espagne

Article 13 bis

Afin d'arriver à un résultat équitable, en appliquant la loi désignée par la présente Convention, on tiendra compte:

a de la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial du défunt;

b de la loi applicable à un trust ayant été constitué par celui-ci.

No 63 – Proposition de la délégation de l'Espagne

Article 12

Lorsque, en vertu de la loi désignée aux articles 3 ou 4, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition testamentaire du défunt, ni personne physique venant au degré successible, ce sera cette même loi qui déterminera la destination des biens.

Documents de travail Nos 64 à 68 et No 70
Working Documents Nos 64 to 68 and No 70

Distribués le mardi 11 octobre 1988

Distributed on Tuesday 11 October 1988

No 64 – Proposition des délégations de la France et de l'Italie

Article 20, paragraphe 2

Par dérogation à l'article 4, paragraphe 1, tout Etat, au moment de la signature, de la ratification de l'approbation ou de l'adhésion, pourra se réserver le droit de ne pas reconnaître la désignation par une personne de la loi d'un Etat déterminé pour régir sa succession, si cette personne, au moment de son décès, ne possédait pas la nationalité de cet Etat ou n'y avait pas sa résidence habituelle.

No 65 – Proposition des délégations de la France et de l'Italie

Article 4, paragraphe 1

Ajouter la phrase suivante:

Toutefois, dans le cas où la loi désignée est celle de l'Etat dont la personne possédait, au moment de la désignation, la nationalité ou dans lequel elle avait alors sa résidence habituelle, et que, au moment du décès, cette personne ne possédait plus la nationalité de cet Etat et n'y avait plus sa résidence habituelle, la désignation ne peut avoir pour résultat de porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3.

No 66 – Proposal of the delegations of the United Kingdom and the United States

Article 15, paragraphe 2 c

c any reference to the law of a State with which the deceased was closely connected is to be construed as referring to the territorial unit therein determined by rules in force in that State, or, in the absence of such rules, to the territorial unit therein with which the deceased had the closest connection.

Note

This seems necessary to deal with the case arising in the latter part of article 3, paragraph 2.

No 67 – Proposal of the delegations of the United Kingdom and the United States

Article 15, paragraphe 4

For the purposes of Article 4

a any designation by the deceased of the law of a territorial unit of the State of which he is a national at the time of such designation or at the time of his death, as

the case may be, shall be effective if that law is applicable according to rules in force in that State. In the absence of such rules, such designation shall be effective only if at the time of designation or at his death he had his habitual residence in that designated territorial unit or, in the exceptional case, where he had never had any habitual residence in the State of which he is a national, if such designated territorial unit was one with which he had a close connection by virtue of family ties;

b any designation by the deceased of the law of a territorial unit of a State of which he was not a national at the time of such designation or at the time of his death, but in which territorial unit he had his habitual residence at the time of designation or at his death shall be effective.

c Delete.

Note

Article 4 now allows the time of designation as well as of death so article 15, paragraph 4 must reflect this. This extension of article 4 justifies limiting the possibilities allowed by the original article 15, paragraph 4 (to refer to earlier habitual residences or close connections) when only the time of death was the relevant time.

There seems no justification to include paragraph c which allows a person within b like a Ruritanian habitually resident in California to have the additional rights to designate the law of any other territorial units in the USA where he had previously habitually resided.

No 68 – Proposal of the delegation of Australia

Article 11 bis – Alternative to Working Document No 60

A Contracting State under whose legal system provision for members of the family of a deceased person may be ordered to be made out of the estate by a competent court or authority may, at the time of depositing its instrument of ratification or accession, declare that, in any case in which the law of that State would apply under Article 3 but for a designation made under Article 4 (or given effect to by Article 18) of the law of another State to govern succession to the estate of the deceased, the designation shall not prevent the ordering of such provision out of assets of the estate located within the first mentioned State where, under the designated law, injustice would manifestly result from the failure of that law to make any or adequate provision for the spouse or a child of the deceased who is a national of or habitually resident in that State.

No 70 – Proposition de la délégation de l'Italie

Article 13

Au sens de la Convention, le terme «loi» désigne en principe le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois. Toutefois, si la loi désignée à l'article 3 est celle d'un Etat non contractant, qui renvoie d'après ses propres règles de conflit pour l'ensemble ou une partie de la succession à la loi d'un troisième Etat non contractant, qui accepte sa compétence, cette dernière loi sera appliquée.

Distribués le mardi 11 octobre 1988

Distributed on Tuesday 11 October 1988

No 69 – Texte proposé par le Comité de rédaction

No 69 – Text proposed by the Drafting Committee

AVANT-PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX SUCCESSIONS À CAUSE DE MORT

DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION TO THE ESTATES OF DECEASED PERSONS

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

CHAPTER I – SCOPE

Article premier

Article 1

1 La présente Convention détermine la loi applicable aux successions à cause de mort.

1 This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.

2 La Convention ne s'applique pas:

2 The Convention does not apply to –

a à la forme des dispositions à cause de mort;

a the form of dispositions of property upon death;

b à la capacité de disposer à cause de mort;

b capacity to dispose of property upon death;

c aux questions relevant du régime matrimonial;

c issues pertaining to matrimonial property;

d aux biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, ni aux plans de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.

d assets or interests owned jointly with right of survivorship, or to pension plans or insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

Article 2

(Réservé)

(Reserved)

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

Article 3

1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, si

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

a le défunt possédait alors la nationalité de cet Etat, ou si

a he was then a national of that State, or

b le défunt avait eu sa résidence dans cet Etat depuis au moins cinq ans.

b he had been resident in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death.

2 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of that other State shall apply.

3 Dans des circonstances exceptionnelles, si le défunt, dans le cas prévu au paragraphe 1 *b* du présent article, avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'Etat dont il possédait alors la nationalité, la loi de cet Etat est applicable.

3 In exceptional circumstances if at the time of his death the deceased, in the case referred to in paragraph 1, sub-paragraph *b*, was manifestly more closely connected with the State of which he then was a national, the law of that State shall apply.

Article 4

Article 4

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.

1 A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation shall be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 Cette désignation doit être [clairement exprimée] [expresse et contenue] dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'existence et la validité du consentement quant à ce choix sont régies par la loi choisie. Si d'après cette loi le choix n'est pas valable, la loi applicable à la succession est déterminée par application de l'article 3.

3 Pour l'application du présent article, la désignation d'une loi est considérée, sauf précision expresse contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

4 La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition à cause de mort.

Article 4 bis

Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats [pourvu que cette loi soit celle de la situation des biens]. Toutefois, ce choix ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 4, paragraphe premier. Les paragraphes 2 et 4 de l'article 4 s'appliquent par analogie.

Article 5

1 Sous réserve de l'article 4 *bis*, la loi applicable régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.

2 Cette loi régit:

a la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;

b l'exhérédation et l'indignité successorale;

c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;

d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;

e la validité au fond des dispositions testamentaires.

3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un Etat contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet Etat comme étant soumises à la loi successorale.

No 71 – Texte proposé par le Comité de rédaction

(suite du Document de travail No 69)

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 6

1 Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord entre deux ou plusieurs personnes qui confère, retire ou modifie, avec ou sans contre-prestation, les droits de l'une ou de plusieurs de ces personnes dans tout ou partie de la succession future de l'une ou de plusieurs d'entre elles.

2 This designation shall be [clearly expressed] [express and contained] in a statement made in accordance with the formal requirements [for dispositions of property upon death]. The existence and validity of the act of choice are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

3 For the purposes of this Article, a designation of the applicable law shall, in the absence of an express contrary provision by the deceased, be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died wholly or partially testate or intestate.

4 The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of [dispositions of property upon death].

Article 4 bis

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate [provided the law chosen is the law of the situs]. However, any such designation shall be without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 4, paragraph 1. Paragraphs 2 and 4 of Article 4 apply by analogy.

Article 5

1 Subject to Article 4 *bis* the applicable law governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

2 This law governs –

a the determination of the heirs, devisees and legatees, their respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b disinheritance and disqualification by conduct;

c any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e the material validity of testamentary dispositions.

3 Paragraph 2 does not preclude the application of this law, in a Contracting State, to other matters which are considered by the law of that State to be part of the law of succession.

No 71 – Text proposed by the Drafting Committee

(continuation of Working Document No 69)

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 6

1 For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement, with or without consideration, between two or more persons which confers upon, withdraws or modifies succession rights of one or more of those persons in all or part of the future estate or estates of one or more of them.

2 Les dispositions de ce chapitre s'appliquent également aux testaments mutuels.

Article 7

1 Lorsque l'accord concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, sa révocabilité et ses effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de cette personne si celle-ci était décédée le jour où l'accord a été conclu.

[Si, selon cette loi, l'accord n'est pas valide, il sera néanmoins valide si cette validité est admise par la loi applicable à la succession de cette personne en vertu des articles 3 ou 4. Cette même loi régit alors la révocabilité et les effets de l'accord.]

2 Lorsque l'accord concerne la succession de plus d'une personne, cet accord est valide au fond si cette validité est admise par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de l'une d'entre elles si elle était décédée le jour où l'accord a été conclu.

Si l'accord n'est valide que selon l'une des lois prévues à l'alinéa précédent, cette loi régit également sa révocabilité et ses effets.

Si l'accord est valide selon plusieurs des lois prévues au premier alinéa,

[il n'est révocable que si toutes ces lois admettent cette révocabilité].

[il est révocable si l'une de ces lois admet cette révocabilité].

En ce cas les effets de l'accord sont ceux qui sont reconnus à la fois par toutes les lois admettant la validité de l'accord.

Article 8

Les parties peuvent convenir, par une stipulation expresse de soumettre l'accord quant à sa validité au fond, sa révocabilité et ses effets entre les parties à la loi de l'Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord [ou au moment de son décès] ou dont elle possède alors la nationalité.

...

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 20

1 Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra se réserver le droit d'exclure les successions contractuelles du domaine de la Convention.

...

No 72 – Proposition du Bureau Permanent

Article 19

1 Sous réserve de toute obligation découlant d'un traité qu'un Etat contractant peut avoir conclu avec un Etat qui n'est pas Partie à cette Convention, la Convention remplace à l'égard de tout Etat contractant les dispositions portant sur la loi applicable aux successions à cause de mort qui font l'objet d'autres conventions auxquelles un tel Etat est déjà Partie.

2 Néanmoins, un Etat contractant peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de

2 The provisions of this Chapter also apply to mutual wills.

Article 7

1 Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, its revocability and effects are determined by the law which under Article 3 or 4 would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

[If under that law the agreement is invalid, it shall nevertheless be valid if it is valid under the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 4. The same law then governs the revocability and effects of the agreement.]

2 Where the agreement involves the estate of more than one person, the agreement is materially valid if it is valid under the law which, according to Article 3 or 4, would have governed the succession to the estate of one of those persons if that person had died on the date of the agreement.

If the agreement is valid according to only one of the laws referred to in the preceding paragraph, this law also governs its revocability and effects.

If the agreement is valid according to several of the laws referred to in the first paragraph,

[it is revocable only if all of these laws accept its revocability].

[it is revocable if one of these laws accepts its revocability].

In that case the effects of the agreement are those recognized by all of the laws which accept the validity of the agreement.

Article 8

The parties may agree by express stipulation to subject the agreement, so far as its material validity, revocability and effects as between the parties are concerned, to the law of a State of which any one of the persons, whose future estate is involved, is a national or in which he has his habitual residence at the time of conclusion of the agreement [or at the time of his death].

...

CHAPTER V - FINAL CLAUSES

Article 20

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, reserve the right to exclude agreements as to succession from the scope of the Convention.

...

No 72 – Proposal by the Permanent Bureau

Article 19

1 Subject to any treaty obligations which a Contracting State may have towards any State which is not a Party to this Convention, this Convention shall replace in respect of any Contracting State the provisions concerning the law applicable to succession upon death which are contained in other Conventions to which such State is already a Party.

2 None the less, a Contracting State may retain the application of any such provisions of a reciprocal nature

l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'il continuera à être lié par des dispositions de nature réciproque contenues dans une convention, en spécifiant quelles sont les dispositions ainsi maintenues.

3 La Convention n'affecte pas le droit d'un Etat contractant de devenir Partie à une Convention contenant des dispositions de nature réciproque sur la loi applicable aux successions à cause de mort.

contained in a Convention by declaring at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it does so, specifying the provisions so retained.

3 This Convention shall not affect the right of a Contracting State to become a Party to a Convention containing provisions of a reciprocal nature concerning the law applicable to succession upon death.

Documents de travail Nos 73 à 78

Working Documents Nos 73 to 78

Distribués le mercredi 12 octobre 1988

Distributed on Wednesday 12 October 1988

No 73 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 3 bis

However, where such law is applicable only to part of the succession, the application of such law shall be without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable under Article 3.

Article 20

Any State may etc.

...

x reserve the right to exclude the application of Article 3 bis.

Reasons:

The Commission has adopted Working Document No 7 which in translation reads as follows:

Article 3 bis

If according to Article 3 the applicable law is the law of a non-Contracting State and the relevant choice of law rule of that State designates, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State, and if the relevant choice of law rule of that other State would also designate its own law as applicable, then that law shall apply.

This is a rule of total and partial renvoi which the Danish delegation cannot accept, especially for the following reasons:

1 *The acceptance of partial renvoi is a breach with the principle of unity of the applicable law established in articles 4 and 5 of the Convention and carefully preserved by the compromise in the article 4 bis protecting the family protection rules of the dominant law and which was reached with great difficulty.*

2 *The provision reintroduces as part of this breach with the unity principle the lex situs into the Convention. That is also in breach with the compromise between the various interests balanced in articles 3, 4 and 4 bis.*

3 *By accepting renvoi the rule changes the balance between the nationality and domicile principles achieved in article 3.*

4 *The application of renvoi, new to the Hague Conventions, will complicate the administration of estates which to a large extent is carried out, not by the courts, but by practising lawyers or even by the heirs themselves. The choice of law cannot be determined by reading the text in the statute book but will require an analysis of the law of as a minimum two foreign countries and the establishment of the status of ratification and the time of their coming into force.*

No 74 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 4, paragraph 2

Replace: 'for disposition of property upon death' by 'for testamentary disposition'.

No 75 – Proposition de la délégation de la République fédérale d'Allemagne

Article 7

1 Lorsque l'accord concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, et sa révocabilité sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de cette personne si celle-ci était décédée le jour où l'accord a été conclu.

Si, selon cette loi, l'accord n'est pas valide, il sera néanmoins valide si cette validité est admise par la loi applicable à la succession de cette personne en vertu des articles 3 ou 4. Cette même loi régit alors la révocabilité et, dans tous les cas, les autres effets de l'accord.

2 Lorsque l'accord concerne la succession de plus d'une personne, cet accord est valide au fond si cette validité est admise par les lois qui, en vertu des articles 3 ou 4, auraient été applicables à la succession de ces personnes si elles étaient décédées le jour où l'accord a été conclu.

L'accord est révocable si l'une de ces lois admet cette révocabilité.

Article 8

Les parties peuvent convenir, par une stipulation expresse de soumettre l'accord quant à sa validité au fond et sa révocabilité à la loi de l'Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord ou dont elle possède alors la nationalité.

**No 76 – Proposition de la délégation des Pays-Bas
– Proposal of the delegation of the Netherlands**

Supprimer à l'article 1, paragraphe 2, la lettre d et remplacer le texte de l'article 9 ancien, par le texte suivant:

Dans aucun cas, les règles sur les pactes successoraux des Etats parties à la présente Convention ne sont opposables aux institutions bancaires, aux compagnies d'assurance et à d'autres institutions qui, sur la base de leur raison sociale ou de la mission qui leur a été confiée, sont devenues parties à des contrats ayant pour effet que des biens et des droits sont possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, à des plans de retraite, à des contrats d'assurances et arrangements analogues.

The Netherlands delegation proposes that article 1, paragraph 2, sub-paragraph d, should be deleted and that the text of article 9 should be replaced by the following:

Provisions concerning agreements as to succession of States Parties to the present Convention can by no means be opposed to banking institutions, insurance companies and other institutions which, by reason of their object or the task entrusted to them, are parties to agreements under which assets and interests are owned jointly with a right to survivorship, or to pension schemes or insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

**No 77 – Proposition de la délégation des Pays-Bas
– Proposal of the delegation of the Netherlands**

Il est proposé d'insérer à l'article 1, alinéa 2, entre c et d, l'exclusion suivante:

– aux questions relevant de la coordination de la loi applicable aux successions et celle applicable au régime matrimonial.

It is proposed that the following exclusion should be inserted in article 1, paragraph 2, between c and d:

– issues pertaining to the co-ordination of the law applicable to succession and that applicable to the matrimonial property regime;

**No 78 – Proposal of the delegations of Australia, Belgium, Canada, Chile, Israel, Mexico and Venezuela
– Proposition des délégations de l'Australie, de la Belgique, du Canada, du Chili, d'Israël, du Mexique et du Venezuela**

Article 14 bis

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum that must be applied irrespective of the law that otherwise governs the succession.

Article 14 bis

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for qui s'imposent quelle que soit la loi applicable à la succession.

Document de travail No 79

Working Document No 79

Distribué le jeudi 13 octobre 1988

Distributed on Thursday 13 October 1988

No 79 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 14 bis

This Convention does not prevent the application of the mandatory rules of the law of the forum to assets of the deceased situated in the forum where

a such law would be the applicable law under Article 3 if there had been no valid choice of law made under Article 4 and

b application of the law chosen under Article 4 would totally or very substantially deprive the deceased's family of what they would have inherited if the mandatory rules of the law applicable under Article 3 had applied to the deceased's estate.

Distribués le jeudi 13 octobre 1988

Distributed on Thursday 13 October 1988

No 80 – Proposition du Comité de rédaction

(corrections et additions au Document de travail No 69)

Article 1.1. d

Aux biens ou droits créés ou transférés par contrat ou autrement que par succession, tels que biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, plans de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.

Article 2

La présente Convention est applicable même si la loi qu'elle désigne est celle d'un Etat non contractant.

Article 3 bis

Si la loi applicable en vertu de l'article 3 est celle d'un Etat non contractant et que la règle de conflit de cet Etat désigne, pour tout ou partie de la succession, la loi d'un autre Etat non contractant qui accepte d'être appliquée, la loi de cet autre Etat est applicable.

No 81 – Texte proposé par le Comité de rédaction

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 6

1 Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord écrit entre deux ou plusieurs personnes qui confère, retire ou modifie, avec ou sans contrepartie, les droits de l'une ou de plusieurs de ces personnes dans tout ou partie de la succession future de l'une ou de plusieurs d'entre elles.

2 Les dispositions de ce chapitre s'appliquent également aux testaments comportant des dispositions réciproques.

Article 7

1 Lorsque l'accord concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Si, selon cette loi, l'accord n'est pas valide, il sera néanmoins valide si cette validité est admise par la loi applicable à la succession de cette personne en vertu des articles 3 ou 4. Cette même loi régit alors les effets de l'accord et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

No 80 – Proposal of the Drafting Committee

(corrections and additions to Working Document No 69)

Article 1(1)(d)

d interests, property rights or assets, arising under or transferred by contract or otherwise than by succession, such as in joint ownership with right to survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

This Convention shall be applied even if the applicable law is that of a non-Contracting State.

Article 3 bis

If the law applicable according to Article 3 is that of a non-Contracting State and if the conflict rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of a non-Contracting State which would also apply that law, the law of that other State shall be applied.

No 81 – Text proposed by the Drafting Committee

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 6

1 For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement in writing, with or without consideration, between two or more persons which confers upon, withdraws or modifies succession rights of one or more of those persons in all or part of the future estate or estates of one or more of them.

2 The provisions of this Chapter also apply to wills conferring reciprocal benefits.

Article 7

1 Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, are determined by the law which under Article 3 or 4 would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

2 If under that law the agreement is invalid, it shall nevertheless be valid if it is valid under the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 4. The same law then governs the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

Article 7 bis

1 Lorsque l'accord concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Les effets de l'accord et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois.

Article 8

Les parties peuvent convenir, par une stipulation expresse, de soumettre l'accord quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord [ou au moment de son décès] ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 9

1 La validité au fond d'un accord successoral valide selon la loi applicable en vertu des articles 7, 7 bis ou 8 ne peut être contestée pour le motif que la loi désignée aux articles 3 ou 4 considérerait cet accord comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi désignée aux articles 7, 7 bis ou 8 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie à l'accord et qui, en vertu des articles 3 ou 4, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

...

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 20

1 Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra se réserver le droit d'exclure les successions contractuelles du domaine de la Convention.

...

No 82 – Texte proposé par le Comité de rédaction

(suite du Document de travail No 81)

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 9 bis

Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes, décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, [et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions incompatibles ou ne la règlent pas du tout] [chacune de ces personnes est considérée comme étant décédée avant l'autre ou les autres] [aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres].

Article 10

1 Quand un trust est créé par disposition à cause de mort, l'application à la succession de la loi prévue aux articles 3 ou 4 ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le trust. Réciproquement l'application au trust de la loi qui le régir ne fait pas obstacle à

Article 7 bis

1 Where the agreement involves the estate of more than one person, the agreement is materially valid only if it is so valid under all the laws which, according to Article 3 or 4, would have governed the succession to the estate of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

2 The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

Article 8

The parties may agree by express stipulation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State of which the person or any one of the persons, whose future estate is involved, is a national or in which he has his habitual residence at the time of conclusion of the agreement [or at the time of his death].

Article 9

1 The material validity of an agreement valid under the law designated by Article 7, 7 bis or 8 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law designated by Article 3 or 4.

2 However, the application of the law designated by Article 7, 7 bis or 8 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 4 has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

...

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 20

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, reserve the right to exclude agreements as to succession from the scope of the Convention.

...

No 82 – Text proposed by the Drafting Committee

(continuation of Working Document No 81)

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 9 bis

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, [and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all], each of the deceased persons [shall be understood to have predeceased the other or others] [none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others].

Article 10

1 Where a trust is created in a disposition of property upon death, the application to the succession of the law determined by Articles 3 and 4 shall not preclude the application of another law to the trust. Conversely, the application to a trust of its governing law shall not pre-

l'application à la succession de la loi qui la régit en vertu des articles 3 ou 4.

2 Les mêmes dispositions s'appliquent aux fondations et institutions analogues créés par disposition testamentaire.

Article 11

La loi applicable en vertu de la présente Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certaines entreprises, immeubles ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

Article 12

Lorsque, en vertu de la loi désignée aux articles 3 ou 4, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition testamentaire du défunt, ni personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

Article 13

Au sens de la présente Convention, et sous réserve de l'article 3 bis, le terme «loi» désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 14

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

No 83 – Texte proposé par le Comité sur les clauses fédérales

Article 15

1 Le présent article détermine la loi applicable selon la présente Convention lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 a Toute référence à la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt est entendue comme visant *la loi de l'unité territoriale de l'Etat dans laquelle le défunt avait sa dernière résidence habituelle.*

b Toute référence à la loi de l'Etat de la nationalité du défunt est entendue comme visant *la loi de l'unité territoriale de cet Etat déterminée par les règles en vigueur dans cet Etat, ou, à défaut de telles règles, la loi de l'unité territoriale de cet Etat dans laquelle le défunt avait eu sa dernière résidence habituelle ou, si le défunt n'avait jamais eu de résidence habituelle dans l'Etat de sa nationalité, la loi de l'unité territoriale avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.*

c *Toute référence à la loi de l'Etat avec lequel le défunt avait des liens étroits est entendue comme visant la loi de l'unité territoriale de cet Etat telle que déterminée par les règles en vigueur dans cet Etat, ou, en l'absence de telles règles, comme visant la loi de l'unité territoriale de cet Etat avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.*

3 Aux fins de l'article 3, paragraphe 1 b, la période de cinq ans de résidence sera considérée comme étant atteinte si le défunt avait eu sa résidence dans cet Etat durant au moins cinq ans précédant immédiatement son

clude the application to the succession of the law governing succession by virtue of Articles 3 and 4.

2 The same rules apply to foundations and corresponding institutions created by a testamentary disposition.

Article 11

The law applicable under this Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises, immovables or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

Article 12

Where under the law applicable by virtue of Article 3 or 4 there is no heir, devisee or legatee under a testamentary disposition and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

Article 13

In this Convention, and subject to Article 3 bis, 'law' means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 14

The application of a law determined by this Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

No 83 – Text proposed by the Committee on Federal Clauses

Article 15

1 This Article determines the law applicable under this Convention where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession.

2 a Any reference to the law of the State of habitual residence of the deceased is to be construed as referring to *the law of the territorial unit of the State in which the deceased had his last habitual residence.*

b Any reference to the law of the State of nationality of the deceased is to be construed as referring to *the law of the territorial unit of that State determined by the rules in force in that State, or, in the absence of such rules, to the law of the territorial unit of that State in which the deceased had his last habitual residence, or if the deceased never had his habitual residence in the State of nationality, the reference shall be to the law of the territorial unit with which the deceased had the closest connection.*

c *Any reference to the law of the State with which the deceased was closely connected is to be construed as referring to the law of the territorial unit therein determined by rules in force in that State, or, in the absence of such rules, to the law of the territorial unit therein with which the deceased had the closest connection.*

3 For the purposes of Article 3, paragraph 1 b, the period of five years of residence shall be deemed to have been attained when the deceased has had his residence for a period of not less than five years within that

décès, nonobstant le fait qu'il ait au cours de cette période résidé successivement dans plusieurs unités territoriales de cet Etat. Dans cette dernière hypothèse, la loi applicable sera la loi de l'unité territoriale dans laquelle le défunt avait eu sa dernière résidence à moins que le défunt n'ait eu à sa mort des liens plus étroits avec une autre unité territoriale de cet Etat auquel cas la loi de cette unité territoriale est applicable.

4 Aux fins de l'article 4 [et 4 bis]:

a toute désignation par le défunt de la loi d'une unité territoriale de l'Etat dont il possède la nationalité au moment de la désignation ou au moment de son décès prendra effet conformément aux règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles la loi désignée par le défunt ne prendra effet que si le défunt avait eu à une période donnée sa résidence habituelle dans cette unité territoriale ou s'il avait eu des liens étroits avec celle-ci;

b toute désignation par le défunt de la loi d'une unité territoriale d'un Etat dont il n'avait pas la nationalité au moment de la désignation ou au moment de son décès prendra effet si le défunt avait sa résidence habituelle dans cette unité territoriale lors de la désignation ou lors de son décès;

c si le défunt avait désigné la loi d'une unité territoriale d'un Etat dont il n'avait pas la nationalité au moment de la désignation ou au moment de son décès et s'il avait au moment de son décès sa résidence habituelle dans une autre unité territoriale de cet Etat, cette désignation prendra effet seulement si le défunt avait eu à une période donnée sa résidence habituelle dans l'unité territoriale dont il avait désigné la loi;

d toute désignation par le défunt de la loi d'un Etat ou d'une unité territoriale d'un Etat, qui n'est pas l'Etat de la résidence habituelle ou de la nationalité du défunt, prendra effet selon les règles en vigueur dans l'Etat ou dans l'unité territoriale désignée. A défaut de telles règles, la succession aux biens auxquels la désignation s'applique est régie par la loi du lieu où ces biens sont situés.

Article 17

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit différents ou des règles différentes s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits de lois concernant uniquement ces différents systèmes.

Article 23

(Le texte français reste inchangé).

State immediately preceding his death, notwithstanding that he resided within that period successively in more than one of its territorial units. In this latter event, the applicable law shall be the law of the territorial unit where the deceased had his last residence unless at his death he was more closely connected with another territorial unit in that State, in which case the law of that territorial unit shall apply.

4 For the purposes of Article 4 [and 4 bis] –

a any designation by the deceased of the law of a territorial unit of the State of which he is a national at the time of the designation or at the time of his death shall be effective according to the rules in force in that State. In the absence of such rules such designation shall be effective only if at some time he had his habitual residence in that territorial unit or otherwise had a close connection with it;

b any designation by the deceased of the law of a territorial unit of a State of which he was not a national at the time of the designation or at the time of his death, but in which territorial unit he had his habitual residence at the time of the designation or at the time of his death, shall be effective;

c if the deceased designated the law of a territorial unit of a State of which he was not a national at the time of the designation or at the time of his death and if at the time of his death he had his habitual residence in another territorial unit of that State, the designation shall be effective only if at some time he had his habitual residence in the territorial unit the law of which he has designated;

d any designation by the deceased of the law of a State or territorial unit of a State which is not the State of habitual residence or nationality of the deceased shall be effective according to the rules in force in the designated State or territorial unit. In the absence of such rules the succession to particular assets to which the designation applies shall be governed by the law of the place where the particular assets are situated.

Article 17

A Contracting State in which different systems of law or of rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts solely between the laws of such different systems.

Article 23

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may alter this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Distribué le jeudi 13 octobre 1988

Distributed on Thursday 13 October 1988

No 84 – Proposal of the delegation of Finland

Article 19

1 This Convention shall replace any other international instrument, containing provisions in matters governed by this Convention, to which a Contracting State is a Party.

2 However, where a Contracting State is a Party to an international instrument which is applicable only in the relations between States Parties to that instrument, a Contracting State may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall not apply in the relations between that State and other States Parties to that instrument. The declaration may be withdrawn at any time.

3 The declaration and the withdrawal of the declaration shall be notified to the depositary of this Convention; the withdrawal shall have effect on the first day of the month following the notification of the withdrawal.

4 This Convention shall not affect the right of a Contracting State to become a Party to a Convention or to enact uniform legislation, based on special ties of a regional or other nature between the States concerned, and applicable in the relations between those States, containing provisions in matters governed by this Convention.

Note:

Paragraph 1: The purpose of this paragraph is to exclude the possibility that a State could ratify this Convention while being bound by an earlier universally applicable Convention towards one or more States, not Parties to this Convention neither having any intentions to ratify it.

Paragraph 2: This provision is in substance identical to paragraph 2 in Working Document No 72. The only difference seems to be that this provision expressly mentions the possibility of the withdrawal of the declaration.

Paragraph 3: This provision determines the time of the entry into force of the withdrawal mentioned in paragraph 2. The proposal in Working Document No 72 does not seem to contain any corresponding provisions.

Paragraph 4: This provision contains two proposals:

proposal 1

It is proposed that States Parties to this Convention would be free to enter reciprocal Conventions subject to the requirement that there exist special ties of a regional or other nature between States intending to conclude such reciprocal Conventions. However, as far as reciprocal

Conventions are concerned our delegation considers that this requirement which does not appear in Working Document No 72 is perhaps not necessary and could be deleted if this would be more acceptable to the Committee.

proposal 2

It is proposed that States Parties to this Convention should be free, not only to conclude reciprocal Conventions, but also to enact uniform, reciprocally applicable internal legislation relating to the subject-matter of this Convention provided that there exist special ties of regional or other nature between such States. Our delegation considers that the adoption of this provision is of essential importance from the point of view of the Scandinavian countries, in particular having regard to the Helsinki Agreement on Nordic Co-operation of 1962 and the current methods of harmonization of legislation in informal co-operation without the conclusion of internationally binding Conventions.

Reference: Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations (1970), Article 18.

Distribué le vendredi 14 octobre 1988

Distributed on Friday 14 October 1988

No 85 – Texte proposé par le Comité de rédaction

AVANT-PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE
AUX SUCCESSIONS À CAUSE DE MORT

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

1 La présente Convention détermine la loi applicable aux successions à cause de mort.

2 La Convention ne s'applique pas:

- a* à la forme des dispositions à cause de mort;
- b* à la capacité de disposer à cause de mort;
- c* aux questions relevant du régime matrimonial;
- d* aux biens ou droits créés ou transférés par contrat ou autrement que par succession, tels que biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, plans de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.

Article 2

La présente Convention est applicable même si la loi qu'elle désigne est celle d'un Etat non contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, si

- a* le défunt possédait alors la nationalité de cet Etat, ou si
- b* le défunt avait eu sa résidence dans cet Etat depuis au moins cinq ans.

2 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

3 Dans des circonstances exceptionnelles, si le défunt, dans le cas prévu au paragraphe 1 *b* du présent article, avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'Etat dont il possédait alors la nationalité, la loi de cet Etat est applicable.

Article 3 bis

Si la loi applicable en vertu de l'article 3 est celle d'un Etat non contractant et que la règle de conflit de cet

No 85 – Text proposed by the Drafting Committee

DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUC-
CESSION TO THE ESTATES OF DECEASED PERSONS

CHAPTER I – SCOPE

Article 1

1 This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.

2 The Convention does not apply to –

- a* the form of dispositions of property upon death;
- b* capacity to dispose of property upon death;
- c* issues pertaining to matrimonial property;
- d* interests, property rights or assets, arising under or transferred by contract or otherwise than by succession, such as in joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

This Convention shall be applied even if the applicable law is that of a non-Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided either

- a* he was then a national of that State, or
- b* he had been resident in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death.

2 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of that other State shall apply.

3 In exceptional circumstances if at the time of his death the deceased, in the case referred to in paragraph 1, sub-paragraph *b*, was manifestly more closely connected with the State of which he then was a national, the law of that State shall apply.

Article 3 bis

If the law applicable according to Article 3 is that of a non-Contracting State and if the conflict rules of that

Etat désigne, pour tout ou partie de la succession, la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 4

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.

2 Cette désignation doit être [clairement exprimée] [expresse et contenue] dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'existence et la validité du consentement quant à ce choix sont régies par la loi choisie. Si d'après cette loi le choix n'est pas valable, la loi applicable à la succession est déterminée par application de l'article 3.

3 Pour l'application du présent article, la désignation d'une loi est considérée, sauf précision expresse contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

4 La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition à cause de mort.

Article 4 bis

Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats [pourvu que cette loi soit celle de la situation des biens]. Toutefois, ce choix ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 4, paragraphe premier.

Les paragraphes 2 et 4 de l'article 4 s'appliquent par analogie.

Article 5

1 Sous réserve de l'article 4 *bis*, la loi applicable régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.

2 Cette loi régit:

a la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;

b l'exhérédation et l'indignité successorale;

c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;

d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;

e la validité au fond des dispositions testamentaires.

3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un Etat contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet Etat comme étant soumises à la loi successorale.

State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of a non-Contracting State which would also apply that law, the law of that other State shall be applied.

Article 4

1 A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation shall be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation shall be [clearly expressed] [express and contained] in a statement made in accordance with the formal requirements [for dispositions of property upon death]. The existence and validity of the act of choice are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

3 For the purposes of this Article, a designation of the applicable law shall, in the absence of an express contrary provision by the deceased, be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died wholly or partially testate or intestate.

4 The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of [dispositions of property upon death].

Article 4 bis

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate [provided the law chosen is the law of the situs]. However, any such designation shall be without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 4, paragraph 1.

Paragraphs 2 and 4 of Article 4 apply by analogy.

Article 5

1 Subject to Article 4 *bis* the applicable law governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

2 This law governs –

a the determination of the heirs, devisees and legatees, their respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b disinheritance and disqualification by conduct;

c any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e the material validity of testamentary dispositions.

3 Paragraph 2 does not preclude the application of this law, in a Contracting State, to other matters which are considered by the law of that State to be part of the law of succession.

Article 6

Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord fait par écrit ou dans un testament mutuel entre deux ou plusieurs personnes qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, les droits de l'une ou de plusieurs de ces personnes, ou d'autres personnes dans tout ou partie des successions futures concernées.

Article 7

1 Lorsque l'accord concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Si, selon cette loi, l'accord n'est pas valide, il sera néanmoins valide si cette validité est admise par la loi applicable à la succession de cette personne en vertu des articles 3 ou 4. Cette même loi régit alors les effets de l'accord et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

Article 7 bis

1 Lorsque l'accord concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Les effets de l'accord et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois.

Article 8

Les parties peuvent convenir, par une stipulation expresse, de soumettre l'accord quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord [ou au moment de son décès] ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 9

1 La validité au fond d'un accord successoral valide selon la loi applicable en vertu des articles 7, 7 bis ou 8 ne peut être contestée pour le motif que la loi désignée aux articles 3 ou 4 considérerait cet accord comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi désignée aux articles 7, 7 bis ou 8 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie à l'accord et qui, en vertu des articles 3 ou 4, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

Article 6

For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement created in writing or in mutual wills, with or without consideration, between two or more persons which creates, varies or terminates succession rights of one or more of those persons or other persons in all or part of the future estate or estates affected.

Article 7

1 Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, are determined by the law which under Article 3 or 4 would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

2 If under that law the agreement is invalid, it shall nevertheless be valid if it is valid under the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 4. The same law then governs the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

Article 7 bis

1 Where the agreement involves the estate of more than one person, the agreement is materially valid only if it is so valid under all the laws which, according to Article 3 or 4, would have governed the succession to the estate of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

2 The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

Article 8

The parties may agree by express stipulation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State of which the person or any one of the persons, whose future estate is involved, is a national or in which he has his habitual residence at the time of the conclusion of the agreement or at the time of his death.

Article 9

1 The material validity of an agreement valid under the law designated by Article 7, 7 bis or 8 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law designated by Article 3 or 4.

2 However, the application of the law designated by Article 7, 7 bis or 8 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 4 has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

Distribués le vendredi 14 octobre 1988

Distributed on Friday 14 October 1988

No 86 – Proposal of the delegations of Ireland, Israel, Mexico, Norway and the United States

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, provided he was then a national of that State.

2 Succession is likewise governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had resided there for a period of not less than five years immediately preceding his death. However [in exceptional circumstances], if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of his nationality, the law of that State shall apply.

3 In other cases ... (same as present paragraph 2).

Note:

Delete present paragraph 3.

No 87 – Proposal of the delegation of Finland

The Finnish delegation proposes that article 19 should include the following principles:

Article 19

1 *Previous 'reciprocal' agreements shall remain in force.*

2 *States Parties shall be free to conclude in the future new 'reciprocal' agreements.*

3 *States Parties shall be free to enact uniform 'reciprocal' legislation based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.*

No 88 – Proposal of the delegation of Finland

Article 3

1 Where the deceased at the time of his death was habitually resident in a State of which he [at that time] was a national, the law of that State shall govern succession to the estate of the deceased.

2 Where the deceased at the time of his death was not habitually resident in a State of which he [at that time] was a national, succession is governed by the law of the State where he at the time of his death was habitually resident, provided that he had resided in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death. However, if at the time of death the deceased was manifestly more closely connected with the State of his nationality, the law of that State shall apply.

3 In other cases ... (as present paragraph 2).

**No 89 – Proposition du Comité ad hoc
– Proposal of the ad hoc Committee**

Article 19

1 Les dispositions de cette Convention prévalent sur celles de toutes Conventions auxquelles les Etats contractants sont Parties relatives aux successions à cause de mort, à moins qu'il n'en soit autrement convenu entre les Parties à de telles Conventions.

(Cf., par exemple, la Convention sur l'Administration des successions, article 39, alinéa premier).

ou

Cette Convention ne porte pas atteinte à l'application des dispositions de toutes Conventions auxquelles les Etats contractants sont Parties, relatives aux successions à cause de mort [à moins qu'il n'en soit autrement convenu entre les Parties à de telles Conventions].

(Cf., par exemple, la Convention sur le Mariage, article 21, alinéa premier).

2 Cette Convention ne porte pas atteinte au droit des Etats contractants de devenir Parties à une Convention contenant des dispositions de nature réciproque, ou d'adopter des règles uniformes fondées sur des liens particuliers de caractère régional ou autres entre ces Etats, en matière de successions à cause de mort.

Article 19

1 The provisions of this Convention shall prevail over the provisions of any Convention to which Contracting States are Parties relating to the succession to the estates of deceased persons, unless it is otherwise agreed between the Parties to such Convention.

(Cf. e.g. Convention on Administration of Estates, Article 39, paragraph 1)

OR

This Convention shall not affect the application of provisions of any Convention to which Contracting States are Parties relating to the succession to the estates of deceased persons [unless it is otherwise agreed by the Parties to such Convention].

(Cf. e.g. Convention on Marriages, Article 21, paragraph 1)

2 This Convention shall not affect the right of Contracting States to become a Party to a Convention containing provisions of a reciprocal nature, or to enact uniform rules based on special ties of a regional or other nature, relating to the succession to the estates of deceased persons.

No 90 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 4, paragraph 2

The designation shall be [clearly expressed] [express and contained] in a statement made in accordance with the formal requirements for a testamentary disposition or otherwise in writing in the case of an agreement within Chapter III.

No 91 – Proposition de la délégation de l'Italie

Article 7 bis

Remplacer le paragraphe 2 du Document de travail No 85 par le texte suivant:

2 Les effets de l'accord et les circonstances de l'extinc-

tion de ces effets sont régis pour chacune des personnes dont la succession est en cause par la loi qui lui est applicable au sens de l'article premier.

No 92 – Proposition des délégations de la France et de l'Italie

Article 4, paragraph 1

Ajouter la phrase suivante:

Toutefois, dans le cas où la loi désignée est celle de l'Etat dont la personne possédait, au moment de la désignation, la nationalité ou dans lequel elle avait alors sa résidence habituelle, et que, au moment du décès, cette personne ne possédait plus la nationalité de cet Etat et n'y avait plus sa résidence habituelle, la désignation ne peut avoir pour résultat de porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi de l'Etat dont le défunt, au moment de son décès, possédait la nationalité et dans lequel il avait sa résidence habituelle.

Documents de travail Nos 93 à 101

Working Documents Nos 93 to 101

Distribués le lundi 17 octobre 1988

Distributed on Monday 17 October 1988

No 93 – Proposal of the delegation of Norway

Article 19

Adopt the provision of Article 22 of the Agency Convention.

No 94 – Proposal of the delegation of Ireland

It is proposed to substitute for article 20(1) the following:

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, reserve the right to exclude agreements as to succession [within the meaning of Article 6] [as defined in Article 6] from the scope of the Convention.

No 95 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 20, paragraph 2

Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval of accession, reserve the right to refuse recognition of a designation made under Article 4(1) if such designation was made by a person who, being at his death both a national of and habitually resident in the reserving State, is at that time neither a

national of, nor habitually resident in, the State whose law was designated under Article 4(1).

Note:

This will protect the interests that the proposal in Working Document No 92 was designed to protect.

No 96 – Proposal of the delegation of Denmark

Article 19

Re Working Document No 89

1 Choose second alternative.

2 Add in paragraph 1, second line, after 'are' 'or become'.

3 Add in paragraph 2, first line, at the end 'to be or'.

4 Add in paragraph 2, third line, after 'to' 'uphold or'.

No 97 – Proposal of the delegations of the United Kingdom and the United States

Amend article 26(1) (denunciation) in Chapter V – Final Clauses of the Convention to read as follows:

A State Party to this Convention may denounce it, or Chapter III of the Convention, by a notification in writing addressed to the depositary.

Article 26(2) would remain unchanged.

Comment:

This amendment follows Article 101 of the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, which provides:

(1) A Contracting State may denounce this Convention, or Part II or Part III of the Convention, by a formal notification in writing addressed to the depositary.

The purpose of this proposal is to permit States becoming Parties to the Convention to denounce only the part dealing with pactes successoraux, either because they deem the operation of Chapter III to be unsatisfactory or because the Hague Conference has prepared and adopted a Convention dealing in a more satisfactory manner with pactes successoraux to which they may wish to become a Party.

No 98 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 14 ter

Nothing in this Convention shall prejudice the powers of States in respect of fiscal matters or matters involving the law of insolvency or matters concerning the administration of a solvent person's estate in areas falling outside the scope of Article 5, paragraph 2.

No 99 – Proposal of the delegations of Australia, the United Kingdom and the United States

Add to article 20, paragraph 1:

Such State shall not be required to recognize a designation made under Article 4 if the designation is not expressed in a statement made in accordance with the requirements for a testamentary disposition.

No 100 – Proposal of the delegation of Australia

Article 20, paragraph 2

Any State may, at the time of signature, ratification,

acceptance, approval or accession, reserve the right to refuse recognition of a designation made under Article 4(1) if –

a the law of that State would be the applicable law under Article 3 if there had been no valid choice of law made under Article 4;

b the application of the law chosen under Article 4 would totally or very substantially deprive the spouse or a child of the deceased of an inheritance or family provision to which he or she would have been entitled under the mandatory rules of the law applicable if Article 3 had applied;

c that spouse or child is an habitual resident or national of that State.

No 101 – Proposal of the delegation of Finland

Article 19

Re Working Document No 89

1 Choose second alternative for paragraph 1.

2 Delete the words in square brackets in paragraph 1.

3 Amend paragraphs 1 and 2 to read as follows:

1 This Convention does not affect any other international instrument relating to matters governed by this Convention and applicable in the relations between States Parties to that instrument to which a Contracting State is, or becomes, a Party.

2 The provisions of paragraph 1 of this Article shall equally apply to uniform legislation based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.

Document de travail No 102

Distribué le lundi 17 octobre 1988

No 102 – Proposition du Comité partiel de rédaction

Article 15

1 Les dispositions du présent article s'appliquent afin d'identifier la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 Lorsque, dans un tel Etat des règles sont en vigueur qui identifient, dans tous les cas prévus par cet article, laquelle des lois des deux ou plusieurs unités est applicable, la loi de cette unité s'applique. A défaut de telles règles, les paragraphes suivants du présent article s'appliquent.

3 Aux fins de toute référence dans la Convention ou de toute désignation par le défunt aux termes de la Convention:

a la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de la désignation ou de son décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans lequel le défunt avait, au moment déterminant, sa résidence habituelle;

b la loi de l'Etat de la nationalité du défunt au moment de la désignation ou de son décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans laquelle, au moment déterminant, le défunt avait sa résidence habituelle et, à défaut d'une

Working Document No 102

Distributed on Monday 17 October 1988

No 102 – Proposal of a part of the Drafting Committee

Article 15

1 For the purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises two or more territorial units, each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession, the provisions of this Article apply.

2 If there are rules in force in such a State identifying which law among the laws of the two or more units is to apply in any circumstance for which this Article provides, the law of that unit applies. In the absence of such rules the following paragraphs of this Article apply.

3 For the purposes of any reference in this Convention, or any designation by the deceased further to this Convention,

a the law of the State of the habitual residence of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State, in which at the relevant time the deceased had his habitual residence;

b the law of the State of the nationality of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State, in which at the relevant time the deceased had his habitual residence, and in the ab-

telle résidence habituelle, la loi de l'unité avec laquelle il avait les liens les plus étroits.

4 Aux fins de toute désignation selon la Convention par laquelle le défunt désigne la loi d'une unité de l'Etat dont au moment de la désignation ou de son décès:

a il avait la nationalité, cette désignation ne prendra effet que si le défunt avait eu à une période donnée sa résidence habituelle dans cette unité ou si, à défaut d'une telle résidence habituelle, il avait des liens étroits avec cette unité;

b il n'avait pas la nationalité, cette désignation ne prendra effet que s'il avait alors sa résidence habituelle dans cette unité ou, s'il n'avait pas alors sa résidence habituelle dans cette unité mais avait sa résidence habituelle dans cet Etat, il avait eu dans cette unité sa résidence habituelle à une période donnée.

5 Aux fins du deuxième paragraphe de l'article 3, la période de résidence exigée est atteinte lorsque le défunt avait, durant les cinq ans immédiatement après son décès, sa résidence dans cet Etat, même si pendant cette période il a résidé dans plus d'une des unités de cet Etat.

Lorsque cette période s'est écoulée et que le défunt avait sa résidence habituelle dans cet Etat à ce moment sans avoir de résidence habituelle dans une unité particulière de cet Etat, la loi applicable est la loi de l'unité dans laquelle le défunt avait résidé en dernier lieu, à moins qu'il ait eu à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité de cet Etat, auquel cas c'est la loi de cette dernière unité qui s'applique.

Article 16

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de succession, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

sence of such an habitual residence, the law of the unit with which he had his closest connection.

4 For the purposes of any designation further to this Convention whereby the deceased designates the law of a unit of the State, of which at the time of designation or death,

a he was a national, that designation is valid only if at some time he had had an habitual residence in, or in the absence of such an habitual residence, a close connection with, that unit;

b he was not a national, the designation is valid only if he then had his habitual residence in that unit, or, if he was not then habitually resident in that unit but was so resident in that State, he had had an habitual residence in that unit at some time.

5 For the purposes of Article 3, paragraph 2, the required period of residence is attained when the deceased for the five years immediately preceding his death had his residence in that State, notwithstanding that during that period he resided in more than one of the units of that State.

When the period has been attained, and the deceased had an habitual residence in that State at that time, but no habitual residence in any particular unit of that State, the applicable law is the law of that unit in which the deceased last resided, unless at that time he had a closer connection with another unit of the State, in which case the law of that other unit applies.

Article 16

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Distribués le mardi 18 octobre 1988

Distributed on Tuesday 18 October 1988

No 103 – Texte proposé par le Comité de rédaction

AVANT-PROJET DE CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX SUCCESSIONS À CAUSE DE MORT

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

- 1 La présente Convention détermine la loi applicable aux successions à cause de mort.
- 2 La Convention ne s'applique pas:
 - a à la forme des dispositions à cause de mort;
 - b à la capacité de disposer à cause de mort;
 - c aux questions relevant du régime matrimonial;
 - d aux droits et biens créés ou transférés autrement que par succession, tels que propriété conjointe de plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, plans de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.

Article 2

La Convention est applicable même si la loi qu'elle désigne est celle d'un Etat non contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

- 1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de cet Etat.
- 2 La succession est également régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, s'il avait résidé dans cet Etat pendant une période d'au moins cinq ans précédant immédiatement son décès. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, si le défunt avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'Etat dont il possédait alors la nationalité, la loi de cet Etat est applicable.
- 3 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 3 bis

Si la loi applicable en vertu de l'article 3 est celle d'un

No 103 – Text proposed by the Drafting Committee

DRAFT CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION TO THE ESTATES OF DECEASED PERSONS

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

- 1 This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.
- 2 The Convention does not apply to –
 - a the form of dispositions of property upon death;
 - b capacity to dispose of property upon death;
 - c issues pertaining to matrimonial property;
 - d property rights, interests or assets, created or transferred otherwise than by succession, such as in joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

The Convention applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

- 1 Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State.
- 2 Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies.
- 3 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at the time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of that other State applies.

Article 3 bis

If the law applicable according to Article 3 is that of a

Etat non contractant et que la règle de conflit de cet Etat désigne, pour tout ou partie de la succession, la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 4

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.

2 Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'existence et la validité du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée. Si d'après cette loi la désignation n'est pas valable, la loi applicable à la succession est déterminée par application de l'article 3.

3 La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition à cause de mort.

4 Pour l'application du présent article, la désignation d'une loi est considérée, sauf précision expresse contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

Article 5

1 La loi applicable régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.

2 Cette loi régit :

a la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;

b l'exhérédation et l'indignité successorale;

c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;

d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;

e la validité au fond des dispositions testamentaires.

3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un Etat contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet Etat comme étant soumises à la loi successorale.

Article 4 bis

Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats. Toutefois, ce choix ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 4, paragraphe premier.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 6

Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord, fait par écrit ou résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans con-

non-Contracting State, and if the choice of law rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State which would also apply that law, the law of that other State applies.

Article 4

1 A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation shall be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation must be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

3 The revocation of such a designation by its maker must comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

4 For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died wholly or partially testate or intestate.

Article 5

1 The applicable law governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

2 This law governs –

a the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b disinheritance and disqualification by conduct;

c any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e the material validity of testamentary dispositions.

3 Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

Article 4 bis

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate. However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 4, paragraph 1.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 6

For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement created in writing or resulting from mutual wills which, with or without considera-

tre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'accord.

Article 7

1 Lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Si, selon cette loi, le pacte n'est pas valide, sa validité sera néanmoins admise si elle l'est par la loi qui, au moment du décès, est applicable à la succession en vertu des articles 3 ou 4. Cette même loi régit alors les effets du pacte et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

Article 7 bis

1 Lorsque le pacte concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 4, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où le pacte a été conclu.

2 Les effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois.

Article 8

Les parties peuvent convenir, par une désignation expresse, de soumettre le pacte quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 9

1 La validité au fond d'un pacte successoral valide selon la loi prévue aux articles 7, 7 bis ou 8 ne peut être contestée pour le motif que la loi prévue aux articles 3 ou 4 considérerait ce pacte comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi prévue aux articles 7, 7 bis ou 8 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie au pacte et qui, en vertu de la loi prévue aux articles 3 ou 4, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

No 104 – Texte proposé par le Comité de rédaction

(suite du Document de travail No 103)

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 9 bis

Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions incompatibles ou ne la règlent

tion, creates, varies or terminates rights in the future estate or estates of one or more persons parties to such agreement.

Article 7

1 Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, are determined by the law which under Article 3 or 4 would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

2 If under that law the agreement is invalid, it is nevertheless valid if it is valid under the law which at the time of death is the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 4. The same law then governs the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

Article 7 bis

1 Where the agreement involves the estate of more than one person, the agreement is materially valid only if it is valid under all the laws which, according to Article 3 or 4, would have governed the succession to the estate of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

2 The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

Article 8

The parties may agree by express designation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State of which the person or any one of the persons whose future estate is involved is a national or in which he has his habitual residence at the time of the conclusion of the agreement.

Article 9

1 The material validity of an agreement valid under the law applicable according to Article 7, 7 bis or 8 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law applicable according to Article 3 or 4.

2 However, the application of the law applicable according to Article 7, 7 bis or 8 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 4 has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

No 104 – Text proposed by the Drafting Committee

(continuation of Working Document No 103)

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 9 bis

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, the succession to each of those

pas du tout, la succession de chacune de ces personnes est dévolue comme en cas de prédécès des autres personnes.

Article 10

1 Quand un trust est créé par disposition à cause de mort, l'application à la succession de la loi prévue par la Convention ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le trust. Réciproquement l'application au trust de la loi qui le régit ne fait pas obstacle à l'application à la succession de la loi qui la régit en vertu de la Convention.

2 Les mêmes règles s'appliquent par analogie aux fondations et institutions similaires créées par disposition à cause de mort.

Article 11

La loi applicable en vertu de la Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certaines entreprises, immeubles ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

Article 12

Lorsque, selon la loi applicable en vertu de la Convention, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition à cause de mort, ni personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

Article 13

Au sens de la Convention, et sous réserve de l'article 3 bis, le terme loi désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 14

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

No 105 – Texte proposé par le Comité partiel de rédaction

(suite des Documents de travail Nos 103 et 104)

Article 15

1 Les dispositions du présent article ont pour objet d'identifier la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 En présence de règles en vigueur dans un tel Etat identifiant, dans tous les cas prévus à cet article, l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique. En l'absence de telles règles, les paragraphes suivants du présent article sont applicables.

3 Lorsqu'il est fait mention d'une loi dans la Convention ou dans la désignation faite par le défunt conformément à celle-ci,

a la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans lequel le défunt avait, au moment déterminant, sa résidence habituelle;

persons devolves as if each had predeceased the other or others.

Article 10

1 Where a trust is created in a disposition of property upon death, the application to the succession of the law determined by the Convention does not preclude the application of another law to the trust. Conversely, the application to a trust of its governing law does not preclude the application to the succession of the law governing succession by virtue of the Convention.

2 The same rules apply by analogy to foundations and corresponding institutions created by dispositions of property upon death.

Article 11

The law applicable under the Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises, immovables or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

Article 12

Where under the law applicable by virtue of the Convention there is no heir, devisee or legatee under a disposition of property upon death, and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

Article 13

In this Convention, and subject to Article 3 bis, law means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 14

The application of a law determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

No 105 – Text proposed by the Drafting Committee

(continuation of Working Documents Nos 103 and 104)

Article 15

1 For the purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises two or more territorial units, each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession, the provisions of this Article apply.

2 If there are rules in force in such a State identifying which law among the laws of the two or more units is to apply in any circumstance for which this Article provides, the law of that unit applies. In the absence of such rules the following paragraphs of this Article apply.

3 For the purposes of any reference in this Convention, or any designation by the deceased pursuant to this Convention,

a The law of the State of the habitual residence of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State, in which at the relevant time the deceased had his habitual residence;

b la loi de l'Etat de la nationalité du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans laquelle, au moment déterminant, le défunt avait sa résidence habituelle et, à défaut d'une telle résidence, la loi de l'unité avec laquelle il avait les liens les plus étroits.

4 Lorsqu'il en est fait mention dans la Convention, la loi de l'Etat des liens les plus étroits signifie la loi de l'unité de cet Etat avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

5 Sous réserve de l'article 4 *bis*, si le défunt a désigné, conformément à la Convention, la loi de l'unité d'un Etat et si, au moment de la désignation ou de son décès,

a il possédait la nationalité de cet Etat, cette désignation est valable seulement s'il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité ou si, à défaut d'une telle résidence, il avait eu un lien étroit avec cette unité; ou si

b il ne possédait pas la nationalité de cet Etat, cette désignation est valable seulement s'il avait alors sa résidence habituelle dans cette unité ou, dans le cas où il n'avait pas eu alors sa résidence habituelle dans cette unité mais l'avait eu dans cet Etat, il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité.

6 Si, dans le cas de l'article 4 *bis*, le défunt a désigné pour certains de ses biens la loi d'un Etat défini au paragraphe premier du présent article, il est présumé, sauf preuve contraire, que cette loi est celle de l'unité dans laquelle les biens sont situés.

7 Pour l'application du paragraphe 2 de l'article 3, la période de résidence requise est atteinte lorsque le défunt avait, durant les cinq ans précédant immédiatement son décès, sa résidence dans cet Etat, même si pendant cette période il a résidé dans plus d'une des unités de cet Etat.

Lorsque cette période s'est écoulée et que le défunt avait sa résidence habituelle dans cet Etat à ce moment sans avoir de résidence habituelle dans une unité particulière de cet Etat, la loi applicable est la loi de l'unité dans laquelle le défunt avait résidé en dernier lieu, à moins qu'il ait eu à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité de cet Etat, auquel cas c'est la loi de cette autre unité qui s'applique.

Article 16

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la présente Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de succession, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

Article 17

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit différents ou des règles différentes s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits de lois concernant uniquement ces différents systèmes.

Article 18

1 La présente Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat.

b The law of the State of the nationality of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State, in which at the relevant time the deceased had his habitual residence, and in the absence of such an habitual residence, the law of the unit with which he had his closest connection.

4 For the purposes of any reference in this Convention, the law of the State of closest connection means the law of that unit of the State with which the deceased was most closely connected.

5 Subject to Article 4 *bis*, for the purposes of any designation pursuant to this Convention whereby the deceased designates the law of a unit of the State, of which at the time of designation or death,

a he was a national, that designation is valid only if at some time he had had an habitual residence in, or in the absence of such an habitual residence, a close connection with, that unit;

b he was not a national, the designation is valid only if he then had his habitual residence in that unit, or, if he was not then habitually resident in that unit but was so resident in that State, he had had an habitual residence in that unit at some time.

6 For the purposes of any designation under Article 4 *bis* with regard to particular assets whereby the deceased designates the law of a State, as defined in paragraph 1, it is presumed that, subject to evidence of contrary intent, the designation means the law of the unit in which the assets are situated.

7 For the purposes of Article 3, paragraph 2, the required period of residence is attained when the deceased for the five years immediately preceding his death had his residence in that State, notwithstanding that during that period he resided in more than one of the units of that State.

When the period has been attained, and the deceased had an habitual residence in that State at that time, but no habitual residence in any particular unit of that State, the applicable law is the law of that unit in which the deceased last resided, unless at that time he had a closer connection with another unit of the State, in which case the law of that other unit applies.

Article 16

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Article 17

A Contracting State in which different systems of law or rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts solely between the laws of such different systems.

Article 18

1. The Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after the Convention has come into force for that State.

2 Lorsque le défunt avait, avant l'entrée en vigueur de la présente Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à sa succession, cette désignation y sera considérée comme valable si elle répond aux conditions posées à l'article 4.

3 Lorsque les parties à un pacte successoral avaient, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à ce pacte, cette désignation y sera considérée comme valable si elle répond aux conditions de l'article 8.

Article 19

1 [La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, lorsque ces instruments sont applicables seulement aux personnes qui possèdent la nationalité d'un Etat Partie auxdits instruments ou qui y ont leur résidence habituelle.]

[La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie, qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention et qui sont applicables seulement dans les relations entre Etats qui y sont ou seront Parties.]

2 Le paragraphe premier du présent article s'applique également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

2 Where at a time prior to the coming into force of the Convention in that State, the deceased has designated the law applicable to his succession, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 4.

3 Where at a time prior to the coming into force of the Convention in that State the parties to an agreement as to succession have designated the law applicable to that agreement, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 8.

Article 19

1 [The Convention does not affect any other international instrument to which a Contracting State is, or becomes, a Party, which contains provisions on matters governed by this Convention, in so far as such instrument only applies to persons who are nationals of or have their habitual residence in a State Party to such instrument.]

[The Convention does not affect any international instrument to which a Contracting State is, or becomes, a Party, which contains provisions on matters governed by this Convention, and which only applies in the relations between States which are, or become, Parties to such instrument.]

2 Paragraph 1 of this Article also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States.

Document de travail No 106

Working Document No 106

Distribué le mardi 18 octobre 1988

Distributed on Tuesday 18 October 1988

**No 106 – Proposition de la délégation de la France
– Proposal of the delegation of France**

Article 19

Rajouter à l'article 19, paragraphe 1:

Sauf déclaration contraire des Etats intéressés, la Convention ne déroge pas ...

Article 19

Add to article 19, paragraph 1:

In the absence of a declaration to the contrary by the interested States, the Convention does not derogate ...

Procès-verbaux
de la Deuxième Commission

Minutes
of the Second Commission

Procès-verbal No 1

Minutes No 1

Séance du lundi 3 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Monday 3 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 20 sous la présidence de M. Schultsz (Pays-Bas), Président de la Seizième session.

M. Schultsz (Président de la Seizième session) ouvre la première séance de la Commission II en proposant aux délégués d'élire M. von Overbeck (Suisse) à la présidence de cette Commission. Ce dernier est élu par acclamation.

Le Président remercie de l'honneur que cette nomination lui fait, et souhaite la bienvenue aux délégations des nouveaux Pays membres de la Conférence, la Chine, le Chili, la Hongrie, le Mexique. Il accueille aussi les nouveaux délégués des anciens Etats membres. Il propose aux délégués d'élire M. Boggiano (Argentine) à la Vice-présidence. Celui-ci est élu par acclamation. De même, M. Waters (Canada) est élu Rapporteur par acclamation sur proposition du Président.

Le Président passe alors à la question de la nomination du Comité de rédaction. Il propose aux délégués de reconduire l'ancien Comité: M. Boggiano (Argentine) à la présidence, M. Lagarde (France), M. Philip (Danemark), M. Duchek (Autriche), M. Waters (Canada). Le Comité de rédaction ainsi composé est élu par acclamation.

Le Président aborde alors la question de la composition de la Commission sur les clauses fédérales. Il propose la composition suivante: M. Scoles (Etats-Unis) Président, Mme Borrás Rodríguez (Espagne), M. Hayton (Royaume-Uni), M. Talpis (Canada), M. Edwards (Australie). La Commission est élue par acclamation.

Le Secrétaire général précise que si un Etat souhaite siéger en plus dans cette Commission, sa demande pourra toujours être prise en compte sans difficulté.

Le Président rappelle aux délégués qu'ils sont priés de ne pas parler trop vite afin de faciliter la tâche des interprètes, puis introduit les débats au fond concernant l'avant-projet en ouvrant une brève discussion afin de préciser les points nouvellement apparus depuis les derniers travaux d'une part, et les questions éventuelles des nouveaux délégués non représentés antérieurement.

The Reporter said he supported the programme suggested by the Chairman.

The Chairman asked for new comments about the Convention to be put forward.

M. Lescaze (Suisse) rappelle le caractère inséparable des questions portant sur les conflits de lois et de celles portant sur la compétence internationale des autorités. Il se demande s'il ne serait pas opportun que la Conférence élabore, pour plus d'efficacité, un texte sur la

compétence internationale en matière successorale. Il évoque à cet égard deux possibilités. Premièrement, attendre la ratification de la Convention sur la loi applicable aux successions pour élaborer un texte conventionnel sur la compétence, ou, deuxièmement, élaborer un texte conventionnel sur la compétence internationale avant la ratification de la Convention sur la loi applicable, précisément de façon à faciliter cette ratification, compte tenu de la complémentarité des deux questions.

Le Président note que la question de l'élaboration d'une convention sur la compétence internationale en matière de successions se pose sûrement, mais qu'il a antérieurement semblé impossible de traiter les deux questions dans le cadre de cette session. Il ouvre alors la discussion sur l'opportunité de l'inscription d'une telle proposition au programme de la Commission I, devant se tenir la semaine prochaine.

M. Picone (Italie) reconnaît le bien-fondé de la position du Délégué suisse. Il avoue cependant que les questions de compétence ne sont pas les seules qui soient liées aux travaux actuels sans en faire partie pour autant. Il mentionne à titre d'exemple la question de l'administration des successions. Il rappelle cependant la décision prise à l'origine des présents travaux de diviser ces différents aspects. Il conclut en avouant qu'il craint qu'aborder de tels sujets dans le cadre des débats actuels risque de bloquer les travaux, et qu'il préfère en tout cas que ces autres questions soient reprises après qu'on ait vérifié le degré d'adhésion à la présente Convention.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) craint elle aussi que l'adoption d'une telle proposition en ce moment n'aboutisse à un échec pour les objectifs poursuivis par la présente Convention.

Mr Savolainen (Finland) said that whilst understanding the Swiss paper and having some sympathy with the idea of dealing with the problem of jurisdiction he questioned whether the present Commission had a mandate to discuss this issue. From the inception of the Commission dealing with succession their mandate had been the applicable law and this should not be widened to discuss jurisdiction. Furthermore the question of jurisdiction is a policy question and it may not even lie with the Hague Convention to decide this point but it clearly does not fall within the ambit of the present Commission.

The Chairman agreed that the present Commission should not make any decision concerning jurisdiction but felt that an informal exchange of views would be of use.

Mr Duchek (Austria) said that he had understood the Swiss delegation wanted to discuss the issue of jurisdiction in the First Commission and agreed that the Hague Conference on succession should not step into this area. He pointed out that the Second Commission already had many problems to discuss and that jurisdiction should only be discussed if it becomes necessary later on.

Mr Scoles (United States of America) suggested that the relationship between jurisdiction and administration is very complex. The resolution of this problem should be left until after the present Convention was complete, at that point it might well be pertinent to discuss the relationship between these two problems, possibly with a view to their resolution in another convention. He argued that a full discussion of this issue was now rather premature.

Mr Ružička (Czechoslovakia) wished to support the inclusion of an article dealing with jurisdiction. He pointed out that he had supported the idea of including jurisdiction in this present Convention when it was first discussed.

Mr Struycken (Netherlands) wished to agree with Mr Scoles of the United States of America and Mr Duchek from Austria that the present Convention was not the place to discuss this problem but that it could usefully be returned to at a future date.

Le Président conclut en proposant d'achever le travail sur les conflits de lois, pour n'entreprendre l'élaboration d'une convention sur la compétence qu'en cas de succès remporté par le premier texte.

M. Talpis (Canada) appelle l'attention des délégués sur le fait que ni la Convention, ni l'avant-projet, n'ont évoqué le problème d'une éventuelle iniquité qui pourrait résulter de l'application de lois différentes au régime matrimonial d'une part, et à la succession d'autre part. Selon lui, l'absence d'obligation, pour le juge saisi d'une question successorale, de prendre en considération une autre loi afin de vérifier si l'application de la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle conduirait à un résultat manifestement injuste, est une carence qui peut être évitée au moyen d'une disposition spéciale incorporée dans la présente Convention. Il souhaite donc que la Convention prévoie un mécanisme pour éviter de telles injustices.

Le Président s'interroge avec le Délégué du Canada sur les possibilités de remèdes au cas où le dépeçage d'une situation juridique entre la loi du régime matrimonial et la loi de succession aboutit à une solution injuste.

Mr Scoles (United States of America) shared the concern expressed by Mr Talpis of Canada that inequitable division of property might occur if the conflict between for example matrimonial property law and the laws of succession were not resolved. The difficulty was particularly acute where the law applying at death was different to that applying to matrimonial property. In such cases some form of adjustment was necessary in order to make the distribution of property fair. How each State approaches this and, in particular, when they take account of matrimonial property is a problem for the internal laws of that State. He pointed out that many English and Commonwealth countries have gone a long way to resolving the problem by enacting provisions which would take account of what the surviving spouse would have received had divorce occurred immediately previous to the death of the other party.

He wished it noted that whilst he recognized the problems which arose he would argue that no solution ought to be included in the present Convention. The question should rather be left open to the internal laws of the State to resolve. So that flexibility could be maintained he argued that the Convention should not preclude the use of provisions such as that referred to above but to include them in the Convention would require too much time for discussion and might jeopardise the acceptability of the Convention as a whole in certain States.

Mr Hayton (United Kingdom) said that he agreed that the internal law of each country should decide this issue. For example in Britain if someone dies without making provision for the family, the court will look at the case as a whole and will see how much property was transferred during the lifetime of the individual or how the property might have been divided were the parties di-

vorced. Other countries might take account of different external factors. Some of the civil law countries have a *légitime* and may have set rules as to which external factors assess the size of each *légitime*. In these circumstances we ought to allow each State, when legislating to ratify this Convention, to clarify their internal laws. He felt it important that the Convention did not enforce a particular decision on all States.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) estime que le véritable problème découle du fait que le régime matrimonial résulte d'un acte effectué par deux personnes, alors que la loi successorale résulte du décès d'une seule de ces personnes. Il considère en conséquence que tout changement dans la situation du conjoint survivant résultant uniquement du changement de loi applicable à la succession ne devrait pas être possible sans l'accord dudit conjoint survivant.

M. Talpis (Canada) souligne que la question du résultat injuste ne se pose pas seulement dans le cas de dépeçage d'une situation entre la loi du régime matrimonial et celle de la succession. Il craint d'ailleurs que l'absence de prise en considération de tels problèmes ne rende illusoire la règle de conflit en matière de succession. Il souhaite donc que la possibilité pour le juge saisi d'effectuer certains correctifs à la règle de conflit conventionnelle apparaisse expressément dans la Convention.

Le Président constate que le Délégué canadien propose que le juge puisse procéder à une adaptation des législations applicables sans que cette adaptation soit obligatoire.

M. Talpis (Canada) précise qu'il souhaite que le juge puisse, en vertu du texte conventionnel, tenir compte des résultats de l'application de la loi successorale afin de procéder à une adaptation.

Mr Wang Houli (China) reminded delegates that this was the first time the Chinese delegation had participated in the Diplomatic Session of the Hague Conference on private international law. On behalf of the Chinese delegation he wished to convey their cordial congratulations to Mr von Overbeck on his election as Chairman of the Second Commission. He said that the Chinese delegation was convinced that under Mr von Overbeck's able and experienced leadership the Session would be sure to achieve success. He also wished to thank the Government of the Kingdom of the Netherlands for the great contribution it had made to the Conference and for the hospitality it had provided for the Chinese delegation.

He noted that the conflict of law on succession was a problem of common concern to all States, and that its solution by the formulation of a unified law would prove to be a positive influence on the international exchange of personnel and the co-operation in questions of law among all States. He said that the Chinese delegation realized that because of the great differences in both legal tradition and legal systems, and because succession is a sensitive issue which involves many detailed provisions, a rational solution acceptable to all States is very difficult. He recognized the Hague Conference on private international law had made great efforts over the years in this respect and that they had submitted quite a good draft Convention which overcame many of the difficulties arising from this problem. He wished to take this opportunity to express his appreciation of the contributions made by representatives of all States and in particular those of the Reporter of the Convention, Mr Waters, for the formulation of the preliminary draft

Convention.

Furthermore he noted that the provisions of the Convention were still not quite satisfactory to all the participants and that there were differences between the provisions of the Convention and the legal systems of many States, including China. He wished to express the willingness of the Chinese delegation to join the representatives and experts of other States in the continued exploration of all possibilities in the further improvement of the Convention. He said that the Chinese delegation believed that with active co-operation and friendly consultation it was possible to find proper solutions to the differences between the laws and regulations of all States, and the principles of the applicable law to be affirmed by the Convention.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) note qu'avec le droit des successions, il est possible de poser toutes les questions du droit international privé qui demandent une réglementation spéciale, pas seulement le régime matrimonial, mais aussi d'autres questions comme celles des courants ou de la question préalable à la filiation. La solution, à son avis, ne doit pas venir avec l'article 5.3. Elle souhaite que les délégués s'interrogent sur la question du domaine de la loi applicable et note en particulier que l'article 5 *d* lui semble déséquilibré. Elle souhaite aussi la suppression de l'article 5.3.

Le Président renvoie cette question à un examen ultérieur.

M. Picone (Italie) reconnaît la pertinence des remarques du Délégué canadien, mais avoue être contre sa proposition pour plusieurs raisons: tout d'abord, elle nécessiterait une étude préalable très approfondie des solutions suivies dans la pratique des différents Etats. Deuxièmement, il estime que l'on ne peut se prononcer tant qu'une proposition concrète, précise et écrite n'a pas été déposée. Enfin il souligne que dans ce genre de situations, c'est le contenu des lois qui pose problème, et qu'il s'agit là d'un problème d'adaptation qui ne peut être réglé par une formule générale. Il considère pour sa part que le juge saisi n'a pas besoin que la Convention lui donne expressément ce pouvoir d'adaptation. Il rappelle au demeurant que son Gouvernement avait, pour sa part, proposé d'approfondir aussi le problème des questions préliminaires, mais qu'il n'insiste pas sur cette proposition si la Commission ne croit pas pouvoir parvenir à des solutions unitaires.

Le Président demande au Délégué canadien de bien vouloir faire une proposition écrite.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) admet le bien-fondé des observations du Délégué canadien. Elle estime que s'il y a lieu de faire une adaptation, c'est le statut successoral qui doit être adapté, car le statut matrimonial, même s'il a subi une mutation, a été appliqué pendant la durée du mariage. Elle souhaite l'insertion dans la Convention d'une formule permettant l'adaptation de la loi successorale, formule éventuellement vague, mais dont l'absence interdirait, selon elle, toute adaptation, au juge chargé d'appliquer la Convention.

Mr Boggiano (Argentina) pointed to four possible solutions to the grave problem of adjustment. First, the Convention could leave the question open to the *lex fori*. Secondly, the Convention could solve the problem within the Convention and give priority to the applicable succession law. Thirdly, the Convention could solve the problem within the Convention and give priority to the law which regulates matrimonial property. Fourthly, the

Convention could draft a special substantive rule to deal with the difficulties of adjustment.

He argued that it was too late for the Convention to embark on this work and that the solution to the problem should be left to the internal laws of each State and to the judges' interpretation of those laws.

M. Talpis (Canada) propose d'illustrer ses remarques antérieures par un exemple: il note que dans certains cas, l'article 11 de la Convention pourrait conduire à l'application exceptionnelle de la *lex situs*, en vertu de laquelle la ferme familiale irait à un enfant; que dans ce cas, si la loi successorale, quant à elle, donne la même part à tous les enfants, et que ceux-ci (la ferme familiale étant par hypothèse le seul bien successoral) ne peuvent rien obtenir, alors aucune coordination n'est possible pour régler cette injustice.

Le Président demande si d'autres questions veulent être posées, et donne la parole au Délégué australien.

Mr Edwards (Australia) wished to take advantage of the suggestion from the Chairman that each of the new delegations to the Special Commission should make a brief statement on their approach. He stated that the matter before the Commission was of considerable importance to a country like Australia, with a significant and growing migrant population, and a business and professional sector that was becoming increasingly mobile. For these reasons he said that Australia welcomed the possibility of the Commission reaching agreement on the terms of the Convention to govern the law applicable to succession to the estates of deceased persons. Despite the fact that Australia had not participated in the work of the Special Commission, he said it had followed the deliberations of that Commission with considerable interest. In acknowledging the excellent work of the Special Commission, he and the Australian delegation, looked forward to participating constructively in the work of the Commission, particularly in resolving outstanding areas of major importance to the success of the Convention that he hoped would emerge from the deliberations.

He noted that Australia shared the view of many other delegates, that the success of any convention would depend largely on the satisfactory accommodation of the various competing interests in the formulation of agreed texts for articles 3 and 4. As regards article 3, he welcomed the recognition in the draft text of the importance of habitual residence as a connecting factor. He believed, however, that the acceptability of article 3 would be enhanced by some relaxation of the five-year rule to accommodate exceptional cases in which the operation of that rule would fail to recognize the situation of the deceased.

He saw the principle underlying article 4 as providing a necessary complement to article 3, in admitting of a choice of law in certain circumstances for the testator. He considered that the choice could be usefully enlarged to permit a wider choice both as to conditions of the validity of the choice, and the law which may be chosen, especially in relation to immovables.

Finally, he considered it to be of special importance that the Convention be so framed as to give appropriate recognition to the need for the operation of laws making provision for the family of the deceased to be maintained.

Le Président précise les horaires des séances: celles du matin auront lieu de 9 h. 30 à 12 h. 30, celles de l'après-midi de 15 h. à 18 h. Il ouvre alors la discussion sur l'article premier de l'avant-projet.

M. Struycken (Pays-Bas) avoue hésiter sur la signification de l'article 1.2 *b* qui exclut du domaine de la Convention la capacité de disposer à cause de mort. Il estime que cette disposition signifie que les vices du consentement sont éliminés du domaine de la loi successorale. Or cela lui semble difficilement compatible avec l'article 5, paragraphe 2 *e*. Il s'interroge sur la nécessité de la question soulevée par le Rapporteur dans le Rapport au No 19. Pour lui, si on parle de capacité, c'est bien de capacité en général (mineur, malade mental, femme mariée dans certains pays).

M. Moura Ramos (Portugal) attire l'attention de la Commission sur le libellé du paragraphe premier de l'article premier. En effet, bien que celui-ci dispose que la présente Convention détermine la loi applicable aux successions à cause de mort, le fait est qu'à l'article 5 on procède à une énumération qui semble être exhaustive des questions régies par la loi applicable. On ne suit pas ici la voie adoptée par plusieurs Conventions de La Haye, notamment les plus récentes, où l'inventaire des questions régies par la loi applicable n'est qu'à titre exemplaire. D'après le texte actuel de l'article 5, paragraphe 2, il semble ainsi que les seules questions qui tombent dans le domaine de la Convention sont celles qui y sont prévues. Il vaut mieux, donc, de ne pas laisser apparaître à l'article premier une idée différente.

Le Président reconnaît la pertinence de la remarque, et demande s'il ne faudrait pas préciser l'article 1.1 en ajoutant à la fin «telle qu'elle est déterminée par l'article 5».

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) estime que l'on ne peut faire entrer la capacité dans l'article 5, alinéa 3, si cette question est exclue à l'article premier et se demande s'il ne vaudrait pas mieux appliquer la même loi à cette question qu'à celle qui régit la succession.

Le Président envisage l'hypothèse où on ne dirait rien sur la capacité à l'article 1.2 *b*, quitte à donner quelques précisions lors de la rédaction de l'article 5.

Mr Hayton (United Kingdom) thought that the meaning of the language in a testamentary disposition should be excluded from the Convention because article 3 points to time of death as being the applicable law whereas when one looks at the language in a will one must look at the law at the time that will was drawn up. For example if an individual leaves property to his or her children and under the laws then applicable the word 'children' might mean 'lawful children' but when death occurs twenty years later, possibly even in another State, the word 'children' might mean 'all children whether legal or not'. To interpret how the testator intended the property to be distributed and therefore what the language in a will means, one must surely look to the law at the time he used the language. It ought therefore to be excluded from the Convention. If this were done the Commission would have to decide whether or not to define the words 'testamentary disposition' in a separate article.

The Chairman pointed out that in this area there was a difference between common law and civil law countries. Civil lawyers would say that the testator had in view children existing at the time of death. He recognized that it was a difficult point.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) s'estime en accord avec l'interprétation du Président. Elle craint ce-

pendant que l'absence de référence à la question de l'interprétation dans le texte de la Convention ne risque d'entraîner pour conséquence l'exclusion de l'application de la loi successorale à cette question sur le fondement de l'article 5.

The Reporter noted that the common law system and the civil law system came to the problem from different directions. He therefore tried to clarify Mr Hayton's point by use of an example. He said that if an individual is born and brought up in the State of Quebec but later moved to the State of Saskatchewan and after having lived there for more than five years he makes a will and then dies, under the Convention Saskatchewan law would normally apply. If, however, the testator uses words such as '*usufruit*' which are not recognized in Saskatchewan but are normal in Quebec then in order to decide what the testator meant the court would have to look to the laws of Quebec. That is Mr Hayton's problem.

Mr Boggiano (Argentina) argued that there ought to be a special rule governing this problem in the Convention. He said that the question of the meaning of the language should normally be one for the *lex successionis* unless it was obvious that the testator had another law in mind.

M. Talpis (Canada) considère que la question de l'interprétation de la volonté du défunt dépend de la position de chaque Etat et qu'il n'existe sur ce point aucune solution uniforme.

M. Lagarde (France) appelle l'attention des délégués sur le fait que le mot «interprétation» peut avoir plusieurs significations. Tout d'abord, il souligne que l'attitude normale d'un juge face à un vieux testament consiste à chercher *en fait* la volonté du testateur. C'est là une question d'interprétation de fait. Mais il peut se poser, souligne-t-il, une question d'interprétation *de droit*: ce type de question voit le jour en cas d'existence de règles de droit gouvernant l'interprétation d'un testament. Il considère pour sa part que, si la preuve de l'existence de telles règles de droit concernant l'interprétation de testaments n'est apportée par aucune délégation, il est probablement préférable de s'en rapporter sur cette question à la sagesse des juges.

Mr Philip (Denmark) asked what the Commission was discussing. He asked whether there was an amendment to article 1 which would exclude this area from the Convention.

The Chairman explained that the problem had been raised by Mr Hayton from the United Kingdom and suggested that he and Mr Boggiano of Argentina ought to draft something to put before the Commission.

Mr Boggiano (Argentina) explained that in some systems of law the question of interpretation should be made according to the words of the testator alone whilst in others certain rules or methods of interpretation were used.

Mr Savolainen (Finland) said he found the present discussion somewhat difficult to follow because in Finland interpretation of wills simply means discovering the intentions of the testator. In listening to the discussion he had discovered that some other States do not have such a simple solution and would therefore support a specific provision which would exclude the questions of interpretation from the scope of application of the Convention, but he would not like a special rule relating to the law applicable to interpretation of wills.

Mr Scoles (United States of America) asked what was interpretation and what was construction, he saw a large grey area between the two. He said that in article 5(2)(e) the Commission had tried to resolve this problem by saying what was included in the Convention. He felt that that solution was as close as the Commission should come to excluding testamentary interpretation and said he would prefer to leave the situation as it was.

Mr Hayton (United Kingdom) argued that to remove the distinction between matters of interpretation and construction it was necessary to determine the meaning of the language used. To illustrate the difficulty he gave two examples: if an individual left property to A and his children this may mean that A takes the fee simple absolute and it only passes to his children on his death or that A and the children are all co-owners. In the second example he returned to his original situation where an individual left property 'to my children' and asked whether this meant to the legal children only or does it include both lawful and unlawful children. The resolution of these problems might depend either on which State's law is used or on the time at which that decision is made. He felt that the common law and civil law countries were approaching the difficulty from different ends of a telescope. In common law countries the court would say that the language of State A had been used and therefore the laws of State A should be used to interpret the will, whereas the civil law States would say that the applicable rules are those of State B but find that State B's laws say that one has to look to State A in order to interpret the words. Therefore each legal system reaches the same position but by a different route.

He said that despite the fact that the different legal systems both came to the same conclusion, practitioners in these States might misinterpret or misunderstand what the Commission had intended; therefore the intentions of the Commission should be clarified by changing the present draft.

M. Picone (Italie) estime que les règles d'interprétation sont toujours des règles juridiques, mais s'interroge sur la question de savoir si la désignation par le testateur d'une loi devant servir à l'interprétation d'un testament constitue bien dans la plupart des cas un problème relevant du domaine des conflits de lois. En effet, dans plusieurs cas, on peut voir dans cette désignation une référence à la loi choisie qui n'est pas d'ordre conflictuel mais de caractère matériel: le testateur a toujours la possibilité d'exprimer le contenu de sa volonté par référence à une loi étrangère: c'est par le biais de cette construction que, comme il a été noté par le Délégué du Royaume-Uni, les pays de *civil law* parviennent dans la plupart des cas aux mêmes résultats que les pays de *common law*, tout en soumettant en principe la question d'interprétation d'un testament à la loi successorale. Etant donné que la question de l'interprétation de la volonté du testateur consiste toujours à connaître ce qu'a voulu dire réellement le testateur, et que cela ne se laisse pas résoudre aisément par une formule unitaire, il est douteux qu'il soit vraiment utile d'insérer des règles explicites et rigides sur la valeur à attribuer au choix ou à l'utilisation du langage d'une loi déterminée par le testateur.

Le Président estime que ces questions devraient se poser dans le cadre de l'étude de l'article 5, avec si possible des propositions concrètes.

Mr Duchek (Austria) thought it would be unnecessary and inadvisable to have a special rule concerning in-

terpretation. He considered that the example given by the distinguished United Kingdom Delegate had nothing to do with the applicable legal system but rather was a case of the interpretation of the testator's wishes. He did not perceive it as an international problem and therefore he would not pursue the question.

Mr Rognlien (Norway) pointed out that article 5 did not give an exhaustive list but only covered the most important examples so that if something were not expressly mentioned in article 5 it might still fall within the scope of the Convention in accordance with article 1(1). He further pointed out that article 5(2)(e) might be interpreted to permit the Convention to cover the rules of capacity, which are excluded by article 1(2)(b).

He brought the attention of the Commission to a point of drafting. In the English text article 1(2)(a) and (b) include the words 'disposition of property upon death', but to speak of 'property on death' is both peculiar and meaningless. He therefore asked the Drafting Committee whether 'property' could be deleted. This request was particularly important in view of the fact that in the title to the Convention the word 'estate' is used. In article 1 the word 'property' is used and in article 5 the word 'assets' is used and he would understand 'property' as being a narrower concept than the other two.

The Chairman asked whether the German Delegate intended to delete article 1(2)(b) of the Convention.

Mr Mádl (Hungary) said that the suggestion was reasonable.

Mr Philip (Denmark) asked whether by deleting article 1(2)(b) its contents would then be included in the Convention.

The Chairman agreed that this probably would lead to its inclusion but that it would certainly prevent its exclusion.

Mr Scoles (United States of America) stated that the capacity to execute a will differed from the capacity to make an *inter vivos* transfer. He explained that the reason for the exclusion of capacity from the Convention was that its inclusion would have involved another conflict in that it would relate to a time prior to the death which might be regulated by a different law.

Mr Philip (Denmark) stated that if capacity were included in the Convention they would need to make a rule concerning the law which would apply to it. It would not, he claimed, be possible to use the law applicable to the rest of the Convention. He explained the reasons for the separate rule by the use of an example. He said that a testator may not have capacity at the time of making the will but when he dies he may have capacity or vice versa, if the applicable law is that pertaining at the time of death then in the first example, although at the time of making the will it was invalid, it would later become valid because at the time of the death he had capacity, whereas in the second example a will which was at the time of drafting perfectly valid might be invalidated due to the law applicable at the time of death.

He explained that if capacity were to be included in the Convention it would be necessary for the Commission to decide which law ought to apply and make a rule.

M. Lagarde (France) s'affirme tout à fait d'accord avec MM. Scoles et Philip. Il rappelle que pour certains pays la capacité reste un enjeu symbolique et que si l'article

1.2 ne l'excluait pas du domaine de la Convention, cela pourrait poser de sérieux problèmes au moment de la ratification. Il rappelle d'ailleurs que dans toutes les Conventions de La Haye portant sur des matières contractuelles, la capacité s'est toujours trouvée exclue de l'application de la Convention.

M. Picone (Italie) opine dans le même sens que le Délégué français et craint de grandes difficultés si l'article 1.2 *b* disparaît de la Convention, car dans ce cas la question devrait être réglée par la Convention, et il est difficile de trouver une solution unitaire parmi les différentes solutions suivies actuellement par les différents Etats. Il fait valoir que l'exclusion d'une règle explicite n'empêche pas toutefois les Etats, du point de vue de la Convention, de soumettre les questions de capacité à la loi successorale, étant donné le contenu de l'article 5, paragraphe 3.

Le Président hésite entre proposer aux délégués de se prononcer maintenant sur la suppression du *b* de l'article 1.2, ou attendre un amendement précis.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) recognized it was difficult to draft something of substance that would get agreement from the Commission and therefore agreed not to submit an idea but suggested that the Reporter could deal with this problem in his discussions of article 5.

The Reporter said he was grateful for this solution and assured the Commission that it would go into his Report.

Le Président souhaite que l'on précise au Rapport que les questions prévues à l'article 5, paragraphe 3, pourraient être celles prévues par l'article premier ou par tout autre texte. Il demande s'il n'existe pas d'autres observations sur l'article premier.

M. Lagarde (France) fait une observation concernant la présentation logique des questions dans le Rapport: en bonne logique, il paraît souhaitable que le Rapport précise d'une part ce que le juge peut faire en vertu de l'article 5, d'autre part que, pour les questions prévues par l'article premier, il s'agit là de questions extérieures au domaine d'application de la Convention, et donc que le juge peut en toute liberté, et sans que cette autorisation résulte de la Convention elle-même, adopter la position qu'il entend, ou que son législateur lui impose.

Mr Scoles (United States of America) noted that the comments made by Mr Lagarde were particularly true in other sections of article 1 which might give great problems if they were extended to the Convention on matrimonial property.

Mr Mádl (Hungary) asked how one could resolve article 1(2)(*b*) with article 5(2)(*e*) because he felt that material validity was exactly the same as capacity.

The Chairman pointed out that these two terms were not identical and could be distinguished.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that, absent a definition of these terms in the Convention, they would mean different things to different legal systems. Some systems would distinguish 'capacity' from 'material' (or 'essential') and indeed 'formal' validity as a separate issue concerning the personal status of the individual concerned, to be governed by his or her personal law. Other legal systems, in contrast,

tended to see capacity as just an aspect of material (essential) or formal validity. This explained the tradition in the Hague Conventions to exclude 'capacity' from the scope of the Conventions, which may contain a rule on material validity (e.g. the Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods, Article 5(*a*) and Article 10).

The Reporter asked whether Mr Struycken agreed with the remarks which the Reporter had made in paragraph No 19 of his Report.

Mr Struycken (Netherlands) explained that he would prefer more positive answers to have been included. So fraud and undue influence should be characterized as questions of validity of a will. He said that if one refers to capacity, one does not mean this sort of questions. He felt that article 5(2)(*e*) referred to problems of mental health in the absence of protective measures.

The Chairman explained that this issue would be clarified when they came to discuss article 5(2)(*e*).

La séance est levée à 18 h.

Procès-verbal No 2

Minutes No 2

Séance du mardi 4 octobre 1988 (main)

Meeting of Tuesday 4 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 30 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la séance par un rappel du Règlement. Il précise que les textes adoptés en première lecture ne peuvent être remis en discussion en deuxième lecture que par un vote à la majorité absolue des délégations présentes. De même, pour proposer des modifications il faut rédiger des amendements écrits. Par ailleurs, les propositions faites par les Gouvernements dans les Documents préliminaires doivent être reprises dans des propositions écrites précises.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souhaite qu'il ne soit pas nécessaire de reprendre les propositions déjà rédigées de façon précise dans un Document préliminaire.

Le Secrétaire général suggère de retenir la proposition de M. Pirrung. Ainsi, c'est seulement si une proposition rédigée dans un Document préliminaire faisait l'objet de modifications qu'il serait nécessaire de rédiger de nouveaux Documents de travail.

The Chairman thanked the Secretary General for his comments. The Chairman suggested that if final proposals from the delegations were the same as the present draft of the article, there was no need to present a separate document. Otherwise, however, if slight changes were made, a Working Document should be presented giving the precise new wording.

Le Président invite les délégués à reprendre la discussion de l'avant-projet. Il précise que l'article 2 prévoit l'application générale de la Convention à toute espèce jugée dans un Etat contractant. Cet article est lié à l'article 13 sur les questions de conflits de systèmes. Plusieurs propositions écrites, notamment celle de la délégation italienne, mettent en lumière ce lien. Il lui paraît donc difficile de se prononcer sur l'article 2 dès maintenant sans avoir au préalable discuté de l'article 13. Il demande aux délégués s'ils sont d'accord pour remettre la discussion sur l'article 2.

M. González Campos (Espagne) déclare qu'il lui paraît également difficile de discuter du caractère ouvert ou fermé de la Convention sans savoir au préalable quelle sera la solution retenue dans l'article 3.

M. Struycken (Pays-Bas) préférerait au contraire discuter du problème des conflits de systèmes dès maintenant, car la solution retenue pourrait interférer sur le contenu de l'article 3.

Le Président déclare que l'argument de M. Struycken peut être retourné en sens inverse. En conséquence, il propose de commencer dès maintenant la discussion sur l'article 3 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter reminded the delegates that his Report on articles 3 and 4 was to follow the development of these articles during the Special Commission session in 1986. Therefore, to avoid retreading paths, paragraphs Nos 22 to 33 of his Report should be read as a background to articles 3 and 4.

The Chairman thanked the Reporter and declared the discussion open on article 3. However, firstly, he gave the Norwegian delegation the opportunity to read their observations in Preliminary Document No 13 where they had drafted a new article 3.

M. Struycken (Pays-Bas) soulève une question de procédure. Il désirerait qu'en raison du lien entre les articles 3 et 4 on traite de ces deux articles en même temps.

Le Président propose alors que pour les observations d'ordre général la discussion porte à la fois sur les articles 3 et 4. En revanche, pour la discussion en détail il lui paraît difficile de la mener à la fois sur ces deux articles.

Mr Struycken (Netherlands) declared that the Netherlands delegation would propose a text for articles 3 and 4 giving more liberty to choose applicable law. He suggested therefore that article 4 should be much wider.

Le Président, constatant qu'il n'y a plus pour le moment d'autres observations générales sur l'interaction de ces deux articles, donne la parole à la délégation norvégienne pour qu'elle présente sa proposition.

Mr Rognlien (Norway) stated that there were many considerations of policy behind article 3. Firstly: certainty and foreseeability which could not be absolute, because the time of and situation at death may not be foreseeable. Secondly and most importantly, he felt the rule should be flexible enough to meet the reasonable expectations of the parties and point to a law that can serve as a natural legal background for the estate owner, his family and successors or pretending successors. This had to be the law of the State most closely connected with them as a whole at the time of succession. Such a flexible rule would be able to adapt itself to the situation at that time. What is the natural law could not be determined once and for all on the basis of any given situation before the time of death. The closest connection is a dynamic, not a static concept. The interests of the parties would not be served by any one single foreseeable connecting factor.

The importance of *nationality* for the succession relation will change with the situation and the growing connection with a new State. An immigrant, for instance, may wish to qualify for a new nationality, even apply for it, but die before it is granted.

Domicile should also not be the only factor, since the importance of this also varies with time and circumstances. He gave the example of an old, retiring person going to a new country and not knowing how long he would live there.

Mr Rognlien concluded therefore that we need more flexible rules for cases where nationality and domicile did not coincide, namely an overall rule of the closest connection, but with strong, rebuttable presumptions, principally for the law of five years habitual residence and secondary for the law of nationality at death.

Le Président demande la lecture de la proposition norvégienne en anglais de façon à ce qu'elle soit traduite simultanément en français par les interprètes.

Mr Philip (Denmark) on a point of procedure, suggested that there were other proposals from other delegations with similar ideas and which were phrased differently to that of the Norwegian delegation, for example, that of the comments of Denmark contained in Preliminary Document No 13. These proposals should be read to the Commission too.

Le Président demande à la délégation danoise de présenter sa proposition, qui est, au préalable, lue en anglais de façon à permettre une traduction simultanée.

Mr Savolainen (Finland) suggested that delegates should give these proposals as Working Documents in future although there was no need to delay proceedings for this purpose now.

The Chairman agreed and suggested that this should be the procedure from now on and mentioned that there was also a Swedish proposal.

Mr Philip (Denmark) apologized and said that his delegation intended to make a Working Document of their proposal, however he was unaware that this morning's procedures would start with article 3. He also advised the Commission of an error in paragraph 3, line 3 of the Danish proposals for article 3, so that the latter should now read as follows:

'(3) If exceptionally it appears from the circumstances as a whole that the deceased at the time of his death was more closely connected with another State than that the law of which governs the succession according to paragraph 1(b) then the law of that State shall govern the succession.'

He then gave the background to the Danish proposals for article 3. He suggested that article 3 as at present was close to acceptable but that the Danish delegation had certain misgivings on minor points and therefore the proposal was to refine the somewhat rough draft achieved in the Special Commission. With paragraph 1 (a), he said there were no problems. That is where a person was habitually resident in a country of which he is a national at the time of his death, the law of that country should apply. But where there are not such connecting factors, he felt problems may arise in two situations; firstly where a person was resident for less than five years in the country where he dies, this problem being dealt with in the rule in paragraph 2 of the proposal. And secondly where a person was habitually resident for more than five years in the country where he dies, this problem being dealt with in paragraph 3 of the proposal. He then dealt with the two issues in turn:

(i) habitually resident for less than five years in the country where he dies. Mr Philip stated that this is regulated at present in the draft, by the national law, that is unless at the time the deceased is more closely connected with another State. But it is possible that the deceased had no connection other than his nationality with the law of his country of nationality. He gave the example of a person who moved from a country where he was habitually resident but of which he was not a national, to another country where he had not yet acquired nationality and had therefore not been resident in his country of nationality since he was very young. In this case he suggested that it would not be proper to use national law, and there is therefore a need to soften the proposal. He therefore suggested that application of the law with which at the time of death the person was most closely connected, taking into account such facts as nationality, background and other countries with which the person has close connections. In conclusion Mr Philip stated that nationality should still play a role, as one possible close connection and that the Danish Government would willingly accept the use of nationality as a connecting factor, if this would solve any problems for other delegations. However he would not give such importance to nationality as at present in paragraph 2 of the present draft;

(ii) more than five years habitually resident at the time of death. He suggested that in principle, the law of that country should apply but there are situations where this is not reasonable, namely where the person has still retained very important ties with another country, such as his nationality, where his family have lived for many years although he may not be a national of that country and where his property or family are still situated. He gave the example of a person resident only for business in a country far away, that being perhaps in the third world for a person from the western world or vice versa. Regular visits and an intention to return to his own country after business should also be taken into account. Mr Philip therefore proposed an exception clause in article 3, namely paragraph 3 of the Danish proposal. This clause should only apply in exceptional circumstances, namely where the person has a closer connection with another State than that suggested in paragraph 1 (b) of the present draft of article 3. In conclusion, Mr Philip stated that it was not his intention to go too far from the present draft, and that the Danish delegation were open to modifications particularly concerning the continuing use of nationality as an important factor.

Mr Rognlien (Norway) wished to point out the differences between the Norwegian proposal and the present draft. He explained that the Norwegian proposal keeps paragraph 1 (a) but makes it into a single paragraph, a

mere drafting point.

Paragraph 1 (b) is made a presumption which could be set aside by the existence of a country with which the person has a closer connection. Paragraph 1 (b) is therefore transferred to a paragraph 3 (a). Paragraph 2 of the present text of article 3 is dealt with in a similar way in the Norwegian draft, being made into a presumption put into paragraph 3 (b), which may yield in exceptional cases.

He then proceeded to explain the differences between the Danish and Norwegian proposals: paragraph 1 in the Danish proposal remains unchanged from that of the present draft by retaining paragraph 1 (b) as well. However, this amounts to a mere drafting difference as paragraph 3 of the proposal means that paragraph 1 (b) can be deviated from if there is a closer connection.

He concluded therefore that there exists no difference of substance between the Danish and Norwegian proposals and merely differences of presentation, giving the example that the Danish use the word 'exception', whereas the Norwegian proposal uses the word 'presumption'.

The Chairman stated that the proposals received in various Working Documents placed before the Commission should be read. He then stated that the Swedish proposal in Working Document No 2 appear to be different from those already discussed and gave the floor to the Swedish delegation.

Mr Blomstrand (Sweden) stated that in the view of the Swedish Government article 3 should be drawn up in a way that satisfies the demands for clarity and foreseeability. The Swedish comments were based on observations from courts, government agencies and private organizations in Sweden and reached the conclusion that habitual residence should be the main connecting factor. He felt there was no need to repeat the arguments for this as they were well known to the Commission. Concerning nationality, the Swedish Government prefer it to play a less dominant part as connecting factor according to article 3, paragraph 2. For reasons of clarity and foreseeability they are not happy with exception clauses or with the use of 'closest connection' as a connecting factor. He therefore proposed that in paragraph 1 (b) of the present article 3 the period of time should be shortened to two years. He then mentioned the Swedish proposal to delete the reference to 'national' in paragraph 2 of the present draft of article 3, this to be replaced with a reference to 'the last former habitual residence' if this is demanded by an heir or a legatee. The result therefore being, that the law applicable would be that of the country of habitual residence immediately prior to death unless contested by an heir or legatee.

He then spoke of a second alternative, in which reference would be made in paragraph 2 to the State with which the deceased had his closest connection. This would replace the reference at present to 'national'.

The Chairman asked Mr Blomstrand whether the result of paragraph 2 of the Swedish proposal meant that the first heir or successor who demands, precludes others from making a demand. That is, if one asks that the law of a former State of habitual residence be the governing law, does this preclude other heirs or successors from demanding the law of the new State of habitual residence of the deceased?

Mr Blomstrand (Sweden) replied that this was the case, but only if the person had been habitually resident in that country for less than two years. Otherwise the rule was absolute.

The Chairman asked if there were any other proposals. He then invited Mr Hayton of the United Kingdom to present the joint proposal of the United Kingdom, Australian, Canadian, Finnish and United States delegations, contained in Working Document No 1.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that the joint proposal of the United Kingdom, Australian, Canadian, Finnish and United States delegations takes the same form as the existing article 3 and reflects the same flexible views of the Norwegian and Danish delegations. He remarked however, that these views were far from those put forward in the Swedish proposal. He also mentioned that the Irish delegation might be added to the list of those in support of the proposal suggested in Working Document No 1. He stated that the proposal consists of leaving article 3 as it is except adding the italics as in the comments of the United Kingdom, contained in Preliminary Document No 13. He justified this by saying in practice rigid rules tend to defeat expectations in succession cases, and therefore an 'escape hatch', had been included in paragraph 2 where there was the test of nationality with the escape hatch of close connection with another State. He recommended that there should be such an escape hatch in paragraph 1(b) as well because the person may not have such strong links with his new country as with his country of nationality. This, he stated, was particularly due to the freedom of movement in the twentieth century. He gave the example of a person with a chemical contract abroad who worked for two successive three year contracts and died after five years in the foreign country where he worked. He also proposed a fall back provision, which he did not regard as being so satisfactory and which would still cause some injustice. This consisted of a more limited 'escape hatch', by replacing the 'close connection with some other State' (as per his original proposal), with the terms 'unless at his death he was manifestly more closely connected with the State of his nationality'. Mr Hayton concluded by saying that this flexibility recognized already by the Swedish and Danish proposals and by the Portuguese observations, was needed not only in paragraph 2 but equally in paragraph 1 (b).

Le Président demande si une délégation francophone désire des précisions sur la proposition contenue dans le Document de travail No 1, dans la mesure où il n'y a pas eu de traduction. La réponse étant négative, il donne la parole à la délégation néerlandaise.

Mr Struycken (Netherlands) stated that the Dutch proposal was to bring closer the 'nationality group' and the 'domicile group'. The proposal was more restrictive than that of the United Kingdom and other countries contained in Working Document No 1, by adding the word 'exceptionally'. However he said that this proposal was dependant on the proposal in article 4, paragraph 1, concerning the choice of law.

Mr Siqueiros (Mexico) stated that his belief was still that five years was an excessive period in order to acquire habitual residence. He stated that the intention to acquire habitual residence was no longer necessary for domicile and that in most Latin-American countries six months was sufficient for immigration purposes and normally one hundred and eighty three days for tax purposes but never a period as long as five years. He asked why five years had been chosen and not six or four, was this a rule of thumb? He therefore proposed a reduction of this period in paragraph 1 (b), to a period of two years.

The Chairman noted that the Swedish delegation had made a similar proposal of reduction of the period to two years. He recommended bringing some system to the discussion, and stated the existing rule that the proposals which go furthest from the present text should come first. Therefore he gave the floor to the Swedish delegation.

Mr Blomstrand (Sweden) declared that the Swedish proposals were quite clear and intended to avoid difficulties where the deceased had been habitually resident for less than two years, although some might not regard this as 'habitually resident'.

Mr Scoles (United States of America) observed that there were two separate issues concerned in the Swedish proposal, namely, the issue of reduction of the period of time mentioned in paragraph 1(b) of the existing article 3, and also the question of the demand for habitual residence by one heir or successor, proposed by the Swedish delegation.

The Chairman agreed with Mr Scoles' remarks, and suggested discussion of the special proposal by the Swedish delegation concerning the one heir's demand.

Mr Philip (Denmark) stated that the Swedish proposal consisted merely of the application of the habitual residence rule, except if an heir should contest it quickly after the death. This, he stated, amounted to the situation in the Scandinavian Convention at present and in Danish law. He therefore stated that he must vote for it.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) considère qu'on ne peut subordonner l'application de la loi de la résidence habituelle à la demande d'un héritier. A son avis, on ne peut accepter que l'application de cette loi soit faite non pas à la demande du *de cuius* mais à la seule demande d'un héritier. D'autre part, il fait observer que la proposition suédoise ne va pas dans le sens du compromis qui était à l'origine recherché. Pour ces deux raisons, cette proposition ne lui paraît pas acceptable.

Mr Boggiano (Argentina) wished to ask a question concerning the Swedish proposal, paragraph 2, namely whether it was always possible to know if there is an heir or legatee before a law is decided as being applicable.

M. Lagarde (France) soulève une question d'ordre. Dans la mesure où les discussions risquent d'être longues il demande si, d'ores et déjà, il y a une délégation qui soutient la proposition suédoise.

Le Président répond à M. Lagarde que la délégation danoise a soutenu la proposition suédoise. Il demande donc qu'on continue la discussion sur cette proposition. Il donne la parole au Délégué de la Suède pour lui permettre de répondre à la question posée par la délégation de l'Argentine.

Mr Blomstrand (Sweden) replied that he was not sure of the answer as the proposal for the Swedish delegation had been prepared by a Swedish Government Commission, and he did not recall this question having been asked.

Mr Philip (Denmark) replied to Mr Boggiano's question, and said that the law concerning one heir or legatee, is the present law of the Scandinavian Convention.

It is interpreted that any person with a possible interest in succession can make the request.

Mr Savolainen (Finland) said that when reading the Swedish proposals, something had seemed familiar! namely, the 1934 Nordic Convention. However he continued to say that he came to the opposite conclusion to that of Professor Philip, due to the fact that the 1934 Convention was based on the fact that the substantive laws of the Member States were all similar.

He therefore stated that he was opposed to the Swedish proposal concerning paragraph 1 (b) on the reduction of the period of time to two years and was also against the suggestion of giving the legatees the choice. He, like Mr Pirrung, felt this was an odd solution which was not even well known in practice in Scandinavia.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed with Mr Savolainen and stated that this system concerning heirs is contrary to the common law. He voiced his surprise at Danish support for this proposition because it was totally contrary to the Danish proposal. He concluded by declaring himself against the Swedish proposal.

Mr Wang Houli (China) stated that article 3 was a product of compromise between those in favour of domicile and those in favour of habitual residence as the decisive factor. Article 3 was therefore in the interests of all parties and acceptable to all States, and he therefore declared his opposition to the reduction of the period of two years, for two reasons:

(i) if the deceased has not chosen an applicable law, he needs to have established stable connections with the State and this takes time, therefore a longer period is necessary.

(ii) In cases where the State of habitual residence and that of nationality are not the same, the longer a person has spent in a State, the deeper the understanding of the law of that State he will have.

Le Président invite les délégués à voter à main levée sur les principes contenus dans la proposition suédoise.

Par un vote de 23 voix contre, 4 pour et aucune abstention la proposition est rejetée.

Le Président donne la parole à la délégation allemande pour qu'elle présente sa proposition contenue dans le Document de travail No 8.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) déclare que sa proposition est essentiellement fondée sur l'article 3 de l'avant-projet. Il propose deux modifications. La première est d'ordre terminologique. Elle consiste à utiliser dans l'alinéa 1 b de l'article 3 le terme «résidence» au lieu de l'expression «résidence habituelle». Cette modification aurait pour principal avantage de faciliter la preuve de cette résidence. La seconde modification est d'ordre substantiel. Elle concerne l'alinéa 2 de l'article 3. L'idée principale est assez proche de celle contenue dans la proposition suédoise, car la délégation allemande n'est pas très favorable à une clause d'exception. M. Pirrung préférerait que seule la première partie du paragraphe 2 de sa proposition soit retenue. Mais conscient que cette solution n'a guère de chance de succès, il propose quand même une exception. On appliquerait la loi de la résidence habituelle du *de cuius* si ce dernier, au moment de sa mort, présentait des liens manifestement plus étroits avec l'Etat de sa résidence habituelle. En conséquence, par rapport à l'avant-projet, on ajouterait le terme «manifestement» et on limiterait la

dérogation à l'application de la loi de la résidence habituelle.

Mr Rognlien (Norway) declared his understanding of the German proposals. However, he stated that it would only be acceptable to Norway if it were not a firm rule but a mere presumption.

Après la pause, **le Président** invite les délégués à reprendre la discussion sur l'article 3. Il donne l'ordre des discussions. La première question est celle de savoir s'il convient d'ajouter une clause échappatoire à l'alinéa 1 b de l'article 3. La seconde question est celle de savoir s'il faut réduire la durée de la résidence habituelle. Enfin la discussion portera sur le paragraphe 2 de cet article 3. Le Président donne la parole aux délégués.

M. Picone (Italie) fait valoir que l'admission d'une clause échappatoire au sens étroit du mot (c'est-à-dire d'une clause donnant pratiquement au juge le pouvoir de rechercher la loi applicable sur la base d'une évaluation discrétionnaire des liens entre le défunt et un certain Etat) créerait surtout des difficultés. Il admet que la règle de l'alinéa 1 b de l'article 3 est une règle rigide. Mais cette rigidité, selon lui, est le prix de la clarté et de la prévisibilité de la Convention. Il considère qu'on ne peut admettre une trop grande souplesse dans la mesure où les problèmes successoraux s'ils intéressent les héritiers, intéressent également les tiers. De plus, à son avis, si l'on prend en compte l'ensemble des dispositions de la Convention, celle-ci est déjà raisonnablement souple. Le système doit être regardé comme un tout. La *professio juris* est un correctif important. Par ce biais en effet, une personne peut donner compétence à sa loi nationale ou à la loi de sa résidence habituelle. Si, certes, la *professio juris* n'est pas encore bien connue, son introduction dans la Convention devrait stimuler cette institution. M. Picone déclare qu'on ne peut retenir comme rattachement principal en matière de successions une solution qui conduit pratiquement à donner compétence à la loi de l'Etat avec lequel le *de cuius* présente les liens les plus étroits. En effet, d'une part, ce rattachement est pratiquement inconnu en matière successorale d'après les systèmes de conflit en vigueur. D'autre part, une telle solution modifierait complètement la logique de la Convention. Elle a été prévue à l'origine afin de faciliter le travail des praticiens et notamment des notaires. Or si l'on retient comme critère de rattachement le centre de la vie du *de cuius*, il appartiendra alors le plus souvent aux tribunaux de le déterminer. Selon lui, en présence de liens multiples avec plusieurs Etats, chaque tribunal saisi désignera presque toujours comme applicable la loi du for en considérant que c'est dans cet Etat que le *de cuius* a son centre de vie. Cela soulève selon M. Picone un grave problème puisque la Commission a décidé de ne pas traiter dans la Convention des règles de compétence judiciaire. L'incertitude et le manque d'uniformité risquent alors de devenir très lourds. Pour toutes ces raisons M. Picone déclare soutenir avec force la rédaction actuelle de l'article 3.

The Chairman thanked Mr Picone, understanding that he was in favour of the text as per the original draft, and he further stated that the only changes from this starting-point should be improvements.

M. González Campos (Espagne) se déclare préoccupé par le grand nombre d'amendements déposés relatifs à l'article 3. Il rappelle que la Commission spéciale a dû beaucoup travailler pour parvenir à un équilibre. Certaines délégations souhaitent plus de souplesse, d'autres

plus de rigidité. Il fait observer que beaucoup de délégations, notamment la délégation espagnole, ne pourraient accepter une plus grande flexibilité. Le risque encouru est alors de ne plus réunir l'accord d'une grande majorité de délégations. Il suggère que les délégations désirant introduire une plus grande souplesse se réservent la possibilité de faire une déclaration commune sur ce point. Pour sa part, M. González Campos se déclare en faveur de l'équilibre actuel.

Mme Revillard (France) prend la parole pour faire des observations sur le plan concret. Ses observations viennent rejoindre les observations de l'Italie et de l'Espagne en faveur du texte actuel de l'article 3. Mme Revillard constate qu'aujourd'hui les successions internationales font partie d'une situation non contentieuse. La règle de conflit actuelle est simple pour les praticiens. La règle adoptée dans la Convention doit suivre ces objectifs de clarté et de simplicité. Mme Revillard voudrait faire connaître à la Commission le résultat d'une étude à laquelle elle s'est livrée sur environ 200 cas de successions internationales sur lesquels elle a dû travailler. Désirant connaître les résultats auxquels conduisait l'application de l'article 3 de l'avant-projet, elle a appliqué celui-ci à ces 200 successions internationales. Elle a constaté que son application ne soulevait pas de difficulté pour les praticiens. Dans 26% des cas, il y avait coïncidence entre la nationalité et la résidence habituelle; restait donc 74% des cas où l'alinéa 1 b était susceptible de s'appliquer. Toutes les successions ont été ouvertes en 1988 et Mme Revillard n'a pas trouvé un seul cas litigieux pour déterminer la résidence habituelle. Il y a eu seulement deux cas où l'arrivée en France était en janvier 1983. Ces successions intéressaient 55 pays et concernaient aussi bien des Français à l'étranger que des étrangers en France ayant des actifs dans différents pays.

En ce qui concerne la *professio juris*, Mme Revillard déclare que les études faites permettent de constater que 37% de ces successions internationales étaient testamentaires. Mme Revillard considère donc que la rédaction actuelle de l'article 3 est sûre pour les praticiens.

Le Président remercie Mme Revillard d'avoir donné à la Commission ces données de la pratique qui sont d'un intérêt exceptionnel et devraient être déterminantes.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) déclare apprécier l'esprit de compromis qui est à la base de l'actuel texte de l'avant-projet. Mais elle considère qu'il y a encore un certain déséquilibre entre la nationalité et la résidence habituelle. En effet, l'alinéa 1 b de l'article 3 qui retient comme critère principal de rattachement la résidence habituelle du *de cuius* ne contient aucune clause échappatoire en faveur de la loi nationale. En revanche, l'alinéa 2 de l'article 3, qui prévoit comme critère principal de rattachement la nationalité, contient une telle clause échappatoire. Mme de Magalhães Collaço souhaiterait donc qu'une clause échappatoire en faveur de la nationalité soit également prévue à l'alinéa 1 b de l'article 3. Mais elle serait d'accord pour modifier l'article 3 de façon à ce que le jeu des deux clauses échappatoires ne permettent en tout état de cause que l'application de la loi nationale ou de celle de la résidence habituelle. Elle soutiendrait donc la proposition des Pays-Bas. Mme de Magalhães Collaço précise qu'il ne s'agit pas en réalité de défendre la loi de la nationalité, mais de rechercher dans tous les cas l'application de la loi la plus proche du *de cuius*. Enfin, à propos de la *professio juris*, Mme de Magalhães Collaço fait observer que dans un pays comme le sien la pratique du testament est assez rare. Elle est donc assez réservée et ne se fait pas trop

d'illusions sur son efficacité pratique, même si elle défend son introduction dans la Convention.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) félicite en premier lieu Mme Revillard pour avoir exposé si clairement et parfaitement les problèmes rencontrés en pratique. Il déclare vouloir demander au Conseil supérieur du Notariat la nomination de Mme Revillard comme Notaire honoraire. En ce qui concerne la clause échappatoire, il estime que celle-ci ne doit pas être trop souple. Il appuie en conséquence la proposition des Pays-Bas.

Le Président déclare que la Commission soutient avec joie la proposition de M. Simó Santonja de nommer Mme Revillard comme Notaire honoraire.

Mr Duchek (Austria) stated his agreement with the comments of Mrs de Magalhães Collaço. He stated that if the most important factor in succession law was the closest connection with the State then he would undoubtedly arrive at the same conclusion as her. That is, that other factors such as five years habitual residence and nationality, are only expressions of that connection and should therefore not be decisive if there is a closer connection. However he stated that there are also other interests involved.

He then gave some information on the background as to Austria's position at present. He declared that the rather young statute on private international law gave solutions contrary to these proposals but this did not mean that the Austrian delegation were not able to accept other than those solutions. The current law in Austria was not of political importance and therefore the Austrians could easily switch from nationality to domicile and adopt *professio juris*. He stated that observations had been sought from the Bar Association, Supreme Court, and Association of Notaries in Austria as to whether there should be more flexibility concerning points in article 1 (b). Unanimously, the judges, notaries and practising lawyers confirmed that the present rules were not ideal but were less disadvantageous than a narrow escape clause, such as 'manifestly more closely connected', or 'exceptionally' ... He gave the example of migrant workers as mentioned by Mrs de Magalhães Collaço and asked whether they would fall under the escape clause or not. He thought that more clarity and foreseeability of the result is needed. He would agree if a special rule were established for them with nationality as the only relevant connecting factor. He gave the further example of employees of international organizations who, coming from another country, often work for a long time at the organization's headquarters. Such a person may have been in Vienna 10 years and died there. Should the courts look at his private life to find out whether there still existed close connections with the country he came from? His answer was 'no' as this would provoke too much litigation.

He felt it was incorrect to consider the situation as being not so dramatic because of *professio juris*, and compared this to the situation in the matrimonial Convention where a compromise had to be drawn between two concepts 'as different as fire and water', a Convention which now had very little support. Therefore as stated by Mrs de Magalhães Collaço, he felt we should not over-estimate the *professio juris*. For example, many people died without having sought legal advice concerning wills and therefore are unlikely to have sought advice concerning applicable law. He concluded by saying that we must create a system easy to apply to thousands of cases where there is no *professio juris*. He stated that the Austrian Government were open to accept any connecting

factors but felt that certainty and foreseeability were of utmost importance.

Mr Keane (Ireland) stated his agreement with the United Kingdom, Australia and other countries in Working Document No 1. He continued by stating that the present draft could cause possible injustice and that many people would die intestate therefore unfamiliar with the process of making a will and *professio juris* was therefore not a saving factor. More flexibility was in his opinion required as in the escape hatch in paragraph 1(b) of Working Document No 1 and that if this was not acceptable then the fall back proposal contained in that Working Document concerning connection with the State of the person's nationality, also had his backing.

Mr Boggiano (Argentina) said he was impressed by Mr Duchek's comments on the escape clause. He considered that this was a matter to be discussed on three levels namely principle, method and practice. In principle he felt it was important to consider how the escape clause would work. Concerning method, he felt it was necessary to make a distinction between various sorts of escape clauses: the first sort being a simple one as in paragraph 2 of article 3 at present, namely the closer connection point. The second sort of escape clause he felt was a real exception clause such as Professor Philip's in paragraph 3 of Working Document No 1. This he felt was not a simple escape clause and applied in really exceptional cases, where factors manifestly point to another law, and therefore it would only cause rare departures from the five year period in paragraph 2. Finally he spoke of another form of escape clause which he felt also had this exceptional character, such as the escape clause concerning nationality in paragraph 2 of the proposed amendment of article 3 contained in Working Document No 1. Mr Boggiano however felt that by restricting the scope of the clause to nationality or State of habitual residence, the main aim of the exception clause was lost. He stated that surely in Austrian private international law, some escape clauses are to be found. Finally he discussed the point in practice. He felt that in practice difficulties would not arise from the rule itself but from realities and that no solution would be provided by a clear cut rule without an escape clause. However such an escape clause should only be applied to exceptional cases.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) donne une précision en ce qui concerne la clause d'exception en droit autrichien. Il déclare que cette clause n'est pas du même ordre que la clause échappatoire. C'est un principe et non pas une exception. Il se prononce par ailleurs pour le maintien des solutions contenues dans le texte de l'avant-projet. Les changements ne devraient être proposés que pour améliorer les solutions et non pour bouleverser l'économie du texte. Il préférerait que l'on conserve le paragraphe premier de l'article sans y insérer une clause échappatoire. Il considère que si les pays de nationalité ont accepté le paragraphe premier sans clause échappatoire et le paragraphe 2 avec clause échappatoire, il n'est pas nécessaire de rechercher maintenant un équilibre scientifique en modifiant le paragraphe premier pour y insérer justement cette clause échappatoire. Selon lui, il faut surtout renforcer la clarté et la précision de la clause d'exception contenue au paragraphe 2.

Mr Scoles (United States of America) stated that he felt Mrs de Magalhães Collaço had covered his comments, however he wished to refer to the 'closest connection' factor, which he in no way considered arbitrary. He

stated that the State of nationality and that of habitual residence were both interested States and that their laws might be applied. In the prior draft, this had been enclosed in paragraph 2, however in the new United Kingdom draft, the same balanced proposal was contained in paragraph 1 (b) and was also to be found in the Norwegian proposal.

However, he discussed the possibility of a person going outside his State of nationality and that of his habitual residence, this third State being probably his most prior habitual residence. However he felt that the fall back alternative in the proposal of the United Kingdom, Australian, Canadian, Finnish and United States delegations, and also in the Netherlands proposal, simply restricts the connection to being the State of nationality. He felt, nevertheless as did Mrs Revillard, that this is a really exceptional situation and proposed that the Commission should be ready for a vote on either the Working Document No 1 joint proposal or the Dutch and Working Document No 1 fall back proposal.

Mr Philip (Denmark) wished to make two remarks, firstly, his surprise that countries who adhere to the principle of nationality do not want an escape clause permitting them to use this principle. He felt that the fight was no longer between those in favour of nationality and those in favour of domicile as a decisive factor, but between those who supported the close connection factor, and those who wished for a hard and fast rule. His second remark concerned the subsidiary proposal of the United Kingdom, Australian, Canadian, Finnish and United States delegations contained in Working Document No 1. He aired his support for the subsidiary proposal concerning paragraph 1 (b), although he preferred the main proposal which agreed with his own. However, concerning the subsidiary proposal as to paragraph 2 of article 3 and also the Dutch proposal, these are intended to create symmetry and give some degree of flexibility in each paragraph, concerning habitual residence and the possibility of the law of the State of nationality. However Mr Philip disagreed with these proposals, as they preclude the chance to apply the law of the previous State of habitual residence. He gave the example of a person who spent less than five years in his new State of habitual residence, and where he had not been a national of the State in which he was previously habitually resident. The Dutch and United Kingdom subsidiary proposals would prevent that person from choosing the law of the latter country where he was habitually resident although not a national. This would restrict the possibility given by the present draft of article 3. He therefore declared that he could agree with the United Kingdom subsidiary proposal concerning paragraph 1 (b) of article 3 but not concerning paragraph 2 of the aforementioned article.

Le Président pense que l'argument de la symétrie a une valeur relative. En effet, selon lui, dans l'alinéa 1 b, le critère de rattachement est fort, alors que dans le paragraphe 2 le critère principal de rattachement a une importance moindre.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that the United Kingdom along with other countries, had concentrated extensively on paragraph 1 (b), which was considered as the crux of the Convention for many common law countries. He emphasized that we must not overestimate the likelihood of many people making an express choice of their law under article 4. He reminded the Commission that we must not underestimate lawyers' abilities to make concepts like those in the proposed paragraph 1 (b) work. He gave the example of domicile which re-

quires residence and an intention to settle, this is therefore difficult to ascertain as it is 'all in the mind'. However, although uncertain, he declared the system works well. He quoted that the United Kingdom population of approximately 55 million people had only given rise to seven or eight cases going to court in the last fifty years on the point of domicile.

He concluded that we should allow this flexibility for lawyers as cases were unlikely to go to court. And felt that there was some danger for common law countries if there was no such flexibility.

M. Lagarde (France) se déclare inquiet par la tournure que prend la discussion. Il pense que la Commission va parvenir à un partage de voix très égalitaire ce qui risque de soulever des difficultés. Il propose de rechercher une tentative de compromis. Il faudrait permettre aux pays qui souhaitent des règles rigides de conserver les règles actuelles. Au contraire, on permettrait à ceux qui souhaitent des règles plus souples de choisir cette solution par le biais d'une déclaration. Il faudrait ensuite organiser la conciliation entre ces deux choix. M. Lagarde donne alors un exemple. Un Anglais s'établit à Madère pour y finir ses jours. Dans l'esprit de M. Hayton les liens les plus étroits sont en Angleterre. Or, d'après la Convention, il faudrait appliquer la loi portugaise. On pourrait imaginer que si le Portugal et le Royaume-Uni ont fait une déclaration en faveur de règles plus souples on appliquerait alors la loi anglaise. Si un bien se trouvait situé en France, la France devrait normalement selon la Convention appliquer la loi portugaise. Mais dès lors que le Portugal a admis la souplesse, le juge français s'inclinerait. Si le Portugal n'avait pas fait une déclaration en faveur de la souplesse, alors ce serait la loi portugaise qui s'appliquerait.

Le Président exprime son scepticisme sur le mécanisme de cette déclaration. Il considère que l'élaboration d'un compromis très subtil n'assure pas nécessairement le succès d'une convention. Il cite à cet égard l'exemple de la Convention sur les régimes matrimoniaux. Il préférerait donc qu'on évite, à ce stade, d'envisager un système de déclaration. Il précise que si on rejette la clause échappatoire on aurait de toute façon encore à discuter du problème du délai. Il déclare que si l'on réduisait le délai à l'alinéa 2, on appliquerait donc plus souvent l'alinéa 3 et l'on arriverait ainsi plus souvent à l'application de la clause échappatoire. Avant de clore la séance, le Président précise qu'il donnera la parole en début d'après-midi à deux délégations, l'une en faveur de la clause échappatoire, l'autre contre. Après quoi, on procédera au vote. Si le principe d'une clause échappatoire à l'alinéa b de l'article 3 était retenu, il conviendrait encore de se mettre d'accord sur la formulation de cette clause.

La séance est levée à 12 h. 45.

Procès-verbal No 3

Minutes No 3

Séance du mardi 4 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Tuesday 4 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la discussion en apportant la rectification suivante à l'un des propos tenus par lui lors de la précédente séance: c'est bien en raison de l'augmentation du délai de résidence prévu à l'article 3.1 b que les cas d'application du deuxième paragraphe de l'article 3 augmenteraient. Le Président propose alors de mettre au vote, dans un premier temps, le principe même d'une clause échappatoire à l'article 3.1 b pour qu'ensuite seulement, le cas échéant, il soit débattu et statué sur le mérite des différentes modalités de ce type de clause, telles qu'exprimées par certaines délégations.

Mr Savolainen (Finland) wished to raise a point of a possibly procedural nature. The Chairman had suggested that there should be a vote on the principle of an escape clause, followed by a decision as to what type of escape clause was necessary. Mr Savolainen was unhappy about this method of voting, because there were those with specific views on the type of escape clause necessary for whom a vote on the principle of an escape clause would not be satisfactory. An alternative might be to vote on two concrete precise texts. In accordance with the usual voting method, the starting-point would be a vote with the original text on one side and the most far-reaching change on the other side, such as the proposal made by Professor Philip. If change was accepted the Commission could then choose between the other alternatives for an escape clause, such as that proposed by the United Kingdom. If radical change was rejected however the Commission would proceed to a vote on the original text and a narrower proposal such as that of the United Kingdom. If the latter proposal was accepted the Commission would again be free to choose between the United Kingdom proposal and the more limited proposal made by the Netherlands.

Mr Rognlien (Norway) expressed the view that a vote on the principle of an escape clause was the best way. If such a principle was accepted this could be followed with precise proposals. If a vote on concrete proposals was required to start with it would be more difficult for delegates to express their views on all possibilities.

The Chairman requested that the proposal of Mr Savolainen be seconded.

M. Picone (Italie), tout en se déclarant encore une fois nettement opposé au principe même de l'adjonction d'une clause échappatoire, se rallie à la proposition finlandaise en ce qu'elle distingue, pour la mise au vote, les différentes propositions émises par certaines délégations.

tions et dont certaines, par exemple celle des Pays-Bas, qui se limite à prévoir une exception en faveur de la seule loi nationale, ne constituent pas vraiment une clause échappatoire au sens étroit du mot et gardent une cohérence remarquable avec l'ensemble du système proposé par la Convention. Il convient donc selon M. Picone de se prononcer plutôt sur des textes précis et non sur un principe qui ne recouvre pas la totalité des situations envisagées.

Le Président répond à cela que la délégation italienne pourra faire valoir son argumentation de fond lors de la discussion de la clause échappatoire si la Commission venait à en admettre le principe.

Mr Hayton (United Kingdom) expressed the view that difficulties in understanding the precise nature of each proposal might be reduced if voting took place in a sequence whereby a vote on the narrowest proposal took place first, followed by the second narrowest and finally the widest. The order would thus be the Netherlands proposal, the proposal of the United Kingdom and other delegations and finally the Danish proposal.

The Chairman noted that in spite of the utility of this approach the rules of the Conference required that voting took place in the order in which the working documents were presented. He then put before the Commission the proposal of Mr Savolainen that voting should be based on concrete proposals, and not on the principle of an escape clause. This proposal was rejected. The Chairman therefore requested that there should be one speaker in favour of the principle of an escape clause and one against.

Mr Hayton (United Kingdom) pointed out that it was necessary to have a rule of thumb in order to implement the Convention, and this was provided by the five-year period of residence. However, strict adherence to the requirement of five-years' residence could lead to arbitrary results. Thus, where a person's residence in a State was four years and 11 months the applicable law would be the law of the nationality, whereas if it was five years and 1 week there would be no fall-back to the law of the nationality. This result was thought to be unfair.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) estime que l'avant-projet, résultat d'un compromis, est suffisamment clair pour que l'on évite de le compliquer désormais par la présence d'une clause échappatoire dont les résultats ne sont pas prévisibles.

Il ajoute que la flexibilité prévue au paragraphe 2 de l'article 3 suffit largement à éviter les effets néfastes d'une règle de conflit rigide.

Le Président invite les différentes délégations à se prononcer par un vote nominal sur la question de savoir si une clause échappatoire doit être insérée à l'article 3.1 b de l'avant-projet.

Par un vote de 16 voix pour (Argentine, Australie, Belgique, Canada, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Hongrie, Irlande, Israël, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Venezuela), 12 contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Chine, Espagne, France, Grèce, Italie, Japon, Luxembourg, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie) et une abstention (Mexique), le principe de l'adjonction d'une clause échappatoire à l'article 3.1 b est adopté.

Le Président reprend ensuite, pour la clarté des débats, les différents systèmes présentés par certaines délégations pour mettre en œuvre le principe d'une clause

échappatoire à l'article 3.1 b de l'avant-projet et sur lesquels il ouvre la discussion.

Mr Rognlien (Norway) considered that delegates should vote on the substance of the proposals rather than the way they were worded. Thus the proposals of Norway, the United Kingdom and Denmark were the same in substance and, if accepted in principle, their differences in wording could be considered by the Drafting Committee. This meant that in reality delegates only needed to consider two different ideas.

The Chairman agreed that the substance of these three proposals was the same, and that it would be sensible to consider the ideas together.

Mr Savolainen (Finland) raised the point that two of the proposals expressly referred to the fact that cases must be exceptional to fall within the escape clause, those being the proposals of Denmark and the Netherlands. He was worried about the use of the word 'exceptionally' in a legal text. It was unclear whether the exceptional nature of a case was a function of the frequency with which such cases arose or of the complexity of these cases. He requested the Drafting Committee to bear this problem in mind.

Mr Boggiano (Argentina) was of the opinion that this was not purely a drafting point. In Article 8(3) of the Convention on the Law Applicable to Sales Contracts the most closely connected law was introduced by way of exception. This was considered to be a matter of substance, and had given rise to lengthy discussion.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) noted that the words 'in exceptional circumstances' (in French '*à titre exceptionnel*') were used in Article 16(2) of the Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (Trust Convention) relating to the effect that may be given to the mandatory provisions of a third State. Article 8(2) (3) of the Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods provided that 'by way of exception' (in French '*à titre exceptionnel*') the contract is governed by another law than that designated by the previous paragraphs of that Article. Article 16 of the Trust Convention and Article 8 of the new Sales Convention thus provided two precedents for use of the expression 'by way of exception' or 'exceptionally' in Conventions harmonizing rules of private international law.

The Chairman noted that no objection had been raised to the expression 'manifestly more closely connected', and wondered whether it was necessary in addition to use the expression 'exceptionally'. This was partly a question of substance.

Mr Philip (Denmark) expressed the view that although the word 'exceptionally' was mentioned in the text, he did not insist on its retention. The same result could be reached by use of the word 'manifestly'. The reasons for its initial inclusions had been to make the proposal acceptable. Therefore, if the proposals of the United Kingdom and Denmark were considered to be the same, he would be happy to accept the United Kingdom proposal on that point. There were no other differences between the two proposals.

Le Secrétaire général tient à préciser que si la terminologie employée n'est pas juridiquement parfaite, elle correspond néanmoins à des besoins pratiques évidents qu'il faut prendre en considération.

Il rappelle en effet que la rareté du contentieux en matière de successions internationales est essentiellement due à «l'autorité» des praticiens concernés (*solicitors* ou notaires).

Ces praticiens qui jouent ainsi un rôle essentiel dans le règlement des successions internationales auront certainement besoin d'une terminologie accessible aux héritiers, ce qui leur permettra donc de mieux expliquer à ceux-ci la portée exacte de la clause échappatoire contenue à l'article 3.1 *b*.

Mr Westbroek (Netherlands) explained that the use of the word 'exceptionally' had been introduced in order to conform with precedent and to stress that the escape clause was to be of restricted use. However, he had no objection to the use of the word 'manifestly' to fulfil the same objectives.

Le Président invite ensuite les différentes délégations à voter sur le maintien ou non du terme «exceptionnellement», présent dans les rédactions amendées de l'article 3.1 *b* émises par certaines délégations.

Aux termes d'un vote à main levée, le Président constate que les délégations sont également divisées sur cette question qui a suscité par ailleurs un pourcentage très important d'abstentions.

En l'état, le Président estime qu'il convient de maintenir la terminologie employée, quitte à revenir sur cette importante question lors des discussions futures en vue de l'adoption du texte définitif.

Il tient à faire observer, d'un point de vue procédural, que ce maintien n'est possible qu'en raison du fait que le vote intervenu ne concernait pas à proprement parler le rejet ou l'acceptation d'une proposition complète. Le Président ouvre ensuite les débats concernant les problèmes de fond posés par les propositions émises.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) pense qu'il conviendrait de procéder au vote des propositions par le rejet, l'une au bénéfice de l'autre.

M. Picone (Italie) se demande si le recours à la procédure préconisée par la délégation allemande ne comporte pas que la délégation anglaise et les autres délégations ayant établi le Document de travail No 1 doivent maintenant décider dans quelle mesure elles entendent encore soutenir la proposition alternative qui est contenue entre parenthèses à l'article 3, paragraphe premier, alinéa *b*, du Document de travail mentionné.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that the United Kingdom hoped to see their main proposal accepted. If it was not accepted however, they hoped that their second proposal would instead be accepted.

Mr Siqueiros (Mexico) required clarification of the United Kingdom proposal. It appeared that according to that proposal, where a person had been resident in a State for a period of four years and 11 months but they had ceased to be resident there, it was not possible for that State to be regarded as the State with which the person was most closely connected at the time of his death. Thus if a national of State A lived for four years and 11 months in State B and then died in State C that person could not be most closely connected with State B.

The Chairman pointed out that in these circumstances paragraph 2 of article 3 became relevant and that therefore reference to the law of State B was possible.

Mr Scoles (United States of America) considered that the first point to discuss was whether the proposal of the Netherlands should be accepted or that of Norway, Denmark and the United Kingdom. Difficulties over the period of residence became material if the proposal of the Netherlands was accepted, whereby only the State of nationality or of habitual residence was relevant.

Mr Philip (Denmark) clarified the opposition between the proposal of the United Kingdom, Denmark and Norway and that of the Netherlands.

The proposal of the Netherlands delegation only permitted reference to the law of habitual residence to be overridden in one case, which was where the *de cuius* was manifestly more closely connected to the State of his nationality than to the State of his habitual residence at death. The proposal of the other delegations permitted reference not just to the law of the State of nationality but also to the law of the State in which he had been habitually resident at another time of his life. The latter proposal therefore catered for a situation mentioned previously. For business reasons a person might be habitually resident in a far away country. If he died unexpectedly the proposal would usually allow a reference to the law of a State in which he had earlier been habitually resident, which was not the State of his nationality. Therefore a vote for the proposal of the United Kingdom, Danish and Norwegian delegations provided greater flexibility in unusual cases.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) adhère pleinement à l'analyse effectuée par la délégation danoise des différences existant entre la proposition néerlandaise et les autres propositions. Il ajoute que tout en étant opposé à l'adjonction d'une clause échappatoire à l'article 3.1 *b*, la proposition néerlandaise contenue dans le Document de travail No 3 doit être préférée aux autres.

Si, par extraordinaire, la Commission devait néanmoins rejeter la proposition néerlandaise, il conviendrait, selon lui, que le système adopté tienne compte de liens aussi concrets et prévisibles que possible.

Mr Westbroek (Netherlands) stressed that he was aware of the point of view of other delegations. However, the Netherlands had consciously opted for a limited choice which provided certainty but also had a degree of flexibility for delegations who wanted it. It therefore represented a compromise.

M. Lagarde (France) abonde volontiers dans le même sens que M. Pirrung pour ce qui touche à la nécessité d'une règle concrète et prévisible. Il tient particulièrement à ce que la recherche d'un compromis demeure toujours l'objectif essentiel de la Commission malgré le mince succès obtenu par les tenants de la clause échappatoire.

Aussi, selon lui, les délégations «majoritaires» sur cette question devraient comprendre qu'un compromis ne saurait aller au-delà de l'acceptation de la proposition néerlandaise.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) en appelle à la sagesse des différentes délégations.

Elle estime en effet que si une certaine flexibilité peut être admise afin d'éliminer, dans la mesure du possible, les cas «douteux ou litigieux» justifiant l'adoption d'une clause échappatoire, le recours à un tel mécanisme ne saurait remettre en cause le système général de rattachement mis au point par la Commission spéciale.

M. Picone (Italie) rappelle l'hostilité manifestée par sa délégation à l'encontre d'un système de conflit de lois en matière successorale basé à titre principal sur la «*most significant relationship*», système qui, selon lui, n'a aucun précédent significatif en droit positif.

Il ajoute que la concrétisation d'un tel système conduirait à un «*forum shopping*» que rien ne pourrait arrêter puisque la théorie du «*forum non conveniens*» est inconnue de presque tous les ordres juridiques représentés à la Conférence.

Il poursuit en indiquant que d'après lui, le rejet de la proposition néerlandaise (la seule qui garde une certaine cohérence avec l'ensemble du système) au profit d'autres solutions trop libérales aurait quelque chose d'irréversible pour l'avenir de la Convention.

Enfin, il déplore que l'équilibre trouvé par l'avant-projet, risque d'être continuellement rompu, notamment parce que certaines délégations éprouvent sans cesse le besoin d'ajouter des exceptions graves aux règles précédemment posées, fut-ce parfois au prix de contradictions avec leurs positions antérieures.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) adhère pleinement aux vues exprimées par M. Lagarde.

Elle tient à ajouter que s'il faut bien constater que la souplesse est désormais admise depuis l'adoption par la Commission du principe de l'introduction d'une clause échappatoire à l'article 3.1 *b*, il faut que tout le monde garde à l'esprit que ce vote acquis selon un écart modeste ne doit aboutir qu'à un triomphe équivalent.

Elle estime que la proposition néerlandaise est la seule acceptable car elle procède d'un degré de souplesse admissible et constitue une frontière à ne pas dépasser.

Sans réaliser un «saut dans l'inconnu», la Commission n'en sortirait pas moins des «sentiers battus».

Mr Boggiano (Argentina) agreed with Professor de Magalhães Collaço that a degree of compromise was necessary. He had a suggestion to make which would add flexibility to the Netherlands proposal. He proposed that a succession would be governed by the law of the State in which at the time of his death the deceased was habitually resident, provided he had had habitual residence in that State for a period of not less than five years immediately preceding his death, unless exceptionally he was at the time of his death manifestly more closely connected with the State of his nationality *or with the State of any other preceding habitual residence*, in which case the law of the latter State should apply.

The Chairman noted that this was an extension of the Netherlands proposal but at the same time a restriction of the proposal made by the Danish, United Kingdom and Norwegian delegations. It was therefore necessary for a document to be provided setting out this proposal.

Mr Rognlien (Norway) pointed out that although in Working Document No 1 reference was made to a State other than the State in which the deceased had five years' habitual residence, this did not mean that the door was open to apply the law of any State. The words 'manifestly more closely connected' introduced an important limitation. The suggestion of Mr Boggiano fitted in with this principle. However, his suggestion referred purely to the law of another State and it would be preferable if it also included the State in which the deceased was resident at the time of death although he had not been resident there for five years, but a shorter period.

Mr Rognlien also introduced the question of the structure of article 3, suggesting that the three stage process set out in the Report on the preliminary draft Convention

should emerge more clearly from the wording of article 3.

The Chairman confirmed that the Drafting Committee would consider this point.

Mr Scoles (United States of America) wished to reinforce the comments of Mr Rognlien. The alternative law indicated by the escape clause was the law of the State more closely connected than that of nationality or present habitual residence. A higher standard was required. A close connection must be more apparent. This solution was not therefore open-ended. Moreover, it did not give rise to the possibility of forum shopping, since only a limited number of States would be capable of assuming jurisdiction where the deceased did not have assets within those States.

Mr Edwards (Australia) supported the idea that a further intermediate position should be considered. He therefore agreed with the proposal of Mr Boggiano and hoped that it would be pursued further.

M. Pocar (Unidroit) souhaite rappeler que la préoccupation essentielle a été par le passé de conférer aux rattachements dits «personnels» (résidence habituelle et nationalité) une importance accrue par rapport aux rattachements dits «réels». Cette préoccupation serait mise à néant si le juge avait la possibilité d'appliquer une clause échappatoire trop libérale dont les effets seraient inévitablement de permettre aux rattachements «réels» de supplanter les rattachements personnels.

M. Pocar souligne enfin le danger inexorable constitué par les conflits de décisions qu'une clause échappatoire trop lâche ne manquerait pas de susciter.

Mr Philip (Denmark), with whom **Mr Hayton** (United Kingdom) and **Mr Scoles** (United States of America) agreed, considered that the proposal of Mr Boggiano was acceptable and should be adopted by the delegates.

M. Lagarde (France) entend faire valoir que si sa délégation aurait pu se résigner à accepter la proposition néerlandaise, elle ne saurait aller au-delà en acceptant la proposition argentine.

Le Président exprime alors son intention de procéder au vote en opposant les propositions néerlandaise et argentine l'une à l'autre.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime que le vote ne saurait avoir lieu avant que la délégation argentine ait soumis aux autres délégations une proposition écrite.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) was happy that progress had been made in the direction he considered appropriate. Nevertheless he still found the proposal of Mr Boggiano unacceptable. Article 3(1) represented a compromise between the principles of nationality and habitual residence. Both principles were taken into account in paragraph 1(a); however, in paragraph 1(b) habitual residence was given priority. If the escape clause permitted a reference to the law of the nationality, then the spirit of compromise evident in paragraph 1(a) was retained. If other ideas were introduced however the compromise would be weakened. Article 3 would be weighted in favour of the State of habitual residence. This was not ideal, in particular because of the uncertainty introduced if the habitual residence of the deceased need not be for a full five years.

Mr Rognlien (Norway) could not agree with the views of Mr Pirrung. The escape clause was from a domicile of five years habitual residence immediately preceding death. The preferred law might be the law of nationality or another law more closely connected, for instance the law of a previous habitual residence. This alternative could not destroy the equilibrium between habitual residence and nationality expressed in article 3, since it superceded only the other residence.

Le Président ouvre la discussion sur la proposition argentine (Doc. trav. No 15).

M. Picone (Italie) entend dénoncer les effets négatifs, en théorie comme en pratique, qui découleraient de l'adoption d'une clause d'exception trop libérale, comme celle qui a été proposée par la délégation argentine. Il expose que la multiplication des facteurs de rattachement applicables à titre d'exception est une source de confusion qui va à l'encontre des finalités qui doivent être poursuivies par la mise en œuvre d'une règle de conflit en matière successorale. Il estime que les critères de rattachement contenus dans l'avant-projet, auxquels on ajouterait seulement l'exception en faveur de la nationalité, proposée par la délégation néerlandaise, suffiraient amplement à couvrir les situations qui se présentent le plus souvent aux praticiens. En outre, il entend insister sur les risques de l'arbitraire judiciaire qui, selon lui, seraient amplement favorisés par l'adoption de la solution proposée par M. Boggiano. Il en veut d'ailleurs pour preuve l'absurdité à laquelle pourrait conduire cette solution pour le cas où, par exemple, une juridiction choisirait d'appliquer la loi du lieu d'une résidence possédée par le *de cuius* dans un passé lointain alors que celui-ci aurait longuement résidé habituellement avant son décès en un lieu différent.

Il voit d'ailleurs dans tout cela la volonté de certaines délégations de conférer à la notion de «*domicile of origin*» une importance totalement étrangère aux options prises par la Commission spéciale.

Enfin, il souligne que l'acceptation éventuelle de la solution proposée par M. Boggiano, favorable à la prise en compte de certains critères de rattachement «personnels» très anciens et dépassés au moment de la mort, rendrait très discutable la décision déjà prise de ne faire jouer aucun rôle à des critères de rattachement «réels» au moment de la mort, comme la *lex rei sitae*, qui pourraient être beaucoup plus forts.

Il s'inquiète également sur la cohérence de l'avant-projet et notamment de l'article 4 dont l'économie, si sagement dosée par la Commission spéciale, se trouverait atteinte par l'adoption de la proposition argentine. Il conclut en mettant en garde toutes les délégations devant le danger présenté par une utilisation désordonnée des facteurs de rattachement; ainsi, si une évolution doit être enregistrée par rapport à l'avant-projet, encore, faut-il que celle-ci soit cohérente, ce qui ne serait pas le cas dans l'hypothèse où la proposition argentine serait adoptée.

Mr Westbrook (Netherlands) noted that the Netherlands proposal was intended to balance the requirements of foreseeability and flexibility and to pay attention to the needs of practitioners. The proposal of Argentina was ingenious but was not adapted to practitioners' needs. It was only relevant in a limited number of cases. The Netherlands delegation preferred that such cases should be tackled in a pragmatic way and that the Convention should not be complicated.

Mr Hayton (United Kingdom) pointed out that article 3(1)(b) of Working Document No 1 had been withdrawn

because the Argentine suggestion was seen as an advance. The reference to the State of closest connection seemed to open a Pandora's box. The Argentine suggestion narrowed the range of possible closely connected States. An example might be useful to clarify the utility of the suggestion. It was not uncommon for a person to live in State A and work in State B. Thus for example a person of Swiss nationality might live in France but work for a Swiss company and commute into Switzerland each day. It was possible that he would be sent abroad to work for a limited period. He might work in Ruritania, returning to his home in France at intervals to visit friends and spend holidays there. If he died after five-and-a-half years then the State of his habitual residence would be Ruritania. The Netherlands suggestion would allow reference to Swiss law as the law of his nationality. However, his previous habitual residence had been in France, and it was clear that he was most closely connected therefore to France. The reference to the law of the State of his previous habitual residence therefore clearly achieved a more just solution. Similar circumstances could also arise in a common law context. For example an Australian national might move to the United Kingdom but die during a temporary posting to Ruritania. If he had established habitual residence in the United Kingdom and intended to return there, that would be the State with which he was most closely connected.

Mr Siqueiros (Mexico) supported the Argentine proposal. However, he queried what the position would be concerning article 3, paragraph 2, if the Argentine proposal was approved. If it remained in its present form it would be difficult to implement. The need for national courts to exercise their discretion should be restricted where possible.

The Chairman pointed out that paragraph 2 of article 3 applied if the deceased had not established habitual residence for five years in the State of his habitual residence at death. On the other hand paragraph 1(b) applied to the situation where five years' residence had been established. The interrelation between the two needed to be clarified at the drafting stage.

Mr Siqueiros (Mexico) queried whether paragraph 2 of article 3 could be reworded.

The Chairman pointed out that paragraph 2 of article 3 required discussion anyway, and the problems noted by Mr Siqueiros could be raised at that time.

M. Hascher (France) confirme l'hostilité de sa délégation à l'égard de la proposition argentine qui, ainsi que le soulignait M. Picone, remet en cause le cadre juridique posé à l'article 4 de l'avant-projet. Il se déclare en outre peu convaincu de l'«injustice» supposée par M. Hayton à travers l'application de la loi nationale dans l'exemple donné par ce dernier.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) entend souligner les difficultés probatoires considérables que susciterait la mise en œuvre de la proposition argentine.

Elle estime en effet qu'il est plus facile de faire la preuve d'une nationalité que d'apporter celle d'une résidence habituelle surtout si celle-ci est ancienne.

Mr Duchek (Austria) regretted that he found the Argentine proposal unacceptable. Habitual residence was a weak connecting factor. It was impossible to define. The Argentine proposal introduced a proliferation

of habitual residences. While it might be possible to establish the State of habitual residence at death it would be much more difficult to trace back the State of habitual residence at different times in the life of the deceased. This approach was therefore too complicated.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) commented that habitual residence had been chosen as a connecting factor since domicile was regarded as too complicated. Because habitual residence was a weak connecting factor the Special Commission of March/April 1987 had examined the possibility of making reference also to other factors such as the intention of the deceased to settle permanently or for an indefinite period in a place, but this possibility had been rejected. The inclusion of the five-year time period was thus directed to strengthening the connecting factor of habitual residence. The effect of the proposal contained in Working Document No 15 however, would be that in some cases the choice of possible applicable laws would be extended to (1) the law of the State where the deceased had been habitually resident for five years, (2) the law of his State of nationality or (3) the law of the State where he had previously been habitually resident, whether for five years or not. He gave the example of a deceased person who had been resident in the United States of America for six years, being of French nationality and having lived previous to his emigration to the United States in Morocco for four years. The proposal in Working Document No 15 would open up the possibility of invoking three laws. This did not seem very satisfactory. The least one should require, he felt, was that a five-year time period should also be necessary before a period of previous habitual residence qualified for consideration as a connecting factor.

Mr Philip (Denmark) observed that the problems of habitual residence as a connecting factor were reduced when it was pointed out that the deceased must have a manifestly closer connection with the State of his previous habitual residence. This consideration rendered the time factor irrelevant. The real problem with Professor Boggiano's proposal was that it restricted the proposal of the United Kingdom, Norway and Denmark to a few limited situations.

Mr Rognlien (Norway) was concerned that the Argentine proposal was welcomed by those who originally supported Working Document No 1 as a compromise which might be acceptable to all sides. He hoped that if it was rejected as a compromise, discussion of Working Document No 1 would be resumed.

Le Président précise à la délégation norvégienne que les délégations concernées sont parfaitement libres de leur choix et qu'elles sont désormais invitées à se prononcer pour le maintien ou non des propositions visées. Aucune manifestation n'ayant eu lieu, le Président invite les délégations à voter sur l'adoption ou non des propositions néerlandaise et argentine.

Par un vote de 14 voix pour (Argentine, Australie, Belgique, Canada, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Israël, Japon, Mexique, Norvège, Royaume-Uni, Venezuela), 13 contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse, Tchécoslovaquie), et deux abstentions (Chine, Suède), la proposition contenue dans le Document de travail No 15 est retenue.

Mr Boggiano (Argentina) was concerned that in view of the narrow margin of acceptance of this compromise

solution it should not be seen as a definitive solution. He hoped that further attempts would be made to find a more acceptable solution.

The Chairman agreed that this would be preferable, and welcomed suggestions which could be discussed at the time of the second reading. He then directed discussion to the question of the length of the qualifying period of residence, which was five years in the draft Convention. Sweden, Finland and the United States of America had expressed a preference for a shorter time period such as two years. There was however a prior question. The German proposal contained in Working Document No 8 referred to 'residence' rather than 'habitual residence'. Clarification of the intention behind this suggestion was requested.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) estime qu'il est préférable de discuter en premier lieu de la question de la durée du délai, pour laquelle les délégations devront s'exprimer aussi bien dans le sens d'un rétrécissement mais aussi et surtout d'un allongement du délai.

Il exprime à cette occasion le point de vue de sa délégation, selon lequel le délai de résidence doit être largement supérieur à cinq ans pour être de préférence fixé à dix ans ou plus.

Le Président invite la délégation suédoise à se prononcer sur le maintien de sa proposition.

Mr Blomstrand (Sweden) confirmed that the Swedish delegation wished to maintain its suggestion of a two-year qualifying period. Habitual residence was found preferable as a connecting factor to nationality and therefore a two-year period was found more satisfactory.

The Chairman queried whether Germany wished to make a formal proposal that the qualifying period should be 10 years.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) did not wish to make such a proposal. He considered that further discussion of the qualifying period should be avoided in view of the compromise reached by acceptance of the five-year period.

Mr Savolainen (Finland) favoured the shorter time period suggested, but was happy with the five-year qualifying period, in view of the fact that an escape clause was provided.

Mr Siqueiros (Mexico) was in favour of a two-year qualifying period.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) marque l'opposition déterminée de son Gouvernement à toute proposition qui tendrait au rétrécissement ou à la suppression du délai de résidence.

Elle rappelle que l'avant-projet est le fruit d'un compromis qu'il ne faut pas mettre en péril par l'adoption de positions extrêmes.

M. Pipers (Belgique) fait valoir que l'adoption de la proposition argentine conduit inexorablement à la suppression de tout délai de résidence. En effet, selon lui, il serait incohérent de maintenir l'exigence d'un délai alors que cette exigence a été supprimée à propos d'une règle procédant d'un fondement juridique. En outre, l'adoption d'une clause échappatoire aussi libérale supprime tout fondement juridique à l'exigence d'un délai

dans le cadre du rattachement principal prévu par l'article 3.1 *b*. La suppression de tout délai présente le mérite d'éviter l'irritante controverse concernant la méthode de computation des délais. Au surplus, si le changement de domicile est un fait objectif qui peut suffire en soi à caractériser la volonté de localisation au sens des conflits de lois, la notion de terme d'un délai n'a en revanche aucune fonction de localisation.

Enfin, l'on doit admettre que la condition tirée de l'existence d'un délai ne fera que marginaliser le rattachement de l'article 3.1 *b* au profit de l'hypothèse visée par le second paragraphe de cet article, ce qui ne laisse pas de surprendre.

Mr Duchek (Austria) pointed out that the basis of discussion should be written amendments to the preliminary draft Convention. The matter should not be complicated by discussion of other oral amendments.

Le Président invite la délégation belge à prendre position sur le point d'ordre soulevé par la délégation autrichienne.

M. Pipers (Belgique) répond que si sa délégation est favorable à la réduction du délai de 5 ans, elle n'entend pas pour autant émettre une proposition formelle de suppression pure et simple de l'exigence d'un délai.

The Reporter noted that real difficulties could arise over the starting-point of the qualifying period of habitual residence. Simple residence might become habitual residence during a five-year period. The question of when the five-year period of habitual residence commenced might therefore have to be brought into the text of the Convention.

M. Voulgaris (Grèce) estime pour sa part qu'aucune réduction du délai ne doit être entreprise.

Il rappelle que dès lors que la loi nationale suppose des liens forts et permanents entre un individu et un Etat, il convient que le facteur de rattachement tiré de la résidence habituelle doit procéder du même esprit.

Il ajoute enfin que la recherche d'un compromis, notamment par l'élaboration de concepts communs, est un facteur essentiel de la réussite d'une convention. On s'en éloignerait cruellement si l'on venait à supprimer tout délai de résidence.

Mme Revillard (France) associe la délégation française au pessimisme manifesté par la délégation portugaise et malheureusement largement conforté par la démonstration opérée par M. Pipers.

Elle constate une dérive dangereuse de la Commission, car la suppression du délai de résidence empêche toute prévisibilité dans d'application de la règle de conflit prévue à l'article 3 *b* de l'avant-projet. Enfin, elle estime que les problèmes pratiques de détermination de la résidence habituelle ne sont pas nouveaux en sorte qu'ils seront maîtrisés par les juridictions des Etats contractants.

M. Talpis (Canada) fait valoir de son côté le point de vue de la délégation canadienne qui est de souhaiter la réduction du délai prévu initialement à deux ou trois ans.

Mr Philip (Denmark) wished to make two points. First, he would prefer that there was no qualifying period of habitual residence. However, it was part of the compromise solution adopted by delegates, so he was prepared to accept it. The change in the five-year qualifying period could be fatal to the success of the Convention.

Secondly, as to the time when the qualifying period should commence, as the Reporter had pointed out the solution to this problem was explained in the Report on the preliminary draft Convention. This corresponded to the German proposal in Working Document No 8. The word 'habitual' was removed from article 3(1)(*b*) so that it was clear that it was necessary for a person to have acquired habitual residence before the law of the State could be applicable, but that the five-year qualifying period began to run on the commencement of simple residence in that State.

Mr Rognlien (Norway) was in favour of a shorter qualifying period than five years, but accepted that two years might be too short, and that a three-year qualifying period might be preferable. The shortening of the qualifying period would give greater scope to the escape clause contained in article 3(1)(*b*). He agreed with Mr Philip that ultimately it would be preferable not to disturb the solution accepted in the preliminary draft Convention if this was felt to be an important compromise.

M. Picone (Italie) entend rappeler, à la lumière des déclarations faites par ses homologues belge et français, que la présence de la clause d'exception qui a été approuvée ne supprime pas la nécessité d'un rattachement principal fort et prévisible, et que, au contraire, justement un rattachement fort fait comprendre que les exceptions doivent être interprétées de façon restrictive. Il estime donc que la durée de cinq ans prévue dans l'avant-projet est un rempart ultime contre les effets négatifs d'une trop grande liberté dans la recherche de la loi applicable.

Enfin, il dénonce l'incohérence qui consiste à remettre en cause les acquis dégagés par la Commission spéciale sans tenir compte d'autres dispositions intimement liées au problème actuellement débattu.

Selon lui, on ne peut discuter de l'article 3, paragraphe 1, alinéa *b*, sans se pencher en même temps sur les solutions accueillies dans le cadre du paragraphe 2 du même article.

Le Président répond à cela qu'il comprend parfaitement les préoccupations de la délégation italienne, mais que pour des raisons évidentes il convient lors de l'élaboration d'un texte de procéder à un vote article par article.

Mme Zhang Honghong (Chine) confirme que sa délégation ne saurait aller au-delà des positions exprimées dans l'avant-projet.

Par conséquent, la délégation chinoise est opposée à la réduction du délai de cinq ans.

Mr Hayton (United Kingdom) stressed that it was crucial not to reduce the five-year qualifying period. This qualifying period was fundamental to the Convention. In essence the Convention had three rules. In article 3(1)(*a*) nationality and habitual residence were in the same State. In article 3(1)(*b*) where the deceased had been resident for five years in the State of his habitual residence on death, the connecting factor was habitual residence although an exception to this rule was provided. If the deceased had been habitually resident in the State of his residence on death for less than five years the connecting factor was nationality, but an exception was permitted. To reduce this five-year qualifying period would torpedo the battleship of compromise. The length of the qualifying period of residence made it more difficult to justify reference to an escape clause.

Mr Scoles (United States of America) favoured a shorter qualifying period of residence. However, he would

abstain if the matter was put to a vote. There were difficulties in shortening the period and at present the concerns of States of immigration were satisfied. However, if further changes were made to the preliminary draft Convention it might be necessary to reconsider this qualifying period.

Mr Hara (Japan) supported the five-year qualifying period. If one was to reduce the period from five years to two years, most cases which are to be covered by paragraph 1 (b) would fall within the scope of the escape clause that had been now adopted. Such a result would produce a lot of difficulties for the practitioners in the application of this sub-paragraph.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) partage l'inquiétude et le pessimisme des délégations française et portugaise. Elle estime que si l'on devait suivre certaines délégations en supprimant l'exigence de tout délai à l'article 3.1 b, la règle ainsi posée ne serait susceptible d'aucune prévisibilité dans son application. Bien que la Commission ait décidé de ne pas traiter de la matière des conflits de juridictions, elle estime que les conflits de décisions seraient l'une des principales difficultés pratiques si l'on venait à supprimer toute prévisibilité dans l'application de l'article actuellement discuté.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) considered that the Convention had been undermined by the changes to it. It would be difficult for practitioners to implement. It would be necessary to take a second look at article 3 after discussion on paragraph 2 had taken place.

The risk that the Convention in its present form would be found unacceptable to many delegates had already been realized. He agreed with Mrs Zhang Honghong that after conclusion of their discussions, the Commission should reconsider the changes made to the text of article 3 in the light of the existing preliminary draft Convention and consider whether it would not be preferable to retain the text of the preliminary draft.

Mr Edwards (Australia) noted that the view expressed by Mr Scoles was similar to that of the Australian delegation. He also would abstain if the matter of the qualifying period was put to a vote.

Le Président invite la Commission à se prononcer sur l'adoption ou non de la proposition tendant à la réduction à deux années seulement du délai de 5 ans prévu à l'article 3.1 b de l'avant-projet mis au point par la Commission spéciale.

Par un vote de 19 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Chine, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie), 5 voix pour (Belgique, Canada, Israël, Mexique, Suède) et 5 abstentions (Australie, Etats-Unis, Irlande, Norvège et Venezuela), la proposition de réduction du délai prévu à l'article 3.1 b de l'avant-projet est rejetée.

The Chairman directed discussion to the proposal of the Federal Republic of Germany contained in Working Document No 8 whereby reference was made in article 3(1)(b) to residence rather than habitual residence. He requested Mr Pirrung to clarify the intention of this proposal.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) explained that the underlying idea was that the start of habitual residence lay in a person's simple residence. Therefore

the words 'habitual residence' should not be repeated in article 3(1)(b). The reference in the text to 'residence' indicated simple residence. Nevertheless it was still necessary for the deceased to have acquired habitual residence in a State before that five-year period of residence could be accepted as a connecting factor.

The meeting was closed at 6 p.m.

Procès-verbal No 4

Minutes No 4

Séance du mercredi 5 octobre 1988 (matin)

Meeting of Wednesday 5 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 35 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président, rouvrant les débats au fond sur l'article 3.1 b, commence par préciser que la question de savoir si le qualificatif «habituelle» doit être supprimé ou maintenu au paragraphe 1 de l'article 3 doit être renvoyée au Comité de rédaction, de même que celle de savoir si le mot «exceptionally» doit apparaître dans le texte tel qu'il résulte de la proposition de la délégation argentine adoptée la veille.

The Reporter explained that he had reflected upon the discussions and decisions of yesterday and wished to make a number of comments about what had taken place. In making these comments he explained that he was speaking solely as Reporter, and not in a personal capacity. Firstly he commented upon the fact that the preliminary draft Convention was a delicate fabric and represented a fine balance between the two schools of thought. He suggested that it was in the interests of all the delegates to depart from its contents as little as possible. He said that any radical changes might affect the fine balance which had already been created and that this would be a regressive step. If any radical departures were made from the preliminary draft Convention he questioned whether there would be time to draft a whole new association between the two schools of thought. Secondly he said that at this juncture the Argentine motion innocently upset that fine balance. He understood that a lot of delegates agreed with its contents, and said that from a personal viewpoint and a Canadian viewpoint the language used presented no problem. The words 'immediately preceding habitual residence' would

be clearly understood by a Canadian solicitor or notary. But, he said, that was not the point. In other countries this language would present grave problems and therefore its use upset the balance which had previously been agreed upon. The aim of this meeting ought to be to keep the balance between the two schools of flexibility and certainty; each can only be carried so far as the other tradition can tolerate. Therefore, with these points in mind, he suggested that the Commission should re-open the matter of article 3(1)(b) and that they should vote upon the Dutch proposal.

Furthermore he hoped that the Commission would vote to keep article 3(2). He said that the Dutch proposal for article 3(1)(b) would allow for an alternative to the law of the habitual residence after five years, while retaining the certainty in this alternative connecting factor that many delegates had asked for. If this suggestion were adopted most testators would fall under the rules laid out in article 3(1)(a). Most of the rest would fall under article 3(1)(b) and this would leave article 3(2) as a sort of goalkeeper clause which would catch the small number of cases that could not be fitted within either article 3(1)(a) or 3(1)(b).

He reiterated his proposal that the Commission accept the Dutch motion, and his hope that article 3(2) would be left unchanged. He felt that this would give all delegations something to take back to their governments.

Le Président remercie le Rapporteur d'avoir exprimé une position médiane et reconnaît qu'il serait bon d'éviter les inconvénients résultant nécessairement d'une répartition des voix à 14 contre 13 sur une disposition aussi fondamentale que l'article 3.

Mr Savolainen (Finland) said that he had listened to the Reporter's intervention with interest but asked whether the intention was only to re-open article 3(1)(b) to the extent of deleting the words 'or of his immediately preceding habitual residence in which case the law of the particular one of those two States with which he was more closely connected shall apply', or whether the suggestion was more substantial.

The Reporter explained that his intention was to replace the Argentine proposal by the Dutch proposal.

Mr Boggiano (Argentina) expressed his willingness to accept this proposal.

Mr Rognlien (Norway) said that the discussion on article 3(1)(b) had not simply been between the Argentine and Dutch proposals. He said that the original proposed amendment to article 3(1)(b) had been in Working Document No 1 which had only been withdrawn in view of the Argentine proposal. He expressed the view that if the discussion were re-opened then Working Document No 1 should be resurrected as it was more flexible than the Dutch proposal and might therefore be acceptable to more nations.

He further expressed the view that the re-opening of the discussion had come as a surprise to delegates and therefore asked for time to reconsider the issue before making any further decisions.

Mr Hayton (United Kingdom) understood what Mr Rognlien was saying but did not agree that the United Kingdom joint proposal in Working Document No 1 should be resurrected; the words preceding the square brackets would however be acceptable and these merely reiterate the proposal of the Dutch delegation. He argued that his willingness to concede this point arose out of his interest in retaining the harmony and compromise of the draft.

Mr Philip (Denmark) expressed a preference for the Argentine proposal. He said he had been going to suggest the introduction of similar language into paragraph 2 which would have gone some way towards the Dutch proposal without relinquishing too much. He realized that this was a very controversial and difficult point, and this was reflected in the very close vote which had been taken the previous evening. In view of this fact he expressed a desire to accept the Reporter's suggestion but said that, for him, this would only be possible if agreement were reached on article 3, paragraph 2. He said he could not relinquish the Argentine proposal without first discussing paragraph 2. To abandon both the Argentine proposal and paragraph 2 would go too far towards certainty. Therefore, before the debate on article 3(1)(b) was re-opened he wished to be reassured that paragraph 2 would remain intact.

M. Pipers (Belgique) reconnaît que, dans le vote de la veille, c'est essentiellement animé par un esprit de compromis, et dans le souci de donner préférence aux solutions souples, qu'il a soutenu la proposition argentine contenue dans le Document de travail No 15. Mais il avoue avoir maintenant quelques hésitations sur l'opportunité de l'adoption de la proposition argentine, qui selon lui donne un aspect monstrueux au texte conventionnel, à cause du montage complexe et illogique qu'il met en place, montage de nature à remettre en question l'équilibre entier de la Convention. Pour lui, si l'on en reste à la solution de l'article 3.1 b tel qu'adopté hier, ce serait l'ensemble des autres dispositions de la Convention qui devrait être entièrement réexaminé afin de trouver un autre équilibre. Il estime, en définitive, qu'une clause échappatoire devrait plutôt trouver sa place au paragraphe 2 de l'article 3, ou éventuellement dans une disposition autonome du paragraphe 1 de l'article 3. Il note que la proposition néerlandaise contenue dans le Document de travail No 3 présente le même inconvénient.

Le Président rappelle la procédure pour revenir sur une proposition adoptée par un vote nominal. Il faut la majorité absolue en faveur du réexamen.

The Reporter explained that his intention was to adopt the Dutch proposal for article 3(1)(b) as set out in Working Document No 3 but to retain the text of article 3(2) of the draft Convention which would give reasonable reciprocity for the dropping of the Argentine proposal. He saw Working Document No 3 along with the retention of article 3(2) as a package and a reasonable compromise.

Le Président récapitule les quatre systèmes envisagés pour la rédaction de l'article 3.1 b. Le premier est celui de l'avant-projet. Le second est proposé par la délégation danoise: supprimer toute référence à la nationalité dans la proposition néerlandaise. Le troisième est celui soutenu par la délégation allemande: biffer le membre de phrase «depuis au moins cinq ans» dans l'article 3.1 b tel qu'il résulte de l'avant-projet. Le quatrième est celui de la délégation néerlandaise: adopter un système qui permette de revenir, dans certains cas, sur la résidence habituelle.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) pense qu'il est trop tôt pour discuter sur sa proposition, tant que le paragraphe 2 de l'article 3 n'a pas été discuté; en effet, il estime qu'il pourrait faire des concessions en fonction du contenu du paragraphe 2 de l'article 3.

Le Président en conclut que la délégation allemande souhaite en rester pour l'instant à la proposition néerlandaise.

M. Picone (Italie) rappelle qu'il a déjà précisé que les deux dispositions de l'article 3.1 et 2 sont étroitement liées. Il considère que le texte de l'article 3.1 *b* tel qu'il résulte de l'avant-projet est le meilleur qui puisse être adopté; en revanche le compromis adopté par le vote de la veille à la suite de la proposition argentine lui paraît proprement absurde. Il souhaite pour sa part, si un compromis est nécessaire, en revenir à la proposition de la délégation néerlandaise. Il estime qu'une clause d'exception ne pose pas de si graves problèmes lorsqu'elle porte sur une règle de rattachement elle-même résiduelle, comme c'est le cas du paragraphe 2 de l'article 3, mais qu'elle en pose d'énormes si elle porte sur le rattachement principal, entraînant une flexibilité insupportable. En définitive, il estime que, en cas d'acceptation de la proposition néerlandaise sur le paragraphe premier, alinéa *b*, de l'article 3, le seul véritable équilibre résulterait de l'adoption du texte du paragraphe 2 tel qu'il est conçu dans l'avant-projet.

Le Président note qu'il est impossible, à ce stade de la discussion, de garantir que le paragraphe 2 de l'article 3 soit maintenu, puisque cet alinéa n'a pas encore été discuté.

Mr Edwards (Australia) said he had listened with interest to the Reporter's suggestions and although he had voted for the Argentine proposal last night he said he would be willing to reconsider his position. He particularly wished to express support for the linking of article 3(1)(*b*) with article 3(2) and although he said this would not be essential it would certainly represent a more favourable proposal.

Mr Scoles (United States of America) expressed surprise at the resistance to the action taken yesterday but agreed that it was desirable to reach more consensus on this point. He expressed support for a brief re-examination of the issues followed by a vote and then a discussion of article 3(2).

Mr Philip (Denmark) expressed a wish to know other delegates' views on article 3(2) before taking a vote on the re-opening of discussion concerning article 3(1)(*b*).

M. Struycken (Pays-Bas) concède que la proposition de sa délégation n'avait pas d'autre but que de proposer une formule satisfaisant le plus grand nombre de négociateurs et qu'elle peut toujours être reconsidérée, conformément à ce but.

Mme Zhang Honghong (Chine) souhaite, au nom de sa délégation, une réouverture des débats sur le point voté la veille.

Le Président demande si une délégation s'oppose à la réouverture des débats sur le point voté la veille. Constatant l'absence d'opposition, il propose de mettre aux voix le texte de l'article 3.1 *b* tel qu'il résulte du Document de travail No 15 amputé de ses trois dernières lignes, après le mot «nationality».

Mr Rognlien (Norway) pointed out a difference between Working Document No 1 and Working Document No 3 in that Working Document No 3 included the word 'exceptionally'. He expressed the view that this was not merely a drafting problem but was a substantive difference which required a vote. He suggested

that if the word 'exceptionally' were to be retained it was more logical to use the phrase 'by way of exception' as this had been used in previous Conventions.

Le Président considère que la question de savoir s'il faut employer le terme «par voie d'exception», ou celui de «exceptionnellement», a antérieurement été renvoyé au Comité de rédaction. Il s'enquiert ensuite de savoir si certaines délégations souhaitent encore prendre la parole. Constatant la négative, il met aux voix la proposition néerlandaise telle qu'elle résulte du Document de travail No 3.

M. Pipers (Belgique) demande un dernier éclaircissement sur les conséquences d'un éventuel rejet de la proposition néerlandaise; il croit comprendre que dans ce cas on en reviendrait à ce qui avait été voté la veille.

Le Président confirme cette interprétation, et ouvre le vote sur l'article 3.1 *b* tel que rédigé dans le Document de travail No 3.

Par un vote de 20 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie), zéro voix contre, neuf abstentions (Autriche, Canada, Chine, Danemark, Japon, Mexique, Norvège, Suède, Venezuela), l'article 3.1 b tel qu'il résulte du Document de travail No 3 est adopté.

Mr Philip (Denmark) wished it to be noted that he was willing to change his vote in the future if article 3(2) were adopted.

Le Président précise que ces observations seront rapportées au procès-verbal et propose de passer à l'étude de l'article 3.2.

M. Lagarde (France) souhaite juste appeler l'attention du Président sur la proposition contenue dans le Document de travail No 20. Il précise que cette proposition a pour but de mettre en place la possibilité d'une réserve à l'article 3.1 *b* tel qu'il résulte du dernier vote, celui-ci restant, pour bon nombre de délégations, un vote de résignation.

Le Président décide de renvoyer l'étude de la proposition contenue dans le Document de travail No 20 au moment de l'étude des clauses relatives aux réserves. Il ouvre alors la discussion sur le paragraphe 2 en constatant que les délégations danoise et suédoise proposent la suppression de toute référence à la nationalité dans cet alinéa.

M. Philip (Danemark) précise qu'il préfère attendre le résultat de la discussion au fond du paragraphe 2 de l'article 3 avant que sa proposition ne soit discutée.

Le Président constate alors qu'il reste deux propositions. La proposition allemande de couper le texte à la fin de la deuxième ligne, après «au moment du décès», et la proposition de la délégation néerlandaise de limiter l'application de la loi présentant des liens plus étroits avec la situation, au cas où il s'agirait de la loi de la résidence habituelle du défunt.

M. González Campos (Espagne) estime que des concessions suffisantes ont été effectuées sur le paragraphe premier, et qu'il faudrait éviter, autant que possible, de retoucher le paragraphe 2, qu'il trouve bien équilibré tel qu'il est dans l'avant-projet.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime aussi que le paragraphe 2 tel qu'il résulte de l'avant-projet permet d'aboutir à une solution représentant le dénominateur commun au plus grand nombre de délégués présents.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souligne que sa délégation souhaite donner au texte de la clause d'exception du paragraphe 2 la même ligne que celle insérée au paragraphe premier de l'article 3. Pour lui le texte néerlandais est plus précis que celui de l'avant-projet. Il souhaite en toute hypothèse, que la clause d'exception apparaisse dans un alinéa spécial. Enfin, il ne s'affirme gêné ni par l'éventuelle insertion du terme «exceptionnelle» ni par celle du terme «manifestement».

Le Président considère que tout le monde paraît d'accord sur ce point.

Mr Philip (Denmark) expressed a desire to retain the present text of article 3(2) as it stands in the draft Convention. The result of a change to this paragraph would mean that an individual who had never resided in the country of his nationality might be made to accept nationality rather than habitual residence and this he said was unacceptable. He insisted that it must always be possible to take habitual residence before looking to a nationality with which he has never had any close connection.

Le Président estime qu'il ne faut pas attacher trop d'importance à l'insertion du terme «manifestement» dans la rédaction de l'alinéa 2, dont les conséquences pratiques ne doivent pas être exagérées.

Mr Růžička (Czechoslovakia) asked whether the general proposal stood for discussion.

The Chairman suggested that Germany had virtually withdrawn its suggestion and asked whether this was correct.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souhaite que l'on discute sur l'idée qu'il émet et sur les propositions de la délégation néerlandaise, qui n'ont pas encore été discutées, mais reconnaît ne pas attacher une importance démesurée à sa proposition.

Le Président conclut que la délégation allemande accepterait éventuellement de revenir sur sa proposition, en fonction du contenu des discussions qui vont avoir lieu maintenant.

Mr Růžička (Czechoslovakia) expressed support for the text of the German proposal without the brackets.

The Chairman said a vote could be taken on this point.

Mr Rognlien (Norway) said that in response to the appeal from the Reporter that the balance of the draft Convention be retained he was willing to vote against any amendments.

Mr Scoles (United States of America) remembered that the meeting had considered a multitude of amendments to a paragraph yesterday and merely voted on whether the present draft should be retained. He asked whether a similar vote could be taken on this issue.

The Chairman explained that the rules of procedure required that a vote be taken on all proposals.

Mr Boggiano (Argentina) agreed with earlier speakers that the spirit of compromise was important and argued for retention of article 3, paragraph 2, of the draft Convention.

Mr Blomstrand (Sweden) referred to his delegation's proposal in Working Document No 2. He said he was not pleased with the compromise in article 3(1)(b) because the Swedish Government needed clear rules. He further explained that in Sweden the connecting factor of habitual residence was paramount and therefore they wished to delete the present reference to nationality. He said that of course he understood the need for compromise and if his proposal were not supported he would accept that decision but that he wished to maintain his proposal for the moment.

Mr Duchek (Austria) said that in its present form paragraph 2 was illogical. He said that the Convention had accepted the technique of an escape clause in article 3(1)(b) but only if there was a manifestly closer connection to another State but because, in paragraph 2, there is no reference to such a close connection, a difference arises between them. The Convention should not introduce two different standards of close connections. He argued that it was a matter of substance and not merely of drafting.

The Chairman agreed that if the text of article 3(2) were agreed the Commission ought to discuss whether the word 'manifestly' or the word 'exceptionally' ought to be included.

Mr Wang Houli (China) reiterated the problem which existed between those who would argue for a domicile formula and those who would argue for a nationality formula, but felt that a fair compromise had so far been reached and hoped that they, along with the other delegates, could continue in this positive vein to reach a conclusion acceptable to all States.

Le Président propose de passer au vote sur les amendements proposés par les délégations néerlandaise et suédoise.

Mr Růžička (Czechoslovakia) argued that if the German proposal was to stand it should be voted on first.

Le Président propose que l'on vote en premier lieu sur la proposition de la délégation néerlandaise.

Mr Goldwater (Israel) asked whether it would be simpler to vote either for or against the text in the draft Convention.

Le Secrétaire général précise qu'en vertu d'une règle générale de la Conférence de La Haye, les votes portent d'abord sur les amendements, de telle sorte que les délégations souhaitant conserver le texte de l'avant-projet n'ont qu'à voter contre les propositions d'amendements.

Le Président met aux voix la proposition allemande reprise par le Délégué tchécoslovaque.

Par un vote de 24 voix contre (Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Yougoslavie), une voix pour (Tchécoslovaquie) et 4 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Grèce, Hongrie, Suisse), la proposition est rejetée.

Le Président demande alors si l'amendement de la délégation néerlandaise est maintenu. Dans l'affirmative, il le met aux voix.

Par un vote de 19 voix contre (Argentine, Australie, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Irlande, Israël, Italie, Japon, Mexique, Norvège, Royaume-Uni, Suède, Venezuela), 6 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Suisse) et 4 abstentions (Grèce, Hongrie, Portugal, Tchécoslovaquie), l'amendement de la délégation néerlandaise est rejeté.

Le Président demande alors à M. Philip s'il retire sa proposition.

Mr Philip (Denmark) said that as a result of the vote he was now willing to accept article 3(1)(b) and remove his proposal for article 3(2).

Mr Blomstrand (Sweden) removed his proposal for article 3(2).

Le Président demande si certaines délégations souhaitent se prononcer sur l'introduction des mots «manifestement» ou «exceptionnellement» comme pour le paragraphe premier de l'article 3.

Mr Mádl (Hungary) expressed the view that the inclusion or otherwise of the words 'manifestly' or 'substantially' was a question of substance and ought to be put to the vote.

M. Struycken (Pays-Bas) s'estime en parfait accord avec M. Mádl et souhaite que l'on évite deux formules différentes.

Mr Savolainen (Finland) was against the addition either of the word 'exceptionally' or of the word 'manifestly' and would therefore vote against both.

M. Picone (Italie) fait valoir que les mots «manifestement» et «exceptionnellement» ont une signification clairement différente. Il ne voit pas d'inconvénient à l'insertion du terme «manifestement» qui ne change rien au sens de l'article, selon lui. En revanche, il s'oppose à l'insertion du terme «exceptionnellement» dans le paragraphe 2 de l'article 3, qui risque de réduire considérablement le champ d'application de la clause d'exception et de remettre en discussion le compromis qui avait été trouvé.

Mr Rognlien (Norway) said that when one read article 3(1)(b) and article 3(2) there were clearly differences between them. He agreed that these were differences of substance but said that there were reasons for the differences to exist and that therefore they should be retained.

M. Voulgaris (Grèce) estime que la symétrie n'est pas la seule considération à retenir pour la rédaction du texte discuté, mais qu'il faut aussi faciliter l'interprétation de ce texte. De ce point de vue là, il opine en faveur de l'insertion du mot «manifestement» dans le paragraphe 2 de l'article 3, afin de faciliter la tâche du juge.

Mr Philip (Denmark) understood that the symmetry and formulation of the articles was very important but that the Commission should not relinquish the intended meaning of the text merely for reasons of symmetry and logic. The meaning of the text should be paramount. He explained that Denmark would be against the use of the word 'exceptionally' and although they would accept

'manifestly' they would not support it.

He went on to say that as there was no written text put forward to discuss the inclusion otherwise of these words he objected to their discussion and argued that it should be dropped.

Mr Boggiano (Argentina) argued that the differences between article 3(1)(b) and article 3(2) were necessary. He saw clearly a need for the use of the word 'exceptionally' in article 3(1)(b) but argued that its use would be unacceptable in article 3(2).

Le Président constate qu'il n'y a pas de proposition expresse en faveur de l'adoption du mot «exceptionnellement», et demande si certaines délégations s'opposeraient à l'insertion du mot «manifestement».

Mr Talpis (Canada) expressed his opposition to the use of the word 'manifestly'.

Mr Savolainen (Finland) also expressed his opposition to the use of the word 'manifestly'.

Le Président met aux voix la question de savoir si le mot «manifestement» sera inclus dans l'article 3.

Par un vote de 13 voix contre (Argentine, Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Mexique, Norvège, Suède, Venezuela), 12 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Autriche, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse, Tchécoslovaquie) et 4 abstentions (Chine, Israël, Luxembourg, Royaume-Uni), l'insertion du terme «manifestement» au paragraphe 2 de l'article 3 est rejetée.

Le Président conclut en proposant que l'insertion du terme «exceptionnellement» soit discutée pour les deux alinéas de l'article 3 en même temps lors de la seconde lecture.

Le Président ouvre la discussion sur l'article 4.

M. Lagarde (France) indique qu'il y a également une proposition sur l'article 3 au Document de travail No 21.

Le Président indique que cette proposition du Document de travail No 21 est momentanément retirée. Elle reviendra éventuellement en discussion par la suite.

Le Président constate que les propositions d'amendements de l'article 4 de l'avant-projet sont contenues dans les Documents de travail Nos 2 à 5 et Nos 9, 18, 22 et 23. Il remarque que plusieurs systèmes sont proposés. Il y a principalement deux questions à régler. La première est celle de savoir s'il convient d'inclure la possibilité de choisir la loi du *situs* dans le cadre de la *professio juris*. Les délégations des Etats-Unis, des Pays-Bas et du Royaume-Uni ont toutes trois proposé cette inclusion, mais sous un éclairage différent. La seconde question est celle de savoir quel est le moment déterminant qu'il convient de retenir pour statuer sur la validité du choix. Est-ce le moment du décès ou celui de la rédaction du testament? Cinq possibilités au moins ont été proposées. La première solution consiste à ne retenir que les lois de résidence habituelle ou de nationalité au moment de la rédaction du testament. C'est ce qui est contenu dans la proposition de la délégation allemande. Mais cette délégation admettrait éventuellement une solution plus souple. La seconde solution consiste à ne retenir que les lois au moment du décès du testateur. C'est la solution adoptée dans l'avant-projet. Cette solution est appuyée notamment par l'Espagne. Vient ensuite une solution alternative. C'est la solution la plus

large. Il suffit que la loi choisie soit celle de la résidence habituelle ou de la nationalité du testateur, soit au moment de la rédaction du testament, soit au moment du décès du testateur. Cette solution est défendue par la délégation des Etats-Unis et par celle des Pays-Bas. Elle est mentionnée à titre subsidiaire par la délégation allemande. La quatrième solution est la plus restrictive. Il faut que la loi choisie soit celle de la nationalité ou celle de la résidence habituelle tout à la fois au moment de la rédaction du testament et au moment du décès du testateur. Enfin, le cinquième système propose une solution intermédiaire. C'est ce que retient la délégation suédoise. En principe, lorsque le testateur choisit sa loi nationale, pour que le choix soit valable, il faut qu'il possède cette nationalité au moment de la rédaction du testament et au moment de son décès. En revanche, s'il choisit la loi de l'Etat de sa résidence habituelle, il faut qu'il possède sa résidence habituelle dans cet Etat au moment de la rédaction du testament et il faut également qu'il l'ait possédée dans cet Etat, dans les dix ans qui ont précédé son décès.

Le Président donne ensuite l'ordre des discussions. Il invite les délégués à discuter en premier lieu des propositions qui s'écartent le plus de l'avant-projet. C'est manifestement l'idée qui consiste à se référer au *situs* qui s'en écarte le plus. C'est donc le premier point qui fera l'objet des discussions. Plusieurs propositions ont été faites en ce sens. Tout d'abord, celle des Etats-Unis qui limite la possibilité de choisir la *lex rei sitae* à certains immeubles. Ensuite, la proposition des Pays-Bas qui, elle, est plus large. Le Président demande à la délégation des Pays-Bas de préciser sa proposition. Il voudrait savoir si cette proposition permet à une personne de choisir une même loi pour plusieurs immeubles situés dans des pays différents ou si elle permet seulement de choisir la *lex situs* propre à chaque immeuble.

M. Struycken (Pays-Bas) déclare que sa proposition est fondée sur la constatation que la *lex situs* exerce une influence importante en pratique, notamment pour les notaires qui préfèrent appliquer leurs lois. Si une personne a plusieurs immeubles dans différents pays, il faut pouvoir appliquer pour chaque immeuble la loi du *situs* de cet immeuble. En revanche, on ne peut autoriser le choix d'une même loi pour régir la succession de plusieurs immeubles situés dans des Etats différents. Une telle solution ne serait pas dans la logique de son projet.

Le Président se demande s'il ne serait pas nécessaire d'ajouter, dans la proposition des Pays-Bas, le terme «of each immovable is situated».

Il donne alors la parole à M. Scoles pour que ce dernier explique le sens qu'il donne à l'expression «residential immovable».

Mr Scoles (United States of America) stated that it was clear here that the concept of unity was at risk; nevertheless there was concern for the situs of real estate. He reminded the Commission that the thrust of the Convention was to identify members of the family who had to take in opposition to the testator's wishes, and since this matter concerns the following, he felt it was inappropriate that land in ten different countries should be governed by ten different laws. He declared it was for this reason that the rule of *lex situs* had not been included in the first draft. However, he reminded the Commission that the vote on this matter had been equally divided. He felt that we were most concerned with the idea of a second home, that is, a residence of the deceased at a place other than his habitual residence. He therefore proposed a limited exception to unity for such property, used as a place of residence. He

made a clear distinction between real estate or immovables, which might be differently characterized by different people, and other intangible or moveable property. He gave the example of a Japanese or Canadian person buying property in Seattle, in which case he felt that person ought not to be able to determine the rights of their family, be it oil rights, etc., and therefore the rule of *situs* ought not to apply in that case.

He concluded that by limiting the rule of *lex situs* to residence this would limit its application to the family, and he therefore put forward the proposal of the United States, stated in Working Document No 5.

Le Président précise que si l'on adoptait cette solution, il faudrait trouver une expression adéquate également en français.

Mr Siqueiros (Mexico) began by saying that he found much merit in the Dutch proposal. However, he expressed his concern on the general scope of the Convention, which he reminded the Commission was not a Convention concerning jurisdiction. He felt that even if the principle of unity was prevailing, we must be aware of the fact that a court for example in Mexico, would not enforce a judgment by an Italian or French Court concerning the administration of real estate situated in Mexico. He continued by saying that the Mexican Court may recognize that Italy or France was the person's State of nationality, but that actually enforcing the foreign court's decision concerning such property was a different matter altogether. He therefore proposed that the Convention should give the testator the right to choose the *lex situs* for property outside his State of nationality and this would solve the problem. He explained that the Court, for example in Mexico, would be willing to enforce the judgment of a foreign court which backed the testator's own decision concerning *situs*.

Le Président précise que deux questions différentes doivent être envisagées. La première consiste à savoir s'il faut introduire la possibilité de choisir la *lex rei sitae*. Deuxième question: si on l'introduit, dans quelle mesure faut-il le faire?

M. Lescaze (Suisse) déclare que sa délégation est opposée à l'introduction de la *lex sitae* par le biais de la *professio juris*. Il estime que la Commission spéciale avait décidé d'abandonner la référence à la loi du *situs*, convaincue des avantages du règlement unitaire de la succession. Introduire dans la Convention la loi du *situs* par la *professio juris* risquerait de ruiner tous ces efforts en faveur de l'unité.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) rappelle que lors de la Commission spéciale, le problème de la *lex situs* avait déjà fait l'objet d'un large débat. Pour elle, le débat peut être placé à deux niveaux différents. On peut, en premier lieu, envisager le choix de la loi du *situs* d'un immeuble pour régir la totalité de la succession. Selon elle, cette solution soulève quelques réserves, mais ne porte pas atteinte à l'unité du règlement successoral. En revanche, elle est totalement opposée à l'introduction de la *lex rei sitae* par le biais de la *professio juris* si celle-ci permettait au *de cuius* de faire un dépeçage de sa succession. Elle comprend par ailleurs très bien les problèmes réels posés par l'exequatur et la reconnaissance des décisions qu'ont évoqués certains délégués précédemment. Mais elle se demande si la solution préconisée par les Etats-Unis est assez claire pour permettre de résoudre ces difficultés.

Mr Rognlien (Norway) began by saying that he was in favour of the Dutch proposal, giving the testator the right to designate the law of the place where the immovable is situated. He recognized that this was not in accordance with the principle of unity, which he felt should not always be decisive. He reminded the Commission that national laws often have special rules to respect the interest of their community, as an example he mentioned article 11 of the present draft of the Convention. He stated that there were practical considerations that must be taken into account which justified a special law of succession for immovables. He agreed with Mr Siqueiros that this was not a Convention on jurisdictional problems, however he said that most States insist upon the law of the State for immovables situated within it, and this is the rule as per the Convention of Lugano on jurisdiction passed last month between all the States of Western Europe. He concluded by stating that there were therefore practical considerations which led him to suggest the adoption of the Dutch proposal and not the limited proposal of the United States of America.

Mr Hayton (United Kingdom) announced that he would limit his remarks merely to the point of *lex situs*, and stated that the United Kingdom were very much in favour of the Dutch proposal. He felt that there was a great need for the principle of unity which he considered to be the core of the Convention, but that there should be a practical exception for immovables. He gave the example of an English lawyer dealing with the estate of someone who owned villas in Spain and Italy. If that person instructed the lawyer to draft a will leaving all his property to his widow for life and his children equally thereafter, unless the widow should decide otherwise during her lifetime, how would that English lawyer know if such arrangements were valid in Spanish and Italian law? He suggested that the lawyer would have to contact a large firm in London with lawyers or associates who were experts in such Spanish and Italian law, which could be very expensive indeed. He suggested that the same would be the case were an English person to approach an Italian or Spanish lawyer and ask them to draft a will giving effect to such an arrangement and marking at the top that English law should apply. He therefore suggested that the rule of *lex situs* would avoid such a situation of one lawyer being expected to advise on both laws. Continuing his example, he proposed that the English client should seek advice from his English lawyer concerning his English estate, and from his Italian or Spanish lawyer concerning his immovables situated respectively in Italy or Spain.

He continued by saying that there was another advantage for this rule of *lex situs* being applicable to immovables, namely that in common law countries, practice gives rise to multiple wills if property is situated in different countries. He mentioned that a lawyer in Ruritania, where the *lex situs* governs immovables, could insist that Ruritanian law applied to such immovables so that two separate laws governed different parts of the deceased's estate, which could cause difficulties if the Convention's principle of unity required one law only to govern the whole estate. He therefore concluded by saying that this narrow exception was the best way to combat such problems.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) se déclare en faveur de l'unité. Il insiste sur le fait que si l'on admettait la *lex situs*, les problèmes soulevés en pratique seraient très difficiles. Par exemple, si une personne a quatre immeubles situés dans quatre Etats différents, il faudra, pour le praticien, respecter quatre lois différentes. Il faudra qu'il procède à une comptabi-

lité presque extraordinaire pour respecter ces différentes lois.

Le Président considère qu'il faudrait en effet, dans ce cas, inviter le testateur, lorsqu'il rédige son testament, à y joindre également tout un programme d'ordinateur pour permettre de régler sa succession.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) est bien consciente des problèmes que soulève le principe retenu actuellement dans l'avant-projet, qui est celui de l'unité de la succession. Mais elle précise que c'est un problème objectif, indépendant de celui de la *professio juris*. Elle se demande, par ailleurs, si l'exequatur sera toujours assurée par le simple fait que l'on introduit la compétence de la *lex rei sitae* par le biais de la *professio juris*. Pour elle, les difficultés que pose l'unité de la loi successorale sont les mêmes, qu'il y ait une succession *ab intestat* ou une succession testamentaire. Elle insiste sur le fait qu'il ne faut pas oublier qu'il est de toute façon possible de maintenir le système de l'unité tout en autorisant une référence à la *lex situs*. Cette loi ne serait pas prise en compte dans le cadre d'une règle de conflit de lois mais par le biais d'une référence matérielle. Le testateur pourrait, en effet, aménager son testament en accord avec la loi locale en faisant directement une référence matérielle à cette loi dans le cadre du statut successoral, sans qu'il soit nécessaire d'élargir le domaine de la *professio juris*. Elle conclut qu'il ne faut donc pas remettre en cause le principe de l'unité.

M. Pipers (Belgique) explique que la jurisprudence belge applique actuellement la *lex rei sitae*. Il devrait donc avoir un préjugé favorable pour cette solution. Il est conscient des difficultés pratiques que connaissent les praticiens lorsqu'ils doivent appliquer une loi étrangère. Mais pour lui ces difficultés sont réduites en raison de la solution adoptée dans l'article 3. Il considère que l'on nuirait au règlement de la succession si l'on introduisait le fameux dépeçage. En effet, cela entraînerait de très savants calculs de répartition et les difficultés seraient importantes. De plus le nombre d'immeubles que possède une personne peut être relativement élevé. C'est la raison pour laquelle il serait en tout cas plus favorable à l'idée des Etats-Unis qui consiste à limiter l'exception à certains immeubles seulement. Mais cette solution ne permet pas, en toute hypothèse, de régler les problèmes posés par le dépeçage. Ces problèmes subsistent. En outre, la valeur des immeubles dans le patrimoine a aujourd'hui considérablement diminué. Il est donc moins nécessaire d'appliquer la *lex rei sitae* aux immeubles dans la mesure où leur importance est aujourd'hui atténuée. Enfin M. Pipers ajoute que la *professio juris* en faveur de la loi du *situs* multiplie les risques de fraude à la loi. Une personne peut en effet choisir d'acheter un immeuble dans un Etat qui possède une législation qui satisfait au mieux ses intérêts, mais qui lui permet également de frauder la loi. Cette fraude est beaucoup plus difficile, en revanche, lorsqu'il s'agit de changer de résidence habituelle ou de nationalité. Donc malgré certains arguments favorables à la *lex situs*, M. Pipers se prononce contre les propositions des délégations américaine et néerlandaise.

M. Lagarde (France) est en principe pour l'unité du règlement de la succession. Cependant, il considère qu'il y a quelque chose de vrai dans les propositions en faveur de la *lex situs*. Mais selon lui il y a aussi quelque chose de passéiste et de pessimiste. Certes, un Etat devra s'incliner devant la *lex situs* étrangère si celle-ci se considère comme seule applicable. Cette vue pragmatique est très juste et permet à M. Lagarde de comprendre les propo-

sitions en faveur de l'introduction de la *lex situs* dans la Convention. Mais il estime que cette vue est aussi peut-être passéiste. Il s'autorise à rêver que la Convention sera largement ratifiée. Dès lors, il arrivera plus rarement qu'un Etat contractant soit obligé de se soumettre à la *lex situs* d'un autre Etat qui revendiquerait sa compétence. Cet obstacle qui était celui de l'effectivité disparaîtrait en tout cas pour les immeubles situés sur le territoire d'un Etat contractant. Tandis que les motifs qui militaient en faveur de ces propositions subsisteraient encore pour les immeubles situés sur le territoire d'Etats non contractants. Il propose alors de faire une distinction selon que les immeubles sont situés ou non sur le territoire d'un Etat contractant. La *professio juris* en faveur de la loi du *situs* ne serait possible que pour les immeubles situés dans un Etat non contractant. Il y aurait certes des difficultés pour le cas où, entre temps, l'Etat aurait ratifié la Convention. Mais ces difficultés pourraient être probablement aisément surmontées.

Le Président indique qu'il avait lui-même songé à une telle solution. La loi suisse a supprimé le problème en disant qu'elle ne s'occupait pas des immeubles lorsque la loi de leur situation revendiquait sa compétence.

M. Voulgaris (Grèce) se déclare peu favorable à l'extension de la *professio juris* à la *lex rei sitae* et cela pour deux séries de raisons. La première est d'ordre général. L'article 4 qui autorise la *professio juris* a été conçu, à l'origine, comme une clause permettant d'échapper à la relative rigidité de l'article 3. Mais la volonté n'a pas été alors de déroger à l'unité de la succession. Cette solution est pour lui de rigueur même dans les cas où la *lex rei sitae* s'applique par le biais de l'article 3, paragraphe 2. Déroger à cela c'est, selon lui, détruire tout ce que l'on a construit. La seconde série de raisons est plus spécifique. Elle est surtout relative aux arguments procédurux qui ont été développés précédemment. Pour lui il ne faut jamais oublier que cette médaille a deux faces. Même les jugements rendus selon la loi de situation de l'immeuble peuvent ne pas être reconnus par d'autres Etats dès lors que ces Etats appliquent une autre loi. Pour ces deux séries de raisons M. Voulgaris souhaite donc que la Convention maintienne le système de l'unité.

Mr Boggiano (Argentina) began by agreeing with the remarks made by Mrs de Magalhães Collaço and then announced that he had certain remarks of his own to make. He reminded the Commission that they must keep in mind the meaning of this proposal concerning *lex situs*, namely that it amounts to a 'unilateral choice of law by someone to govern his succession'. However, he felt we must take account of the underlying values and interest also of the heirs and third persons, that being all those people mentioned in article 5, paragraph 2 of the present draft of the Convention. He stated that with this new rule one person had almost complete freedom of choice concerning the *lex situs*, and that disqualified the intentions of the aforementioned interested parties.

As a second point, he wished to ask the question 'what constitutes an immovable?' He stated that the answer was not an easy one, as apart from land, other important assets were regarded as immovables under certain laws. He therefore summarized that the problem was that the overriding rules of *lex successionis* would be set aside by the maker of *professio juris*, and he felt he must therefore reject the proposal concerning *lex situs*. He agreed with taking account of *lex situs* of non-Member States, but otherwise felt this would jeopardize the principle of unity by allowing several choices of law. He reminded

the Commission that in the first meeting of the Special Commission, the principle of unity had been agreed upon despite the *lex situs* background in many countries, and he therefore felt this Convention was to enforce unity.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) apologized for not having been able to attend the meetings of the Special Commission, and stated that it was not at present clear to him why the arguments were strong enough to permit a choice of the law of the situs and not to permit the application of the law of the situs in cases of intestate successions. He asked if any members of the Commission could explain this to him.

The Reporter asked Mr Hayton to explain this query with reference to his fictitious example of the lawyer in Ruritania, and to explain why he was only concerned about wills and not the matter of intestacy.

Mr Hayton (United Kingdom) said that the problem of the rule of *lex situs* can be looked at from two points of view: (i) estate planning, (ii) family protection. He stated that in England, the lawyers were concerned for good estate planning and therefore the question of intestacy did not arise.

The Reporter stated that he was aware the situation was the same in Canada, where lawyers had requested that the principle of unity should be dropped in article 4 but was necessary in article 3 in order to allow for estate planning, as they could not control the situs.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) insiste sur le fait que l'introduction de la *lex rei sitae* dans l'article 4 heurterait le principe de l'unité. Il en résulterait un énorme désavantage. Il faudrait régler plusieurs successions séparément. Un deuxième problème serait celui de la qualification. Quels sont les biens meubles? Quels sont ceux que l'on doit considérer comme immeubles? Il indique que les praticiens qui, en Allemagne, ont été interrogés sur ce point, n'ont pas voulu introduire cette possibilité d'une *professio juris* en faveur de la loi du *situs*.

Mais il dit également que, malgré tout, l'unité n'est pas une valeur en elle-même. Elle souffre en effet des exceptions, notamment celles prévues à l'article 11 de l'avant-projet. Cette Convention, selon lui, devrait également en admettre d'autres, particulièrement dans le cadre du renvoi. Il se demande alors s'il ne faudrait pas admettre un tel rattachement lorsque c'est le testateur lui-même qui en a fait le choix. Il voudrait mentionner les effets positifs de la *lex situs*. Selon lui, il faut être réaliste. Cette possibilité d'appliquer la loi du *situs* faciliterait beaucoup les choses. Elle rend en effet plus simple le règlement de la succession pour le praticien qui est sur place et applique sa loi. Il y a également les arguments de l'«estate planning» donnés par M. Hayton. Il se déclare par ailleurs assez réservé sur l'argument du «futur» évoqué par M. Lagarde. Pour lui, dans un proche futur beaucoup d'Etats retiendront encore la loi du *situs* en ce qui concerne les immeubles. Dans cette mesure, on devrait reconnaître au testateur la possibilité de choisir une loi qui sera, en toute hypothèse, celle que la pratique devra appliquer. En effet, de toute façon, cette loi de la situation de l'immeuble est celle qui sera déclarée applicable par cet Etat. Faire une distinction entre les Etats contractants et les Etats non contractants donne peut-être une solution satisfaisante sur le plan scientifique mais pas sur le plan pratique. Les problèmes posés par les ratifications postérieures au choix du *de cuius* seront importants. D'autre part, le praticien

connaîtra-t-il exactement l'état des ratifications? Il pense, en outre, que le succès de la Convention a des chances d'être plus important, notamment dans les pays qui appliquent actuellement la *lex situs*, si on introduit cette loi par le biais de la *professio juris*. Enfin pour lui, il n'y a pas de véritable danger pour la protection de la famille. Là encore, il souligne qu'il faut être réaliste. Tout ordre juridique protège à sa manière les familles. Le risque est donc réduit. En conclusion, M. Pirrung déclare se rallier à la proposition britannique.

Mr Philip (Denmark) announced that he was totally against the two proposals, as he could not accept such an extension of *professio juris*; he felt it was already a big step to have accepted it in principle. In his opinion, article 5, paragraph 1, the principle of unity, was the core of the Convention.

Mr Goldwater (Israel) expressed his support for this extension of *professio juris* in these proposals. He wished to make the distinction, that 'unity' was for intestacy purposes, and that *professio juris* was for freedom of testation. However, he agreed that Mr Boggiano had pointed out the real difficulty, namely that actual scope of *professio juris* in general and not merely concerning *lex situs*. He proposed that this should be discussed at a later date along with article 5.

Mr Gregory (Canada) announced that he was in favour of this proposal concerning *lex situs*. He felt that it was a small exception to the principle of unity, but agreed with Mr Goldwater that it did not in fact attack the principle. He stated that the Convention was to curb the problems of intestacy and finding out which law was applicable. He quoted a figure of 37 per cent, mentioned by Mrs Revillard, as the minority of people who made wills at all. He disagreed with the point made by Mrs de Magalhães Collaço, that by allowing *professio juris*, the person should choose one law and this would be sufficient. He felt this would cause practical problems such as those mentioned already by Mr Hayton, and further problems on which he wished to expand now. For example, he considered that where giving extra powers in a will this was much more complicated than in an intestacy, particularly where immovables were concerned.

He concluded that if the testator has taken a matter such as *lex situs* into account in his estate, by planning, it is wrong that the Convention should impose intestacy on him where these plans fail. He stated that although it would be difficult for one lawyer to find out how all the laws apply, it would be even more difficult, for example, for an English lawyer to find out how English law would apply in Italy and Spain.

Le Président considère que le débat qui s'est déroulé a dû permettre à chacun de se faire une opinion sur les mérites et les inconvénients de l'introduction de la *lex situs* à l'article 4 de la Convention. Il voudrait donner la parole encore à trois orateurs qui l'ont demandée, mais il souhaiterait que leurs interventions ne durent pas plus de trois minutes chacune dans la mesure où l'heure est déjà très avancée.

Mr Edwards (Australia) said that he would summarize his views briefly, and that he now felt the situation was one between those in favour of upholding the unity principle and those who supported a solution to overcome the practical difficulties. He stated that the Australian delegation were in favour of the introduction of the rule of *lex situs* concerning immovables, mainly to overcome the practical difficulties. He felt this rule would give

certainty not only to the testator but also certainty of the applicable law, and this in turn would also enhance the acceptability of the Convention to non-Member States.

Mr Scoles (United States of America) stated that he would be brief but blunt! He felt that wealth in the world today was not in land but in intangibles. He stated that the Convention itself overcomes those problems envisaged by Mr Hayton and Mr Gregory, in that it would introduce the law of situs and thereby unity. In his opinion, estate planning should not override the interests of the family. The Convention, he said, was not for jurisdiction or lawyer convenience, but for protection of families, hence the United States proposal.

Mr Keane (Ireland) expressed his support for the rule of *lex situs* and this for the very factors mentioned by Mr Scoles. That is, that the problems arising from families concern movables and not real estate. He felt that unity was of utmost importance, but that this was not such a major exception to it and was well justified.

M. Picone (Italie) rappelle tout d'abord que la solution proposée par M. Lagarde, en ce qui concerne l'application de la *lex rei sitae* des Etats tiers, avait déjà été envisagée par sa délégation lors de la Commission spéciale. Pour lui, il faudrait encore réfléchir à cette idée. En deuxième lieu, il précise que sa délégation avait au départ une attitude plutôt pragmatique sur cette question de l'introduction de la *lex rei sitae* dans l'article 4 de la Convention. Ceci apparaît dans les observations de son Gouvernement (Document préliminaire No 13). Il ne pense pas en effet que l'unité soit un fétiche absolu. Mais, à ce stade de la discussion, il se déclare un peu préoccupé parce qu'il n'a pas été en fait convaincu des mérites de l'introduction de la *lex situs*, à l'article 4. Comme Mme Collaço, il estime qu'une certaine partie des difficultés pratiques peuvent être résolues par le biais d'une référence matérielle faite par le testateur. Si l'on envisageait au contraire le problème sous l'angle des règles de conflit, il faudrait en tous cas, pour lui, limiter le choix de la *lex rei sitae* à des cas exceptionnels, comme le fait la délégation des Etats-Unis dans sa proposition. Mais cette proposition de la délégation américaine soulève elle aussi plusieurs difficultés, étant donné qu'il n'est pas facile de délimiter ces cas exceptionnels. En outre, il craint que l'adoption d'une possibilité initialement limitée de scission en faveur de la *lex rei sitae* n'ait comme conséquence l'acceptation en général de la possibilité d'utiliser la *professio* pour appliquer différentes lois à différentes parties d'une succession.

M. van Loon (Premier secrétaire au Bureau Permanent) évoque le problème de la coordination entre les régimes matrimoniaux et les successions. Il rappelle que la Commission spéciale avait décidé d'éliminer la possibilité de choisir dans le cadre de la *professio juris* la loi du régime matrimonial. Donc il est impossible de parvenir à une coordination directe entre le régime matrimonial et la succession par le mécanisme de la *professio juris*. Mais il indique que certaines lois admettent dans le cadre des régimes matrimoniaux le choix de la loi de l'immeuble. C'est le cas notamment de la législation autrichienne, mais c'est aussi le cas de la Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux. Pour lui il paraîtrait difficile de ne pas admettre ce choix en matière de succession alors qu'il a été admis en matière de régimes matrimoniaux.

Le Président déclare que c'est un argument important. La coordination entre les différentes Conventions de La

Haye doit être en effet recherchée. Avant de clore la séance, il indique que d'autres propositions sur l'introduction de la loi du *situs* dans l'article 4 pourront être faites en début d'après-midi.

La séance est levée à 12 h. 50.

Procès-verbal No 5

Minutes No 5

Séance du mercredi 5 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Wednesday 5 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 05 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la discussion avec l'étude du Document de travail No 27, qui formule une proposition commune aux délégations française et néerlandaise concernant l'article 4.1 b. Le Président commence par demander aux Pays-Bas si ceux-ci souhaitent en conséquence retirer de la discussion leur proposition No 3, pour autant du moins qu'elle soit modifiée par celle incluse dans le Document de travail No 27.

M. Struycken (Pays-Bas) répond par l'affirmative.

Le Président demande aux délégués si l'un d'entre eux souhaite prendre à son compte la proposition retirée par les Pays-Bas.

Mr Rognlien (Norway) disagreed with the ideas expressed by the French and Dutch delegations in Working Document No 27. He said he had always been against the reciprocity principle in private law because it is difficult for a private individual to know which are the Contracting States at any one time. He felt strongly that the internal private law should not depend on whether a State has contracted or not. He pointed out that the period of the ratification process for a convention can be lengthy and it may be impractical for a private individual to find and look into the current list of Contracting States.

He also pointed out that in article 2 the law determined under this Convention would apply whether or not it is the law of a Contracting State and that to enact Working Document No 27 would go contrary to this or form an exception.

He was therefore in favour of the Dutch proposal as set

out in Working Document No 3 and against the combined French/Dutch proposal as set out in Working Document No 27.

Le Président constate donc que la proposition contenue au Document de travail No 3, concernant le contenu de l'article 4.1 b, est toujours en discussion.

Mr Hayton (United Kingdom) emphasized that although the Dutch delegation may have withdrawn Working Document No 3 the United Kingdom was in favour of this document. He said that if Working Document No 3 were not accepted he would support Working Document No 27 on the basis that it was better than nothing at all.

Mr Savolainen (Finland) shared the criticism expressed by Mr Rognlien of Norway about the proposal expressed in Working Document No 27. His reasons for such criticism are similar to those of Mr Rognlien but he added the argument that acceptance of Working Document No 27 would change the material time from the time of death to the time of designation and this would be unacceptable. Furthermore he expressed some uncertainty concerning the other proposals on this section.

Mr Duchek (Austria) expressed a preference for the original Dutch proposal in Working Document No 3 over the new joint Dutch/French proposal in Working Document No 27.

Mr Mádl (Hungary) explained what the Hungarian approach would be to this problem. He said that the conflicts code in his country was based largely upon nationality but they had many bilateral treaties which might stray from this idea and which would follow the unity principle except where immovables were concerned in which case the *lex situs* might rule. He therefore argued that even in countries which normally embrace the unity theory it was possible for immovables to fall under the rules of *lex situs* without causing any undue problems.

M. Picone (Italie) n'est pas convaincu par la proposition des délégations française et néerlandaise. Deux choses le gênent principalement. Tout d'abord, le choix du moment de la désignation de la loi applicable, pour procéder à la vérification de l'absence de ratification de la présente Convention, par l'Etat dont la loi est désignée, ne le satisfait pas, et il serait nécessaire de faire au contraire référence au moment de la mort. Ensuite, il fait remarquer qu'une telle proposition pour aller à la rencontre du souci d'harmonisation qui est le sien, devrait en tout cas subordonner l'application de la loi de l'Etat de situation de l'immeuble, désignée dans l'*optio juris*, au fait que cette loi veuille pour sa part s'appliquer. Il a présenté à cette fin une proposition dans le Document de travail No 32, qui est en train d'être distribué.

Le Président reconnaît que la formule proposée par les délégations franco-néerlandaise, si elle venait à être adoptée, devrait sans doute faire l'objet de quelques modifications de rédaction, de façon à tenir compte des mises au point qui viennent d'être faites.

Mr Philip (Denmark) stated that in view of his country's reasons for not accepting the idea of extended *professio juris* he would be unable to accept the idea of *lex situs*. In his view the only advantage of such a rule would be to give a premium to countries for not contracting. He felt that such a clause would put at risk the right of heirs and felt that the same laws should apply to all parts of the estate.

Of course he realized that there were problems in enforcing a judgment concerning an estate which was situated outside the country but argued that that was a question of jurisdiction and not of choice of law.

The difficulty over enforcement of the decision is not a good reason to make a different choice of law, what it might lead to is a redistribution of the main estate to take account of the difficulty of enforcement in the other country. It certainly should not give rise to a change in the Convention.

He understood the English problem to which the unity principle gave rise but claimed that lawyers were paid to and ought to be capable of dealing with these difficulties and that as any change in the law would complicate the role of the judge who has to administer the estate then it was not worthwhile. He therefore encouraged the Conference to reject the idea of *lex situs*.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) manifeste son accord avec la position de la délégation norvégienne. Il s'avoue gêné lui aussi par quelques imperfections de la proposition contenue dans le Document de travail No 27. Il se demande ainsi s'il faut vraiment se placer au moment de la désignation de la loi pour vérifier si l'Etat dont la loi est choisie est un Etat non partie à la Convention; et il s'interroge sur l'incidence d'une ratification, par cet Etat, de la Convention, après le choix effectué par le testateur. La solution consistant à ajouter comme condition de validité de la *professio juris* que la loi de l'Etat désigné veuille s'appliquer ne le convainc pas, car, pour lui, le testateur qui émet ses dernières volontés sans l'intervention d'un juriste ne connaît probablement pas les règles de droit international privé de l'Etat dont il choisit la loi et n'y a certainement pas pensé. Il conclut qu'il est contre la proposition discutée actuellement.

M. Pipers (Belgique) ne se considère pas convaincu par la proposition des délégations franco-néerlandaise. En effet, pour lui, soit un Etat non partie à la Convention applique la *lex rei sitae* et alors elle s'appliquera de toute façon, même en l'absence de *professio juris* par testateur, soit l'Etat non partie à la Convention n'applique pas la *lex rei sitae* et alors la *professio juris* du testateur désignant cette loi n'aurait aucune efficacité. En toute hypothèse, une telle position mènerait à un dépeçage. Il s'avoue aussi gêné par l'éventualité de l'adhésion d'un Etat entre le moment où la *professio juris* est formulée et le moment où la succession s'ouvrirait. Il conclut en exprimant sa certitude que l'adoption d'une telle proposition empêcherait la ratification de la Convention par certains Etats, qui craindraient la naissance de «paradis successoraux».

M. Lagarde (France) souhaite faire le tri entre les différentes objections qui ont été formulées à l'encontre de la proposition discutée. Il reconnaît le bien-fondé des positions de certaines délégations – comme celle du Danemark – qui, par principe, souhaitent éviter la possibilité d'une *professio juris* séparée en matière immobilière. Il s'avoue beaucoup moins convaincu par certains arguments «épouvantails». Il rappelle tout d'abord qu'un testateur qui envisage de faire une *professio juris* passera sûrement chez un notaire; qu'*a fortiori* lorsque cette *professio juris* désigne les lois de plusieurs Etats, la consultation d'un juriste sera pratiquée dans la plupart des cas. Le juriste ainsi consulté ne manquera pas d'interroger le Bureau Permanent pour connaître la liste des Etats parties à la Convention. Ensuite, il ébranle une autre objection concernant le problème d'une éventuelle ratification d'un Etat qui au moment de la *professio juris* n'était pas partie à la Convention. Il précise

que, pour lui, la validité de la *professio juris* doit s'apprécier au moment où elle est faite, faute de quoi on irait à l'encontre du but même de la *professio juris*.

M. Voulgaris (Grèce) avoue ses hésitations concernant la proposition contenue dans le Document de travail No 27. Il s'interroge sur les avantages d'une telle solution et rappelle que ses défenseurs avancent qu'elle permettrait une meilleure effectivité des jugements et des solutions. Pourtant, en contrepartie, il ne peut s'empêcher de constater que l'adoption d'une telle solution entraînerait de lourdes complications. Comment faire pour réduire les parts des héritiers? Quelle loi choisir pour procéder à la réduction? Il considère qu'en définitive, s'éloigner de l'unité revient à créer de nouveaux problèmes. Quant à la loi de situation de l'immeuble, elle ne jouerait que pour le transfert de propriété.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) se dit partisan de l'unité, et souhaite à ce titre éviter tout dépeçage successoral, même mineur. En réponse à la délégation française, il souligne qu'il n'est pas toujours facile, pour un notaire, de pouvoir joindre sans délai le Bureau Permanent de la Conférence afin de savoir si un Etat est Partie ou non à la Convention sur la loi applicable aux successions, ne serait-ce qu'en raison de l'existence des décalages horaires, qui peuvent faire qu'un notaire japonais a besoin de savoir si un Etat est adhérent à la Convention juste à un moment où le Bureau Permanent est fermé.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime que la *professio juris* doit respecter le principe d'unité qui a prévalu en matière de rattachement objectif et considère que la proposition discutée est critiquable en ce qu'elle est susceptible de conduire à l'application d'une loi qui ne souhaite pas s'appliquer.

Le Président propose que l'on se prononce sur le principe de la proposition commune des délégations française et néerlandaise, des aménagements pouvant toujours être apportés par la suite.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) s'interroge sur les conséquences du dépeçage qu'entraînerait l'adoption de la proposition des délégations française et néerlandaise: elle estime que si la *lex situs* est choisie spécialement pour un immeuble, cela voudrait dire qu'il y aura deux régimes de succession différents, sans aucune compensation de l'un à l'autre.

Le Président reconnaît que ce serait là la conséquence logique de l'adoption de la proposition discutée actuellement. Constatant que le tour de la question a maintenant été effectué de façon complète, il propose un vote sur le contenu du paragraphe 2. Il constate l'existence de trois types de propositions émanant des délégations. Tout d'abord, la proposition des Pays-Bas reprise par le Royaume-Uni et la Norvège (v. les observations du Royaume-Uni, Doc. pré. No 13). Ensuite, la proposition des Etats-Unis; et enfin la proposition commune des délégations française et néerlandaise. Il propose de commencer par voter sur la première proposition.

Par un vote de 16 voix contre (Argentine, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Italie, Japon, Luxembourg, Pologne, Portugal, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie), 10 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Australie, Autriche, Canada, Chine, Irlande, Israël, Mexique, Norvège, Royaume-Uni) et 3 abstentions (Hongrie, Pays-Bas, Venezuela), la proposition concernant le paragraphe 2 de l'article 3 contenu

dans le Document de travail No 3, repris par la Norvège et le Royaume-Uni, est rejetée.

Le Président met aux voix la proposition des Etats-Unis contenue dans le Document de travail No 5.

Par un vote de 18 voix contre (Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Pologne, Portugal, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie), 6 voix pour (Canada, Etats-Unis, Israël, Mexique, Norvège, Royaume-Uni) et 5 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Chine, Hongrie, Pays-Bas, Venezuela), la proposition est rejetée.

Le Président met alors aux voix la proposition contenue dans le Document de travail No 27, tout en précisant qu'il ne s'agit là que d'un vote de principe, des adaptations devant avoir lieu au cas où la proposition serait adoptée.

Par un vote de 14 voix contre (Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, Grèce, Irlande, Japon, Mexique, Pologne, Portugal, Suède, Tchécoslovaquie), 9 voix pour (Canada, Chine, France, Israël, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse) et 6 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Hongrie, Norvège, Venezuela), la proposition est rejetée.

L'article 4, paragraphe 1, première phrase, reste donc dans sa rédaction telle qu'elle résulte de l'avant-projet. Le Président ouvre alors les débats sur l'article 4.1, deuxième phrase, et propose à la délégation néerlandaise d'expliquer la proposition contenue dans le Document de travail No 3.

M. Picone (Italie) rappelle que, quoique cela ne soit pas indiqué sur le Document de travail No 28, celui-ci concerne l'article 4.

M. Struycken (Pays-Bas) explique qu'en ce qui concerne la question de la validité de la *professio juris* il paraît difficile d'admettre une incertitude au moment où le choix se fait. Il reconnaît qu'en proposant une solution alternative, la Convention permettrait théoriquement certaines fraudes, mais il estime que ce risque n'est pas sérieux pratiquement.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) admet que la solution de l'article 4 de l'avant-projet ne présente pas d'inconvénient, mais considère qu'il y aurait avantage à opter pour une solution alternative concernant le moment à prendre en considération pour vérifier l'efficacité de l'*optio juris*. Elle en profite pour faire un parallèle avec les pactes successoraux de l'article 6 de l'avant-projet, pour lesquels c'est aussi par rapport au jour où l'accord est conclu que la loi applicable est déterminée.

Mr Scoles (United States of America) stated that article 4 gave rise to a problem of conflict in time and therefore proposed that it be amended to include either time of death or time of making the will, *i.e.* Working Document No 3 or 5.

Mr Blomstrand (Sweden) accepted the concept of choice but stated that because it was so new it should be limited to cases where the *de cuius* was connected with the State the law of which was designated, and in his view the connection should be at the time of making the will and this gave rise to his suggestion in Working Document No 2. He said he also realized the need for some connection at the time of death and therefore in the Swedish text a designation which at the time it was

made was valid, would later lose its effectiveness if the deceased at the time of his death was not a national of the State and had had his habitual residence outside that State during the last ten years. For the Swedish delegation the important thing was that the main time was the time of designation.

M. Voulgaris (Grèce) se dit lui aussi favorable à une alternative, considérant que, pour une *professio juris*, le rattachement temporel le plus fort est celui qui se réfère à la date de l'acte. Pour lui, en rester à un rattachement temporel au moment du décès seulement ferait perdre tout intérêt à la *professio juris*.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) ne souhaite pas voir la validité de la *professio juris* limitée par le choix de la loi de la résidence habituelle ou de la loi nationale à la date du décès, mais aussi au moment de la *professio juris*. Elle soulève la question de l'attitude à adopter en cas de modification de la loi désignée: elle s'interroge sur une éventuelle cristallisation de cette loi. Sans chercher pour l'instant à apporter une réponse à cette question, elle souligne qu'elle devra, en toute hypothèse, faire l'objet de discussions dans l'avenir.

Le Président constate qu'une tendance se dégage en faveur de la solution libérale, prônant la dualité de rattachement temporel.

Mr Gregory (Canada) argued that it would help if the valid time is that of designation. He gave the further reason for favouring this time as it might increase the chances of having the same law to govern matrimonial property and the validity of the will.

M. Lagarde (France) prend acte de la tendance favorable à la solution alternative, mais souhaite rappeler les délégués à une certaine prudence. Il insiste en particulier sur le fait que si la *professio juris* désigne la loi nationale de l'individu (le rattachement national étant un rattachement fort), la solution de l'alternative serait peut-être acceptable, mais dans le cas où le testateur désigne la loi de sa résidence habituelle, le rattachement devient faible, susceptible de multiples changements, auquel cas la solution alternative risque d'entraîner sinon des fraudes de la part du testateur, du moins l'application d'une loi *a posteriori* dénuée de liens réellement sérieux avec la situation successorale. Quant au rapprochement, effectué par la délégation portugaise, entre les pactes successoraux et la *professio juris* pour ce qui est de l'aspect temporel du choix, il lui paraît injustifié: en effet, selon lui, pour les pactes successoraux réglés par l'article 6 de l'avant-projet, la référence est faite à la loi de la résidence habituelle qui a duré cinq ans. Le rattachement de la résidence habituelle est donc renforcé par une durée minimum de cinq ans. Enfin, il estime que le testateur est toujours au courant des changements de nationalité ou de résidence et qu'il lui appartient alors de changer, le cas échéant, son *optio juris* en conséquence. Il conclut en estimant que c'est en se plaçant au moment du décès qu'il faut vérifier si la loi choisie correspond bien à l'une de celle autorisée par l'article 4.

M. Pipers (Belgique) considère que la solution alternative n'entraîne pas plus de risque de fraude que dans une situation normale. Il estime que la résidence habituelle n'est pas un rattachement aussi faible qu'on veut le dire, car il suppose un déplacement du centre de gravité de la vie quotidienne pendant une certaine durée même si celle-ci n'est pas nécessairement supérieure à cinq ans. Il constate d'autre part que le testateur n'est

pas toujours au courant d'un changement de sa nationalité. C'est ainsi qu'en droit belge, un ressortissant belge, qui a quitté le territoire pendant plus de dix ans sans avoir effectué une déclaration spéciale, perd sa nationalité belge sans aucune notification. Il note enfin, qu'en raison de la nouveauté que constitue la *professio juris*, les justiciables risquent d'assimiler *professio juris* et testament, et de se croire, par une clause de choix de la loi, protégés contre les conséquences d'un conflit mobile. En définitive, il s'affirme favorable à une solution alternative.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) estime que la sécurité juridique ne peut être respectée que si l'on prend en considération la date où la *professio juris* est effectuée. Elle remarque que, pour les testateurs, il y a une forte barrière psychologique qui les empêche de discuter à plusieurs reprises de leurs dernières volontés.

M. Picone (Italie) reconnaît en définitive que si la raison d'être de la *professio juris* est bien de faciliter les prévisions du testateur, la prise en considération de la date où elle est effectuée semble importante. Il remarque qu'il est vrai qu'un rattachement alternatif aussi au moment de la désignation risquera d'entraîner l'application d'une loi qui n'a plus de lien effectif avec la situation au moment de la mort, mais il souligne que le même article 3, paragraphe 2, dans son état actuel, offre au moins théoriquement au juge la possibilité d'appliquer une loi rattachée à la situation successorale par un lien qui n'existe plus au moment de la mort. Il conclut donc qu'aboutir à une plus grande souplesse avec la *professio juris* n'est pas choquant. Il se considère donc, en dernière analyse, favorable à la solution alternative, mais il souligne qu'en tout cas son Document de travail No 28 prévoit aussi la possibilité de limiter l'efficacité des deux lois rendues applicables au moment du choix.

Mme Zhang Honghong (Chine) fait savoir qu'elle souhaite volontiers appuyer la proposition alternative des Pays-Bas, mais avoue qu'elle ne serait pas gênée par le maintien de l'article 4, paragraphe 1, deuxième phrase, dans la teneur que lui donne l'avant-projet.

Mr Hayton (United Kingdom) endorsed the Dutch proposal and was delighted to see that the spirit of the meeting seemed to be in this direction. In his view this would certainly clarify the issue for both the client and the practitioner as they would have certainty at the time of making the will which would be unaffected by later changes of nationality or habitual residence. He said that at the time of making a will it was normal for the testator to consider both his estate during his lifetime and at his death and this would involve extensive *inter vivos* decisions, e.g. as to creating trusts for his wife and issue. It would therefore be extremely frustrating if by virtue of changing habitual residence or nationality you were to frustrate those intentions. He said that the United Kingdom strongly welcomed the proposal of the Dutch delegation.

Mr Savolainen (Finland) said he had listened with great interest to those strongly in favour of liberalisation of the text either at the time of disposition or death and felt personally that for the future this might be a solution but at the moment the Finnish position was such that acceptance of such an idea might jeopardize their ratification of the Convention. He explained that *professio juris* was a novel idea in Finland and therefore ought to be treated with caution and drew the Commission's attention to the fears which were expressed in their com-

ments on the draft Convention. He asked the Commission to restrict *professio juris* to the situation where habitual residence or nationality exist both at the time of disposition and at the time of death.

Le Président demande aux délégués qui seraient défavorables à la proposition des Pays-Bas de faire connaître leurs griefs.

Mr Philip (Denmark) agreed with Mr Savolainen. He said that he also had sympathy with the Dutch proposal but that his delegation would be unable to accept it. When *professio juris* was first accepted it was restricted to take into account its novelty to some States, this restriction should continue.

Mr Boggiano (Argentina) said he was also in favour of the Dutch proposal. He pointed out that in article 3(1)(b) the Commission had already adopted a restricted solution and now by allowing *professio juris* at the time of disposition a person might be bound by decisions taken 30 years previously and might be bound by a law with which, at the time of death, he had no connection.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) rappelle que l'article 3 contient désormais deux clauses d'exception. Il souhaite donc qu'en contrepartie la *professio juris* permette d'obtenir une solution prévisible, ce qui justifie à ses yeux, s'il en était encore besoin, la solution alternative.

Le Secrétaire général intervient en se disant particulièrement intéressé par la discussion sur la *professio juris*. Il constate que l'article 4, paragraphe 1, tel que proposé par l'avant-projet, est déjà en soi un progrès très sérieux; il avoue d'ailleurs qu'il y a quelques années, personne n'aurait cru que la proposition alternative la plus libérale recueillerait l'assentiment d'autant de délégations. Il appelle l'attention des délégués sur le fait qu'une telle solution est aujourd'hui tout à fait envisageable, mais que si la Convention l'adopte, il ne faudrait pas qu'un Etat partie à la Convention fasse jouer la clause d'ordre public pour éviter que la succession du testateur soit régie par la loi de la résidence habituelle qu'il avait au moment du choix de la loi, sous prétexte que l'ordre juridique désigné par le testateur ne serait plus sérieusement intéressé par la succession, tandis que le for serait, quant à lui, trop intéressé pour ne pas appliquer ses règles impératives.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) déclare ne pas vouloir revenir sur les points qui ont déjà été discutés auparavant. Elle voudrait néanmoins faire une observation sur ce qu'a dit le Secrétaire général. Le Secrétaire général a évoqué le problème de l'ordre public. Mais Mme de Magalhães Collaço est d'avis que l'ordre public n'a rien à voir avec le problème de la *professio juris*. Selon elle, la clause d'ordre public a un champ d'application général. Elle permettra d'écarter l'application de la loi compétente, aussi bien dans les cas où cette loi est désignée aux termes de l'article 3 par un rattachement objectif, que dans les cas où cette loi a été choisie par le biais de la *professio juris*. Elle espère que le Secrétaire général et elle-même parviendront à se mettre d'accord sur ce point.

M. Voulgaris (Grèce) rappelle qu'il était à l'origine pour la formule libérale. Il n'entend pas revenir sur les arguments pratiques et juridiques déjà développés. Mais il pense qu'il y a également des arguments d'ordre politique. Et sur ce point il considère maintenant qu'il ne faut

pas aller trop loin. Il ne faudrait pas être trop libéral, sinon la Convention risquerait de ne pas avoir de succès. Il conclut en marquant sa préférence pour l'adoption d'une référence au seul moment de la rédaction du testament.

Le Président invite maintenant les délégués à se prononcer sur les différentes solutions qui leur ont été présentées. Il rappelle ces différentes solutions. La première est celle de l'avant-projet soutenue par plusieurs délégations. La seconde, à laquelle vient de se rallier M. Voulgaris, consiste à ne se référer qu'à la loi nationale ou celle de la résidence habituelle au moment de la rédaction du testament. La troisième solution était la solution cumulative. Elle n'est plus préconisée par aucune délégation, puisque M. Savolainen l'a abandonnée en faveur de celle de l'avant-projet. Reste encore la solution alternative qui est la solution la plus large. Il faut que la loi choisie soit celle de la nationalité ou de la résidence habituelle, soit au moment de la rédaction du testament, soit au moment du décès. Enfin, la dernière solution est celle proposée par la Suède. Dans cette proposition, lorsque le testateur choisit sa loi nationale, pour que le choix soit valable il faut qu'il possède cette nationalité au moment de la rédaction du testament et au moment de son décès. En revanche, s'il choisit la loi de l'Etat de sa résidence habituelle, il faut qu'il possède sa résidence habituelle dans cet Etat au moment de la rédaction du testament et il faut également qu'il l'ait possédée dans cet Etat dans les dix ans qui ont précédé son décès. Le Président demande à M. Blomstrand s'il maintient sa proposition.

Mr Blomstrand (Sweden) stated that yes, the Swedish delegation maintained their proposal contained in Working Document No 2, article 4, paragraph 1.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) accepte, afin de faciliter les choses, de retirer sa proposition originale, sauf si M. Voulgaris la soutient.

M. Voulgaris (Grèce), pour faciliter les choses comme le souhaite M. Pirrung, accepte que l'on ne vote pas sur cette proposition.

Le Président invite les délégués à voter sur la proposition suédoise du Document de travail No 2.

Par un vote de 23 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), 2 voix pour (Finlande, Suède) et 4 abstentions (Belgique, France, Mexique, Pologne), la proposition est rejetée.

Le Président invite maintenant les délégués à se prononcer sur une autre proposition. Cette proposition libérale a été notamment proposée par les Pays-Bas. Elle tend à admettre la validité de la *professio juris* si la loi choisie est celle de la nationalité ou de la résidence habituelle du testateur soit au moment de la rédaction de son testament, soit au moment de son décès.

Par un vote de 22 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Espagne, Etats-Unis, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Venezuela), 6 voix contre (Argentine, Danemark, Finlande, France, Suisse, Tchécoslovaquie) et 1 abstention (Grèce), la proposition est adoptée.

Le Président aborde alors un autre problème, la question de savoir si un choix partiel pourrait être admis dans la Convention. Il demande à M. Scoles s'il veut maintenir sa proposition dans ce sens contenue dans le Document de travail No 5.

Mr Scoles (United States of America) stated that wills are to allow a testator to give property as he wishes in lieu of the law of intestacy. He observed that the Commission has agreed that the testator may choose between the law of two States, namely that of his nationality or that of his domicile and that they have rejected the law of the situs. However, he stated that the intention of the testator is unexpectedly defeated when his attempted choice is invalidated because it only refers to part of his property, and this is against the policy of the Commission. He gave the example of a person who makes a will concerning part of his property and dies intestate concerning other parts of his estate. He suggested that we ought not to permit an incomplete or multiple designation of law to defeat the testator's original intention and that we should deal with the matter as we do with codicils to a will.

He concluded that this was the background reason for the United States of America's proposal contained in Working Document No 5, article 4, paragraph 1(a), which permits a person to designate the law of a particular estate to govern, 'all or part of' his succession.

Le Président résume la proposition des Etats-Unis: elle consiste donc à autoriser un choix partiel. Les biens pour lesquels on n'a pas fait de choix de loi seront alors soumis au rattachement objectif. Il donne ensuite la parole aux délégués pour qu'ils s'expriment sur cette proposition du choix partiel.

Mr Rognlien (Norway) said that he was unsure of the meaning of these terms 'all or part of'. Assets in general had been dealt with earlier when discussing immovables, and he felt that the terms 'all or part of his succession', were abstract. When reading a will, it was a question of construction whether a *professio* extended to all of the estate or not: if the will was invalid because of this, there would be pressure on the construction to retain the validity of the will. He then asked Mr Scoles to give him further examples to explain the terms 'all or part of his succession'.

Mr Scoles (United States of America) stated that he would discuss two examples. Firstly, that of partial provision: he stated that it was common for, for example, a Norwegian national with a long habitual residence in another country to want part of his property to be governed by his national law (Norwegian). For this, he gave the example of property which had been in the family for many years. He stated that such a desire should be effective, but only in relation to that property which the testator intended and not to all of the estate governed by his will, unless that was his intention. He felt that if the testator's desire was that only his property in Norway should be governed by Norwegian law, such a clause should be upheld as effective. Secondly, he gave the example of a person who makes two wills: a person with property in a civil law jurisdiction, for example Louisiana where the rule of community is strong, and who has been resident there for many years but nevertheless makes the two wills in order to separate the Norwegian property governed by Norwegian law and other property governed by Louisiana law. He felt that the combined effect of articles 3 and 5 were that such an arrangement should be effective.

Mr Rognlien (Norway) said he now understood that the terms 'all or part of', only referred to part of the testator's assets.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) asked whether he had correctly understood one of Mr Scoles' examples, namely that where a testator left a part succession by will and the other part intestate. He stated that Mr Scoles had said that the choice of effective law would only concern that part of the estate governed by the will, an opinion shared by Mr Hayton. He stated that he was in disagreement with this. He felt that even if the will did not get to its final result, the *professio juris* remains for the intestacy. That is, that the one *professio* governs the will and intestacy.

The Chairman agreed with Mr Pirrung's observations and added that it is possible to make a will containing only a simple *professio juris*.

Mr Struycken (Netherlands) stated that he understood the position well, as a case is known of a person, a U.S. citizen who had two wills, one dealing with his American estate and the other with his European estate. However, he asked if there were any problems at all if all the countries concerned were themselves parties to the Convention. He gave the example of an American with some estate in South Africa, and asked if the Commission would allow two wills, in this case one concerning the Member State and the other concerning the non-Member State? He felt that the problem only arose in the latter case.

Mr Scoles (United States of America) felt that even though all States were Parties, there were nevertheless problems. Firstly, the choice of applicable law was limited to Member States and a limited choice is no choice at all. Secondly, he stated that in the case of a partial intestacy there is a common clause featured in many wills which states, 'that property passing *hereunder* shall be subject to the law of ...'. He asked the question whether it was wise to interpret such a phrase as being either all inclusive or totally invalid, in either case it would frustrate the testator's intentions.

Mr Philip (Denmark) stated that the problem itself causes the result! Namely another attack on the problem of unity. He stated that if this rule were to be accepted and therefore allowed the division of an estate between different laws, it would merely amount to a weaker attack on the principle of unity than that concerning the *lex situs*. In the present draft, he stated that the maximum number of governing laws is limited to two. However, with these amendments this would be extended to four, namely the person's State of nationality and a new State of habitual residence plus the possibility of the disposal of a part of his estate and that of a different governing rule each time. He admitted that the *lex situs* would have allowed up to around ten laws to be applicable to any one will, however, this attack itself allowed four laws to be applicable. He felt this was also contrary to the principle of unity, which he regarded as the overriding principle of the Convention contained in article 5, paragraph 1.

M. Picone (Italie) remercie M. Philip qui a déjà dit une grande partie de ce qu'il voulait dire lui-même. Mais il voudrait également insister sur le fait que la solution proposée par la délégation américaine aboutit à la même scission que celle qui avait été rejetée auparavant en ce qui concernait la *lex situs*. Il voudrait faire état également d'un malentendu. Parmi les problèmes évoqués

par les délégations de *common law* il semble qu'il y ait une certaine confusion entre les problèmes de conflit de lois et ceux posés par un testament. Dans la plupart des exemples donnés, en effet, où un testament contient une *professio* mais ne partage pas tous les biens du testateur, cela n'a rien à voir avec le problème de la validité ou non d'une *professio* limitée. En principe, en effet, la difficulté se résout en appliquant en général la loi choisie à titre de *professio* soit à la validité du testament soit au reste de la succession.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) partage l'opinion de M. Picone. Elle pense également que la proposition de la délégation américaine revient au système de scission qui a pourtant été écarté précédemment. Par ailleurs, il ne lui paraît pas exclu que le choix d'une loi dans les termes prévus puisse avoir un sens au point de vue conflictuel. En effet, si un testateur a choisi une loi pour certains biens seulement, le problème se pose de savoir si ce choix doit être compris dans le sens de couvrir l'ensemble des biens de la succession. Dans ce cas le choix aurait une nature conflictuelle. Si l'interprétation conduit à la solution opposée, la loi applicable à l'ensemble de la succession sera fixée par l'article 3. Mais dans le cadre de l'article 3, ce choix pourrait alors toujours valoir comme une référence matérielle à la loi choisie.

Mr Savolainen (Finland) stated that he was having difficulty understanding the meaning of these proposals, particularly after the example given by Mr Scoles concerning the Norwegian in Louisiana. He asked if it was the intention of the proposal that the said Norwegian might also choose to have his Norwegian property governed by Louisiana law and vice versa?

Mr Siqueiros (Mexico) said that he was puzzled when Mr Philip stated that this proposal amounted to an attack on the principle of unity. He found that the Convention had another overriding principle, namely that of *professio juris*. He stated that both principles were geared to the Convention. He concluded by saying that he would support the United States of America's proposal.

Mr Scoles (United States of America) requested that he might exercise his privilege to reply to the questions asked. He stated that in a will he could spell out the details of any laws such as Norwegian, Danish ... etc. However, he asked whether it should be impossible to do so by 'shorthand' as is possible in a trust by express provisions. He gave the example of a Norwegian trust governed by a New York law which was perfectly effective.

However he asked if this meant that when faced with a partial *professio*, this should either be ineffective or cover the whole of the property in the estate. He concluded by suggesting that the possible cross reference proposed by Mr Savolainen suggested a question of capacity on the part of the testator!

The Reporter stated that he felt this question was a truly problematic one, which he had not spoken of at the beginning of the discussion as he wished first to hear the Commission's views upon it. However, he had discussed it in his Report. He felt that it was therefore essential that no vote was taken this evening.

Mr Edwards (Australia) expressed his agreement with the Reporter's point of view that no vote should be taken tonight.

Mr Rognlien (Norway) reminded the Commission that a part *professio* would only be effective if the maker were a national or resident of the State concerned.

The Chairman agreed with Mr Rognlien's observation and that the discussion should be continued at 9.30 the next day.

The meeting was closed at 5.47 p.m.

Procès-verbal No 6

Minutes No 6

Séance du jeudi 6 octobre 1988 (matin)

Meeting of Thursday 6 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 55 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président invite les délégations à discuter de la proposition américaine contenue dans le Document de travail No 5.

Il demande à la délégation américaine de bien vouloir présenter sa position concernant, en premier lieu, la faculté qui est laissée au disposant de morceler le règlement de sa succession par l'application de plusieurs lois.

Mr Scoles (United States of America) said that he hoped to clarify the problem which had been generated by decisions taken on the Convention so far. It had been agreed that a testator might choose the law of the State of his nationality or of the State of his habitual residence. However Mr Scoles was concerned about the relationship between article 4 and article 5. According to article 5, the choice of law permitted by article 4 applied to assets of the estate of the deceased wherever located. A problem arose in that it was common for a testator to make separate wills for assets in separate countries. Where the will was probated in one country a court might be unaware of a different will in another country. It would only be concerned with the effect of the choice of law on assets in its own country. Mr Scoles desired to avoid a situation where the testator's *professio juris* was invalid in both countries.

The second point he wished to make was that wills may be drawn up without advice being sought on all points. A testator might therefore refer in his will to the law of his nationality as the law governing certain dispositions, but refer other matters to the law of his habitual resi-

dence. It was an impermissible distortion of his intentions if neither of these choices was permitted. Mr Scoles therefore suggested that the testator might choose the law of his nationality or the law of his habitual residence to govern either the disposition of all his assets or the disposition of only part of his estate. This would mean that the disposition of one part of his estate could be submitted to the law of his nationality and another part to the law of his habitual residence.

The Chairman invited comments on the United States proposal but requested that the discussion of the previous day should not be reopened.

The Reporter tried to clarify the position for delegates. The United States proposal would permit a testator to choose the law of his nationality for assets in his national jurisdiction and the law of his habitual residence for assets in the jurisdiction in which he was habitually resident. In both cases provision was made for family protection. The question was therefore whether a cumulation of choices was possible. Mr Scoles' point was that family protection was guaranteed by the measures that had previously been decided. The acceptance of a cumulation of choices would go some way to help those making multiple wills.

Le Président, à la lumière des dernières interventions, constate qu'il semble que les possibilités laissées au disposant par la délégation américaine ne se limitent pas seulement à la loi de la résidence habituelle et à la loi nationale au moment du décès.

Il pense ainsi avoir compris des explications américaines que le disposant pourrait également porter son choix sur la loi d'une résidence ou d'une nationalité plus ancienne. Il se demande dans ces conditions si les intérêts de la famille se trouvent réellement protégés.

Mr Scoles (United States of America) pointed out that both those States which rely on the law of the nationality and those which rely on the law of the domicile or habitual residence make provision for family protection. It was therefore reasonable to allow a choice between those laws. All that the United States proposal sought to achieve was the situation where the testator was presented with a less stark choice. The hypothetical suggested the previous day described the problem aptly. If a person from one European country lived in the United States for twenty-five years, then according to the Convention the law of his habitual residence was applicable to questions of succession. However that person might have ancestral properties in the European country of origin. Normally he would wish the law of his habitual residence to govern the distribution of the whole of his estate except for those ancestral properties. He should be permitted to achieve this result. Such a measure of choice was insufficient to distort the protection given to the family. It was true that family protection might be modified, but this would be in no greater degree than would result from a total choice by the testator. It was therefore within the limits of what had already been decided.

The Reporter wished to remind delegates that there were also alternative possibilities, such as the United Kingdom proposal contained in Working Document No 36. It was hoped that delegates would consider in a relaxed manner whether adequate family protection was provided even if a testator had the choice between the law of his nationality or habitual residence at death or the law of his nationality or habitual residence at the time of making the will.

The Chairman invited further brief comments.

Mr Rognlien (Norway) was sympathetic to the United States proposal but was concerned about the problem of family protection. It was important that one basic law should provide for family protection and determine which testamentary dispositions were valid.

The Reporter wondered whether it was fully appreciated that, as Mr Scoles had said, both the law of the nationality and the law of the habitual residence provided for family protection. If this was so the question was whether the testator could choose both laws. The text enabled both the law of nationality and the law of habitual residence to be chosen. Both should be considered as basic laws.

Mr Philip (Denmark) indicated that he had the same problem with the United States proposal as Mr Rognlien. Even if both laws made provision for family protection, since each was different the combination of the two laws could lead to problems. He therefore suggested that for those who wished to apply both laws it should be possible to apply one to assets situated in the State of habitual residence and the other to assets situated in the State of nationality. However, only one of those laws should be available to determine problems of family protection. Therefore the designation of a second law must be without prejudice to the application of rules concerning indefeasible shares under the principal law chosen. This view was made clear in the proposal of the United Kingdom, Danish and United States delegations contained in Working Document No 40.

The Reporter appreciated this point of view but noted that Mr Scoles was dealing with the situation where different laws were chosen to govern the disposition of assets in different countries.

M. Picone (Italie) pense qu'il est déraisonnable de réintroduire à l'article 4 le principe de la scission alors que tous les efforts de la Commission spéciale ont consisté précisément à élaborer des règles de conflit qui sanctionnent, au niveau des rattachements objectifs, l'unité de la succession, et que la pratique actuelle du morcellement des successions internationales est le produit d'une situation que la Convention devrait progressivement faire disparaître.

Il craint que le morcellement proposé par la délégation américaine ne conduise les États favorables à l'unité dans le règlement des successions internationales à refuser la ratification d'un texte trop libéral. Il ajoute que les intérêts de la famille seraient gravement menacés par une multiplication des lois applicables et, partant, des masses successorales.

Enfin, il indique que si la Conférence devait accepter le principe du morcellement proposé par la délégation américaine, il conviendrait alors d'assortir ce principe de limites strictes, telles que par exemple la mise en œuvre d'un concept de résidence «qualifiée» plus fort comme rattachement pour la *professio* au moment de la désignation, et surtout la prévision d'une clause de sauvegarde, d'une teneur semblable à celle de l'article 8, paragraphe 2, de l'avant-projet, pour les droits à la réserve et les autres droits dont les différentes personnes ne peuvent être privées aux termes d'une loi considérée comme «dominante» sur l'ensemble de la masse héréditaire.

M. Lagarde (France) constate que les propos tenus par la délégation américaine vont bien au-delà des limites posées par écrit.

C'est sans doute en raison de cette discordance que les débats s'enlisent quelque peu, car la plupart des délégations s'attendaient certainement à une discussion exclusivement basée sur les termes du Document de travail No 5.

En outre, et surtout, il estime que la proposition orale de la délégation américaine est frappée d'une infirmité dirimante si l'on veut bien se souvenir que la Conférence avait choisi d'éliminer la *lex situs* en tant que facteur de rattachement principal.

Or, si l'on suivait la position américaine, le disposant pourrait choisir la loi du lieu de situation des biens sis dans un Etat qui ne serait ni celui de sa loi nationale, ni celui de sa résidence habituelle.

En conséquence, la délégation française marque son opposition aux propositions américaines dont les préoccupations pourraient être éventuellement réglées par une rédaction circonstanciée de la clause fédérale.

Mr Hayton (United Kingdom) referred to the discussions of the previous day, where, for example, the examples suggested by Mr Savolainen showed the complexity of the choice of the law problems which might arise. He felt that the proposal concerning the choice of law should be more specific and directed delegates to the amendment contained in Working Document No 36. The last paragraph of this amendment gave effect to the idea introduced by Mr Scoles but restricted the testator's choice.

An example of how this paragraph would operate might be that of a French national resident in Germany who wanted his French property to be disposed of according to French law and his German property to be disposed of according to German law. At present a partial choice would be void and thus the disposition of his assets would be made in accordance with the law applicable under article 3. If it was reasonable for a testator to choose the applicable law then Mr Hayton was unable to understand why it was necessary to frustrate the testator's wishes on this point. The requirements of family protection did not lead to this result. It was accepted that a testator might choose the law of the State of his nationality to govern the disposition of all his assets. It was also accepted that he could choose the law of his habitual residence to govern the disposition of all assets. In those cases the family was unable to complain of lack of protection. It was unclear how the situation differed if the above solution was accepted. It seemed unnecessary to insist on the unity principle and on the degree of rigidity which it required in the circumstances envisaged here. Only a small element of flexibility was introduced by permitting the choice of one other law. A choice of the *lex situs* should be permitted where it was identical to the law of the nationality or the law of the State of habitual residence. This would assist testators who might fall into the trap of choosing two apparently obvious laws. The alternative to permitting a partial choice might be the necessary application of the law of a third State under article 3, which was entirely undesirable. The problem should be approached in the spirit of compromise.

The Reporter commented that the proposal of Mr Hayton provided an answer to Mr Lagarde's question. Assets situated in a third State could be disposed of in accordance with either the national law or the law of the State of habitual residence.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that this was the case. A *professio juris* was regarded by some as a special rather dragon-like creature, by means of which there must be one law applicable to cases of testacy, just as

one law alone governs the estate of an intestate person. However this dragon was one into which life was breathed by the testator in his will, so that it was his creature to do what he wants and to give effect to his intentions and not frustrate them.

Mr Rognlien (Norway) expressed concern that now three differing proposals were being put before delegates.

The Chairman clarified the position by confirming that only the original proposal contained in Working Document No 5 was presently the subject-matter of the debate. The other proposals would be considered later.

Mr Duchek (Austria) was convinced that the debate so far had been too concerned with two particular issues. Firstly it was too concerned with the over-riding principle of unity. And secondly it was too concerned with the danger of *fraus legis*. Because of these concerns the balance of other interests was being overlooked: for example, the interest in the practicability of the resulting Convention. These matters were also important. Previously the emphasis on the unity principle had led to opposition to a *professio juris*. Now the principle of family protection was being over-emphasized because of the fear of *fraus legis*. In practice cases of *fraus legis* were unusual. The Convention must provide rather for normal cases. All countries had rules whereby members of the family could not be deprived of their rights at the whim of the testator. The laws of these countries should therefore be regarded as interchangeable. It was not possible to say that the solution of civil law countries in providing indefeasible shares was the only solution, when common law countries also provided similar but different protection. It could not be considered as contrary to *ordre public* to apply a foreign law where that law did not provide for indefeasible shares if it did at least provide some protection for members of the family. Any other view would be a rejection of the basis of private international law. In principle the inheritance laws of different States should be regarded as interchangeable. If a testator made a *professio juris* it was because there were legitimate interests involved. Mr Duchek was not convinced by other arguments. He did not wish to see a situation where practicability and legitimate interests were overlooked.

Mr Savolainen (Finland) agreed with Mr Lagarde and found himself unable to support the United States proposal.

The Reporter pointed out that Mr Hayton had provided an answer to the question posed by Mr Lagarde. Where there were assets in a third State the testator might choose the law of his nationality or of his habitual residence to govern the disposition of those assets. He asked whether this explanation was felt to be inadequate.

The Chairman posed the question whether the disposition of part of the assets in the third State could be submitted to the national law and part to the law of the habitual residence.

The Reporter agreed that the logic of the explanation led to this result.

Mr Scoles (United States of America) noted that according to article 4 a designation of the applicable law must refer either to the law of the nationality or to the law of the habitual residence whether at the time of death or

at the time the designation was made. Where assets were situated in two States and the question of indefeasible shares arose, article 3 of the Convention would determine the applicable law unless such a designation had been made by the testator. Where such a designation was made by the testator it was still possible to adjust forced shares since provision for this possibility was made in article 5. The testator could choose whether to give his family a greater or lesser degree of protection depending on whether he chose the law of his habitual residence or of his nationality. If he opted for the lesser protection, this measure of protection could not be *reduced* by also permitting the testator to make a partial choice. It was agreed that family protection was an important concern and Mr Scoles was anxious that a testator should not be able to avoid measures directed to this end. He was however able to concur with the proposal of Mr Hayton contained in Working Document No 36. In essence this was similar to the United States proposal.

The Reporter noted that the answer to the Chairman's question was therefore in the affirmative. The essential point to note was that a choice of the law of the nationality or of the habitual residence was already permitted. The issue was whether the testator should be able to choose both laws.

Le Président s'interroge sur l'opportunité de mettre au vote la proposition américaine. Il invite les délégations à faire part de leur point de vue à ce sujet.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) s'oppose au déroulement du scrutin, estimant que sa délégation n'est pas encore suffisamment éclairée sur l'objet même d'un vote. Il sollicite donc la reprise des débats sur la base de propositions écrites.

Le Président propose alors de suspendre les débats sur l'article 4.1 pour passer à la disposition suivante.

Mr Philip (Denmark) noted that the discussion so far indicated a willingness to find an acceptable result. The problem was that the basis of discussion was felt to be unclear. Working Documents Nos 36 and 40 represented attempts to reach a compromise. Perhaps discussion of these documents would therefore be appropriate at this stage.

Le Président invite les délégations à débattre des Documents de travail Nos 2 (Suède), 4 (Norvège), 9 (Finlande), 18 (République fédérale d'Allemagne), 23 (Belgique), 28 (Italie), 33 (France), traitant des différents points de vue concernant la forme de la *professio juris*.

M. Lagarde (France) souhaite que, préalablement à toute discussion sur l'article 4.2, il soit statué sur la proposition de sa délégation, exprimée dans le Document de travail No 39.

Il appuie sa requête sur le fait que, lors de la session du 5 octobre (après-midi), la Commission s'était prononcée en faveur de l'adoption du principe d'une résidence habituelle «qualifiée».

Le Président rassure la délégation française en indiquant que la proposition française sera bien évidemment discutée lors du réexamen de l'article 4.1. Il invite alors les délégations suédoise et finlandaise à développer les arguments venant à l'appui de leurs propositions respectives.

Mr Blomstrand (Sweden) explained that the purpose of the proposal contained in Working Document No 2 was

to support the Finnish proposal as it was explained in the written comments of the Finnish Government contained in Preliminary Document No 13. He added that he would also support the Finnish proposal in Working Document No 9.

Mr Savolainen (Finland) noted that there had been a lengthy and complex discussion on the requirements for a valid designation of the applicable law. The present text represented a compromise. The designation must be 'clearly expressed in a statement made in accordance with the formal requirements of a testamentary disposition'. After consideration Mr Savolainen was forced to conclude that that text was anything but clearly expressed! The problem of wording was linked to problems of the interpretation of wills, which apparently fell outside the scope of the Convention. There might be great differences on the principle of interpretation in different States. It was therefore not really possible to ensure the clear and unambiguous quality of the requirements of a designation of the applicable law. For this reason the Convention should only require that the formal requirements of a testamentary disposition were fulfilled.

Mr Savolainen also noted that the Finnish proposal only concerned article 4, paragraph 2. However he expressed the desire that the possibility of combining paragraphs 2 and 3 should be considered at the drafting stage.

Le Président demande alors aux autres délégations de défendre leurs propositions.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) n'adhère pas à l'idée selon laquelle l'acceptation de la proposition finlandaise ne nécessiterait pas l'examen des autres propositions.

Il retire néanmoins celle proposée par sa délégation (Doc. trav. No 8).

Mr Rognlien (Norway) adverted to the fact that the Chairman had said the differences of wording in the Norwegian proposal contained in Working Document No 4, were related only to questions of drafting. It was, however, the intention of the Norwegian proposal to oppose the view expressed in the Report on the preliminary draft Convention in paragraph No 32 relating to a choice of 'the law of my nationality'. This was not simply a question of drafting. It was not clear from the Finnish proposal how clear the indication needed to be. Mr Rognlien did not oppose the Finnish proposal but was anxious that the testator's intentions should be clearly indicated.

Mr Philip (Denmark) hoped that if the Finnish proposal was rejected then the German proposal contained in Working Document No 18 would be reintroduced since it represented an improvement on the present text.

Mme Revillard (France) souhaite fournir quelques explications à l'appui de la proposition française contenue dans le Document de travail No 33. Selon la délégation française, le testament ne constitue pas l'instrument exclusif de l'expression de la *professio juris*.

D'ailleurs, elle fait remarquer que les toutes récentes lois allemande et suisse de droit international privé contiennent des dispositions qui tiennent compte de la diversité des situations envisageables (articles 25 de la loi allemande du 25 juillet 1986 et 90 de la loi suisse du 18 décembre 1987).

En outre, elle rappelle que l'article 7.2 de l'avant-projet traite de la *professio juris* à propos des successions contractuelles, ce qui montre bien la nécessité d'adapter

la rédaction de l'article 4.2, en remplaçant la formule initiale «disposition testamentaire» par «disposition à cause de mort».

Enfin, Mme Revillard indique que la délégation française s'opposera au vote de la proposition finlandaise et souhaite le maintien de la rédaction élaborée par la Commission spéciale à ce propos.

Le Président croit relever un consensus sur la proposition française. Il estime préférable, sauf objection, que cette proposition soit d'ores et déjà acceptée sans recourir au vote, en laissant le soin au Comité de rédaction de l'inclure dans sa future proposition.

Mr Savolainen (Finland) expressed his willingness to accept this modification.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se déclare favorable à l'inclusion de la précision proposée par la délégation française.

Le Président constate l'accord des délégations sur la procédure proposée. Il engage les délégations à débattre de la proposition finlandaise (Doc. trav. No 18).

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se déclare opposée à l'adoption de la proposition finlandaise.

La *professio juris* étant une institution nouvelle pour la majorité des Etats de la Conférence et la solution adoptée à cet égard dans le projet étant particulièrement libérale, il convient de l'entourer d'un formalisme particulier dont la proposition finlandaise ne tient pas compte.

M. Voulgaris (Grèce) abonde dans le même sens, estimant que le travail accompli par la Commission spéciale ne saurait d'autant moins être remis en cause que les modifications avancées ont déjà été discutées au sein de la Commission spéciale.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) marque le désaccord de sa délégation avec les positions exprimées par les délégués portugais et grec.

Il apparaît en effet à la délégation allemande que la formule «clairement exprimée» n'est précisément pas claire.

Mr Savolainen (Finland) was worried that not all delegates were approaching the issue in the same way. There were two possible points of view. The first was the situation where a notary, for example, was assisting the testator to prepare his will. Obviously in this situation it was desirable that the testator expressed himself in a clear manner. However the second and more important situation was where doubts arose after the testator's death. It was necessary to know at that stage whether the requirements of article 4 had been met. The present wording did not make it easy to address this question. Even the explanation of this wording contained in the Report on the preliminary draft Convention had led to queries being raised by governments. If the requirements of article 4 were not met, but it was obvious that the document before the Court was the will of the testator, it was inappropriate that a court should be obliged to say that the intentions of the testator were clear but that they could not be implemented owing to the wording of the Convention.

Le Président invite alors les délégations à procéder au vote de la proposition finlandaise.

Il estime que quel que soit le sort réservé à cette proposition, il conviendrait d'attirer l'attention du Comité de

rédaction sur les opinions divergentes exprimées en la matière.

Par un vote de 12 voix contre (Autriche, Chine, Espagne, France, Grèce, Israël, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni), 10 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Belgique, Canada, Danemark, États-Unis, Finlande, Japon, Mexique, Suède) et 7 abstentions (Australie, Hongrie, Irlande, Pologne, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition finlandaise (Doc. trav. No 18) est rejetée.

Mr Philip (Denmark) queried whether the proposal of Mr Pirrung contained in Working Document No 18 would be taken up.

The Chairman explained that the Drafting Committee would consider a new wording of the text bearing this proposal in mind.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) estime qu'un vote aurait au moins le mérite de guider le Comité de rédaction dans sa tâche.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) demande à son homologue allemand de lui préciser si la proposition contenue dans le Document de travail No 18 est plus restrictive que celle adoptée par la Commission spéciale.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) répond par l'affirmative.

Mr Savolainen (Finland) noted that the word 'express' had been contained in the original text discussed by the Special Commission. Delegates had then desired that a less exacting standard be introduced in the light of that preparatory work use of the word 'express' must be considered to be the more rigid formulation.

Mr Duchek (Austria) queried whether there was a real difference between 'statement' and 'express statement' but said that this was a matter for the Drafting Committee.

The Reporter agreed with Mr Savolainen that use of the phrase 'an express statement' was stronger than use of the terms 'clearly expressed'. The latter suggestion had been made by the Commonwealth Secretariat after discussion by the Special Commission.

Le Président soumet alors le sort de la proposition allemande au vote des délégations en précisant que ce vote pourrait avoir une fonction indicative pour le Comité de rédaction, ainsi que l'a d'ailleurs indiqué la délégation allemande.

Au terme d'un vote à main levée, le Président constate le rejet de la proposition allemande (Doc. trav. No 18).

Le Président introduit les Documents de travail Nos 41 et 42 et commence par expliquer la signification globale de la proposition contenue dans le Document de travail No 42. Celle-ci, selon lui, propose d'admettre la validité du choix de deux ordres juridiques, limitativement énumérés, pour régir deux parties de la succession. Il note ensuite que la proposition contenue dans le Document de travail No 41 est plus restrictive quant à l'admission du double choix. En effet, la loi choisie pour régler une partie spécifique de la succession ne s'appliquerait, selon cette proposition, que dans la mesure où elle n'est pas contraire aux dispositions impératives de la loi choisie pour régir l'ensemble de la succession.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that to a large ex-

tent people knew the considerations that had led to the proposal in Working Document No 42, the idea being that the present rigidity of the Convention needed some flexibility to deal with practical peculiarities that might arise. Such peculiarities are perhaps most probable in Europe where nationality and habitual residence often differ. Therefore he argued that to allow flexibility to split the estate seemed sensible. The British would certainly find it helpful to have a certain amount of flexibility. He argued that Working Document No 42 was the most flexible solution and asked the Commission to accept this, but if that were not possible then he requested that the less flexible proposal set out in Working Document No 41 would be welcomed. He explained that Working Document No 41 expressly protected the family shares of the property but he believed that this was unnecessary. Under his suggestion in Working Document No 42 State A would protect the rights of the heirs to the assets controlled by the laws of State A and State B would protect the rights of the heirs to the assets controlled under the laws of State B. He argued that this would be sufficient protection for the rights of the family. If other people did not agree then Working Document No 42 certainly protected the family share by expressly protecting them and placing them under the dominant law. The only problem he saw with this solution was which law would be named the dominant law. Working Document No 41 states that the dominant law is the one with which there was the closest connection but, as had been seen in earlier discussions, this is rather an imprecise and uncertain concept. He suggested that rather than open up the problems concerned with 'closest connection' it would be simpler to accept Working Document No 42.

Mr Philip (Denmark) introduced Working Document No 41 which he had proposed along with the delegation from the United States of America. He said that although Working Documents Nos 41 and 42 were very similar he wished to explain his approach to the problem, which was rather different from that of Mr Hayton as it portrayed the continental and unity approach.

He explained that Denmark, like many other States, started from an idea of unity and therefore wished to apply one law only. In the discussions which had taken place over the last few days, he said it had become obvious that a slightly different approach might be necessary in order to build a bridge between the systems which embraced the unity principle and those which did not. He said that in many of the systems which adopted the unity approach, the overriding or paramount consideration involved an idea of family protection or the rights of the forced share or reserve, which had its counterpart in the United Kingdom and many other common law systems, on a more *ad hoc* protection basis. He felt that Working Document No 41 would permit the flexibility which certain States had requested while still protecting these 'family protection rules'. This means that whatever choice is made, the rights of the family under the dominant law are paramount.

He further wished to point out that the minor choice covered only assets which fell within the boundaries of that State. Any assets falling within the boundaries of a third State would be distributed according to the rules of the dominant law. He explained that the choice applied to both movable and immovable property and expressed the view that it was unnecessary to apply different rules to movables and immovables. He noted that this factor was common to both Working Documents Nos 41 and 42. He reiterated that the most important part of Working Document No 41 was that the choice of the second law 'shall not oust the application of the

former dominant law to the question of the rights of heirs to forced indefeasible shares or other mandatory provisions in their favour'.

He said that their clear intention was to accept a double choice of law where it applied to assets, but not in so far as it applied to family protection. If two sets of laws were to apply to family protection a very complex situation might arise because each country might have different and possibly conflicting mandatory rules. Such a complication would, he said, give rise to similar problems to those that arose between matrimonial law and succession law, and he thought that to include it would be unfortunate. His joint proposal with the United States would, he claimed, get round this difficulty as the dominant law rules on indefeasible shares would apply, and only afterwards would the other law be applied. He pointed out that Working Document No 41 had been quite hastily drafted, and therefore its wording was imperfect, and he recognized that if the substance of Working Document No 41 was accepted it would need re-drafting.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) asked whether the main choice and subsidiary choice both had to be made at the same time.

Mr Philip (Denmark) stated that Working Document No 42 certainly seemed unclear on this point but that his joint proposal with the United States of America set out in Working Document No 41 did not share that difficulty. He said that under the joint proposal it ought to be possible for a testator to make a partial choice and leave the rest of the estate to be governed by the law which would otherwise have applied under article 3.

Le Président résume en disant que dans le Document de travail No 42, la proposition suppose nécessairement l'existence d'un choix de la loi applicable en général, puis, accessoirement, un choix de la loi applicable à certains biens seulement. Alors que dans le Document de travail No 41, le choix de la loi régissant certains biens seulement est possible, même en l'absence d'un choix de la loi gouvernant l'ensemble de la succession.

Mr Scoles (United States of America) explained that by the operation of article 3 the Commission had already chosen the law which would apply if there were no effective choice by the testator and therefore this possibility would always exist in the background, and where a testator had made only a partial choice article 3 should rule the rest of the estate. To express this he suggested that both Working Documents Nos 41 and 42 could have their first and second paragraphs joined by the words 'except however' which would make it clear that the choice was an exception to the normal rules of article 3. He certainly stated that a partial designation had been assumed possible in the drafting of Working Document No 41.

Le Président en conclut qu'il y a donc, dans ce cas, possibilité de ne faire qu'une désignation partielle.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that the United Kingdom delegation had envisaged that any choice would involve both a major choice, say possibly of the national law, to govern the major part of the estate, as well as a secondary choice which might well be that of habitual residence, but that this second law would only govern assets situated within that State's boundaries. He did envisage the possible splitting of the choice and gave an example to explain how he envisaged this might work. He said that if a testator had chosen

nationality to govern the main part of his will but was habitually resident in a second country, let us say France, and had chosen that assets in France ought to be ruled by French law if that person later moved to another country, let us say Germany, which now became his habitual residence, the United Kingdom suggestion assumed he would be able, by a codicil, to change his secondary choice of law from France to Germany to cover assets situated in Germany. The first major choice of his national law to govern the main part of his will would of course continue to apply.

Mr Scoles (United States of America) reiterated that the main, or as he saw it, dominant law, need not be designated in the will but could be discovered by applying article 3 of the Convention.

Le Président propose de limiter la discussion, dans un premier temps, au contenu des deux propositions dans leur rapport avec l'article 4; il souhaite que, dans un second temps seulement, la discussion porte sur le cas où le disposant s'est borné à faire un choix partiel, entraînant, par voie de conséquence, la mise en œuvre de l'article 3.

The Reporter agreed with the Chairman that it was important to assume that a large choice had been made to cover the greater part of the will and a smaller choice, within the large choice, to govern assets within a particular State. He saw it as important that one did not fall back on the application of article 3.

Le Président propose de limiter la discussion au Document de travail No 42 et à l'alinéa 2 du Document de travail No 41.

M. Picone (Italie) met l'accent sur le fait qu'à ses yeux l'étude commune des Documents de travail Nos 41 et 42 ne doit tromper personne: il s'agit de deux propositions diamétralement opposées. Il explique d'abord, que dans la proposition contenue dans le Document de travail No 42, on admet une multiplicité de *professio juris*. Autrement dit, en langage technique, la pluralité de choix conflictuels est autorisée. La conséquence directe de cette proposition est l'existence d'une multiplicité de lois applicables sur de multiples masses de biens distinctes, sans qu'un ordre juridique dispose d'un titre supérieur aux autres en ce qui concerne l'ensemble de la succession. Le nombre de lois compétentes peut augmenter en fonction des déplacements de la résidence habituelle et même, théoriquement, selon les changements de nationalité avant la mort du défunt. Ceci considéré, il souligne qu'un tel système paraît incompatible avec l'esprit de la Convention, qui retient, rappelle-t-il, le principe de l'unité de la succession pour les rattachements objectifs et qui permettrait, si la proposition était adoptée, une scission totale des masses héréditaires par le biais des rattachements subjectifs créés par la *professio juris*. Tout autre chose, explique-t-il, est formulé dans la proposition des délégations américaine et danoise. Il considère qu'avec cette proposition «la montagne accouche d'une souris» puisque ce document ne fait rien d'autre que permettre, à côté du choix conflictuel effectué au moyen de l'*optio juris* par le disposant, la possibilité d'un référence matérielle à une législation qui ne vaudrait que dans la limite du respect des dispositions impératives de la loi désignée par l'*optio juris* sus évoquée. Or, selon lui, point n'est besoin de dispositions expresses dans la Convention à cet effet: l'article 4 tel qu'il résulte de l'avant-projet suffit. Le seul élément nouveau contenu dans le Document de travail No 41, par rapport au texte conventionnel, se trouve au

dernier alinéa de ce document, qui propose des règles d'interprétation fixes, là où la Convention ne pose actuellement aucune présomption permettant d'aider le juriste qui chercherait à savoir si la désignation d'une loi par le disposant revêt une connotation matérielle ou conflictuelle. Il conclut en estimant que la première proposition (Doc. trav. No 42) est illogique et que la seconde (Doc. trav. No 41) n'est pas vraiment nécessaire.

Mr Rognlien (Norway) felt that Working Document No 41 was a very good compromise and was acceptable. He agreed that the drafting of the text could be changed and, in his view, simplified, but the idea behind it, that a testator would select a law for the assets at his place of habitual residence or his nationality and the dominant law would govern the rest, was good, and he thought reasonably simple. He noted that Working Document No 41 concerned both movable and immovable property, whilst Working Document No 40 spoke only of immovable property. He felt it might be better to limit the application of Working Document No 41 to immovable property. The reason he suggested this was that movable property might be situated in one State at the time of designation and in another at the time of death. This might, he thought, give rise to problems which could be avoided by limiting the choice to cover immovable property. Finally, he asked whether Working Document No 5 from the United States of America had been withdrawn.

The Chairman stated that the discussion between immovable and movable property could usefully be left until after a vote on the principle of *professio juris* had been taken. He went on to state that a later working document normally supersedes an earlier one but asked the United States of America whether this had been the intention.

Mr Scoles (United States of America) agreed that Working Document No 41 rendered Working Document No 5 redundant.

M. Voulgaris (Grèce) s'avoue sceptique vis-à-vis des deux propositions. Il craint principalement que le système de la *professio juris* restant mal connu dans la plupart des pays représentés ici, des constructions théoriques trop avancées, si belles soient elles, n'aillent pas sans poser de sérieux problèmes pour la pratique. Et en particulier, l'éventualité de choix de lois incompatibles par le disposant le fait sérieusement hésiter. En bref, il met en garde les délégations en souhaitant qu'elles ne jouent pas le rôle des apprentis sorciers.

Mr Keane (Ireland) emphatically stated that for common law countries the acceptance of one of these working documents was very important and that their rejection could very well jeopardize the acceptance of the Convention in those countries. He believed that Working Document No 41, as it expressly defends family protection, might be the better compromise but he personally liked the simplicity of the suggestion in Working Document No 42 and asked whether the two ideas could not be joined. He stated that neither of the working documents contained radical suggestions for *professio juris* and therefore hoped that one of them would be accepted.

Mr Boggiano (Argentina) expressed some sympathy with both Working Documents Nos 41 and 42. He said that the United Kingdom proposal in Working Document No 42 gave a high priority to the idea of estate planning whilst the joint United States of America and

Danish suggestion in Working Document No 41 gave high priority to family protection by making the dominant law the most important and allowing the other law to apply only after the full application of the mandatory rules of the first. He felt that the protection afforded by Working Document No 41 covered almost all the areas referred to in article 5(2) and he therefore saw this as being preferable to Working Document No 42. Working Document No 41 still allowed estate planning but only within the limits of family protection.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souhaite poser quelques questions et commence par demander à la délégation du Royaume-Uni si la proposition contenue dans le Document de travail No 42 rend caduque celle portant sur le même point, contenue dans le Document de travail No 36.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that his delegation was withdrawing Working Document No 36 in so far as it applied to paragraph 4 but leaving the part referring to article 5 *bis* intact.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) foresaw a problem existing in applying Working Document No 42 which permitted two choices to the same law. For example, he said that under paragraph 1 a testator might choose the law of his habitual residence to regulate the whole of his estate. He might then make a special choice under paragraph 2 for assets situated in the State of his habitual residence also to be regulated by that law. He has then chosen the same law twice and, as long as his circumstances do not alter, there is no problem as the same law will apply under both choices. However, if, at a later date, he changes his habitual residence and makes a new general choice under paragraph 1 he asked what would happen to the former special choice under paragraph 2 which, at the time it was made, would have had no real effect. To get rid of this problem he argued that one should restrict the choice under paragraph 2 to that of a law different from the one chosen under paragraph 1. He saw this as a problem which needed clarification.

Le Président croit donc comprendre que si une personne a choisi la loi de sa nationalité comme loi générale, alors elle peut choisir comme loi particulière à certains biens celle de sa résidence habituelle ou *vice versa*.

Mr Philip (Denmark) agreed that if the situation referred to by Mr Pirrung could arise under Working Document No 42 it would be dangerous but felt that as the text now stood that interpretation was not possible.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) avoue qu'il aurait préféré qu'on lui confirme l'autre interprétation.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) souhaite récapituler les différentes positions. Un premier camp, dans lequel elle se compte, considère que le système général retenu par la Convention est fondé sur l'application, à la succession, d'une seule loi, que ce soit en matière de rattachement objectif (article 3) ou subjectif (article 4). Pour elle, il doit toujours y avoir une loi «dominante» selon les termes du Document de travail No 41, une loi qui a le dernier mot. Le paragraphe No 6 des observations du Portugal incorporées au Document préliminaire No 13 a d'ailleurs bien insisté sur ce point. Un choix spécial pour certains biens spécifiques, conformément à la proposition commune des délégations américaine et danoise, n'aurait donc, selon elle, aucun rapport avec

une véritable *professio juris*. Elle estime en effet qu'une véritable *professio juris* (qui dans la Convention est l'outil qui permet de trancher le conflit entre les partisans de la loi nationale et ceux de la loi de la résidence habituelle) signifie que c'est au disposant que revient la faculté de choisir entre ces deux lois. Pour le reste, tant sous l'article 3 que sous l'article 4, le disposant conserve toute liberté pour les choix matériels, dans les limites des dispositions impératives de la loi «dominante». Dans l'autre camp, comprenant plusieurs pays de *common law*, on soutient, note-t-elle, avec le Document de travail No 42, la possibilité d'une pluralité de choix conflictuels; il s'agit donc d'une disposition réinstaurant, qu'on le veuille ou non, la scission. Sur la proposition contenue dans le Document de travail No 41, elle remarque enfin que les limitations que cette proposition apporte aux possibilités de choix matériels ne se justifient guère, compte tenu de l'effet matériel et non conflictuel de ce choix.

M. Pipers (Belgique) estime ne pouvoir soutenir aucune des deux propositions discutées, il craint que des choix multiples ne suscitent en réalité de nouveaux conflits de lois. Il a bien peur que la proposition américano-danoise ne puisse, quant à elle, fonctionner que si les différentes lois choisies sont suffisamment proches au fond. Il conclut en analysant ces deux propositions comme permettant dans certains cas d'appliquer une loi, considérée comme meilleure, plutôt qu'une autre, alors que la négociation de cette Convention présuppose que toutes les lois ont une valeur équivalente. En bref, il fait savoir qu'il s'opposera à toute tentative de parcellisation successorale.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) craint que le «petit choix» ne soit, chez les justiciables, animé par des intentions peu louables. Elle prend ainsi l'exemple d'une personne qui, souhaitant déshériter ses enfants, leur laisse les biens sis aux Pays-Bas, par exemple, et qu'en réalité, seules les dettes se trouvent localisées dans ce pays. Il s'agirait là d'une manière de déshériter ses enfants. Le choix peut aussi, craint-elle, être opéré pour des raisons fiscales. Elle doute donc de l'opportunité de l'adoption de l'une de ces propositions.

Mr Duchek (Austria) reiterated his delegation's understanding for the need for a partial *professio juris* but explained that his acceptance of such an idea would depend upon the result of the rules contained in any article. He felt that the result of Working Document No 41 and, to a lesser degree, the result of Working Document No 42 would be that the risk of disadvantage would be greater than the possibility of advantage. He stated that the principle for clarity and foreseeability were very important and that the acceptance of either of these two working documents would be at the expense of both clarity and foreseeability. He disagreed with Mrs de Magalhães Collaço's interpretation of the second paragraph of these working documents and said he saw them as partial *professio juris*.

Furthermore he said he was not attracted by the idea of a dominant law as set out in Working Document No 41 as this was difficult to define. He felt that the use of the idea 'closest connection at death' would lead to unforeseen and unforeseeable circumstances arising and therefore was dangerous. For this reason he said he was against Working Document No 41. He saw Working Document No 42 as being better but he did not understand the need for a whole *professio juris*. He felt it should be possible to make a partial *professio juris*. For example, if a person had his habitual residence in England but was an Austrian national he should be allowed

to choose Austrian law for the property in Austria without having to make another choice.

The Chairman explained that this final problem would be dealt with later.

Mr Duchek (Austria) explained that without some clarification of this point he would have to vote against Working Document No 42 although he basically supports its underlying ideas.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) made two points. Firstly he said that both proposals referred to the situation of the assets but neither of them indicated how one would decide where assets were located. Of course he said that this would not prove a problem as far as immovables were concerned but it may be a very real problem when dealing with movable property.

His second point concerned what ought to happen if, after a choice of law is made, assets were moved. He questioned whether in such a situation the law chosen ought still to apply or whether some new law ought to be applied.

La séance est levée à 13 h. 15.

Procès-verbal No 7

Minutes No 7

Séance du jeudi 6 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Thursday 6 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 10 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président rappelle à la Commission l'économie générale des propositions contenues dans les Documents de travail Nos 40 à 43. Il attire plus particulièrement l'attention de la Commission sur la dernière proposition émise par les Etats-Unis, le Royaume-Uni et le Danemark (Doc. trav. No 43).

Il remarque que l'alinéa 2 du paragraphe 1 de l'article 4 proposé par ces délégations comporte une nouveauté en ce que le choix du disposant se trouverait limité par rapport aux versions antérieures.

Mr Rognlien (Norway) noted that a possible restriction on the designation of subsidiary laws to the disposition of immovable property had been raised.

The proposal of the United States, the United Kingdom and Denmark contained in Working Document No 43 referred only to 'assets'. It was therefore necessary to know whether this might be amended to refer to 'immovables'.

The Chairman therefore suggested that before a vote on the text an indicative vote should be taken on the question whether this amendment should refer to immovables or assets.

Mme Revillard (France) entend rappeler que la *professio juris* a pour objectif essentiel de simplifier la tâche des praticiens en permettant de garantir a priori l'unité du règlement successoral. Il lui apparaît pourtant que les propositions actuellement débattues vont dans un sens diamétralement opposé. Elle craint donc que tout naturellement les praticiens ne se détournent d'une institution pourtant tant attendue.

Le Président souhaite relever que la proposition contenue dans le Document de travail No 43 traduit une «concession» des délégations qui en sont à l'origine.

Il fait d'ailleurs observer que lors de la précédente séance la Commission avait décidé d'attendre que les délégations concernées modifient le texte pour ensuite le mettre au vote.

Il convient donc d'en débattre pleinement même si ce texte est controversé.

M. Lescaze (Suisse) trouve curieux que le Document de travail No 43 introduise une scission législative en matière mobilière, alors qu'un tel mécanisme a aujourd'hui disparu du droit positif.

Le Président sollicite alors du Rapporteur des précisions afin de clarifier les débats à la fois sur le sens de la proposition discutée, mais également sur la portée des objections qui lui sont faites par certaines délégations.

The Reporter noted that the objective of the final paragraph was to reduce the number of applicable laws where too many had been chosen.

Mr Hayton (United Kingdom) referred to the problems raised by Mr Picone. These problems would rarely arise in practice, but when they did it was necessary to deal with them practically. A fanciful testator needed to be brought down to earth.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) se déclare peu convaincu par les arguments avancés au soutien de la proposition contenue dans le Document de travail No 43.

Il exprime en outre de vifs doutes sur la cohérence générale du projet dont l'architecture lui paraît menacée par les amendements discutés.

Mr Philip (Denmark) did not consider that the proposal contained in Working Document No 43 was unacceptable. No other solution had been found for the problem raised by Mr Pirrung and Mr Picone. It was useful to look at the situations that might appear in practice.

The first possibility was where a testator had made one choice of law under article 4, paragraph 1, to govern the disposition of most of his assets, and one choice of law under the proposed paragraph to govern the disposition of other assets. There was no problem in this situation since these two choices covered the disposition of his whole estate. It was a situation in which the testator created a large island and a small island, to use the analogy adopted in previous discussions.

The second situation that might arise was where the testator made one choice of law to govern the disposition of his assets in one country, but said nothing with respect to the law governing the disposition of his remaining estate, wherever situated. Here again there was no problem. The law applicable under article 3 would govern the disposition of the main part of his estate while the new paragraph of article 4 would permit the testator to make a subsidiary choice of law, thus creating a small island.

The third situation that might arise was where there was a general choice of law under article 4(1), but where the testator later changed his habitual residence several times and each time made a will concerning the disposition of his assets in that country, and chose the law of that country as the governing law. In this situation it was quite possible that several different laws would have been chosen to govern the disposition of different parts of the testator's estate.

If it was desired to avoid this result a possible solution was that suggested in the proposal under discussion. The principles of the Convention required that the law of the testator's habitual residence at death or the law of his nationality at death should have preference over other laws. These two laws also provided, at the time of the testator's death, the required close connection between the testator and the State whose law was applicable.

In reality, then, only two permissible situations could be envisaged. The first was where the testator had made one choice of law to govern the disposition of a limited number of assets, thus creating a small island, while he had made another choice of law to govern the disposition of the rest of his estate. The second situation was where both choices of law were in respect of small islands and neither dealt with the disposition of the testator's global estate. Here the choices would be valid where in reality only two laws were relevant since one of the testator's choices of law was the choice of the law of his habitual residence or of his nationality at death, and could thus be subsumed under the law applicable by virtue of article 3.

Mr Philip also wished to reply to the query of Mr Parra-Aranguren concerning the location of movables. Mr Parra-Aranguren had questioned where movables must be taken to be situated and also how article 4 dealt with the possibility that movables were transferred from one State to another after the designation of the applicable law. The answer to the first question must be that the *lex fori* determines where movables are situated. As to the second question, it would appear that the requirements of article 4, paragraph 2, would no longer be fulfilled once movable assets had been transferred.

The Reporter sought clarification of the position where the testator had created two small islands.

Mr Philip (Denmark) said that if the choices were of the law of the testator's nationality and the law of his habitual residence, one of those would be identical to the law applicable by virtue of article 3.

The Reporter queried which of those laws was to be regarded as the dominant law.

Mr Philip (Denmark) expressed the view that the law applicable by virtue of article 3 would be the dominant law. This removed, therefore, the problem of determining the dominant law which had been raised in previous discussions.

Le Président propose à la Commission de statuer sur les mérites respectifs des termes «assets» et «immovables».

M. Lagarde (France) émet les plus vifs doutes sur l'intérêt d'un tel vote pour les délégations qui, à l'image de la sienne, sont opposées aux propositions des délégations américaine, britannique et danoise.

Le Président répond qu'un tel vote permettrait de clarifier les textes présentés et partant de faciliter ainsi la tâche du Comité de rédaction, si celui-ci était appelé à connaître de la rédaction des propositions débattues.

M. Lagarde (France) et **M. Picone** (Italie) expriment l'intention de leur délégation de refuser de participer à un vote de cette nature.

Mr Rognien (Norway) queried whether an amendment to article 4, paragraph 2, could instead refer to particular immovables.

M. Voulgaris (Grèce) s'associe aux remarques de fond présentées par la délégation française.

Mr Savolainen (Finland) agreed with Mr Lagarde about the difficulty of voting on alternatives neither of which were acceptable.

Mr Philip (Denmark) pointed out that it was normal parliamentary practice to vote on an amendment to an amendment, prior to voting on the amendment itself in order that the meaning of the principal amendment should be clearly determined.

M. Pipers (Belgique) souligne les dangers présentés par le recours à une telle procédure. Il estime, en effet, que si une délégation poursuit le dessein d'empêcher l'adoption d'un texte, il lui suffit d'affaiblir celui-ci par des votes intermédiaires «déstabilisateurs».

Le Président maintient néanmoins sa décision de soumettre au vote cet aspect du Document de travail No 43. Il constate que le mot «assets» est préféré à «immovables» par une nette majorité, mais en présence de nombreuses abstentions. Il ouvre ensuite la discussion sur l'alinéa 2 du texte contenu dans le Document de travail No 43.

M. Pipers (Belgique) se demande comment une autorité chargée d'un règlement successoral pourrait réaliser un inventaire alors qu'elle ne connaît pas le régime juridique de celui-ci et qu'elle risquerait fort de demeurer longtemps dans l'ignorance si l'on recourt à une *professio juris* trop compliquée, ce qui semble être le cas à travers les dispositions des propositions américaine, britannique et danoise, notamment si l'on en juge par l'examen des dispositions du paragraphe discuté.

Mr Philip (Denmark) reminded delegates that the determination of the location of assets was a matter for the *lex fori*.

Mr Scoles (United States of America) submitted a possible solution to the problem under discussion. Because it was possible to fall back on the dominant role of article 3, only references to the law of nationality or habitual residence at death were effective. He suggested an example. A testator might submit the disposition of assets in State A to the law of State A and that of assets in State B to the law of State B. Disposition of the residue of his assets was to be governed by the law applicable by virtue of article 3. If at death the testator was neither an habitual resident of nor a national of State A or State B, then article 3 alone was relevant.

This provides a limit on the choice of law for the convenience of the parties and in the interests of reaching an acceptable compromise.

Le Président demande aux délégations si elles ne voient aucune objection à ce que l'intégralité du Document de travail No 43 fasse l'objet d'un vote ou s'il convient de ne statuer provisoirement que sur l'alinéa 2 dudit document.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) indique que sa délégation ne peut s'associer à une proposition «scissionniste».

Elle fait remarquer qu'un vote isolé sur l'alinéa 2 du Document de travail No 43 risquerait de conduire à un résultat inacceptable, puisqu'une disposition scissionniste pourrait se retrouver discutée à la suite et en complément des Documents de travail Nos 40 et 41 qui constituent des solutions unitaires.

Le Président rassure la délégation portugaise en lui indiquant que ce souci de cohérence sera respecté.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) renouvelle néanmoins ses craintes de voir des dispositions antinomiques réunies sous le même article.

Mr Philip (Denmark) sought to provide an explanation of the thinking behind the proposal contained in Working Document No 43. In the previous session the criticism was made that under the scheme of the proposals in Working Documents Nos 41 and 42 although it was possible to designate two laws, one dominant and one subsidiary, it was also possible to designate a greater number of laws, one of which was dominant and all the others subsidiary. This possibility was apparently contrary to the wishes of the Commission. Therefore this possibility had been limited by the proposal contained in Working Document No 43. There was no more scission permitted by this proposal than by the previous proposals. Under the previous proposals it would have been possible to designate an unlimited number of laws whereas under the present proposal the maximum number of laws which could be designated was two. This limitation was the only difference between the present proposal and the proposal contained in Working Document No 41, if the bracketed section of Working Document No 43 was included. Working Document No 43 effectively contained two proposals, one of these excluded the section contained in brackets and the other included it.

Mr Duchek (Austria) said that although comments had been invited on the last paragraph of article 4 as expressed in Working Document No 43, he wished to comment on the second paragraph since this was linked to the last paragraph. He was concerned to understand the policy behind the sentence in brackets. If the amendment, including the bracketed section was accepted, this would lead to a complex inter-relation between legal systems. The same assets would at the same time be subjected to two different laws. For example a citizen of State A who was habitually resident in State B might have assets in State A. That citizen could designate the law of State A to govern the disposition of his whole estate since A was the law of his nationality. In such circumstances the law of State B was irrelevant and the provisions of State B concerning inalienable shares were also irrelevant. On the other hand if the citizen of State A designated the law of State B, as the State of his habitual-residence, to govern the disposition of the main part of his estate, but subjected the disposition of

assets in State A to the law of State A, then because this was a partial designation, the disposition of the assets in State A would be subject to the law of State A, but the law on indefeasible shares of State B must also be applied. Mr Duchek was unable to understand the policy behind this proposal. A testator could disregard the policy of State B with respect to indefeasible shares where an overall choice of the law of State A had been made. The bracketed sections seemed to be superfluous. However it would be reasonable for a partial designation of the applicable law to be over-ridden where that designation defeated the policy of the objective proper law with respect to indefeasible shares. Mr Duchek also noted his difficulty with the possibility of an indicative vote on the inclusion of the bracketed section because of his dissatisfaction with the solution provided by the bracketed section.

Le Président exprime le vœu de soumettre le dernier alinéa de la proposition contenue dans le Document de travail No 43 à un vote «éventuel».

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) s'interroge sur les conséquences procédurales du rejet de cette disposition dont elle entend rappeler l'incompatibilité avec celles exprimées dans le Document de travail No 41.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) suggested that the proper course would be to vote on the proposal without brackets since that represented the position furthest from the existing text. If this proposal was rejected then a vote could be taken on the proposal including the bracketed section. Finally if this was rejected then a vote could be taken on the proposal including the final paragraph.

Mr Philip (Denmark) wished to respond to the problem raised by Mr Duchek. The restriction on the testator's choice was imposed because it was not thought proper to allow assets to be distributed taking into account the rules of family protection under two different legal systems. It was impossible to understand how these sets of rules would fit together. It was therefore felt that measures of family protection should be governed by only one law. With this proviso the testator might otherwise distribute his property however he wished.

With respect to the order in which votes should be taken Mr Philip thought that the first vote should be on the United Kingdom proposal contained in Working Document No 42. If this was rejected a vote could be taken on the proposal contained in Working Document No 43 including the bracketed section. It was his desire that the third paragraph of the proposal contained in Working Document No 43 should be included in all votes since delegates should not be presented with an unrestricted vote.

Mr Rognlien (Norway) considered that the last paragraph of Working Document No 43 was of limited importance. One basic law would be applicable under article 3 or article 4, paragraph 1. The possibility of further applicable laws was only of relevance with respect to assets in the State of habitual residence or of nationality. The last paragraph of the proposal contained in Working Document No 43 still made it possible for three laws to be applicable to the disposition of the testator's estate, these being the law of the nationality, the law of habitual residence, and the basic law.

The Chairman considered that the basic law must also be one of either the national law or the law of habitual residence.

Mr Rognlien (Norway) maintained that the final paragraph of the proposal contained in Working Document No 43 was an unnecessary complication. If the testator made more than one designation under article 4 then it was a question of interpretation of later designations whether he wanted to retain earlier designations. Article 4 should not be further complicated, particularly since the third paragraph of the present proposal was open to several possible interpretations.

M. Picone (Italie) déplore une nouvelle fois les contradictions entretenues par certaines délégations.

Il regrette plus particulièrement que la délégation danoise ait éprouvé le besoin de s'associer à une proposition piétinant le principe de l'unité du règlement successoral; alors que peu de temps auparavant elle s'en était fait le héraut.

M. Picone en vient même jusqu'à regretter le droit positif et ses imperfections surmontables par le recours à des mécanismes bien connus, lorsqu'il s'agit d'examiner les propositions actuellement débattues. Il remarque que la proposition contenue dans le Document de travail No 43 comporte la possibilité d'une scission de la succession en trois masses successorales distinctes (étant donné qu'à la loi choisie à titre général on doit ajouter les deux lois de la nationalité et de la résidence habituelle au moment de la mort) et que cela constitue une entorse grave à l'esprit de la Convention. Il met ensuite en exergue que la solution indiquée peut, d'une part, produire des difficultés pratiques considérables et, d'autre part, se révéler parfois très arbitraire. Il fait valoir du premier point de vue les difficultés qui peuvent se poser notamment dans l'hypothèse où, des immeubles situés dans plusieurs Etats étant soumis par plusieurs testaments contenant une *professio* à des lois différentes, le dernier testament est retrouvé après le commencement ou la terminaison des opérations de liquidation successorale afférentes aux autres testaments. Il remarque du deuxième point de vue que la complexité des combinaisons envisageables aurait un effet dissuasif sur les praticiens et leurs clients, qui sera d'autant plus fort qu'au fil du temps l'application jurisprudentielle de telles propositions révélera le constat aussi désarmant que paradoxal selon lequel la complexité indiquée tend plutôt à affecter la liberté du disposant qu'à en être l'expression naturelle. En effet, au cas où plusieurs *professio* partielles ont été passées longtemps avant le décès, la subordination de leur validité aux seules deux lois applicables au moment de la mort peut produire des situations complètement arbitraires par rapport à la volonté réelle du défunt.

Le Président propose alors que le Document de travail No 43 soit soumis au vote.

A la demande de plusieurs délégations, il expose les différentes étapes du scrutin.

Par un vote de 18 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède, Suisse), 5 voix pour (Autriche, Canada, Etats-Unis, Israël, Royaume-Uni) et 5 abstentions (Chine, Hongrie, Pologne, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition tendant à adopter la rédaction des quatre premières lignes du Document de travail No 43 est rejetée.

Par un vote de 18 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse), 7 voix pour (Argentine, Australie, Canada, Etats-Unis, Irlande, Israël, Norvège) et 3 abstentions

(Chine, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition tendant à l'adoption de l'intégralité du premier alinéa figurant au Document de travail No 43 est rejetée.

Par un vote de 17 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suède), 7 voix pour (Australie, Canada, États-Unis, Irlande, Israël, Norvège, Royaume-Uni) et 4 abstentions (Chine, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition tendant à l'adoption des quatre premières lignes du premier alinéa du Document de travail No 43 et du dernier paragraphe de ce Document est rejetée.

Par un vote de 13 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suède), 11 voix pour (Argentine, Australie, Canada, Danemark, États-Unis, Hongrie, Irlande, Israël, Norvège, Pologne, Royaume-Uni) et 4 abstentions (Chine, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition tendant à l'adoption de l'intégralité des dispositions figurant au sein du Document de travail No 43 est rejetée.

Mr Edwards (Australia) noted that the Australian proposal was drafted in a spirit of compromise. It reflected the importance the Australian delegation attached to greater flexibility with respect to a choice of law. The intention of the Australian proposal was to try to maintain the greatest possible degree of unity while introducing a small element of flexibility. A testator was permitted a single general choice of law. This had the result that there was no problem determining which law was dominant and which law subsidiary. Any designation of law other than the general choice was limited to specific assets or classes of assets and therefore it was necessary for the testator to specify those assets, or to delimit those classes of assets. The addition of the word 'immovables' in brackets was also an attempt to comply with the wishes of other delegations. A further qualification had also been provided. The chosen law must be either the law of nationality or the law of habitual residence. The testator was thus provided with a choice. Recognizing the concern of certain delegations that a judge or notary might be required to apply a law designated thirty or forty years prior to the testator's death, the Australian proposal also presented delegates with alternatives as to the 'conflict mobile'. If it was felt that it would be inappropriate for a testator to be able to choose the law of his nationality or habitual residence at the time that choice was made then the relevant time would be restricted to the time of the testator's death. The last paragraph of the Australian proposal had been included because it was realized that for some delegations it was important that the chosen law must not permit derogation from the provisions concerning forced indefeasible shares. The bracketed words in the final paragraph were included to make it clear that the mandatory provisions referred to include the discretionary orders permitted under common law systems. In anticipation of a possible query as to the location of assets at the time of the testator's death, it was envisaged that assets must have remained in the designated jurisdiction before the choice of a law to govern disposition of those assets could be held valid.

The Chairman pointed out that the bracketed section permitting the testator to choose the law of his nationality or habitual residence at the time of designation repeated the proposal of the United Kingdom and Denmark which had just been rejected. Without that bracket-

ed section however the Australian proposal represented a different and more restricted option.

Mr Edwards (Australia) expressed a preference that the inclusion of the bracketed section should be the subject of an indicative vote. However on the suggestion of the Chairman he was prepared to withdraw the bracketed section.

Le Président précise qu'avec le Document de travail No 44, la délégation australienne accepte de réduire les propositions antérieures aux immeubles, de façon à rendre plus admissible la disposition.

M. Lagarde (France) concède que la nouvelle proposition australienne part d'un bon sentiment. Il considère que le dernier alinéa de cette proposition demeure le plus important, en ce qu'il suppose la possibilité d'une seule *professio juris* au sens du droit international privé. Dès lors, dans la mesure où seuls des choix matériels de dispositions législatives étrangères sont autorisés par l'alinéa 2 de la proposition, il en déduit qu'elle ne permet pas l'existence de plusieurs *professio juris* au sens du droit international privé. Il estime cependant que cette précision pourrait simplement figurer dans le Rapport. Tout au moins, conclut-il, l'intérêt de la présente discussion reste de montrer qu'il y a toujours des choix matériels de loi possibles dans les limites de ce qui n'est pas contraire aux dispositions impératives de la loi applicable, soit en vertu du rattachement objectif de l'article 3, soit en vertu de l'*optio juris* autorisée par l'article 4.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) considère que le Document de travail No 44 va effectivement dans le sens de la suppression de la scission.

Ceci posé, elle se dit gênée par le premier alinéa de la proposition australienne, car, rappelle-t-elle, des choix partiels matériels de dispositions législatives peuvent toujours être faits. En définitive, elle considère cette proposition inutile dans ce qu'elle permet et inconvenable dans ce qu'elle interdit.

Mr Hayton (United Kingdom) expressed some disquiet about the complications which had arisen in the earlier discussions and said he hoped that the situation could now be simplified and a compromise reached even if it was only a small concession towards the common law position. He said that the Australian proposal set out in Working Document No 44 was a rigid exception to a rigid rule and that although this was a long way from the position he had hoped to achieve it was still better than no compromise at all and he hoped it would be accepted. He said that he would prefer not to have the final paragraph of Working Document No 44 but even with that it would provide something to take back to his Government.

The Reporter stated that all Working Document No 44 would do, would be to expressly allow multiple wills to be made which according to Mr Lagarde and Mrs de Magalhães Collaço was already possible.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that the two previous speakers had intimated that this was the case, but said that he disagreed and considered that multiple wills would not be possible under the present draft Convention because they involved two choices of law and as the present draft Convention did not permit partial choices of law, both choices would fail and the testator would have to fall back on article 3.

The Reporter reiterated that Mr Lagarde and Mrs de Magalhães Collaço seemed to say that partial choice was possible under the Convention. The difficulty he envisaged was that they did not appear to agree on exactly how far it was possible to go.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that that was what had been said but still argued that it was not possible under the present draft Convention to make two valid partial choices of law as both would be null.

The Reporter agreed that it was a real problem.

The Chairman seemed to think that Working Document No 44 would not prove difficult for civilians and might be of very great use in common law countries. He therefore considered that to accept it would be a very good idea.

Le Secrétaire général intervient pour illustrer la discussion d'un exemple. Soit un citoyen britannique ayant sa résidence habituelle en France, où il meurt; avant de mourir, il a inséré dans des dispositions testamentaires une *professio juris* désignant la loi française comme applicable à l'ensemble de la succession, mais, pour des biens immobiliers (ou même mobiliers, peu importe) situés en Angleterre, il souhaite organiser un trust; il choisit donc pour ses biens particuliers l'application de la loi anglaise, le trust n'étant pas connu en France. Il y aurait bien dans ce cas l'application de deux lois différentes pour la succession, mais la loi anglaise sur le trust ne serait applicable que sous réserve du respect des dispositions successorales impératives du droit français, applicables à l'ensemble de la succession.

Mr Boggiano (Argentina) agreed with the Secretary General but nevertheless saw some differences in the way different legal systems decided what constituted an incorporation and what a choice of law and that these differences could be seen in the presentation of Mr Lagarde and Mrs de Magalhães Collaço. He argued that the special choice of law was not merely an incorporation but a real choice of law because it only ousted the mandatory rules of the law designated so far as they applied to close family members. This means that other mandatory rules of succession of the special law designated would still apply so rendering it a real choice of law.

Mr Scoles (United States of America) believed that the Reporter and in fact all of the members of the Commission had decided that the will which the Secretary General had used as an example was invalid under the present draft Convention and said that that was the problem that the common law countries were facing. He argued that such an interpretation was the only one possible because under article 5(1) of the draft Convention the law determined under articles 3 and 4 must apply to 'all assets of the estate wherever those assets are located' and this must therefore exclude a partial choice. He said that it was this which caused the problem to common law countries and that for this reason they needed the contents of Working Document No 44 to be passed by the Commission so as to allow an exception to this rule. Finally he asked the Reporter whether this explanation of the draft Convention was one with which the Reporter would agree.

The Reporter said that he agreed with Mr Scoles' interpretation that a partial choice would be invalid under the Convention as it stands. He again explained that this was an issue of central importance to common law

countries and that as it would not be offensive to civil lawyers he considered it would be very useful if the Commission was able to take the compromise and thereby allow some leeway to the common law countries.

Le Président estime que les juristes de tradition romano-germanique considèrent la proposition comme à la fois inutile et inoffensive.

M. Picone (Italie) précise que, pour lui, la proposition contenue dans le Document de travail No 44 semble bien n'avoir pour but que d'autoriser, outre la *professio juris* permettant, elle, d'effectuer une référence d'ordre conflictuel à la loi désignée, différentes désignations matérielles, dénuées de signification du strict point de vue du conflit de lois et donc, qu'elle ne présente pas de danger, dans la mesure où une désignation de dispositions législatives destinées à préciser la façon dont la succession se déroulera relativement à certains biens reste toujours possible.

M. Voulgaris (Grèce) reconnaît que la proposition discutée actuellement est différente de certaines autres discutées ce matin, ou en début d'après-midi, mais estime que cette différence vide la proposition de toute substance. Il n'est d'ailleurs pas sûr que la constitution d'un trust tombe dans le domaine de la dévolution successorale ou dans celui de l'administration de la succession et souhaite pour l'instant réserver sa position.

Mr Duchek (Austria) referred back to the words in brackets in Working Document No 43 which Mr Philip had explained were necessary in order to avoid the cumulation of mandatory provisions. Those bracketed words in Working Document No 43 now appeared again in Working Document No 44 and he wondered whether the method of drafting actually reached the desired end. He explained that the second paragraph in Working Document No 44 allowed a *lex situs* choice of law and that choice was of the whole law, including the family provisions, but the third paragraph goes on to provide that the mandatory provisions of the first choice of law must not be affected. This means that both mandatory rules apply and therefore the article fails to give effect to the desired end.

Mr Rognlien (Norway) agreed with Mr Duchek that any choice would be of all the rules including the mandatory rules and questioned whether those were the intentions of the Commission. He felt that it was important to prevent the secondary designation being used to undermine the mandatory rules under the main choice.

Mr Talpis (Canada) believed that the intention in paragraph 2 was to achieve just such an end. He said that the fear was that the result of applying paragraph 2 might be to prevent a person who had a mandatory right to claim under the main choice of law from enjoying that right. He said that the provision should force those who might benefit under the secondary choice of law to compensate anybody who had not received the full mandatory share allowed him under the main choice of law. As everybody was agreed that this was the intention, he suggested that the only problem was one of drafting.

M. Lagarde (France) souligne que les représentants des pays de droit civil sont gênés par le membre de phrase commençant par «*provided that*» du Document de travail No 44, qui selon lui, pourrait être interprété comme prohibant les références matérielles à des droits étrangers. Il demande donc la suppression de ce dernier membre de phrase.

Mr Edwards (Australia) agreed that the deletion of the words 'provided that the law is, at the time of designation or the time of death, the law of his nationality or habitual residence', would be acceptable.

M. Struycken (Pays-Bas) souhaite compléter l'intervention de M. Lagarde en demandant que soit biffé, en outre, à la fin de la proposition contenue dans le Document de travail No 44, le groupe de mots «*in their favour*». Cette suppression a pour but d'éviter que l'on puisse interpréter l'incorporation de dispositions législatives dans le testament comme permettant de déroger à quelque règle impérative que ce soit appartenant à la loi applicable en vertu, soit de la *professio juris*, soit du rattachement objectif de l'article 3. En effet, pour lui, toutes les dispositions impératives de l'ordre juridique compétent doivent être respectées, et non pas seulement celles qui sont en faveur des héritiers protégés et de la proche famille.

Mr Philip (Denmark) stated that the discussion seemed to be turning on doctrinal differences in that the law in this area was not uniform from country to country or even between authors in the same country. He felt that this was an unnecessary complication and pointed out that what the Commission was trying to do was to reach a compromise which he felt it would achieve by acceptance of the Australian proposal as set out in Working Document No 44. He said he would accept the Australian proposal but could not accept the changes proposed either by the French delegation or by the Dutch delegation.

Mr Rognlien (Norway) agreed that the original draft was better and that he could not accept either of the changes suggested.

Mr Hayton (United Kingdom) saw the logic in the suggestion made by Mr Lagarde in that if the choice were between State A and State B and one had already chosen State A, then the second choice would have to be of State B and so possibly the final words of paragraph 2 of Working Document No 44 were superfluous but, if others felt that these words would be useful, then they should be retained because they certainly did not cause any problems.

Le Président s'avoue tenté maintenant de mettre aux voix la proposition australienne.

M. Picone (Italie) souhaite revenir sur la position qu'il a exprimée lors de sa précédente intervention. En effet, les différentes opinions exprimées par les délégués depuis lors lui font craindre que, sous couvert d'une majorité autour du texte du Document de travail No 44, on retrouve en réalité deux interprétations divergentes, l'une favorable à l'idée d'une multiplicité de lois partiellement applicables à une succession (dans les pays de *common law*), l'autre favorable à une simple possibilité de référence matérielle aux dispositions législatives de plusieurs lois (dans les pays de droit civil). La multiplicité d'interprétations possibles d'une telle clause, si elle était adoptée, le pousse à choisir une solution évitant l'équivoque, et à voter contre le texte.

Le Président tente une ultime conciliation en proposant d'ajouter à la fin de l'article 4 une disposition qui pourrait se lire: «une pareille désignation n'empêche pas d'éventuelles références matérielles à d'autres lois».

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) ne s'estime pas prête à suivre la tentative du Président, car elle consi-

dère, comme la délégation italienne, que le texte proposé est ambigu, qu'il contient un aspect mixte, comme le soutient M. Boggiano, et qu'elle préfère, en définitive, éviter tout compromis dans l'ambiguïté. En conséquence, elle pense qu'elle ne pourra que s'abstenir ou voter contre. Adopter la proposition telle qu'amendée par le Président reviendrait, considère-t-elle, à reconnaître que le paragraphe 2 de la proposition australienne a bien pour rôle de trancher un conflit de lois.

Mr Edwards (Australia) explained that the suggestion in Working Document No 44 had been proposed merely as a compromise and that he personally preferred the earlier text in Working Documents Nos 41, 42 and 43. He felt that the important argument was to adopt a text which offered a little something to common lawyers and although civil lawyers might never use it, it did not take anything from them. He agreed that the proposal needed redrafting but expressed the hope that this would not interfere with its acceptance.

Le Président considère que les discussions ont maintenant suffisamment duré et que le temps est venu de passer au vote de cette proposition, ou au moins du principe qu'elle contient.

M. Voulgaris (Grèce) souhaite un éclaircissement sur le vote proposé: le texte étant ambigu, on ne sait sur quel principe on va maintenant se prononcer.

Le Président précise que c'est non sur un principe mais sur le texte de la délégation australienne que les délégués vont être appelés à se prononcer maintenant, quitte, au cas où il est adopté, à en améliorer la présentation en Comité de rédaction, avant un réexamen en deuxième lecture. La proposition de la délégation australienne contenue dans le Document de travail No 44 est donc mise aux voix.

Par un vote de 14 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Canada, Chine, Danemark, Etats-Unis, Hongrie, Irlande, Israël, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse), 9 voix contre (Belgique, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Japon, Luxembourg, Pologne, Portugal) et 5 abstentions (Autriche, France, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition est acceptée.

Mr Scoles (United States of America) reminded the Commission that the Report on the draft Convention stated that a partial *professio juris* invalidates the choice. He asked whether this should be corrected and suggested that it was something which needed clarification.

Mr Philip (Denmark) agreed that a problem still existed in this area.

The Reporter also agreed that it was now unclear whether the Commission intended a partial choice to be void or permitted.

Mr Scoles (United States of America) stated that a number of civil lawyers had suggested that a partial choice of law would have been possible even without the adoption of Working Document No 44 and reiterated that this point needed clarification.

Mr Struycken (Netherlands) asked whether Working Document No 36 was still to be discussed.

The Chairman said that he understood that it had been withdrawn and asked Mr Hayton to clarify the point.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that only the note at the end of this Working Document had been withdrawn, and therefore the proposal for both article 5 *bis* and article 4, paragraph 4, still stood for discussion. He explained that article 4, paragraph 4, needed to be discussed because all the common law delegations had been advising their governments that a partial choice of law would, under the present Convention, be invalid. If, as certain interventions from civil lawyers have suggested, this is incorrect then it needed to be made clear on the face of the draft. The suggestion in article 4, paragraph 4, in Working Document No 36 would he suggested reach that end.

Le Président demande à M. Hayton laquelle des deux propositions contenues dans le Document de travail No 36 emporte sa préférence.

Mr Hayton (United Kingdom) said that although the clearer solution might be the first alternative in his suggestion in article 4, paragraph 4, he stated that the United Kingdom delegation would prefer to give effect to a valid choice of law, and therefore they would submit the second proposal in article 4, paragraph 4, of Working Document No 36. He said he was striking out the first alternative and so his suggestion for article 4, paragraph 4, now excludes the words 'shall be void subject to article 5 *bis*'.

Le Président en conclut que c'est cette disposition qui fera l'objet des discussions de la prochaine séance, ainsi que celle de la délégation française sur la durée de la résidence habituelle.

Mr Struycken (Netherlands) expressed a desire to discuss Working Document No 36, article 4, paragraph 4, including the words 'shall be void subject to article 5 *bis*'.

Mr Philip (Denmark) expressed the view that as the United Kingdom proposal in Working Document No 36, article 4, paragraph 4, seemed to correspond with the already rejected paragraph *a* of Working Document No 5, it seemed unnecessary to discuss it further. He also felt that the Australian proposal in Working Document No 44 which had just been adopted covered the point under discussion.

The Reporter suggested that the delegates needed to decide whether and to what extent a partial choice would be effective under the draft Convention.

La séance est levée à 18 h.

Procès-verbal No 8

Minutes No 8

Séance du vendredi 7 octobre 1988 (matin)

Meeting of Friday 7 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 30 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président invite les délégués à accélérer le rythme de leurs travaux. Il constate, en effet, que quatre jours ont déjà passé et que la discussion sur l'article 4 n'est pas encore terminée. Il précise qu'en ce qui concerne les questions secondaires il se permettra de limiter le temps de parole. Il rappelle que l'expérience a en effet montré que la seconde lecture faisait parfois apparaître des difficultés sérieuses. En conséquence, il faut disposer à ce stade de suffisamment de temps. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter stated that he would like to address two subjects: (i) the Australian proposal contained in Working Document No 44. He summarized that this proposal meant that if the testator had chosen a dominant or general law under article 4 (paragraph 1), that he may choose another situs law, namely that of his State of nationality or of habitual residence at his death. He continued by observing that this proposal allowed the general laws to prevail; (ii) the problem of partial choice. He stated that he had discussed this in paragraph No 23 of his Report, and felt that the problem arose in two situations:

(a) for example, where the testator makes a will concerning his family assets situated in Denmark and requires that the will be governed by Danish law and makes no other will. There would therefore be partial intestacy concerning his other assets. The Reporter said that Working Document No 44 was of no help in such a situation, and that two views had been expressed on the day before as to the effect of the proposal in such a situation. Firstly, that the provision in the example concerning Danish assets would be effective and that article 3, namely that concerning objective law, would apply merely to the other assets. Secondly, that the partial choice was void and that therefore the total assets would be governed by the objective law of article 3.

He felt that the Commission must choose whether they wished to give effect to the wishes of the testator or not; (b) where the testator makes his will concerning his world assets and for example chooses French law under article 4(1). He stated that we must assume in the example that there is no residuary clause, that is no 'net' to catch the assets not provided for expressly in the will, and also nothing concerning a predeceasing beneficiary. He continued the example by saying that if there was such a lapse, for example that the beneficiary 'Aunt Jemima' should die, what would be the result? He gave two possible replies: firstly that article 3 would apply to all the assets. Secondly, that article 3 would apply to the testate assets and otherwise would not apply.

Le Président déclare que concrètement le problème le plus urgent paraît être celui de statuer sur le sort d'un choix partiel lorsqu'il n'a pas été fait de choix général. Il demande au Rapporteur ce qu'il propose pour résoudre cette question.

The Reporter stated that he had given consideration to Working Document No 44 and felt that one difficulty was that it only applied if the situs law was either that of the testator's State, of nationality or habitual residence at the time of his death. He agreed with Mr Lagarde's suggestion to removing such a limitation, however observed that this proposal had been rejected. He therefore proposed continuing the discussion on Working Document No 44 or on Mr Hayton's proposal.

Le Président se demande s'il n'y a pas une solution plus simple. Il rappelle que lors de la discussion sur le Document de travail No 43 personne n'avait élevé de critiques sur l'expression utilisée dans ce Document «*whether or not such a choice has been made*». Si les délégués acceptaient d'ajouter ces mots dans la proposition australienne, le problème qui fait l'objet de la discussion actuelle serait alors réglé.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) est du même avis. Il rappelle que M. Rognlien avait déjà fait une proposition pour supprimer dans le Document de travail No 44 l'expression «*having made such a choice*». Dans ce cas, le problème serait également réglé. Par ailleurs, il déclare ne pas comprendre les exemples figurant au paragraphe No 23 du Rapport sur ce problème. Pour lui, le *de cuius* peut choisir une loi qui s'applique à sa succession mais non pas à son testament uniquement. Il ne comprend donc pas l'exemple cité par le Rapporteur et demande à ce dernier s'il peut lui donner des explications sur ce point.

The Reporter said that Mr Pirrung's question was a valid one. He admitted that he had been working on the basis that the choice of law was only for the testate assets, but thanked Mr Pirrung for having reminded him that this choice applies also to the intestacy.

Le Président demande à M. Hayton s'il est d'accord pour régler ainsi la question.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed with Mr Pirrung in that the choice of law governs both the testacy and the intestacy unless the wording of the will merely covers the property passing under that will. He stated that in Working Document No 36, his proposal, there were two aspects to consider. Firstly, article 4, paragraph 4: he stated that the first three lines deal with the problem benevolently, in that it is most natural to expect that the choice of law is to govern the whole of the estate of the deceased unless he expressly said to the contrary that it was only for part of his estate. He therefore concluded that this first issue was easy. Secondly, the issue of partial choice, he announced that he wished to withdraw his proposal as to partial choice and make a new easier proposal following the discussions on the Australian proposal in Working Document No 44 and particularly the observations of civil law countries. He said that the new proposal in Working Document No 47 contained the following clause: 'but such choice or choices shall be without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable to the estate according to article 3 or paragraph 1 of this article'. And he hoped that this would be acceptable for civil lawyers too.

Le Président indique que le Document de travail No 36 est renvoyé au Comité de rédaction.

Le Président met alors en exergue trois questions différentes. Il se demande d'abord si, lorsqu'on choisit une loi dans un testament, cette loi ne doit pas être présumée s'appliquer à l'ensemble de la succession. En deuxième lieu, il constate que l'ensemble des délégués semble d'accord pour que le choix partiel soit possible, qu'il y ait eu un choix général ou qu'il n'y en ait pas eu et que s'applique le rattachement objectif de l'article 3. En revanche, en ce qui concerne le Document de travail No 47, il considère que la première phrase de cette proposition va plus loin que ce qui avait été auparavant décidé par la Commission. Cette proposition du Document de travail No 47 parle de façon générale de la loi *de ou des Etats*, ce qui signifie qu'on peut choisir différentes lois. Cette proposition, selon lui, conduit à revenir sur un point déjà décidé. Il déclare qu'il faudrait donc un vote formel pour rouvrir la discussion sur cette question.

The Reporter agreed with the Chairman's interpretation of the proposal in Working Document No 47, in that it goes beyond that contained in Working Document No 44 which limits the choice of law to that of the State of nationality or of habitual residence. He stated that this was a point which the Drafting Committee would comment upon and send back for a second reading.

Un large débat s'ouvre alors. Certaines délégations, contrairement à ce que pense le Président, considèrent que la proposition du Document de travail No 47 soulève une question nouvelle qui n'a pas été résolue par la Conférence. En conséquence, il ne serait pas nécessaire de procéder à un vote formel pour discuter de cette proposition. D'autres délégations au contraire partagent l'avis du Président. Pour eux, la proposition du Document de travail No 47 conduit à revenir sur un point qui a déjà été tranché par la Commission.

A l'issue de ce débat **le Président** décide de procéder à un vote formel pour rouvrir la discussion sur la proposition du Document de travail No 47. Le vote s'effectue à main levée. Le Président précise que, pour que la discussion soit rouverte, il faudra un vote en faveur de la réouverture à la majorité absolue.

Par un vote de 3 voix contre, 10 abstentions et 13 voix pour, la proposition de rouvrir les débats est rejetée. En effet, il n'y a pas de majorité absolue.

A la suite de ce vote, plusieurs délégations reprennent la parole pour convaincre la Commission de rouvrir les débats. Deux délégations acceptent alors de changer leur vote. Elles votent pour la réouverture des débats au lieu de s'abstenir. La discussion sur la question soulevée par le Document de travail No 47 est donc rouverte.

Mr Rognlien (Norway) said that he felt it was important to discuss and clarify the meaning of the proposal in Working Document No 47, whether it was a real choice of law or only a part of the will. He made two points in particular. Firstly, was the material validity of the choice – or derogation by the will – subject to the mandatory rules of the applicable law under articles 3 or 4(1)? The applicable law might not contain a provision permitting a contrary regulation in the will. Secondly, that he did not like the use of the words 'to govern' here.

The Chairman answered Mr Rognlien's queries by stating that the mandatory rules mentioned in his first observation had intended to be those of a substantial na-

ture and stated that his second observation would be passed on to the Drafting Committee.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se déclare favorable à la dernière phrase du Document de travail No 47. Elle permet en effet d'éviter la scission puisque la loi dominante est celle qui s'applique en ce qui concerne les règles impératives. Dans ce cas, Mme de Magalhães Collaço ne voit plus de problème pour un choix sans limitations en ce qui concerne la référence à une loi matérielle. Ce qui est important pour sa délégation c'est que la deuxième phrase de l'article 4, alinéa 2, de la proposition du Document de travail No 47 marque définitivement l'exclusion de la scission.

Le Président demande aux auteurs de la proposition conjointe du Document de travail No 47 de préciser quelle a été leur intention.

M. Picone (Italie) indique que le sens de la proposition est bien celui que vient de mettre en lumière Mme de Magalhães Collaço. Il déclare que l'intention des rédacteurs de cette proposition a été de chercher un compromis, de balancer différemment la perspective d'ensemble. Il considère que le texte français de cette proposition doit être en tout cas amélioré et précisé. Ainsi, au lieu de dire «une personne peut choisir la loi d'un ou des Etats pour régir une partie de sa succession», on doit mettre «une personne peut choisir la loi d'un ou de plusieurs Etats pour régir une partie de sa succession». Pour lui, en toute hypothèse, le texte anglais du Document de travail No 47 est le texte de référence.

Mr Voulgaris (Greece) stated that he felt that the proposal contained in Working Document No 47 was hazardous. He felt that both the first and second sentences of it were unclear. As to the second sentence, he stated that it was acceptable to his delegation. However, for the first sentence he felt it was not the best and asked the question why the right to designate should only be for the *lex situs* and not for other laws?

Le Président indique que cette question est remise au Comité de rédaction. Ce dernier rédigera un projet d'article conforme à l'intention des auteurs de la proposition.

Mr Rognlien (Norway) requested that when the proposal contained in Working Document No 47 should be put before the Drafting Committee, it must be made clear that this does not affect the material law of the State concerning: '*materiellrechtliche Verweisung*'.

The Reporter agreed and said that he would include this in his Report.

Mr Goldwater (Israel) asked whether it was intentional that the term used in Working Document No 44, 'immovables', had not been repeated in Working Document No 47, which goes beyond immovables?

Le Président demande si les auteurs de la proposition ont délibérément utilisé le terme «*estates*» et non celui d'«*immeuble*».

M. Picone (Italie) répond à cette question. Pour lui, du point de vue de la référence matérielle, il n'est pas important de limiter le choix aux seuls immeubles. Selon lui, si l'on a compris la logique du renvoi matériel, cette limitation n'est pas nécessaire. Le point essentiel est de sauvegarder les règles impératives de la loi dominante. Après cette sauvegarde, on peut désigner une ou plu-

sieurs *lex situs* pour les biens, dans la mesure où cette désignation constitue une référence matérielle.

Mr Philip (Denmark) stated that he wished to make two points: firstly that he felt the same as Mr Picone, namely that it was easy to make this law of general application by removing the words 'situated in such State'. Secondly, he wished to clarify whether, if this provision in Working Document No 47 was adopted, the proposal in Working Document No 44 would be withdrawn as it was redundant?

The Chairman stated that this was indeed the case.

Mr Edwards (Australia) stated that he had been led to believe that, should Working Document No 47 create any problems in the Drafting Committee, Working Document No 44 was still available to be used.

Mr Boggiano (Argentina) stated that in his mind it was clear that if a vote should be taken on Working Document No 47, the proposal in Working Document No 44 was definitely considered as 'out', even of the Drafting Committee.

Le Président invite les délégués à voter sur le fond de la proposition contenue au Document de travail No 47.

Par un vote de 20 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume Uni, Suisse, Venezuela), 4 contre (Belgique, Grèce, Japon, Pologne) et 4 abstentions (Finlande, Norvège, Suède, Tchécoslovaquie), la proposition contenue dans le Document de travail No 47 est adoptée.

Le Président invite donc le Comité de rédaction à rédiger un article en ce sens.

The Reporter wished to congratulate the Commission on having obtained such a clear majority in one direction.

Le Président aborde maintenant une nouvelle question, celle de savoir s'il ne faut pas renforcer la référence à la résidence habituelle ou à la nationalité dans le cadre de la *professio juris*. Il signale que plusieurs propositions en ce sens ont été déposées, notamment celle de la délégation italienne au Document de travail No 28 et celle de la délégation française au Document de travail No 39. La délégation italienne propose que le choix ne soit valable que si la résidence habituelle ou la nationalité ont existé pendant dix ans au moins avant la mort. Pour la délégation française, seule la référence à la résidence habituelle serait renforcée. La résidence habituelle devrait avoir duré cinq ans. Le Président demande à M. Picone s'il accepte de se rallier à la proposition française.

M. Picone (Italie) fait valoir que les deux propositions sont différentes, mais accepte pour le moment de se rallier à la proposition française.

M. Lagarde (France) indique que la délégation française aurait été plus satisfaite si la Commission avait retenu la solution de l'avant-projet. Mais puisqu'il s'est dégagé une forte majorité pour adopter une solution alternative, M. Lagarde voudrait renforcer la référence faite à la résidence habituelle. Le souci de sa délégation est d'éviter qu'un testateur puisse choisir la loi d'un Etat où il n'effectue, en fait, qu'un déplacement passager.

Mr Gregory (Canada) stated that he felt that the French proposal cut the heart out of article 4 and that he was opposed to it. He said that the French proposal was acceptable in the case of a testator who made his choice of law and then died. However, he gave the example of someone who had been resident in a country for less than five years but nevertheless felt settled there, such as a person from Italy who has emigrated to Canada and been there for two years with an intention to stay there. He felt that with this proposal, the lawyer approached by such a client could not say that the client's choice of law would be valid until he died or at least for another three years. He felt that it was not necessary to consider the period of five years in the same way as that in article 3, where the person is considered as habitually resident if he has been in the country for five years except if he has a closer connection with another country. In article 4, he felt that it was not necessary to go as far as the exception, but that the person was perfectly capable of making their choice at any time. In his opinion, a testator who wants to be able to make his choice there and then cannot predict the future, for example he could go to Canada and then decide to retire to Florida. He concluded by saying that if this proposal is included in the Convention it would make it impossible to advise a client with certainty.

The Chairman wished to ask Mr Lagarde whether the person must have been resident, for example, in Canada for five years before he would even be allowed to make the will?

M. Lagarde (France) précise que seule la référence à la résidence habituelle est concernée par ce délai de cinq ans.

The Chairman noted that the period of five years only applies to habitual residence, and that therefore a person if he should choose to do so, could obtain nationality at an earlier date.

M. Struycken (Pays-Bas) soulève une question de procédure. Il pense que la proposition française du Document de travail No 39 conduit à remettre en cause une décision qui avait été précédemment prise sur cette question.

Le Président répond qu'aucune décision n'avait été prise par la Commission sur ce point. Seul le problème des références possibles avait été discuté et résolu.

Mr Philip (Denmark) expressed the view that he felt this proposal would only complicate matters unnecessarily and that at first he had not understood the full implications of it. Firstly, he gave the example of a person who made their designation of chosen law before the said period of five years had been completed. In order that such a declaration be valid, it would be necessary for the person to die in that same country. Secondly, he said the question of *professio juris* had only been introduced to bridge the gap between nationality and habitual residence during the five year period, and further stated that those delegates used to the habitual residence test have now accepted the new rule, namely to wait five years. He felt that in return for this they had been allowed the *professio juris* point. However, he was of the opinion that this was now being taken away from those delegates again and he would therefore feel obliged to vote against the proposal.

Le Président demande à la délégation française de réfléchir à la question suivante: si une personne fait une

professio juris avant le délai de cinq ans, cette *professio juris* peut-elle être validée si la résidence habituelle dure par la suite plus de cinq ans?

Mr Savolainen (Finland) announced that he too was against this proposal, for the reasons given by Mr Gregory and by Mr Philip as to the implications of it. He gave the example of a testator who may designate his chosen law in the country where he has been habitually resident for four years. He may stay there for a period in total of 25 years and then move to another country for two years where he dies. If this proposal were accepted, he said, the designation would be invalid because it was made before the five year period and the testator died elsewhere. He felt that this rule was much too complex.

M. Struycken (Pays-Bas) déclare comprendre parfaitement ce qui préoccupe la délégation française. Il faut éviter les abus et donc ne pas permettre à une personne de faire une *professio juris* par le biais d'une référence qui, en fait, n'est qu'éphémère. Mais il considère qu'il s'agit surtout d'un problème théorique. A son sens, les probabilités sont là pour démontrer que ce cas sera très rare. Par ailleurs, M. Struycken considère qu'il faut éviter que la résidence habituelle se dégrade en une résidence simple. Cela nécessiterait de parler de la résidence manifestement habituelle. En effet, lorsqu'on parle de résidence habituelle, on caractérise cette résidence. Dans cette mesure, les risques d'abus qui préoccupent la délégation française sont moins à craindre. Il conclut en déclarant que la proposition française ne lui paraît pas opportune.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) considère au contraire que le mérite de la proposition française est de tenir compte des idées qui ont guidé la Commission spéciale lors de la rédaction de l'avant-projet. Mais selon lui, on pourrait réduire la durée de la résidence exigée à seulement deux ans au lieu de cinq. A ce moment-là, la résidence serait déjà assez caractérisée.

Mr Duchek (Austria) felt that the disadvantages of this proposal were far greater than the advantages. He said that the only advantage was that the connecting factor would be closer due to the insistence on a five year period. However, he felt there were important practical considerations against the proposal: firstly, that it was unclear for the testator at the moment he should make his choice whether it would be invalidated at a later date or not. Secondly, he felt that it would be difficult to trace back in time over a period of, say, 15 or 20 years between designation and death, how long a person had lived in certain countries. He therefore concluded by saying that he would reject the proposal.

M. Lagarde (France) accepte de retirer sa proposition. Il se réserve la possibilité de la présenter sous une autre forme, en seconde lecture.

Le Président constate le retrait opéré par la délégation française et lui donne acte de son intention. Le Président ouvre la discussion sur les propositions italienne et britannique (Doc. trav. Nos 28 et 29). Il demande aux délégués souhaitant prendre la parole d'être brefs afin que les travaux de la Commission puissent se dérouler selon le calendrier prévu par le Bureau Permanent.

A cet effet, il propose que le nombre des interventions à venir soit limité à six; trois orateurs pourraient appuyer les deux propositions discutées, les trois autres leur apportant la contradiction.

Il engage enfin la discussion sur le Document de travail No 28 corrigé, exprimant la proposition italienne de préciser le régime juridique de la validité de la *professio juris*, souci également partagé par la délégation britannique à travers le Document de travail No 29.

M. Picone (Italie) indique, en soutien de la proposition soumise par sa délégation, la nécessité qu'il y a de prévoir une règle de conflit de lois à propos non seulement de la validité formelle de la *professio juris*, laquelle doit naturellement relever de la loi régissant la forme des dispositions testamentaires, mais aussi principalement des problèmes de fond posés par les «vices éventuels de la volonté», lesquels doivent être régis par la loi choisie par le disposant. Il souligne en tout cas qu'il a évité sciemment d'évoquer en général la validité au fond de la *professio*, car la possibilité d'effectuer une *professio* est réglée directement par la Convention.

Mr Hayton (United Kingdom) explained the difference between the two proposals. He used as an example the situation where a testator chooses Ruritanian law to govern succession to his estate. Ruritanian law does not however permit a choice of law. There are two possible ways of dealing with this situation. The first is to regard the provisions of Ruritanian law on this point as irrelevant. Under the Convention it is possible to choose the applicable law and this is sufficient for a choice to be effective. The second possibility is that in choosing Ruritanian law the testator accepts both the benefits and the burdens of that law. If Ruritanian law does not permit a choice of law, its provisions in this connection must be accepted. Thus the law applicable to the testator's disposition of his estate must be the objectively applicable law. Mr Hayton would not insist on either of these solutions but felt that it was important that the chosen solution should be made clear. The United Kingdom proposal had adopted the second of these solutions because it seemed to correspond to the meaning of the Report on the preliminary draft Convention and also to be in conformity with Article 10 of the Hague Convention on International Sales Contracts.

M. Lagarde (France), intervenant à la demande du Président en raison de ses anciennes fonctions de Président de la Commission I, assurées lors de l'élaboration de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, appuie la proposition de la délégation italienne et rassure M. Hayton sur les conséquences de l'invalidité de la désignation effectuée par le disposant.

Il indique ainsi que si la volonté des parties aboutissait à invalider leur choix, il faudrait évidemment se tourner vers la règle de conflit posée à l'article 3.

Enfin, il rappelle que l'absence de *professio juris* dans l'ordre juridique désigné par le disposant est indifférente. Cette question est réglée par le simple fait pour les Etats d'accepter la Convention. Cet événement suffit à lui seul à permettre que l'institution pénètre leur ordre juridique.

Ainsi, peu importe que la loi désignée pour en régir la forme ou le fond ne connaisse pas la *professio juris*.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) rappelle que l'article 10, paragraphe 1, de la Convention sur la vente résulte d'un consensus fondamental entre les différents Etats contractants de sorte qu'il y aurait lieu de s'inspirer fortement de la rédaction retenue à l'époque.

The Chairman confirmed that the Drafting Committee would bear this problem in mind. He asked Mr Hayton whether he would be happy to follow the precedent of

Article 10 of the Sales Convention whereby the question of *vices de consentement* was referred to the applicable law, but the question whether a choice was in principle allowed was regulated by the Convention itself.

Mr Hayton (United Kingdom) confirmed that he was happy with this solution provided that the rule was made clear.

Mr Rognlien (Norway) considered that it would be preferable for the Convention to pass over this problem leaving it to be governed by the law applicable in cases of intestate succession. The relevant considerations were different from those taken into account in connection with the Sales Convention. Under that Convention it was important to give proper weight to practical business interests, with the result that such matters could be validly regulated by the chosen law. There were there two parties involved, both of whom had legitimate interests to protect. With respect to succession, however, the interests of the other party were not of a great legal weight. It was therefore preferable not to regulate this matter. The question of the form of dispositions was excluded from the Convention by article 1(2)(a), and it would be preferable also to exclude questions of the validity of the testator's intentions.

Mr Scoles (United States of America) expressed some uncertainty over the co-ordination of the present proposal with article 4, paragraph 2. It was his understanding that the clear expression of the choice of law also required a consideration of the reality of the testator's consent to that choice, and that this issue must be considered in the light of the applicable law.

The Chairman agreed that questions of forms were governed by the Hague Convention on Wills, which had been ratified by a number of countries. That Convention indicated a series of laws which might be relied on to test the validity of the form of will chosen. In all, one of seven laws might be relevant. Here however there was a problem of substance rather than form. The question was which law should determine whether the testator's choice of law was invalidated because of error, duress or other considerations.

Mr Scoles (United States of America) also queried the way in which the proposed article 4, paragraph 4, would co-ordinate with article 5, paragraph 2(e).

The Chairman pointed out that article 5, paragraph 2(e), was concerned with the substantive validity of the testator's dispositions. If the testator did something forbidden by the applicable law (for example if he left all his money to a drug dealer thus making a disposition which was immoral and thereby invalid), that would fall within article 5, paragraph 2(e). It was, however, clear that this disposition was in accordance with the testator's wishes. There was therefore no question of *vices de consentement*.

M. Voulgaris (Grèce) souhaiterait que la règle matérielle accordant au disposant la faculté de recourir à la *professio juris* posée par l'article 4 de l'avant-projet puisse ressortir plus clairement.

Le Président déclare la discussion close en constatant que la délégation britannique se rallie à la proposition italienne.

Cette proposition est donc mise au vote par appel nominal.

Par un vote de 26 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), 1 voix contre (Norvège) et 1 abstention (Canada), la proposition italienne contenue dans le Document de travail No 28 corrigé est adoptée.

Le Président engage ensuite la discussion sur les autres amendements contenus dans le Document de travail No 28.

Il demande notamment à la délégation italienne de donner toutes explications utiles, dans un premier temps, sur les fondements de l'amendement tendant à préciser à l'article 4.3 que «les cas de révocation *ex lege* seront réglés par la loi choisie».

M. Picone (Italie) indique que la proposition de sa délégation a essentiellement pour objet d'ouvrir le débat sur le problème du rattachement législatif des cas de révocation *ex lege*, estimant que c'est à la loi choisie de régler cette importante question.

Le Président demande ensuite aux délégués s'ils ont des observations à formuler et rappelle que les cas de révocation *ex lege* n'ont pas été exclus par la Commission spéciale puisque, lors des travaux préparatoires, la préférence semble avoir été laissée à la loi du for pour décider de leur sort (Rapport Waters, paragraphe No 33).

Le Président demande si la délégation italienne est soutenue.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) souhaiterait disposer de précisions de droit matériel comparé concernant l'existence et les modalités des révocations *ex lege* de la *professio juris*.

M. Lagarde (France) s'interroge sur la portée de la révocation d'un testament contenant une *professio juris*.

M. Picone (Italie) entend préciser qu'il n'a jamais été question dans son esprit de lier les cas de révocation *ex lege* des dispositions testamentaires à celles de la *professio juris*.

Le Président, pour répondre à la préoccupation manifestée par la délégation portugaise, précise que le droit suisse ne connaît pas de cas de révocation *ex lege* pouvant affecter la *professio juris*.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime dans ces conditions qu'il vaut mieux éviter de concevoir une règle de conflit de lois alors même que le droit matériel paraît inexistant.

Le Président redoute pourtant les conséquences d'un tel silence si des problèmes surgissaient par la suite. Il estime donc que cette question pourrait être revue en seconde lecture.

Mr Rognlien (Norway) was uncertain about the meaning of the second sentence of the proposed article 4, paragraph 4. He requested an explanation of it in English and suggested that there should be a separate vote on the first and the second sentences.

The Chairman explained that the second sentence meant that revocation *ex lege* was governed by the chosen law.

Mr Rognlien (Norway) was unfamiliar with the expression 'revocation *ex lege*'.

Mr Savolainen (Finland) expressed his opposition to the addition of this part of the proposal.

M. Picone (Italie) exprime alors l'intention de sa délégation de retirer sa proposition.

Le Président engage la discussion sur l'article 5 de l'avant-projet et invite les délégations à débattre des Documents de travail Nos 6 (Etats-Unis), 24 (Pays-Bas), 30 (Canada) et 45 (Chine).

Mr Scoles (United States of America) explained that it was the purpose of the proposal contained in Working Document No 6 to co-ordinate article 5, paragraph 1, with article 4, since article 4 permitted a partial choice of law. He suggested that delegates might either accept the proposed draft, or might leave the first paragraph of article 5 as it was and include at the end the wording 'except as limited by a contrary derogation under article 4'. He was happy that the sense of the meeting should be taken, and that the matter be left to the Drafting Committee.

Le Président estime que les problèmes soulevés par la délégation américaine pourraient faire l'objet d'une attention particulière du Comité de rédaction sans qu'il soit procédé au vote sur cette proposition.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) marque l'accord de sa délégation pour qu'un renvoi ait lieu dans les conditions exposées par le Président.

Le Président constate l'accord de la Commission pour que la proposition américaine soit examinée avec attention par le Comité de rédaction.

Le Président engage alors la discussion sur la proposition néerlandaise qui consiste à inclure l'adverbe «notamment» à la fin de la première ligne de l'article 5.2 afin d'exprimer l'idée selon laquelle la liste des matières entrant dans le champ d'application de la loi successorale ne soit pas limitative.

Le Président se demande si une telle proposition ne devrait pas être renvoyée directement au Comité de rédaction.

Mr Struycken (Netherlands) explained the Netherlands proposal had been submitted because it was felt that paragraph 3 of article 5 was confusing. The amendment was intended to achieve the same result in a clearer manner.

The Chairman said that paragraph 3 would be discussed later and that the Netherlands proposal would be taken into consideration by the Drafting Committee.

Mr Philip (Denmark) said that this was not a drafting point. Either the applicable law governed only the materials referred to in article 5, paragraph 2, or it governed those matters but might also govern other matters. The Special Commission had started from the standpoint that only the matters contained in paragraph 2 of article 5 should be governed by the applicable law. It was therefore preferable that the Netherlands proposal should be discussed in conjunction with a full discussion of article 5, paragraph 3.

The Chairman agreed that this would be a sensible course of action.

Mr Philip (Denmark) queried whether the reference in (b) of the Netherlands proposal referred to the opening sentence of paragraph 2 of article 5 rather than the opening sentence of article 5. His understanding of the meaning of (b) of the Netherlands proposal was confirmed by Mr Struycken and the Chairman.

Le Président ouvre la discussion sur le Document de travail No 30, exprimant les préoccupations de la délégation canadienne à propos du sort des avances et des paiements réalisés au bénéfice des successibles.

Mr Talpis (Canada) prefaced his comments on the proposal contained in Working Document No 30 by saying that he wished to withdraw the second point referred to therein which could be discussed after delegates had discussed article 11 of the Convention. He then turned to an explanation of the first part of the proposed article 5, paragraph 2(f). The existing article 5, paragraph 2(a) referred to 'provision out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased'. According to the Report on the preliminary draft Convention the provisions in question are those prior to the death of the deceased. Provision made after the death of the deceased was not intended to be included in article 5, paragraph 2(a) (see Waters Report, paragraph No 36). However, emergency provisions might be made by a court during the administration of the estate, for example to provide for the maintenance of minors. The applicable law should cover questions of accounting for these payments. This problem could be dealt with in the Report by clarifying which payments were included in article 5, paragraph 2(a), or the Canadian proposal could be adopted, or there could be an addition to article 5, paragraph 2(c), to make it clear that an accounting for payments made after death is governed by the applicable law.

Le Président estime qu'il s'agit là de questions très complexes pour lesquelles des éclaircissements particuliers sont nécessaires, notamment en ce qui concerne les observations écrites faites par le Gouvernement du Danemark (Doc. pré-l. No 13 du 30 juin 1988).

Mr Philip (Denmark) had an objection to the Canadian proposal. The problem experienced by the Danish Government was different. Two types of alimony might be relevant at the time of administration of the estate of the deceased. The first was the type mentioned by Mr Talpis, where emergency payments were made. The second situation was where maintenance claims pre-existed the death of the deceased. The deceased had not made payments which he was due to have paid. These therefore constituted normal creditor claims. On the other hand there might be claims which had been adjudicated prior to the death of the deceased but were to continue after his death. These must therefore be capitalized and made as claims against the estate. They also constituted normal creditor claims, which were payable before anything could be paid to the heirs. This was the background to the comment of the Danish Government. All that was necessary to clarify this point was an amendment to the Report. No change in the Convention was necessary.

The Reporter agreed that the best way of handling this problem was by an amendment to the Report.

Mr Talpis (Canada) was happy to accept this solution.

Le Président passe alors à l'examen du Document de travail No 45 reprenant le vœu du Gouvernement chi-

nois d'inclure *in fine* de l'article 5.2 un paragraphe *f* libellé «l'interprétation des dispositions testamentaires». Il demande alors à la délégation chinoise de faire valoir son point de vue.

Mme Zhang Honghong (Chine) rappelle que la Commission spéciale n'a pas véritablement connu du problème soulevé par sa délégation, comme l'a d'ailleurs confirmé le Rapporteur (paragraphe No 34, *in fine*), estimant que cette question serait évoquée lors de la présente session.

Aussi, elle exprime le vœu de sa délégation d'ouvrir les débats sur cette question de première importance.

The Reporter found the Chinese proposal a surprising one, which was certain to lead to problems.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that this was an important issue. It was true that the easiest solution would be to exclude the question of interpretation from the Convention. There were great differences of approach between common lawyers and civil lawyers. Civil lawyers considered the question of interpretation in the light of circumstances at the date of death, because they were concerned with the factual circumstances at death. Common lawyers however considered that the legal meaning of language was very different from the application of that language to the actual circumstances at death. The question of interpretation under English law was subject to many special rules. Thus, if a testator made a will in 1960, the court would apply the technical meaning of those words at that time even if the testator had later changed his nationality or habitual residence. The United Kingdom had made a proposal in respect of this question of interpretation and Mr Hayton felt it would be preferable if delegates postponed discussion of the question of interpretation until they had had a chance to consider this proposal.

The Chairman agreed with this suggestion.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) voudrait revenir sur les problèmes de fond soulevés par la proposition canadienne (Doc. trav. No 30) et les observations écrites danoises (Doc. pré-l. No 13 du 20 juin 1988). Il estime que la position danoise qui consiste à indiquer que les dettes alimentaires ne peuvent jamais relever de la loi successorale doit être débattue.

M. Struycken (Pays-Bas) annonce que sa délégation doit émettre incessamment par écrit un projet d'article, spécialement consacré au problème des *commorientes*. Il ajoute que les droits réels doivent demeurer étrangers à la loi successorale.

Il insiste enfin sur le fait que certaines situations doivent être exclues du champ d'application de la loi successorale.

Il pense notamment au rapport juridique résultant d'un accident du travail en ce qui concerne l'action des héritiers à l'encontre de l'employeur. Par souci de clarté, il aimerait que le Rapport souligne que la loi successorale ne porte pas atteinte au système des droits réels du *situs* des biens.

Le Président lui donne acte de son intervention concernant le problème des *commorientes* et l'assure que les deux autres problèmes soulevés seront évoqués dans le Rapport.

Mr Rognlien (Norway) made a strong appeal to the Drafting Committee to simplify the wording of article 5, paragraph 2(a).

Mr Hara (Japan) wished to pose two questions concerning the content of the matters to be governed by the applicable law. Firstly it was not clear to him whether the option of heirs as to succession (for example, their ability to make a qualified acceptance or to renounce their inheritance) was included in article 5, paragraph 2. Secondly, he wondered whether the question of which assets formed part of the estate of the deceased was also a matter for the applicable law. An example might be the differing views of different laws on the inheritability of the right to damages. In the 1968 Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents and the 1972 Convention on the Law Applicable to Products Liability the question of inheritability of the right to damages had been referred to the applicable law. Mr Hara wondered whether the same was true of the present Convention.

Le Secrétaire général précise que l'étude de droit comparé menée par le Bureau Permanent (Doc. préI. No 8) a mis en lumière une profonde divergence d'approche entre les pays de droit civil et les pays de *common law* lorsqu'il s'agit de déterminer les matières successorales. Il rappelle que les pays de droit civil font entrer dans le concept successoral, la transmission, l'administration (dans la mesure où celle-ci n'est pas régie par la loi de procédure du for) et la dévolution, alors que les pays de *common law* n'y voient que la dévolution, la transmission et l'administration étant régies par la *lex fori*. C'est pour ces raisons que la Commission spéciale a évité de prendre une position sur les questions d'option successorale et de transmission des actions personnelles que la délégation japonaise vient d'évoquer.

Le Président constate alors que la délégation japonaise est satisfaite des explications fournies par le Secrétaire général.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) entend reprendre les observations écrites de son Gouvernement (Doc. préI. No 13 du 3 octobre 1988) à propos de la renonciation à la succession qui pose des questions différentes de celles touchant à l'acceptation.

Elle souhaite ainsi qu'une position tranchée soit adoptée concernant le problème de la renonciation plutôt que de voir cette question reléguée dans ce que le Secrétaire général a appelé la «zone grise» (par. 2 de l'article 5 de l'avant-projet).

D'ailleurs, elle indique que le Rapporteur lui-même (paragraphe No 37) avait souligné l'ambiguïté qui existe concernant les notions d'exhérédation traitée à l'article 5, paragraphe 1 b.

En effet, le Rapport mentionne que selon la terminologie anglaise, la «*disinheritance*» (exhérédation) couvre aussi bien la renonciation forcée que la renonciation volontaire.

Dès lors, ou bien on inclut un point *f* au paragraphe 2 concernant la renonciation volontaire, ou bien le Rapport doit recevoir des précisions pour indiquer que l'«exhérédation» ou la «*disinheritance*» ne saurait concerner la renonciation volontaire, aussi bien dans la version anglaise que dans la version française.

Le Président se déclare très intéressé par les explications fournies par la délégation portugaise et souhaite qu'un document écrit puisse être diffusé sur ce point. Il demande ensuite au Rapporteur de bien vouloir répondre aux objections présentées par Mme de Magalhães Collaço.

The Reporter requested a note setting out the view of Mrs de Magalhães Collaço. He would then include her comments in the Report.

M. Pipers (Belgique) se demande si les préoccupations exprimées par la délégation portugaise ne pourraient pas être satisfaites par la rédaction d'un article 11 *bis* proposé par sa délégation à travers le Document de travail No 35 (Mesures de sauvegarde des personnes dans l'impossibilité de prendre position vis-à-vis de la succession).

Le Président répond au Délégué belge que la proposition qu'il évoque sera discutée ultérieurement car il faut, à tout le moins, que la délégation portugaise présente un document sur la renonciation.

Mr Roberts (Australia) queried whether it was appropriate to consider the Australian proposal contained in Working Document No 37 at the present stage, or whether a discussion of this proposal should be postponed until later, since the proposal had been drafted as fourth paragraph to article 5.

La séance est levée à 12 h. 35.

Procès-verbal No 9

Minutes No 9

Séance du vendredi 7 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Friday 7 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 05 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la séance en invitant les délégués à discuter du problème de l'interprétation des testaments. Il rappelle que la délégation chinoise a proposé dans le Document de travail No 45 d'ajouter cette question à l'article 5. La délégation chinoise a donné ses explications sur sa proposition ce matin.

Le Président indique également que par une proposition conjointe, l'Argentine, l'Italie et le Portugal dans le Document de travail No 52 suggèrent de même d'insérer dans le champ d'application de la Convention le problème de l'interprétation des testaments. Cette proposition conjointe se distingue de la proposition chinoise, car si elle soumet cette question à la loi successorale, elle ajoute *in fine* «à moins que le testateur ne se soit référé à une autre loi».

A l'inverse, deux délégations ont séparément proposé d'exclure cette question du domaine de la Convention. Ce sont les délégations du Royaume-Uni (Doc. trav.

No 50) et de la Finlande (Doc. trav. No 51). Le Président donne alors la parole à M. Savolainen pour qu'il explique la proposition présentée par la délégation finlandaise.

Mr Savolainen (Finland) explained that the Finnish proposal consisted of two parts: firstly, that the interpretation of wills should lie outside the scope of the Convention. Secondly, that the revocation of wills by the operation of law (*ex lege*) should also be outside the scope of the Convention. He proposed that only the first part of these proposals, contained in Working Document No 51, should be discussed at present.

Le Président souligne, comme l'a demandé M. Savolainen, que dans la proposition de la Finlande on ne discute pour l'instant que de la question de l'interprétation des testaments. Le problème de la révocation *ex lege* est laissé de côté. Il sera repris par la suite.

Mr Hayton (United Kingdom) stated that the reason for the United Kingdom's proposal contained in Working Document No 50, was the present state of confusion concerning the meaning of the words 'interpretation' and 'construction'. He explained that common lawyers are concerned with the date of the will, whereas civil lawyers are concerned with the date of death. He explained, that the date of the will is used for the legal meaning of that will, and that this is known as 'construction'. However, he said that the date of death is used for the application of that legal meaning of the language in the will to the existing facts. This process can be referred to as 'interpretation', though many lawyers use the words 'interpretation' and 'construction' as interchangeable. This is dangerous since two different processes are involved. He felt that there was a danger of frustration of the testator's intentions by the different meanings given to the words 'interpretation' and 'construction' in common law and civil law countries. He stated that the *easiest* solution was that proposed by the Finnish delegation, namely that interpretation and construction be excluded from the Convention. However, he suggested that an alternative was a positive text which made the distinction between this legal meaning of language namely the date of will and the application to the facts, naming the date of death. He had suggested such a clause in his article Z at the bottom of Working Document No 50. He quoted the examples in the middle of his document, namely where T leaves his property to A 'and his children', and how such a phrase could have various meanings. He concluded by saying that the testator's intention was that as at the date of his will and this would not change simply by his moving from one country to another.

Le Président donne la parole au Délégué de la Finlande pour qu'il explique sa proposition. Il constate en effet que la délégation finlandaise propose d'exclure toutes les questions touchant l'interprétation des testaments hors du champ d'application de la Convention, alors que la proposition de M. Hayton est plus subtile, puisqu'elle vise à écarter seulement certaines des questions relatives à l'interprétation des testaments.

Mr Savolainen (Finland) stated that following the previous lengthy discussion, he would make his remarks brief. He explained that in the Finnish legal system as in many others 'interpretation' was a question of fact in order to determine the will of the testator and it was therefore difficult for such countries to adopt another view. He stated that it was difficult for Finnish judges to accept any other definition of interpretation to be

bound by formal rules as to the interpretation of a will though it is proved that the testator did not intend that result.

Mr Boggiano (Argentina) announced that Working Document No 52 constituted a compromise between common law and civil law attitudes. This amounted to the submission of interpretation to the law objectively determined by the Convention except if the testator stated otherwise.

Le Président demande aux délégués de dire au début de leur intervention s'ils sont pour ou contre l'inclusion dans la Convention de la question de l'interprétation des testaments. S'ils veulent l'inclure, il faudra également qu'ils précisent s'ils veulent le faire de façon simple comme cela est fait dans le Document de travail No 45, ou si, au contraire, ils veulent le faire comme cela est prévu dans la proposition conjointe du Document de travail No 52, c'est-à-dire en respectant la volonté du testateur. Une troisième formule est celle prévue à l'article Z du Document de travail No 50.

M. Lagarde (France) précise qu'il y a encore une autre solution qui consiste à ne pas parler du tout de cette question dans la Convention. Il précise que c'était la solution retenue dans l'avant-projet.

The Reporter wished to ask if any member of a civil law jurisdiction would refer to article Z in Working Document No 50 and state whether it was possible for a civil law country to adopt this approach.

M. Pipers (Belgique) dit qu'après avoir écouté M. Hayton, il est maintenant convaincu qu'il faut soutenir la proposition chinoise. Il constate que le testateur aura toujours tendance à utiliser les expressions juridiques qu'il connaît déjà. Si une personne demande à un Conseil de l'aider pour la rédaction de son testament, cette personne sera éclairée sur les mots qu'elle va utiliser. Si elle fait un choix de loi, c'est parce que cette loi correspond à son ambiance culturelle. Il considère que l'interprétation de la *common law* par un juriste de droit civil est fort compliquée. Il ajoute que cette interprétation n'est pas impossible pour le praticien si ce dernier fait des recherches. Si on lui demande en plus de faire cette interprétation en fonction de la jurisprudence d'un Etat tiers, alors la tâche sera presque insurmontable pour le praticien. Pour lui on ne peut demander à un juriste belge d'interpréter selon la loi hongroise un testament qui contient des références à des concepts de *common law*. Il pense donc que la solution proposée par le Royaume-Uni est beaucoup trop compliquée. Il estime également trop complexe la proposition intermédiaire qui permet au testateur de désigner la loi qui doit être utilisée pour interpréter son testament, laquelle peut être différente de la loi choisie pour régler sa succession. Pour lui le système retenu aux articles 3 et 4 de la Convention est déjà assez compliqué. Il ne lui paraît pas raisonnable de compliquer davantage les choses. Le système serait peut être alors élégant en théorie, mais inapplicable en pratique. C'est pourquoi il conclut en soutenant la proposition chinoise.

Le Président mentionne que M. van Loon lui rappelle très opportunément que le paragraphe 2 contient ce que l'on peut appeler le noyau dur de la loi successorale. Il faudrait donc une majorité assez forte pour introduire à ce stade des débats le problème de l'interprétation des testaments.

Mr Scoles (United States of America) announced that he would prefer no mention of interpretation or con-

struction in the Convention: however he would prefer an express exclusion to an express inclusion of these matters in the Convention. He felt that interpretation was a factual point at the time of execution of the will and depended to a great extent on the amount of acceptable evidence, namely a matter of procedure from which the Commission should steer clear. He agreed with Mr Pipers that the reference to the law should be that with which the testator was familiar, and that it was impossible to add evidence after the will as to what went into the will at the time of execution. He concluded by saying that he was therefore against this proposal.

Mr Mádl (Hungary) stated that with respect to Mr Scoles and Mr Savolainen he could not see why a civil law country should not accept the inclusion, as the arguments were convincing. He felt that the scope of application of the Convention was already omitted by article 1, and therefore to cover a broader scope he would indeed vote for the Working Document No 50 proposal. However, he suggested that it might simplify matters for civil law delegations, if the words 'in the absence of a contrary indication by the testator ...' were included at the beginning of the proposed article Z.

M. Lagarde (France) voudrait plaider pour la solution consistant à ne rien dire du tout dans la Convention comme le prévoyait l'avant-projet. Il déclare ne rien avoir contre la solution proposée par M. Hayton. Mais il estime que l'on peut aussi citer des exemples différents de celui dont a parlé M. Hayton. Un ressortissant d'un pays musulman, qui vit en France, fait un testament au profit de A et de ses enfants. Dans son esprit, la loi française s'applique à sa succession. Faut-il dire que sa succession ira à tous ses enfants, ce terme étant compris au sens de la loi française, donc en prenant en compte les enfants naturels, ou faut-il considérer que le testateur n'a visé que ses enfants selon les règles du droit musulman, c'est-à-dire uniquement les enfants légitimes, puisque le droit musulman ne reconnaît pas la filiation paternelle naturelle, pas plus d'ailleurs que la filiation adoptive? Pour M. Lagarde, dans ce cas, il appartient au juge d'interpréter le testament en recherchant l'intention du testateur. Selon lui, il y a également un deuxième argument qui milite en faveur du silence sur ce point de la Convention. La question de l'interprétation du testament et de ses bénéficiaires est un problème très proche de celui des questions préalables. Or, rien jusqu'alors n'a été dit sur ces questions préalables. Ce sont des questions très complexes et il faudrait plusieurs jours pour les traiter! En conclusion pour M. Lagarde, il est préférable de laisser cette question à la sagesse du juge.

M. Picone (Italie) se déclare bien sûr convaincu que sa proposition contenue dans le Document de travail No 52 a des mérites. Certes, il reconnaît que la formulation un peu large de sa proposition peut causer quelques difficultés. Il considère que l'on pourrait donc la rédiger autrement en ajoutant: «à moins que le testateur ne se soit référé à une autre loi en vigueur au moment de la rédaction du testament». Cela lui paraît un bon compromis.

Pour lui, en toute hypothèse, il faut régler dans la Convention le problème de l'interprétation des testaments. Il rappelle qu'il y a actuellement des divergences sur ce point dans les différentes législations. C'est pourtant par référence à un seul système de droit que l'on doit tirer les règles de l'interprétation. Il y a des règles de présomption, il y a des règles juridiques et il faut arriver à une uniformisation.

Il considère par ailleurs que la règle positive de l'article

Z, proposée par la délégation anglaise dans le Document de travail No 50, est beaucoup trop compliquée. Pour cette raison, elle ne le convainc pas. De plus, il lui semble qu'il y a une certaine confusion entre le problème de l'interprétation juridique ou légale et celui de l'application de fait. Enfin, pour répondre à l'objection de M. Lagarde selon laquelle on serait très près des questions préalables si l'on insérait dans la Convention la question de l'interprétation des testaments, il déclare que ces deux questions, en réalité, sont différentes. L'interprétation consiste à savoir ce que signifie l'expression, par exemple, de «fils» ou d'«épouse», lorsqu'elle a été utilisée par le testateur. En revanche, le problème de la question préalable est de savoir si telle personne est bien le fils ou l'épouse selon la loi applicable à cette question. Il conclut en disant que la proposition conjointe que sa délégation a présentée avec l'Argentine et le Portugal a le mérite de chercher à réaliser un compromis avec les pays de *common law*, en ajoutant que le testateur peut se référer lui-même à une loi.

Mr Philip (Denmark) announced that he was of the same opinion as Mr Scoles and Mr Lagarde, namely that the present draft of the text of article 5 should be maintained rather than inserting any new article. He felt this was correct, for the same reasons as those given by Mr Scoles and Mr Lagarde, and also added that interpretation should not be made in accordance with any particular law, but on the contrary was a way of finding out what the testator meant, and in principle there should be no strict rules. He stated that the judge should be free to establish the intention of the testator and felt that it was therefore impossible to fix any strict regulations other than rules of evidence with which the Convention was not concerned. He mentioned Mr Hayton's example, and said that the result might as well be different in these cases unless there was a binding rule of evidence which would lead to that result in each of the States X, Y and Z. He concluded by expressing his preference for no inclusion at all, as he felt that it would otherwise cause States to feel a necessity to expressly exclude.

M. Vulgaris (Grèce) déclare avoir de la peine à choisir parmi les propositions qui sont présentées. Selon lui, la meilleure est celle de M. Lagarde qui consiste à ne pas parler de ce problème dans la Convention. Pour lui, la solution retenue par la proposition conjointe soulève quelques difficultés. Dire que la loi applicable à la succession s'applique également à l'interprétation du testament était déjà possible par le biais du paragraphe 3 de l'article 5. Mais il ne faudrait de toute façon pas aller plus loin et admettre que le testateur puisse se référer à une autre loi. Il ne voit aucune raison pour l'admettre. Il se demande pourquoi il serait nécessaire qu'il y ait un équilibre ici avec la possibilité de faire une référence matérielle, telle qu'on l'a prévu à l'article 4. Pour lui, cette solution d'équilibre est beaucoup trop compliquée. Par ailleurs, il ajoute que celui qui peut penser à faire une référence matérielle, et qui la fait dans son testament, la rédigera probablement de façon suffisamment claire pour que le problème ne se pose pas. Enfin, il considère que la solution proposée par M. Hayton est très bonne, mais pour un autre volet du droit international privé. Selon lui, elle est bonne pour ce qui concerne les qualifications, mais pas pour la question qui est actuellement débattue.

Mr Keane (Ireland) stated that he shared Mr Hayton's desire to confront this problem rather than adopt the 'easy way out'. However, he expressed some concern as to the practical applications of article Z, namely con-

cerning wills already in existence in common law countries. He felt this Convention would lead judges to interpret them in a manner which had not been intended at the moment of execution by the testator. He felt nevertheless that it would leave a great *lacuna* in the Convention if there were to be no mention of interpretation or construction, and therefore said that he would agree with the Finnish proposal contained in Working Document No 51 of express exclusion.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) déclare que sur le point des discussions il y a un malentendu et que ce malentendu ne sépare pas aujourd'hui les pays de *civil law* et les pays de *common law*. C'est un malentendu que l'on retrouve aussi parmi les pays de *civil law*. Elle se demande si cela n'est pas dû au fait qu'il y aurait une certaine confusion sur ce que l'on appelle une règle d'interprétation. Elle a entendu précédemment que la règle de l'interprétation n'est pas une règle juridique. Elle pense le contraire. Selon elle, la règle d'interprétation fixe le but à atteindre et elle détermine le moyen d'atteindre ce but pour celui qui doit faire l'interprétation. Ce sont donc bien des règles juridiques et il serait faux de dire que le juge est libre de faire ce qu'il veut. Elle pense que les trois délégations qui ont présenté le Document de travail No 52 seraient certainement d'accord avec la proposition de la Chine de soumettre cette question de l'interprétation du testament à la loi successorale. Mais, si elles ont proposé une solution différente, c'est dans un souci de compromis avec les pays de *common law*. Il faut comprendre que les pays de *common law* ont une approche différente. Il leur est donc encore plus difficile que pour les pays de *civil law* d'admettre la proposition chinoise. Elle partage l'opinion de M. Mádl qui a souligné que la proposition de ces trois délégations rejoint en fait la proposition mentionnée par la délégation du Royaume-Uni (dernières lignes du Document de travail No 50). En résumé, elle déclare que pour certains pays de *civil law* comme le sien, il n'était pas nécessaire de mentionner une référence matérielle. Mais si pour les pays de *common law* cela va mieux en le disant, alors il est préférable de le dire. Il fallait envisager le texte proposé comme visant à tendre un pont entre pays de *civil law* et pays de *common law*.

Mr Rognlien (Norway) stated that he would not expressly exclude interpretation from the Convention.

Mr Duchek (Austria) stated that he felt the Commission must avoid being too perfect with the Convention. He said that there were many wills where the testator's dispositions referred to no law and mentioned only factual situations, for example children, assets ... etc. without mentioning the legal framework with which they are concerned. He concluded therefore that the rule would apply only in a limited number of cases. Concerning the proposal in Working Document No 52, he felt this was more objective concerning 'construction' (which he felt was normally meant by the word 'interpretation'). He questioned the meaning of the term 'unless the testator refers to another law', and wondered whether any implied reference would be sufficient. He concluded that it should be left to the judges of the *lex fori* to decide upon construction. He agreed with Mr Lagarde that there were many different cases, and that one solution to judge them all would be wrong. He concluded by saying that the present draft should be left as it was in the 'grey zone', and that it was not wise to exclude expressly.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) déclare

en premier lieu que sa délégation ne peut pas accepter la proposition du Document de travail No 51. Pour lui, il est impossible d'envisager que la Convention exclue expressément de son champ d'application l'interprétation des testaments. La proposition chinoise lui paraît au contraire idéale. Mais il est conscient qu'elle ne remportera probablement pas une forte adhésion. Il trouve par ailleurs la proposition faite au Document de travail No 52 beaucoup trop compliquée, car elle ouvre une solution qui n'est pas claire. C'est également le cas, selon lui, de la proposition du Royaume-Uni. En conséquence, M. Pirrung conclut plutôt en faveur du silence de la Convention sur ce point.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) se dit pour l'introduction du problème de l'interprétation des testaments après le diagnostic clair fait par Mme de Magalhães Collaço. Les arguments qu'il développe visent à répondre à ceux développés par les adversaires de l'inclusion. En premier lieu, le problème de la question préalable a certes été posé. Mais il rappelle que ce n'est pas le seul problème qui se pose. Il cite un exemple. Une personne constitue un usufruit par testament, mais ne désigne que l'usufruitier, sans donner le nom du bénéficiaire de la nue-propriété. La jurisprudence de certains Etats interprète cette désignation comme un pacte fidéicommissaire avec toutes les conséquences qui en résultent. Il veut, par exemple, montrer l'importance du problème de l'interprétation des testaments. En second lieu, en ce qui concerne l'objection tirée de l'obligation pour le praticien de connaître toutes les règles de tous les pays, il ne la trouve pas sérieuse, car on ne demande pas au praticien d'être une véritable encyclopédie. Il précise que, de plus en plus, les praticiens sont spécialisés. Ils ont donc toujours les mêmes problèmes à traiter. Il fait part de sa propre expérience. Dans son étude, l'essentiel des successions internationales qu'il a à régler concernent l'Espagne, l'Italie, la France, le Portugal et le Royaume-Uni. La connaissance de ces différentes lois n'est quand même pas insurmontable pour le praticien spécialisé. Il conclut donc en faveur de l'inclusion de la question de l'interprétation des testaments dans la Convention.

Mr Savolainen (Finland) was of the opinion that after previous discussions there had been a 'silent agreement' that the best approach was to be silent! However, since this had not appeared to him to be the case now, he thought he would submit the extreme proposal of express exclusion. He stated, nevertheless, that he still thought it would be best to keep silent on this point and that he would withdraw his proposal, subject to the Commission agreeing to maintain the present draft.

Mme Zhang Honghong (Chine) rappelle que sa délégation a voulu inclure la question de l'interprétation des testaments dans la Convention afin de clarifier le problème. Elle avoue être très gênée par les propositions contenues dans les Documents de travail Nos 50 et 52. Ces propositions compliquent encore bien davantage la situation. En conséquence, si les délégués n'arrivaient pas à un compromis, elle préférerait alors retirer sa proposition.

M. Picone (Italie) précise quant à lui qu'il ne retire pas sa proposition. D'une part, il considère que l'on ne peut pas dire que la question est un problème de fait. Mme de Magalhães Collaço l'a, à son avis, parfaitement démontré.

Il y a, selon lui, comme la discussion l'a démontré, un véritable problème de conflit de lois que l'on ne peut résoudre en se bornant au silence dans la Convention.

Par ailleurs, on ne peut pas dire qu'il suffit de se référer à l'intention du testateur, car justement quand le problème se pose, c'est que son intention n'est pas claire. Il indique que dans le système de droit international privé allemand, la référence à une loi choisie par le testateur vaut généralement dans les limites de la loi successorale. C'est donc en principe une référence matérielle. Au contraire, sa délégation a choisi une solution plus ouverte, étant donné que la référence à une loi déterminée par le testateur peut suffire à écarter aussi les règles impératives éventuelles sur l'interprétation contenues dans la loi applicable à la succession. Enfin, M. Picone dit qu'il admet parfaitement une autre formulation de sa proposition.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed with Mr Pirrung that there was not enough time to form a positive rule. However, he felt that it was incorrect to leave this as a grey area. He stated that in common law countries these questions of meaning were in fact rules of law. He thanked Mr Scoles for having pointed out a fourth possible situation to the example given in Working Document No 50, namely the rule in Wilde's case, to A for life and then to his children. He said that in common law countries it was the date of the will which was looked at and that therefore to adopt the date of death would be a travesty of justice and totally contrary to the testator's intentions. He therefore asked that the Commission should be bold and vote for the express exclusion of the questions of construction and interpretation from the Convention.

The Chairman asked if Mr Hayton therefore maintained Working Document No 50 as previously?

Mr Hayton (United Kingdom) stated that this was indeed the case, although he would be willing to change the terms 'the legal meaning of the language' for the following: 'construction and interpretation'.

Mr Savolainen (Finland) wished to clarify the fact that his withdrawal of Working Document No 51 was subject to the Commission accepting the present form of article 5.

Le Président répond à M. Savolainen que de toute façon M. Hayton propose de voter sur une formule d'exclusion, soit celle du Document de travail No 50 soit celle du Document de travail No 51.

Mr Scoles (United States of America) requested that a vote be taken on having no proposal at all.

Le Président invite les délégués à voter sur le principe d'une exclusion du problème de l'interprétation des testaments dans la Convention.

Par un vote de 19 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse), 9 voix pour (Australie, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Israël, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela) et aucune abstention, la proposition est rejetée.

Le Président invite maintenant les délégués à voter sur le principe d'une inclusion expresse du problème de l'interprétation des testaments dans la Convention. Il précise que le vote porte uniquement sur le principe. Sont donc réservés les problèmes de formulation.

Par un vote de 20 voix contre (Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis,

Finlande, France, Grèce, Irlande, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), 6 voix pour (Argentine, Hongrie, Israël, Italie, Portugal, Royaume-Uni) et 2 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Suisse), la proposition est rejetée.

M. Pipers (Belgique) déclare vouloir reprendre à son compte la proposition chinoise de façon à ce qu'elle soit également mise au vote.

Le Président rejette la demande de M. Pipers. Il lui dit que sa demande aurait dû être faite avant les deux votes qui viennent d'intervenir. Le Président invite maintenant le Délégué de la Finlande à s'expliquer sur une autre proposition qu'il a faite au Document de travail No 51 et qui concerne le problème de la révocation *ex lege* du testament.

Mr Savolainen (Finland) stated that he wished to withdraw his proposal if the text was to remain as in the present draft.

Le Président ouvre la discussion sur le Document de travail No 54, proposition émise conjointement par les délégations argentine, italienne et portugaise, à laquelle il pense peut-être pouvoir rapprocher la proposition belge contenue dans le Document de travail No 35.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime que les questions de renonciation doivent être intégrées dans le noyau dur de l'article 5, alinéa 2.

M. Pipers (Belgique) ne partage pas l'avis du Président sur la liaison suggérée entre la proposition belge et les autres propositions.

Ce sont des questions différentes, tant il est vrai que le Document de travail No 35 soumet à la Commission une mesure de sauvegarde autonome des problèmes de renonciation, même si elle tend à protéger les successibles n'ayant pas pris position sur la succession.

Le Secrétaire général entend indiquer que les propositions actuellement débattues sont effectivement de nature tout à fait différente. Les premières constituent une règle de conflit concernant une des branches de l'option successorale qu'est la renonciation, alors que la position belge procède d'une règle matérielle qui ne peut d'ailleurs être admise par les pays de droit civil et notamment la France.

En effet, la proposition belge ne tendrait ni plus ni moins qu'à introduire dans une convention de droit international privé une règle matérielle contraire au droit français, mais aussi, ce qui serait beaucoup plus étonnant, au droit belge lui-même, car l'article 11 *bis* proposé par la délégation belge pose une présomption au bénéfice du successible, alors que les Codes civils belge et français lui sont plus défavorables dans la même situation. Au surplus, le Secrétaire général fait remarquer qu'une règle de la sorte n'aurait aucune signification pour les pays de *common law* dans lesquels les questions soulevées par la proposition belge relèvent de l'administration de la succession et non pas de la loi successorale.

Mr Rognlien (Norway) with reference to Working Document No 54 stated that he was unable to understand why the question of renunciation by an heir should be governed by the applicable law to succession. Renunciation was a unilateral decision by the heir who could be resident in a country other than the country whose law was applicable. Mr Rognlien was therefore not sure which law to recommend. However he felt it was best

not to refer to the law of *lex successionis*. In any case, capacity to renounce an inheritance and the validity of that renunciation should not be matters for the *lex successionis*. For the testator such matters were excluded by article 1. The form and validity of renunciation of an inheritance were not expressly excluded from the Convention and therefore the question was left open. However Mr Rognlien's preference was that renunciation should not be included in article 5.

Mr Scoles (United States of America) expressed the view that the question of a disclaimer or renunciation of an inheritance was a complex matter. The opinion of some was that the inheritance offered could only be rejected after the death of the *de cuius*. Others believed that that inheritance could be renounced at an earlier stage (for example in a marriage settlement or divorce settlement or in business arrangements). These possibilities were mainly used in the field of tax law. Renunciation was usually seen as a problem of the administration of the estate under American law. Also according to American law if the heir delayed before acting this could be a bar to renunciation. This was again a question of administration. For the purpose of the Convention article 5, paragraph 2(a), should make sufficient provision for such substantive matters of succession, since that wording also suggested that problems of the exclusion of the apparent heir from those succeeding to the estate of the *de cuius* was a matter for the *lex successionis*. This approach avoided issues which a blunt reference to renunciation or disclaimer would raise. In Mr Scoles' view there was now a pretty good Convention on intestacy, and a fair Convention on testacy, but any more added to the scope of the Convention would encroach on a more debatable area which would cause problems not only with the delegates but also among the groups in the various States to whom the delegates had to report. It would therefore probably be best not to add anything else to article 5(2) unless there had been a genuine oversight which required correction.

Le Président se range à l'avis du Secrétaire général concernant les différences existant entre les propositions argentine, italienne et portugaise, d'un côté, et la proposition belge, de l'autre.

Mr Philip (Denmark) considered that the proposal was ambiguous. Renunciation might cover two different situations. The first was where there was a contract between the heir and the deceased. This situation was governed by Chapter III of the Convention. The second was where renunciation occurred after the death of the *de cuius*. This situation was not covered by the Convention. Refusal to accept an inheritance was something which it was intended to exclude indirectly by means of the positive list contained in article 5. A further possible situation was where renunciation by the heir took place unilaterally while the *de cuius* was still alive. This might be covered by the Convention, but the question was debatable and Mr Philip felt that renunciation should be excluded.

Mr Duchek (Austria) noted that although he was a civil lawyer he also had problems with the inclusion of renunciation in the positive list contained in article 5. Even in civil law countries there were different ways of renouncing an inheritance. In Austria it was necessary to make a positive statement in order to succeed to property. This was closely linked to procedural law and therefore was a matter for the *lex fori* and not for the *lex successionis*.

M. Picone (Italie) estime qu'à la réflexion il serait peut-être opportun que sa délégation retire la proposition à laquelle elle s'était associée. Sa délégation l'abandonnerait d'autant plus facilement si ses partenaires adoptaient la même position.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) et **M. Boggiano** (Argentine) déclarent partager le même point de vue que M. Picone.

Le Président constate le retrait effectué par les délégations précitées, auquel il ajoute celui de la délégation belge pour ce qui la concerne. Il demande ensuite aux délégations de débattre du Document de travail No 53.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) rappelle le vif souhait de sa délégation de voir s'élargir le domaine de la loi successorale. La proposition contenue au Document de travail No 53 découle de ce souhait et elle vise à distinguer les questions des interdictions de disposer en faveur de certaines catégories de personnes de celles qui relèvent du domaine de la capacité. Cependant, bien qu'elle soit convaincue de la justesse du point de vue exprimé par sa délégation, elle pourrait envisager un retrait de sa proposition pour le cas où elle ne recevrait pas l'appui d'autres délégations.

Le Président constate que la proposition contenue dans le Document de travail No 53 ne fait l'objet d'aucun soutien et, conformément à la volonté de Mme de Magalhães Collaço, constate qu'elle est retirée des débats. Le Président invite ensuite les délégations à débattre du problème de savoir s'il faut ou non éliminer le paragraphe 3 de l'article 5 de l'avant-projet, comme les délégations néerlandaise (Doc. trav. No 24), espagnole (Doc. trav. No 25) et danoise (Doc. trav. No 38) le souhaitent.

Mr Struycken (Netherlands) was unable to understand what paragraph 3 added to the Convention and thought that it should be eliminated. The words 'in particular' which the Netherlands proposal added to paragraph 2 were intended to bring the present Convention into line with other Conventions such as the Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents and the Convention on the Law Applicable to Products Liability.

Le Président objecte alors aux arguments avancés par la délégation néerlandaise que la finalité poursuivie lors de l'élaboration des Conventions précitées était toute différente de celle qui est actuellement poursuivie. Il ne s'agit plus aujourd'hui de régler un certain nombre d'hypothèses jugées «déliées», dont la liste ne prétendait à aucune exhaustivité, mais plutôt de constituer un «noyau dur» incompressible à côté duquel, de façon séparée, une grande liberté doit être laissée aux pouvoirs judiciaire et législatif des Etats contractants.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) estime que le paragraphe 3 est un facteur de complications alors même qu'il existe une différence de qualification entre questions de fond ou de procédure. Elle ajoute que les différences substantielles existant en droit des successions entre les pays du *common law* et ceux de droit civil se trouveraient de la sorte exacerbées par l'application de ce texte.

Mr Philip (Denmark) agreed that paragraph 3 was not necessary. It gave expression to an interpretation which was possible anyway even when it was not spelt out. The same point was understood in other conventions as implicit. It was a question of characterization. In im-

plementation of the Convention characterization of the concept of succession could be broader but could not be narrower than the matters contained in the list in article 5. The Special Commission had added paragraph 3 to article 5 because during debate on the scope of the Convention it was felt wrong to prevent civil law countries applying the Convention to a wider range of matters. The different wording now suggested was introduced because there was felt to be a disequilibrium between the two groups of countries. It was not intended that civil law countries should be *bound* to apply the Convention to all problems which they characterized as matters of succession. This was merely a *possibility* open to them. It was thus possible to strike out paragraph 3 without affecting the meaning of the Convention.

The Reporter pointed out that the Special Commission had made much of the phrase 'tripartite structure' of article 5 as was noted in paragraph No 41 of his Report. This phrase had been adopted to assist in describing the function of article 5, paragraph 3, which formed the final part of the structure. The Commission had been keen that the reader should understand how the Convention functioned.

The Chairman commented on the wording of the Danish proposal contained in Working Document No 38. That proposal made reference to provisions made by a State. This suggested formal legislation by the State. This approach was more formal than the Commission wished.

Mr Rognlien (Norway) said that article 5, paragraph 3, had been introduced in order to co-ordinate matters of succession with matters of administration of estates and with matrimonial property issues. Paragraph 3 was not strictly necessary. It could be deleted on condition that the remainder of the Netherlands proposal was followed. That meant the inclusion of the words 'in particular' in the opening sentence of paragraph 2 of article 5. It was important to affirm that the list contained in that paragraph was only by way of example.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) hoped that delegates realized that the Dutch proposal ('The law applicable under this Convention shall determine, *in particular*, ...') would create difficulties with respect to the *professio juris* in article 4. The device of the *professio juris* could only work among the Contracting States if its scope was well-defined. It was essential that it should extend to *all* of the matters listed in article 5, paragraph 2, and not to some of them in some Contracting States and to other matters in other Contracting States. Therefore, the addition of the words 'in particular' as proposed by the Netherlands delegation, created an ambiguity in respect of *professio juris*.

Mr Scoles (United States of America) also agreed that matters not governed by the Convention could be left to the forum to deal with according to its own rules. The Netherlands proposal should therefore be supported. It conformed to the procedure presently followed in conventions and did not add anything to the meaning of the present Convention.

M. Voulgaris (Grèce) soutient énergiquement la rédaction actuelle de l'avant-projet. Il juge équivoque la proposition néerlandaise, car en aucun cas le second paragraphe de l'article 5 ne saurait être simplement regardé comme une banale liste indicative alors qu'en réalité, pour reprendre l'expression du Président, c'est un véritable «noyau dur», à côté duquel

une faculté d'adaptation est laissée aux pouvoirs législatif et prétorien.

M. Lagarde (France) s'associe pleinement aux remarques de M. Voulgaris. Le paragraphe 3 de l'article 5 de l'avant-projet constitue un véritable besoin qui permettra de guider le législateur et le juge dans la détermination du domaine de la loi applicable aux successions internationales. Par exemple, si un juge français était saisi d'une question d'option à propos d'une masse successorale soumise à un droit étranger, la disposition de l'article 5 résultant de la proposition néerlandaise ne lui faciliterait pas l'application de la loi successorale. En revanche, le paragraphe 3 le conduira naturellement à effectuer le raisonnement.

Mr Hayton (United Kingdom) was of the opinion that article 5, paragraph 2, should stay in its present form. The matters there indicated represented the essence of succession.

Mr Struycken (Netherlands) withdrew his proposed amendment to article 5, paragraph 2.

Mr Hayton (United Kingdom) was glad that his intervention had been so powerful! He felt that article 5, paragraph 3, should also stay in its present form. It was true that this paragraph might be regarded as a blank cheque, since one Contracting State could not be sure what matters another Contracting State might decide to characterize as matters of succession. However, it was important to civil lawyers that the coverage offered by the Convention should be capable of extension. A practical compromise was therefore required.

M. Picone (Italie) adhère pleinement aux vues exprimées par les délégations grecque et française. Il lui paraît en effet, sans contredit possible, que la proposition néerlandaise ne peut en aucun cas remplacer la fonction occupée dans la Convention par la disposition contenue dans le paragraphe 3, qui constitue une règle d'interprétation très utile du point de vue pratique. En outre, l'insertion de l'adverbe «notamment» au début du paragraphe 2 ne ferait que jeter la confusion sur le sens et la portée des matières sur lesquelles les Etats contractants se sont accordés à propos du domaine de la loi successorale. Il suggère néanmoins que le Comité de rédaction puisse se pencher de façon attentive sur une meilleure rédaction de cet article.

Mr Philip (Denmark) was prepared to withdraw the Danish proposal contained in Working Document No 38.

Le Président constate le retrait effectué par la délégation danoise, en sorte que désormais tout le débat consiste à savoir s'il faut ou non supprimer le paragraphe 3 de l'article 5 résultant de l'avant-projet.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) entend dénoncer l'ambiguïté du paragraphe 3 de l'article 5 qui s'adresse aux Etats, et non aux juges.

Le Secrétaire général s'étonne de la tournure prise par les débats. En effet, il lui apparaît que tout le monde s'accorde à penser, sur le fond, qu'il convient de laisser aux juges et aux Etats la possibilité d'aller au-delà du «noyau dur» prévu au paragraphe 2. Le paragraphe 3 lui paraît dépourvu d'ambiguïté sur les facultés (et non les obligations laissées aux juges et aux législations) d'agir en ce sens.

Il ajoute que la proposition néerlandaise ne peut recevoir écho pour les motifs déjà exprimés par le Président et les délégations française, grecque et italienne, en sorte que désormais le maintien du paragraphe 3 s'avère inévitable.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime, contrairement au Secrétaire général, que le pouvoir judiciaire n'est pas concerné par le paragraphe 3.

Le Président ne comprend pas les préoccupations exprimées par les délégations portugaise et espagnole.

Il paraît évident que le paragraphe 3 est suggestif et ne bouleversera nullement les habitudes des juges en matière de qualification.

En revanche, ils disposeront à travers cet article d'un instrument très intéressant permettant de faire évoluer la matière.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) pense qu'il s'agit là d'un problème de politique législative, étant donné qu'il appartient aux Etats contractants de définir leurs règles de conflit de lois par rapport aux matières qui ne tombent pas dans le domaine de l'article 5, paragraphe 2. On ne peut arriver à résoudre ce problème par le seul biais de la qualification.

Le Président objecte que le paragraphe 3 ne contient aucune limitation du pouvoir normatif des Etats contractants, lesquels, de même que leurs juridictions, sont parfaitement libres d'utiliser les facultés qui leur sont offertes par cette disposition.

Mr Philip (Denmark) pointed out that the purpose of the amendment in the Danish proposal was to comply with the wishes of the Portuguese and Spanish delegations. The proposal could be taken up if necessary, but Mr Philip did not mind if it was passed over.

The Chairman noted that this proposal represented a significant change of position. However, it was also true that States were free to legislate on these matters at present.

M. Struycken (Pays-Bas) estime que l'adoption du paragraphe 3 doit se faire dans la clarté. Aussi propose-t-il de modifier le Rapport de M. Waters en substituant les termes de «loi successorale» au terme «Convention» dans la dernière phrase du paragraphe No 41. De la sorte, les craintes exprimées par les délégations portugaise et espagnole devraient se trouver amoindries, car la Convention n'apparaît plus comme un instrument d'ingérence dans la politique législative des Etats contractants.

En outre, il propose que le Rapport précise expressément que le paragraphe 3 recèle une faculté dévolue au pouvoir législatif, mais aussi au pouvoir judiciaire.

M. Lescaze (Suisse) marque le plein accord de sa délégation avec la rédaction de l'avant-projet.

Il rappelle que cet article permettra aux praticiens, aux juges et aux législateurs d'être mieux éclairés des possibilités qui leur sont offertes de modifier le champ d'application de la loi successorale définie aux termes de la Convention.

Le Président s'associe aux propositions faites par la délégation néerlandaise et propose le déroulement d'un scrutin sur la question de savoir s'il faut ou non supprimer le paragraphe 3 de l'article 5 de l'avant-projet, conformément aux propositions néerlandaise et espa-

gnole exprimées dans les Documents de travail Nos 24 et 25.

Par un vote de 16 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Canada, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie), 6 voix pour (Australie, Espagne, Etats-Unis, Pays-Bas, Portugal, Suède) et 5 abstentions (Chine, Danemark, Norvège, Pologne, Venezuela), les propositions néerlandaise et espagnole sont rejetées. Le paragraphe 3 de l'article 5 de l'avant-projet est donc maintenu.

Mme Revillard (France) souhaite que le Rapport mentionne que le problème de la «question préalable» de la détermination du lien de parenté n'a pas été envisagé ici. Il n'entre pas dans le champ d'application de la loi successorale fixé par l'article 5.

La formule «vocation des héritiers» contenue dans le paragraphe 2 a de l'article 5 pourrait prêter à confusion. L'établissement du lien de parenté n'est pas compris dans la vocation des héritiers.

Le Président se déclare favorable à une telle initiative et constate l'approbation de la décision sur ce point.

Mr Rognlien (Norway) queried whether the list of matters contained in article 5, paragraph 2, was exhaustive or not.

The Reporter explained that the list was obligatory but not exhaustive.

Mr Rognlien (Norway) pointed out that the scope of the Convention was defined by article 1. However, article 5, paragraph 2, provided a positive definition of matters covered by the Convention.

Mr Philip (Denmark) said that article 5, paragraph 2, contained a list of matters which it was obligatory to submit to the *lex successiois*. However, any State was at liberty to make use of a wider characterization.

Mr Savolainen (Finland) was sympathetic to the view expressed by Mr Rognlien. He felt that the basic problem was however one of drafting. It would perhaps be better if the list of matters which must be submitted to the applicable law was included with the earlier provisions on the scope of the Convention.

M. Struycken (Pays-Bas) annonce qu'il remettra une note au Rapporteur pour lui proposer d'adapter le paragraphe 38 du Rapport.

The Reporter made a plea to delegates that if they wanted a note of their views to be made in the Report they should provide him with a written summary of such views.

Le Président donne acte à la délégation néerlandaise de son intention et soutient le vœu exprimé par le Rapporteur. D'une façon générale, il est absolument nécessaire que les propositions lancées par les délégations lors des débats soient suivies de documents écrits.

La séance est levée à 18 h.

Séance du samedi 8 octobre 1988 (matin)

Meeting of Saturday 8 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 35 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la discussion du chapitre III de l'avant-projet consacré aux «successions contractuelles».

The Reporter stated that Chapter III of the draft Convention had given the Special Commission considerable difficulty and that some delegates had already suggested that it should not exist at all. He said that he intended to introduce Chapter III and allude to some of the difficulties to which it gave rise.

He explained that Chapter III dealt with *pactes successoraux* and 'mutual wills' and that these were described in Chapter III by the words 'agreements as to succession'. Within Chapter III he wished to allude to a number of difficult points and he dealt with each in turn. Firstly he wished to clarify that Chapter III was only concerned with the material validity, revocability and effect of 'agreements as to succession'. Secondly that the *lex successionis* should be the *lex successionis* existing as of the date of the agreement and is the *lex successionis* of the estate affected. Thirdly the party can choose either the law of the nationality or the law of the habitual residence of the person whose estate is affected at the date of the agreement. However, where two or more estates are affected the article 3 law of each estate must accept that the agreement is materially valid. It is revocable provided each regards the agreement as revocable and the effects are only those which are acceptable under each. Where there are two or more estates involved he explained that parties could choose either the law of nationality or of habitual residence of any of the parties to the agreement whose estate is affected. He explained that article 8 prevents a person with an indefeasible interest from taking part in an agreement and subsequently challenging the validity of such an agreement and thereby taking two benefits instead of one. In other words, he said an heir might take under the agreement then depart and later try to invalidate that agreement and so claim his full family share. Article 8(1) is designed to prevent such an outcome by making the agreement and the will (or intestacy) together constitute the succession. He stated that there was another possible interpretation of article 8(1) which he had described in his Report. He explained that article 8(2) was intended to protect a person who had an indefeasible right by preventing the agreement from depriving such a person of his share or family protection.

He said that article 9 would exclude certain specific agreements from the operation of Chapter III but in so doing he said that it had caused a number of problems which he had mentioned in his Report but which he also briefly enumerated as being: firstly that *pactes succes-*

soraux are not anywhere described (they are referred to only as 'agreements as to succession') and that they clearly meant different things to different countries and therefore that either a list or description would be useful. This point he said was discussed in paragraph 47 of his Report. He also mentioned a drafting point concerning article 7 which he referred to in paragraph 50 of his Report. Finally he referred the meeting to paragraphs Nos 55 to 58 of his Report on which the whole question of the nature of article 9 was discussed. In these paragraphs he said he drew their attention not only to the contents but also to the positioning of article 9 and asked whether it should appear in Chapter I rather than Chapter III of the draft.

He said that he saw the above as the main points involved in Chapter III. He found the structural logic of Chapter III nothing but pleasing but said that a practising lawyer would have great difficulty in deciding on the effects of this Chapter and on applying it. As the ideas of *pactes successoraux* were so important to certain States he said it was valid that they were carefully and clearly drawn up.

Finally he suggested that the meeting might begin by discussing the advisability of retaining Chapter III at all and suggested that this was a particularly important problem when one took account of the difficulties of interpretation that might be involved for practising lawyers.

Le Président constate que malgré la clarté des explications fournies par le Rapporteur, le chapitre III constitue un corps de règles très délicat. Cette difficulté est accrue en raison du fait que certaines questions, telles que la définition même du pacte successoral, n'ont pu être discutées de manière approfondie lors des travaux préparatoires.

Le Président résume ensuite les différentes propositions présentées par les délégations américaine (Doc. trav. No 11), allemande (Doc. trav. No 19), italienne (Doc. trav. No 56 corrigé, remplaçant le Doc. trav. No 46) et danoise (Doc. trav. No 17).

Il évoque également la proposition française concernant l'article 8 (Doc. trav. No 14) et belge sur les difficultés posées en Belgique par l'adoption du chapitre III (Doc. trav. No 49).

Le Président se demande d'ailleurs s'il ne serait pas préférable, compte tenu de la «tiédeur» manifestée par la Commission spéciale à l'égard de cette matière, de voter, à titre préliminaire, sur le principe même de l'adoption du chapitre III.

Il précise que, de son point de vue, même si le droit matériel est inexistant dans certains Etats en ce qui concerne les pactes successoraux, il convient de se doter d'un système de conflit de lois, afin en quelque sorte de démystifier un corps de règles qui ne doit pas être perçu comme un «épouvantail».

Il lui paraît donc préférable, dans la mesure du possible, d'affronter les difficultés plutôt que de les contourner.

Mr Scoles (United States of America) saw a need to separate a testator's intentions at his death from the contract which he made when living and that this was a very difficult line to draw. In the United States he said that *inter vivos* transfers were commonly used in the following form - to me during my lifetime and on my death to X. He explained that in America they probably have more property passing on multiple party accounts than on succession and that if the effects of the present chapter were not appropriately restricted then it would be very difficult for the United States of America to accept it.

Therefore, although the United States of America was

willing to deal with this area in the Convention, he was doubtful whether it would be possible to achieve drafting which was sufficiently restricted to be acceptable to America whilst being sufficiently wide to be of use to other States. He clearly stated that contractual concept must remain outside the Convention whilst effects upon estate could remain inside. He felt that drafting this thought would be very difficult to achieve.

Le Président se tourne vers les autres délégations pour savoir si certaines d'entre elles sont défavorables au principe même de l'existence du chapitre III dans la future Convention.

Mr Struycken (Netherlands) stated that his delegation was not opposed to Chapter III but that he felt some general considerations needed to be discussed before full consideration of the area to be included could be decided upon. He felt the relationship between Chapter II and Chapter III was of great importance and needed discussing immediately. He said that the previous day a lot of time was spent on article 5(2), and that it had been decided that article 5(2) represented an exhaustive list.

The Reporter pointed out that a State could choose to add to the list in article 5(2) if it so desired.

Mr Struycken (Netherlands) agreed, but said that the idea of many countries was that a person should only dispose of his estate by a will. This meant that in many countries *pactes successoraux* were not allowed, or were severely restricted. He felt that either *pactes successoraux* ought to arise under article 5(2) or that it did not belong in the Convention, but he said that article 6 and article 7, by referring to article 3, suggested by implication that *pactes successoraux* actually belonged to the core – article 5(2) – of the Convention; therefore he wished the relationship between article 5(2) and Chapter III to be explained. He felt that it was of major importance to clarify the relationship and that the Commission ought first to understand what it wanted to achieve by its Convention and then decide how to achieve these ends.

Le Président demande alors à la délégation néerlandaise si les idées qu'elle vient d'exprimer peuvent être concrétisées par une rédaction particulière du texte.

Mr Struycken (Netherlands) said that if the contents of Chapter III belonged to the Convention then it should be made clearer by being referred to within the main body. If the meeting decided that these areas actually belonged to article 5 then he argued that some mention of the contents of Chapter III should be made earlier so as to make it clear that Chapter III belonged in article 5(2).

Le Président estime qu'a priori, si la loi désignée est prohibitive, le for devrait prononcer son annulation, à moins que l'on admette, sauf réserve particulière, qu'il puisse en aller différemment.

Mr Philip (Denmark) said he understood what Mr Struycken meant and that he had sympathy with what he was saying but for different reasons. He said that the present drafting of article 5 excluded *pactes successoraux* so unless some alterations were made it was not possible to include Chapter III in article 5.

He went on to say that after the discussion yesterday he had considered that paragraphs 2 and 3 of article 5 should be put into the scope part *i.e.* Chapter I of the

Convention and he felt that this might answer some of the problems which Mr Struycken had mentioned.

Mr Scoles (United States of America) explained that this was exactly what he was concerned about. He said that article 5 in its present drafting only applied to estates which were subject to intestacy or a will and not to contracts taking place outside those areas. If the scope of the Convention is widened so as to include all *inter vivos* transactions and contracts then the banking lobby in the United States of America would be so strong that they would force a reservation to be made covering these points. He admitted that there was a need to cover transactions and contracts that fall within the will of the testator but saw that to define these was a very difficult task. He expressed a wish to come to some agreement on this area but that with every speaker that had so far spoken the position seemed to get worse.

Le Président se demande si l'adoption d'une définition plus étroite des pactes successoraux ne serait pas de nature à apaiser les craintes exprimées par les pays de *common law*.

M. Hascher (France) estime, dans le même ordre d'idées, que l'on pourrait peut-être exclure à l'article 1.2 les «*will substitutes*» afin de dissiper les craintes exprimées par le professeur Scoles.

De la sorte, le maintien du chapitre III, auquel sa délégation tient particulièrement, serait peut-être mieux accepté par les pays de *common law*, lesquels disposeraient d'ailleurs toujours d'une réserve générale.

Mr Wang Houli (China) thought that the present draft was a constructive attempt to permit the dispositions of an estate by means of agreement of succession. He realized that agreements as to succession were unfamiliar to many States and therefore welcomed the possibility for Contracting States to make reservations concerning provisions of Chapter III at the time they acceded to the Convention. He considered this a very appropriate possibility.

He said that in order to facilitate ease of comprehension the Chinese delegation hoped that there would be further amendment to the text of Chapter III and that particularly the implication of such agreements and their scope would be spelt out. He felt that only after defining the characteristics between agreements as to succession and other agreements concerning transfer of property could Contracting States make an accurate judgment of whether to invoke the provisions regarding reservation in the Convention. Furthermore, only if these provisions were clear, could an individual effectively use them in the Convention when making such agreements. He felt that if this problem were not solved there would inevitably be many inconveniences in practice.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) suggested that the Commission could in article 5(2), include the following words 'that the law designated under articles 3 and 4 also determines whether *pactes successoraux* are permissible or not'.

Mr Struycken (Netherlands) agreed that this would be one way of achieving his suggestion and felt it was better than previous ideas. He thought it came closer to what Mr Scoles needed and felt that if the contracts meant under article 9 should be safeguarded against rules that prohibit, or severely restrict, *pactes successoraux*, the disposition of article 9 would not be sufficient. Some of those contracts could well be forbidden *pactes successoraux* in some civil law countries.

If, under article 5(3), States would be free under the Convention to decide that the law that governs succession under either article 3 or article 4, applies on the question of whether and to what extent *pactes successoraux* are permissible, some States, or their courts, would certainly do so. That would be disastrous for some of the contracts Professor Scoles has in mind. Therefore, article 20(1), as it stands now, constitutes a danger for those contracts as well.

The Reporter stated that a legal system could only decide whether the *pactes successoraux* were permissible or otherwise if it understood the concept of *pactes successoraux*.

Mr Struycken (Netherlands) pointed out that although many countries do not allow *pactes successoraux* they have other means such as a marriage contract which may have the same effect.

The Reporter understood Mr Struycken's point but questioned whether the suggestion made by Mr van Loon would cover Mr Scoles' difficulties.

Mr Philip (Denmark) said he would hesitate to accept the suggestion made by the First Secretary at the Permanent Bureau as it seemed to conflict with article 8(2) which implied that the contract must be accepted between the parties. However he did feel that the problem implicitly arose in the present draft.

Le Président s'interroge sur la raison d'être de l'article 8, alinéa 2, dans sa version issue de l'avant-projet, en raison de l'élargissement voulu par la Commission concernant la *professio juris*.

Il se demande quelles sont les raisons qui justifient une différence de traitement entre la *professio juris* et les pactes successoraux pour lesquels il lui semble que la tendance soit pourtant à la sévérité.

M. Philip (Danemark) estime au contraire que la rédaction de l'avant-projet doit demeurer.

Le Président estime que le mérite de la proposition exprimée par M. van Loon serait d'éviter des conflits de décisions, dès lors que seule la loi successorale régirait la validité des pactes successoraux.

The Reporter asked whether it would be possible to turn to the Working Document concerned with article 6 whilst still keeping in mind the comments already made.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se déclare opposée à la suggestion formulée par M. van Loon, car elle aboutirait à remettre à la seule loi successorale définie par les articles 3 et 4 la décision sur la validité d'un pacte successoral, ce qui viderait de sens les dispositions spéciales de l'avant-projet concernant les pactes successoraux.

M. Voulgaris (Grèce) partage complètement, dans son principe, le point de vue exprimé par la délégation portugaise.

L'adoption, selon lui, d'un article 5.2 *e* sur la validité des pactes successoraux pourrait aboutir à la situation assez curieuse selon laquelle un for aurait à appliquer à un pacte successoral une loi successorale qui ne connaît pas cette institution.

Le Président déclare redouter les situations posées par M. Voulgaris.

M. Picone (Italie) se range à l'avis du Président, car il lui paraît que l'inclusion des pactes successoraux dans la liste des matières réglées par la loi successorale aux termes de l'article 5, paragraphe 2, ne sert à rien d'autre qu'à précisément compliquer les choses en introduisant une confusion dont le résultat pourrait être de «jeter aux oubliettes les rattachements autonomes» du chapitre III, dont la finalité était précisément d'éviter l'application systématique de la loi successorale en cherchant un rattachement adapté aux situations traitées. Il propose qu'on se limite éventuellement à ajouter à la première phrase de l'article 5, paragraphe 2, que «cette loi régit, sauf ce qui est prévu au chapitre III».

Mme Revillard (France) se dit également opposée au complément proposé à l'article 5 par M. van Loon. Le chapitre III constitue d'évidence un corps de règles autonomes qui doit être complètement détaché du système général de conflit de lois adopté par la Convention.

Le Président estime, tout en partageant sur le fond les remarques qui viennent d'être faites, que le Comité de rédaction devrait se pencher avec une attention toute particulière sur la coordination des premiers chapitres de l'avant-projet, afin de satisfaire, autant que faire se peut, l'ensemble des délégations.

Il en arrive ensuite à inviter les délégations à se pencher sur la proposition américaine contenue dans le Document de travail No 11.

Mr Scoles (United States of America) introduced Working Document No 11 by saying that it related to article 6(1)(a). He said it illustrated the great difficulty the United States had in fitting the contractual activities of individuals into the law arising at death. He went on to say that his suggestion would render a contract valid if it was valid by either the law at the time of drafting or the law at the time of death as it recognizes both the importance of the contract and the death. He said that his drafting was not very clear but felt that the intention was fairly obvious.

The Chairman said he felt that paragraph 2 of the suggestion was quite logical but found some difficulty with the first part. He questioned whether or not there were two times at which this document could be validated. He also questioned which party was referred to in Working Document No 11.

Mr Scoles (United States of America) explained that his suggestion for article 6(1)(a) was to cover the validity of a contract of a person whose estate was in question. He further explained that a contract should be valid if it is valid at the time of execution or if valid at the date of death of the person. He felt that this would probably include most of the contracts classified.

The Chairman stated that this was therefore only an alternative in time. He explained that the next proposal came from the German delegation but as Mr Pirrung was absent, he felt that the discussion on this point should be left until his return. He therefore turned to the suggestion of Mr Picone set out in the newest version of Working Document No 56 which was distributed on the 8th of October 1988 and invited Mr Picone to speak to this Working Document.

M. Picone (Italie) défend la proposition italienne contenue dans le Document de travail No 56.

Il indique tout d'abord que le rattachement en «cascade» prévu dans la rédaction italienne de l'article 6 *a*, est

beaucoup plus simple que celui qui découle de la référence faite par l'avant-projet à la loi potentiellement applicable à la succession de la personne concernée au moment où l'accord a été conclu, et que cela vaut notamment en ce qui concerne l'élimination des exceptions aux critères de rattachement prévus dans l'article 3, et la réduction du délai de résidence habituelle, porté à deux ans. Il souligne que cela se justifie car les pactes successoraux n'exigent pas la même souplesse qui est nécessaire pour déterminer quel est le centre de la vie du défunt dans le cas de l'adoption du rattachement successoral général.

Au surplus, il fait valoir qu'il n'y a pas d'incohérence structurelle pour la Convention à proposer dans le cadre de l'article 6 le rattachement en «cascade» de sa délégation, dont le seul objectif est de simplifier les critères de rattachement applicables, et non de «valider» outre mesure les pactes successoraux. Concernant maintenant le paragraphe 3 du projet d'article 6 contenu dans sa proposition, il souligne la nécessité de prévoir une «*rule of validation*» limitée pour le cas où la loi désignée au paragraphe 1 n'admet pas la validité d'un pacte successoral, mais que cette validité est admise par la loi concrètement applicable à la succession de la personne concernée aux termes soit de l'article 3, soit (il faut le remarquer!) aux termes de l'article 4. Il rappelle que la solution proposée est au moins en partie dans la ligne d'une considération faite aussi par le Rapporteur au paragraphe No 52, *in fine*, de son Rapport.

Enfin, il affirme qu'il n'a pas voulu prendre encore explicitement position sur l'article 7 de l'avant-projet concernant les testaments mutuels, étant donné que dans ce cas il est nécessaire d'approfondir mieux si et dans quelle mesure il est possible ou utile d'admettre une «*rule of validation*» par le biais d'une référence aux lois (ou éventuellement à une seule des lois) qui s'appliquent concrètement à la succession des deux ou plusieurs personnes dont la succession est en cause.

Le Président remercie M. Picone pour ses explications et souhaite relier les développements relatifs aux testaments conjonctifs avec la proposition allemande contenue dans le Document de travail No 19.

Il estime donc que ces questions relevant de l'article 7 devraient être discutées le moment venu, d'autant que M. Pirrung, qui a été dans l'impossibilité de participer à cette séance, doit intervenir au soutien de sa proposition.

M. Picone (Italie) croit pouvoir indiquer d'ores et déjà au sujet de la proposition allemande que le souci de cette délégation est de s'assurer que les «*gemeinschaftliche Testamente*» (qui ne constituent pas des contrats selon le droit allemand) entrent dans le champ d'application du chapitre III sur les successions contractuelles.

Mr Duchek (Austria) explained that Mr Pirrung had asked him to speak to the German proposal where it concerned article 8(a), that is, the part about whether articles 6 and 7 should apply to joint and mutual wills, but he had not been asked to speak about the suggestions for article 6 and could not comment on the reference made by Mr Picone. He suggested that any discussion on this point should be left until Mr Pirrung returned.

Le Président résume pour la clarté des débats la position américaine, dans laquelle il voit une modification d'ordre temporel par rapport à l'avant-projet. S'il comprend bien l'idée générale soutenue par M. Picone, il souhaiterait néanmoins que les différences entre son projet et l'avant-projet soient marquées de façon plus nette, de

même que son système de rattachement doit être bien différencié du rattachement général.

M. Picone (Italie) se soumet bien volontiers à la demande du Président, d'ailleurs appuyée par certaines délégations.

Il souhaite en premier lieu, pour que les choses soient bien claires, indiquer que l'article 6.1 ne comporte pas de rattachements alternatifs, mais des rattachements successifs ou «en cascade» et que l'objectif essentiel de la proposition italienne est de simplifier les rattachements utilisables pour déterminer la «validité» des pactes successoraux au moment de leur conclusion.

Il cite d'ailleurs un exemple pour illustrer sa démonstration. Si une succession est ouverte très longtemps après la passation d'un pacte successoral, l'application de l'avant-projet serait trop difficile à mettre en œuvre et pourrait donner lieu à de multiples contestations des héritiers sur la validité de ce pacte successoral, alors que sa proposition permet une solution efficace et rapide.

Le Président pense que s'agissant de la règle de validation, la proposition italienne constitue une innovation par rapport à la proposition américaine et à l'avant-projet.

Mr Philip (Denmark) was sympathetic to the intention of both drafts. He was in favour of its tendency to validate contracts more frequently than was possible under the present text. There were however drafting problems with the United States proposal. It was probably necessary to structure article 6 differently. The intention of the United States proposal was to apply alternative rules to the question of validation of the contract, but the consequence of this under the present structure of article 6 was also to permit the application of alternative rules to the question of the effects of the contract. This was entirely undesirable. It was therefore necessary to split the rule of validation from the rule on effects. There was no such problem with the Italian proposal, which also had other attractions. It was simpler than the present system, and the connecting factors proposed were ones which many delegates would have liked to see introduced in article 3. Mr Philip would therefore be content if the proposal contained either in Working Document No 56 or in Working Document No 11 were accepted.

Mr Rognlien (Norway) was happy to accept the proposal contained in Working Document No 11. The new proposal for article 6, paragraph 1(a), presented no problems. The new proposal for article 6, paragraph 2, took up the ideas which had now been agreed for article 4. This system should be applied to *pactes successoraux* regardless of whether the relevant agreement also contained a *professio juris* to which article 4 applied. Mr Rognlien would like confirmation of the question whether or not it was necessary for there to be a *professio juris* in the agreement under the proposed article 6, paragraph 2. The rule seemed a reasonable one whether or not there was such a *professio juris*.

Mr Rognlien was also happy to consider the proposal contained in Working Document No 56. It was a simple solution and he was not opposed to the two-year qualifying period of residence instead of a five-year period. He would like clarification on the question whether reference to the most closely connected State was only possible where the *de cuius* had no nationality. He would like to see the same escape clause with respect to nationality as was contained in article 3, paragraph 2. Article 6, paragraph 3, as proposed in Working Document No 56 referred to the law applicable under article 3 or article

4. It was not clear whether this applied whether or not there was a *professio juris*. On that point Mr Rognlien preferred the United States proposal as clearer and more acceptable.

Le Président estime que si le principe de la «cascade» de l'avant-projet était modifié, il conviendrait alors de tenir compte des problèmes de nationalité évoqués par M. Rognlien.

Mr Rognlien (Norway) noted that the Italian proposal was unclear on the question whether the reference to the most closely connected law could replace the reference to the law of the nationality.

The Chairman agreed that a reference to the law of the domicile or habitual residence was preferable, but thought that with respect to the law of nationality the greatest foreseeable problems were where the *de cuius* had a multiple nationality.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime que sa délégation n'est pas opposée, en principe, à l'adoption d'une règle de validation, mais que le rattachement «en cascade» prôné par la délégation italienne lui semble trop complexe.

En outre, le délai de deux ans introduit par la proposition italienne est beaucoup trop faible s'agissant d'une institution «d'exception» pour laquelle le libéralisme doit être mesuré.

Enfin, sans raviver la querelle des rattachements, elle estime que l'équilibre trouvé au sein de la nouvelle rédaction de l'article 3 entre nationalité et domicile doit être repris dans le cadre des successions contractuelles.

M. Picone (Italie) fait remarquer à Mme de Magalhães Collaço que la *professio juris* est traitée beaucoup plus libéralement que les successions contractuelles, et que, en tout cas, même pour les successions contractuelles, il a été prévu de tenir compte du choix par les parties de la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle au moment où l'accord a été conclu.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) indique qu'elle ne méconnaît pas cet aspect des choses, mais que, dans le cas de la *professio juris*, la volonté des parties est appelée à choisir entre les lois qui en principe pourraient réclamer un titre d'application, ce qui ne vaut pas en ce qui concerne les pactes successoraux.

Mr Scoles (United States of America) thanked Mr Pocar for pointing out that by concentrating on an attempt to make validation of *pactes successoraux* easier by means of the proposal contained in Working Document No 11 he had overlooked the question of the effects of that contract. Certainly these two questions needed to be kept separate. In relation to validity it was reasonable that the relatively flexible principles of contract theory should be applicable. However the question of effects should be referred to the law which governed the succession. He provided an illustrative example. Prior to his death the *de cuius* might make an offer to a person X that if X lived with him and looked after him he would give him his farm on death. If X accepted that offer and if after caring for the *de cuius* the latter sold his farm during his lifetime then he had a remedy for present breach of contract, and it was not possible to refer to the *lex successionis* as the law governing the effect of a breach of contract. If on the other hand the *de cuius* made a will in X's favour but later revoked it, then there was a contract between the parties but the effect of the revocation was that succession to the estate of the *de*

cuius was governed as on an intestacy. X still had a remedy for this however, whether it was in damages for breach of contract, or a claim based on a constructive trust, or in restitution for services.

Thus if one's focal point was succession the applicable law could be narrowed to the *lex successionis*, but the law relevant for validation of the contract could be one of a broader series of laws.

Le Président pense effectivement que la question de savoir quelle est la loi qui sera appelée à régir les effets du pacte successoral dont la validité aura été admise par deux ordres juridiques est importante.

Il croit que la proposition italienne résoud effectivement la question dont le règlement pourrait être assuré par le Comité de rédaction.

M. Pocar (Unidroit) pense relever un paradoxe dans la tournure prise par les débats.

En effet, il trouve curieux que, en début de séance, la Commission ait éprouvé le besoin de s'interroger sur le principe même de l'inclusion dans la Convention du chapitre concernant les successions contractuelles, alors que désormais il est question d'une plus ou moins grande indulgence en ce qui concerne la validité des institutions qu'elles recouvrent. Il se demande s'il est bien raisonnable de traiter cette question de la sorte.

Ne devrait-on pas adopter une attitude identique à celle prise dans le cadre de l'article 5, c'est-à-dire de poser un principe incompressible sur lequel un consensus important aura été trouvé, pour ensuite laisser aux Etats et aux juges le soin de maîtriser l'évolution à un rythme choisi. Il craint en effet que si la Commission maintient un tel processus d'élaboration, les successions contractuelles seront reléguées par le jeu des réserves.

Le Président remercie M. Pocar pour la justesse de son point de vue auquel il s'associe bien volontiers.

Pour aller dans son sens, le Président se demande s'il ne serait pas opportun de ne traiter par exemple que des pactes successoraux assortis d'une *professio juris* dont on sait qu'elle sera couramment passée devant notaire. De la sorte, le consensus trouvé à propos de telle ou telle forme de pacte successoral donnerait l'assurance que la Convention serait appliquée dans toute sa plénitude.

Mr Duchek (Austria) was sympathetic to the underlying motives of the proposal contained in Working Document No 56. However, to accept this approach only in respect of *pactes successoraux* would present an odd picture. In most cases there was no *pacte successoral* so that the relevant articles of the Convention would be articles 3 and 4, the underlying theory of which was quite different. In article 3 the close connection was provided by five years' residence with the inclusion of an escape clause. Mr Duchek queried whether there was a justifiable interest in different approaches for these two different aspects of succession. He regretted that he was unable to accept the approach contained in the Italian proposal if article 3 remained in its present form. With respect to the United States proposal he agreed with Mr Philip that there should not be alternative possible connecting factors with respect to the law governing the effects of the contract as between the parties. Enormous difficulties would be created if there were two applicable laws, one being the hypothetical *lex successionis* at the time the contract was made and the other being the *lex successionis* at the time of death. On the other hand with respect to the validity of such contracts, they should be valid if they were valid under the hypothetical *lex successionis* at the time of the contract

or the *lex successionis* at the time of death of the *de cuius*.

Mr Duchek begged to differ from Mr Pocar. He thought it was a good policy if the Convention contained rules in favour of validation. If a State restricted the possibility of such agreements in its substantive law (for example in Austria such contracts were only allowed between spouses), it was nevertheless not contrary to *ordre public* to permit such agreements in an international context. The policy of the forum should not be insisted on in conflict of laws cases. Therefore he was in favour of the United States proposal in substance since it favoured validation of such agreements.

M. Lagarde (France) voudrait, à ce stade des débats, s'associer aux objections exprimées par Mme de Magalhães Collaço à propos du projet italien.

En revanche, il entend soutenir la proposition américaine concernant la rédaction du premier paragraphe de l'article 6.

Enfin, il entend souligner qu'il ne serait pas souhaitable de dissocier les effets du pacte successoral de sa validité. Il convient donc, dans la mesure du possible, de créer une unité de règlement de la validité et des effets d'un pacte successoral.

L'on pourrait d'ailleurs songer à s'inspirer de la règle contenue à l'article 9 de la Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

Le Président marque son plein accord avec la dernière remarque de M. Lagarde et il souhaite que M. Scoles puisse à nouveau préciser son point de vue.

Mr Scoles (United States of America) pointed out that the suggestion he had made in Working Document No 11 was only concerned with the relevant time at which the connecting factor should be determined, and that was most relevant with respect to validity, because of the greater degree of freedom desirable with respect to contractual agreements. It was nevertheless clear that a more restrictive approach must be taken to the determination of the law governing the effects of such contracts. A suitable limitation would be that only the law applicable to succession under the Convention would govern the effects of the contract. Mr Scoles agreed that Working Document No 11 could not be accepted in its present form, and therefore suggested that the problem be taken up by the Drafting Committee.

Le Président estime qu'il serait peut-être préférable de discuter ultérieurement de cette question relative aux effets du pacte successoral.

M. Picone (Italie) entend répliquer aux objections formulées par Mme de Magalhães Collaço.

En premier lieu, il s'étonne que l'on puisse objecter à son système la prévision d'un délai trop court de deux ans pour la résidence habituelle, alors que l'avant-projet prévoit déjà la possibilité pour les parties de soumettre par une stipulation expresse le pacte successoral à la loi de l'Etat dans lequel la partie dont la succession future est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de l'accord.

En outre, il entend insister sur le fait que les questions de validité des pactes successoraux relèvent essentiellement du contenu du droit matériel applicable, tandis que le système conflictuel de rattachement en «cascade», proposé par sa délégation n'a pour but que de simplifier les rattachements utilisables pour une situation qui doit recevoir un traitement particulier, car elle obéit à une logique spécifique.

Au surplus, il lui paraît que la règle de sauvegarde contenue dans l'article 8.2 est un «verrou» suffisant pour dissiper les craintes exposées par la délégation portugaise.

Enfin, il indique qu'il n'est pas opposé à l'adoption d'un système plus fort de validation par la loi successorale (dans le sens que la loi successorale règle en tout cas les effets du pacte si elle le considère valable, même quand la loi applicable au moment de la désignation admet aussi cette validité), mais qu'il serait encore nécessaire de réfléchir à la question.

Le Président estime effectivement qu'une réflexion supplémentaire doit être menée ultérieurement.

Il souhaite pour le moment que la Commission prenne parti sur les systèmes proposés par M. Picone et par M. Scoles.

Par un vote de 14 voix contre (Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Japon, Pays-Bas, Portugal, Suisse, Tchécoslovaquie), 5 voix pour (Argentine, Danemark, Hongrie, Italie, Luxembourg) et 7 abstentions (Grèce, Irlande, Norvège, Pologne, Royaume-Uni, Suède et Venezuela), la proposition italienne contenue dans le Document de travail No 56 corrigé est rejetée.

Par un vote de 23 voix pour (Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela) et 3 abstentions (Irlande, Japon et Suède), la proposition américaine contenue dans le Document de travail No 11 est acceptée.

Le Président remarque ensuite que les dispositions figurant sous le *b* du paragraphe 1 ne posent pas de problème particulier qui ne puisse être résolu par le Comité de rédaction.

Il souhaite désormais que la discussion puisse s'engager sur le deuxième paragraphe de l'article 6 proposé par la délégation américaine, dont il croit deviner qu'il est destiné à adapter l'avant-projet en raison des solutions extensives adoptées en matière de *professio juris*.

M. Picone (Italie) estime qu'il est important que le rattachement à la loi successorale adoptée se réfère également à la *professio juris*.

Le Président lui répond que cette question pourrait être réglée par le Comité de rédaction le moment venu.

M. Lagarde (France) se demande s'il est bien raisonnable d'encourager les parties à «tirer une traite sur l'avenir» qui pourrait d'ailleurs se révéler éventuellement nuisible à leurs intérêts. La matière des pactes successoraux étant essentiellement contractuelle, sous réserve des particularités attachées à certaines institutions dans certains pays, il convient donc, dans ce domaine, que les parties puissent conclure un acte dont le régime juridique doit être connu avec le plus de certitude possible, ce qui n'est manifestement pas le cas si l'on acceptait le rattachement alternatif proposé par la délégation américaine. Il paraît donc à M. Lagarde que la matière ne doit pas subir le même traitement au niveau du rattachement «subjectif» que s'agissant de la *professio juris*.

Mr Philip (Denmark) further emphasized the distinction between validity and effects. There was no reason why a range of laws should not be available against which the validity of such contracts could be tested in the same way as was possible in respect of wills. The argument of

Mr Lagarde had more force in relation to the effects of a contract. The potential effects should certainly be known at the time of contracting. If a rule was introduced as a validating rule, then there should be identity between the rule designating the law by which validity should be tested and the rule designating the law which governed the effects of the contract. Often a particular rule was introduced in the interests of validation because the law otherwise applicable *had* no provisions concerning effects because a contract of this type was invalid. Mr Philip supported the United States proposal since he agreed that the principle of validation should be used. He nevertheless supported the view of Mr Picone that there were still drafting problems in order to make clear which law was really relevant.

The Chairman pointed out that since the second paragraph of article 6 was concerned with a chosen law this would inevitably govern both validity and effects. Mr Picone's point was not concerned with this question. There was no question of an invalid agreement later being validated, only the possibility that a valid agreement might be invalidated later under article 8.

Mr Philip (Denmark) agreed with the Chairman that the points he had made were relevant to paragraph 1 of article 6 rather than paragraph 2.

M. Picone (Italie) déplore que la proposition américaine contenue dans l'article 6, paragraphe 2, du Document de travail No 11, permette aux parties le choix entre quatre lois différentes.

Le Président rappelle à M. Picone que certains rattachements sont purement hypothétiques et que dans certains cas (cas d'un disposant en instance de changement de nationalité), la faculté prévue par la proposition américaine peut recevoir des applications pratiques assez intéressantes pour les disposants.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) estime que le parallélisme entre la *professio juris* et les pactes successoraux doit être confiné dans de strictes limites de nature à permettre que la prévisibilité demeure l'objectif primordial d'institutions relevant généralement de la matière contractuelle. Elle souhaite donc que la Commission en reste aux dispositions prévues dans l'avant-projet.

M. Struycken (Pays-Bas) exprime sa préoccupation de ce que la Commission harmonise d'une part les articles 3 et 4 et, d'autre part, les articles 7 et 8, et enfin, les deux corps de règles. Il fait d'ailleurs remarquer que les dispositions des articles 3 et 4 étant provisoires, il conviendrait que la Commission se réserve la possibilité de vérifier par la suite la cohérence générale du projet.

M. Picone (Italie) estime pour sa part que la «*rule of validation*» contenue dans son Document de travail No 56 était bien meilleure, étant donné qu'elle avait une portée générale, et que son adoption suffirait à donner une référence importante à la loi successorale qui s'applique *réellement* au moment de la mort, aux termes soit de l'article 3, soit de l'article 4.

Le Président croit pourtant avoir compris des travaux préparatoires que les dispositions contenues au paragraphe premier de l'article 6 excluent toute possibilité de choix et que dans le cas de rattachements subjectifs prévus au paragraphe 2 les parties devaient assumer les risques d'un choix que se révélerait infructueux en rai-

son de l'invalidité prononcée par le système législatif de référence.

A ce stade des débats, le Président souhaite savoir si cette interprétation prévaut au sein de la Commission et dit, qu'en toute hypothèse, il faudra que cette question importante soit clairement départagée. Il demande ensuite à l'ensemble des délégations de se prononcer sur le Document de travail No 11, en son paragraphe 2.

Par un vote de 7 voix contre (Espagne, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Suisse, Tchécoslovaquie), et 7 voix pour (Australie, Canada, Danemark, Etats-Unis, Japon, Norvège, Pays-Bas), et 12. abstentions (Argentine, Autriche, Belgique, Chine, Grèce, Hongrie, Irlande, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Venezuela), la proposition est rejetée.

Le Président exprime le souhait de voir les questions théoriques posées par ce Document reprises en seconde lecture.

Le Président souhaite ensuite que la Commission se penche sur le Document de travail No 49, contenant une proposition belge. Il demande donc à M. Pipers de bien vouloir soutenir la proposition de sa délégation.

M. Pipers (Belgique) entend résumer la position de sa délégation dont le souci est d'éviter des réserves trop importantes à l'application de la Convention, ou même la sanction de l'ordre public de la part des juridictions belges, car il précise que le droit civil belge interdit les pactes successoraux et les testaments conjonctifs. Aussi, afin d'éviter un rejet systématique du chapitre III par l'ordre juridique belge, il propose que l'on puisse, par la biais de l'article 8 proposé par sa délégation, envisager un concept de validité partielle lorsque la succession d'un Belge sera concernée par la conclusion d'un pacte successoral passé à l'étranger.

Il souligne d'ailleurs que cette proposition pourrait être reprise par d'autres Etats dont le droit positif était favorable aux successions contractuelles.

En outre, il estime que le paragraphe 2 de l'article 8 proposé par sa délégation aurait pour effet d'introduire une règle de cohérence destinée à gommer les effets néfastes des interférences «naturelles» existant entre les successions contractuelles et les régimes matrimoniaux. Enfin, il indique que la seconde partie du paragraphe 3 de l'article 8 proposée par sa délégation n'a maintenant plus d'objet en raison de la rédaction décidée par la Commission de l'article 4, paragraphe 1.

Le Président relève que la proposition belge n'est pas soutenue par d'autres délégations.

Il demande donc à M. Pipers de prendre position sur le retrait ou non de cette proposition.

M. Pipers (Belgique) entend préciser que sa proposition constituerait un *modus vivendi* de la part des pays dont le droit positif est défavorable aux successions contractuelles entre une attitude d'acceptation résignée (peu encourageante) et une radicalisation manifestée par le jeu des réserves au niveau législatif et celui de l'ordre public sur un plan judiciaire.

Le Secrétaire général se montre très sensible aux préoccupations exprimées par la délégation belge.

Néanmoins, il estime que le postulat qui a conduit à cette proposition lui semble erroné.

En effet, le Secrétaire général dit que par le passé la Cour de Cassation de Belgique a pris une position tout à fait favorable à l'égard d'un pacte successoral, affectant une masse successorale belge, passé en Allemagne et concernant un ressortissant allemand devenu belge.

Cette prise de position doit atténuer considérablement la position de la délégation belge. En outre, dans le même ordre d'idées, le Secrétaire général estime que le spectre de l'ordre public ne peut sérieusement être avancé à propos d'actes passés à l'étranger et régis par une réglementation étrangère favorable à l'institution.

Il serait exagéré, en effet, selon le Secrétaire général, qu'une institution inconnue, voire interdite en droit civil interne, ne puisse être reçue dans les rapports internationaux.

Il rapproche volontiers cette situation du trust pour laquelle, comme chacun sait, la Convention a réussi à concilier des points de vue dont on pouvait penser au départ qu'ils ne pouvaient se rallier.

Il insiste pour que l'orientation «internationale» de la Conférence soit consolidée à travers la notion de pactes successoraux.

Mr Philip (Denmark) wished it to be recorded that delegates objected to succession contracts being seen as contrary to *ordre public*, and was glad that this point had been made by the Secretary General.

M. Talpis (Canada) n'est pas favorable à la proposition belge en ce qu'elle concerne la limitation de la validité des pactes successoraux.

En revanche, le deuxième aspect de cette proposition pourrait recevoir un écho de la part de sa délégation (la règle de «cohérence» contenue au paragraphe 2 de l'article 8 proposée par la délégation belge), car une proposition en ce sens a été émise.

Le Président donne acte à M. Talpis de cette intention et renvoie les deux délégations à faire valoir leur point de vue lors de la discussion de l'article 10.

M. Pipers (Belgique) est d'accord avec le Canada pour insister lors de la discussion de l'article 10 sur les problèmes de cohérence entre les contrats successoraux et les régimes matrimoniaux.

Il entend également répondre aux arguments développés par le Secrétaire général, en indiquant que les successions contractuelles ne sont pas seulement inconnues en droit belge mais, plus encore, se trouvent être prohibées en vertu de l'article 1130 du Code civil belge.

Ce qui signifie tout naturellement que l'ordre juridique belge n'est pas disposé à donner effet à un pacte successoral passé à l'étranger, mais affectant la succession d'un Belge sur une masse successorale étrangère ou *a posteriori* belge.

Le Président attire l'attention sur la discrimination contenue dans la proposition belge, car il perçoit une différence de traitement entre les héritiers en fonction de leur nationalité.

Il indique d'ailleurs que de telles discriminations ne peuvent être valablement admises en l'état actuel des relations internationales. Il rappelle enfin que la règle de conflit doit, dans la mesure du possible, atténuer fortement, à défaut de pouvoir les gommer, les différences de droit matériel existant entre les Etats.

Il demande donc une nouvelle fois à M. Pipers de bien vouloir indiquer à la Commission si la délégation belge entend maintenir sa proposition.

M. Pipers (Belgique), non sans regret, et en l'absence de soutien de sa proposition par d'autres délégations, demande au Président de bien vouloir constater le retrait par la délégation belge de la proposition contenue dans le Document de travail No 49.

La séance est levée à 13 h.

Procès-verbal No 11

Minutes No 11

Séance du lundi 10 octobre 1988 (matin)

Meeting of Monday 10 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 35 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président souhaite la bienvenue aux membres des délégations qui viennent de rejoindre la Commission. Il tient particulièrement à remercier la délégation chilienne dont c'est la première participation à la Conférence.

Il se réjouit également de l'arrivée de Mme Beckman (International Bar Association), M. McClean (Commonwealth Secretariat) et M. Evans (Unidroit), car il rappelle que ces organisations ont joué un rôle important dans les travaux de la Commission spéciale.

Il souhaite enfin féliciter le Secrétaire général qui doit être reçu dans les jours qui viennent Docteur *honoris causa* de l'Université catholique de Nimègue.

Le Président ouvre ensuite la discussion sur les propositions américaine (Doc. trav. No 11) et danoise (Doc. trav. No 17) relatives à l'article 7, paragraphe 1 a, dont la rédaction est plus ou moins éloignée, selon les propositions, de celle retenue par la Commission spéciale dans l'avant-projet. Il demande au Rapporteur d'exprimer son point de vue sur les propositions débattues.

The Reporter referred delegates to paragraph No 50 of the Report on the preliminary draft Convention, which showed the views of the Special Commission in relation to the material validity of a multipartite *pacte successoral*. There had been a substantial vote in favour of a cumulative solution. With respect to revocation of such an agreement, there had been a narrow margin in favour of a cumulative solution. Also with respect to the effects of such an agreement it had been accepted that cumulation was necessary.

Mr Scoles (United States of America) explained that the aim of the proposal contained in Working Document No 11 in relation to articles 6 and 7 was to co-ordinate the choice of law position regarding contracts with the choice of law so far available under articles 3 and 4 of the Convention. There should not be a more restrictive approach to the applicable law in relation to contracts than in relation to succession to the estate in general. It was also possible that matters dealt with in a *pacte successoral* should be seen as *inter vivos* transfers which would render reference to the law governing the succession irrelevant.

Mr Philip (Denmark) was prepared to accept the United States proposal provided the same points were taken as had been taken in relation to the United States proposal for article 6 (see Minutes No 10). In relation to Working Document No 17, Mr Philip pointed out that at present an agreement of the type dealt with by article 7 was only

valid if its material validity was accepted by all the laws which, under article 3, would have governed the succession of each of the persons whose estates were involved if they had died on the date of the agreement. A cumulation of laws was therefore necessary. Under article 7, paragraph 2, however it was possible for the party to make a choice of law. In these circumstances it was sufficient for the agreement to be valid if it was valid under the chosen law. It seemed odd that where there was a choice of law a *pacte successoral* was valid if materially valid under that one law, whereas if there was no choice of law but the parties had still made an agreement which they intended to be valid, a cumulative application of laws was necessary to validate it. There was at the very least no reason why that agreement should be invalid for a person by whose law it was valid, even if it was not valid under another relevant law.

Moreover, it appeared that joint wills fell under this article. These could contain agreements having provisions regarding the estates of both parties, but there might also be provisions which affected the estate of only one party. There was no reason to invalidate these provisions if the joint will was valid by the law applicable to succession to the estate of that person under article 3. In the normal case the principle of validation would not lead to major problems, since the parties would usually be resident in the same State.

Le Président estime qu'il faut préalablement discuter la proposition danoise dont il pense que la solution cumulative qu'elle soutient suscite des incertitudes moins importantes que la proposition américaine, laquelle suppose que l'on attende le décès de toutes les personnes concernées par l'acte successoral pour prendre une position sur la validité de celui-ci.

Mr Mádl (Hungary) agreed that it would be preferable to consider the Danish proposal first. He was prepared to accept this proposal. In Hungary there was a strong principle in favour of validation of testamentary dispositions regarding the estates of several parties.

M. Talpis (Canada) soutient la proposition danoise, surtout si la Commission pouvait aboutir à une définition plus restreinte de la notion de pacte successoral.

M. Struycken (Pays-Bas) se prononce en faveur de la proposition danoise, car un rattachement cumulatif mettrait les parties dans l'incertitude pour un temps beaucoup trop long. Il souhaite ensuite que le paragraphe 1 *b* soit adopté en conséquence.

Mr Scoles (United States of America) noted that the main situation in which such agreements would occur was within the family, with the result that there would rarely be estates in different jurisdictions. However, there was also the possibility that this provision would cover business agreements, for example where one partner gave to another the option to purchase his share of the partnership on death. In such commercial situations, the goal of the Convention should be to maximize the validity of agreements. Therefore Mr Scoles was able to accept the Danish proposal.

Mr Rognlien (Norway) also supported the Danish proposal. However, he wished to express his concern about the question whether article 7, paragraph 1(*b*), would still be the same as in the preliminary draft Convention. He hoped it would remain the same, and therefore require a cumulative application of laws before revocation of such an agreement was possible.

The Chairman confirmed that article 7, paragraph 1(*b*), would be discussed further.

Mr Philip (Denmark) noted the opposition between the view of Mr Struycken, who wished to change paragraph 1(*b*) so that revocation was valid if valid under one of the relevant laws, and Mr Rognlien who wished to retain the cumulative solution. Mr Philip had no strong views on this question.

Le Président soumet au vote le Document de travail No 17 contenant la proposition danoise et constate que la délégation danoise ne serait pas opposée à ce que le texte qu'elle a proposé soit complété d'une «alternative temporelle».

Par un vote de 19 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, Hongrie, Irlande, Italie, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Tchécoslovaquie, Venezuela) et 10 abstentions (Chili, Chine, France, Grèce, Israël, Japon, Luxembourg, Pologne, Suède, Suisse), la proposition danoise contenue dans le Document de travail No 17 est adoptée.

Le Président met ensuite en lumière le problème qui pourrait se poser si aucune des lois en vigueur au moment de l'acte ne validait le pacte et qu'il faille alors attendre le décès d'un des disposants pour connaître du sort du pacte.

Il est donc absolument nécessaire que le Comité de rédaction se penche sur cette question, afin que la Commission puisse prendre position sur un texte amélioré lors de la seconde lecture.

Il demande ensuite aux délégations de débattre de la proposition allemande contenue dans le Document de travail No 19, qui tend à soumettre au régime de la révocabilité du pacte successoral l'une des lois désignées au paragraphe 1 *a*.

Il estime que si l'on devait suivre la proposition danoise qui vient d'être votée, il faudrait reprendre le rattachement qu'elle édicte.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) estime qu'en l'état actuel de la discussion, la motivation de la proposition de sa délégation est rendue difficile par les changements récemment intervenus pour la révocation du point *a*.

Il pense donc nécessaire de revoir le problème de façon approfondie, avec plus de recul, en ayant soin de respecter les deux idées suivantes:

- si l'une des lois valide le pacte, elle doit épuiser ses effets concernant la révocation;
- dans l'hypothèse inverse, la loi en question ne saurait bien évidemment traiter du problème de la révocation.

Le Président partage pleinement le point de vue de la délégation allemande en ce que le régime de la révocation doit obéir à une loi qui valide le pacte et ajoute que, pour des raisons évidentes, la loi désignée doit être celle qui valide le pacte au moment où il intervient.

Mr Philip (Denmark) pointed out that this approach would not work. If an agreement was valid under several laws there was no means of choosing which of these laws was relevant for the purposes of revocation. The same problem also applied in respect of the effects of the agreement. One possible solution might be to provide an order of preference as a means of choosing between potentially applicable laws. However, this would lead to considerable drafting problems.

The Chairman felt that a cumulative solution was necessary, but only as between the laws which had validated the agreement.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) estime que la Commission pourrait s'orienter vers une application alternative des lois validant le pacte au moment de sa conclusion.

Mr Philip (Denmark) agreed with Mr Pirrung on the question of revocation. However, this solution would not work with respect to effects.

The Chairman agreed that the question of effects would need to be discussed later.

Mr Rognlien (Norway) emphasized that it was important to look at the position of the beneficiary, especially where he had relied on the agreement. The beneficiary's position could be protected if it was necessary to look at all relevant laws to determine the validity of a revocation of the agreement. It was also possible to accept that a revocation would be valid if it was valid under the beneficiary's law. However, this would be hard to draft, and, in the absence of a concrete proposal, Mr Rognlien preferred the wording of article 7, paragraph 1(b), contained in the preliminary draft Convention.

M. Picone (Italie) s'interroge sur la portée réelle du vote de la proposition danoise. Il pense en effet que ce vote a été acquis alors que l'ensemble des délégations n'a pas véritablement compris quelles en étaient les implications.

Il rappelle à ses homologues que, lors de la dernière séance, la proposition italienne contenue dans le Document de travail No 56 a été rejetée parce que trop libérale en ce qui concerne la «validité» des pactes successoraux. Or, la Commission vient d'abonder dans un sens encore plus libéral avec l'approbation de la proposition danoise. Tout cela lui paraît incohérent, à tel point que le Président lui-même, comme c'est souvent le cas lorsque la discussion s'enlise, en a appelé au Comité de rédaction pour trancher le problème.

Aussi, puisque cette procédure semble être un passage dirigé, et nonobstant le fait que sa proposition ait été rejetée, il demande que le Comité de rédaction puisse prendre encore une fois en considération la «*rule of validation*» contenue au Document de travail No 56 corrigé.

Il lui paraît d'une façon plus générale que le morcellement des votes sur des questions isolées est dangereux, car il risque d'aboutir à détruire l'architecture générale et la logique d'ensemble de la Convention.

Il faut que les délégations aient bien conscience des implications logiques des votes qu'elles émettent.

Il conclut en indiquant que d'après lui la proposition de sa délégation contenue dans le Document de travail No 56, et notamment en ce qui concerne le troisième paragraphe dont la règle pouvait peut-être être transposée au même article 7 selon certaines modalités, respecte la cohérence d'ensemble du projet.

Le Président pense effectivement que la présence d'un rattachement alternatif pose des difficultés incontestables que le Comité de rédaction s'attachera tout particulièrement à régler en tenant compte des vues exprimées par la délégation italienne à travers la mise au point d'un nouveau projet de texte.

Mr Boggiano (Argentina) queried whether the Drafting Committee would take the vote on Working Document

No 17 into account, and the Chairman confirmed that this would be done.

Mr Scoles (United States of America) expressed the view that it would be helpful if delegates could ensure that the law referred to in paragraph 1(b) was also the law applied under paragraph 1(a). The validity of the revocation ought to be governed by the law applicable to determine the validity of the agreement.

Le Président rappelle néanmoins à la délégation américaine le vote négatif intervenu à propos du projet d'article 6.2 et demande à M. Scoles si la délégation américaine entend néanmoins maintenir sa position.

Mr Scoles (United States of America) noted that delegates were concerned with an express stipulation. Since such a stipulation fell within the field of contracts, delegates should strive to maximize its validity. An express stipulation should be valid if valid by the law of habitual residence or of nationality at the time of the stipulation or of death. This would be an appropriate validating rule.

Le Président rappelle effectivement que le vote intervenu sur l'article 6.2 lors de la dernière séance a vu le rejet *in extremis* de la proposition américaine.

Par un vote de 13 voix pour (Argentine, Australie, Autriche, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Hongrie, Israël, Japon, Mexique, Norvège, Pays-Bas), 1 voix contre (France) et 14 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Chili, Chine, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchecoslovaquie, Venezuela), la proposition américaine concernant l'article 7.2 (Doc. trav. No 11) est adoptée.

Le Président rassure ensuite certaines délégations sur le fait que le Comité de rédaction assurera bien évidemment la coordination des textes votés avec les options générales du projet, mais aussi en fonction d'autres dispositions particulières.

Il demande ensuite aux délégations de débattre de l'article 8 retenu par la délégation française (Doc. trav. No 14), mais se demande si le paragraphe 2 de l'article 8 de l'avant-projet garde sa raison d'être après l'extension dans le choix du droit applicable en matière de *professio juris*.

M. Picone (Italie) indique qu'en toute hypothèse la rédaction du premier paragraphe de l'article 8 doit être adaptée à l'évolution des dispositions précédentes depuis l'avant-projet. Car les références aux articles 6 et 7 ne suffisent plus à refléter les situations envisageables.

Le Président est d'accord pour admettre avec M. Picone qu'une adaptation du texte serait nécessaire, mais que sa substance devrait bien évidemment être maintenue.

M. Hascher (France) est inquiet de l'évolution libérale prise par la Commission à travers les successions contractuelles dont la création et la révocabilité se trouvent, notamment par l'extension des rattachements, largement favorisées dans un sens qui pourrait porter atteinte aux droits des héritiers réservataires.

Il indique que la délégation française ne saurait aller au-delà d'une admission de principe quant à la validité des pactes successoraux, ce qui constitue déjà une concession importante, en adoptant des règles de conflit de lois trop libérales. Il pense donc, contrairement à ce qu'il a compris des propos tenus précédemment par le Président, que l'article 8 doit constituer un rempart in-

dispensable à la liberté par ailleurs concédée, que la délégation française entend d'ailleurs renforcer par la proposition contenue dans le Document de travail No 14.

Le Président entend faire remarquer à la délégation française que son propos n'a pas été de préconiser la suppression du paragraphe 2 de l'article 8, mais simplement de signaler que sa suppression pourrait être la conséquence logique de l'adoption de la proposition danoise. Il demande ensuite à M. Hascher si la proposition contenue dans le Document de travail No 14 tend à permettre à un héritier, partie à un pacte successoral, de revenir sur les dispositions prises dans cet acte, en excipant de droits réservataires.

M. Hascher (France) confirme l'interprétation faite par le Président de la proposition française.

M. Picone (Italie) se déclare opposé à la proposition française, qui ne lui paraît pas très logique. Il rappelle que la finalité de l'article 8, paragraphe 2, est uniquement de préserver les droits des tiers. Par conséquent, selon lui, si l'on voulait à travers cet article permettre à chaque héritier, même partie à l'accord, de remettre en cause le pacte successoral, on en revient à nier le principe de la validité de ces institutions.

En outre, la délégation italienne entend soumettre au Comité de rédaction une proposition du paragraphe 2 de l'article 8, afin de l'adapter aux principes sur lesquels la Commission a déjà pris position.

Le Président estime effectivement que le paragraphe 2 doit susciter une intervention du Comité de rédaction pour rendre ce texte cohérent avec ce qui a déjà été voté.

Mr Philip (Denmark) agreed with the Chairman that in view of the decision taken on *pactes successoraux* it was probably illogical to retain article 8, paragraph 2, but it might nevertheless be useful to retain it. With reference to the French proposal Mr Philip was certainly not averse to the protection of those with indefeasible shares, but thought that the protection proposed here was unsuitable. The *de cuius* already had the option of choosing between various laws to govern an agreement. Therefore within the area of those laws he could defeat otherwise indefeasible interests. It would be strange now within the scope of the same subject-matters to make this restriction. If the *de cuius* himself made a will choosing an appropriate law he could also defeat a claim to an indefeasible share. Mr Philip also wished to emphasize that the purpose of such agreements was often not to take a share away from one heir and give it to another heir. Instead, their purpose might be to distribute assets in a way which was not possible on a unilateral basis under the applicable law. For example, under Danish law it was not possible to determine which assets would go to which heir within the scope of the rule on indefeasible shares. Therefore it would be helpful if parties could agree on a division of assets in advance. If the French proposal was accepted therefore Mr Philip expressed the view that it should be restricted to the quantum of a share and not of its content.

M. Lagarde (France) estime qu'il n'y a aucune contradiction, non seulement à maintenir les dispositions contenues dans le deuxième paragraphe de l'article 8 de l'avant-projet, mais encore à le renforcer par une protection plus grande des héritiers réservataires ayant participé à la conclusion d'un pacte successoral. Si la propo-

sition française peut paraître aller à contre-courant de la tendance exprimée par la Commission vis-à-vis des pactes successoraux, à bien y réfléchir, elle n'est qu'une réponse au libéralisme accru imprimé par la Commission aussi bien en matière de *professio juris* qu'en matière de pactes successoraux.

Autrement dit, la proposition française n'est que le pendant des dispositions libérales prises par la Commission à d'autres égards. M. Lagarde fait remarquer que le système préconisé par la délégation française au sein de l'article 8, paragraphe 2, n'est pas une remise en cause du principe même de la validité des pactes successoraux. Il entend également insister sur le fait que sa délégation a consenti un effort important pour l'admission de ce principe, car le droit français demeure fidèlement attaché à l'institution de la réserve et prohibe le pacte sur succession future.

M. Lagarde déplore l'accélération subite et exagérée du déroulement des travaux de la Commission, qui ne permet pas à l'ensemble des délégations de prendre réellement conscience des problèmes posés.

Selon lui, le vote acquis par la délégation danoise relativement au Document de travail No 17 est la parfaite illustration d'un empressement assurément préjudiciable, car il est peu probable que les délégations aient accueilli la proposition danoise en pleine connaissance de cause.

Mr Rognlien (Norway) pointed out that it was difficult to decide on an appropriate system in Chapter III of the Convention when it was not clear whether the agreement on succession required the beneficiary to give consideration. If the beneficiary did not undertake any obligation himself then there was no need to favour him with special protection. If he had given consideration, then he needed protection. This point required clarification.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) s'associe pleinement à l'amertume de M. Lagarde concernant le déroulement des débats et les conditions dans lesquelles le vote danois a été obtenu.

Il pense que de tels procédés condamnent la future Convention à rester lettre morte, car l'équilibre trouvé par la Commission spéciale est maintenant rompu et les Etats contractants non satisfaits auront recours à la réserve qui leur permet, en l'état du texte, de refuser l'application du chapitre III.

Mr Goldwater (Israel) supported the French proposal. Under Israeli law such agreements were invalid and he felt that those with indefeasible interests should be protected whether or not they were parties to a *pacte successoral*.

Mr Hayton (United Kingdom) noted that the worrying part of the French proposal was the fact that it might permit fraud. He admitted that discussion of this question might be impeded by inadequate understanding of the various legal systems which might be relevant. He gave an example of the type of situation which he found troubling. If a son agreed with his father that he would give up his right to a share in the inheritance if that share was given to his children, it would surely be wrong to permit him later to insist on his share and thus benefit twice over. Mr Hayton queried whether systems which made provision for *légitime* had some means of preventing such fraud.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) est également très sensible aux observations faites par M. Lagarde sur le déroulement des débats. S'il est vrai que les textes

importants à tous les égards doivent être débattus par étapes successives, une réflexion approfondie doit précéder leur adoption.

Elle remarque ainsi que dans l'état actuel des choses, la cohérence voudrait que l'on rejette la proposition française.

Pourtant, elle n'est pas convaincue de la justesse de ce point de vue. Elle suggère donc qu'un vote «indicatif» puisse avoir lieu, car s'il est vraisemblable que l'on s'oriente vers un rejet, il importe que le Comité de rédaction tienne compte néanmoins des préoccupations françaises.

Le Président rassure Mme de Magalhães Collaço en lui indiquant que les décisions qui sont prises en première lecture ne revêtent par définition aucun caractère définitif.

Mr Scoles (United States of America) suggested that the French proposal was inconsistent with other parts of the Convention. Reference had been made to problems of *professio juris*, but *professio juris* was a unilateral act whereas here there was an agreement which the parties would expect to be binding. The Convention accepted that parties ought to be able to contract. There might be problems in determining whether an alleged agreement was real, but once agreement had been reached the parties should be bound by it.

M. Lagarde (France) entend souligner, pour faire suite aux objections formulées par M. Hayton, qu'en droit français par exemple, les libéralités reçues s'imputent sur la réserve, de sorte que l'héritier qui a reçu une libéralité n'a en principe aucun intérêt à agir à l'encontre de celle-ci dans l'espoir, vain en l'occurrence, de recevoir une part beaucoup plus importante.

Cette règle empêche donc l'utilisation frauduleuse de l'article 8, paragraphe 2, proposé par la délégation française.

The Reporter made a plea that delegates would give a mandate to the Drafting Committee to discuss these matters thoroughly. Chapter III had taken on a very wide scope and had become extremely complex, and the Drafting Committee required room for manoeuvre.

Mr Philip (Denmark) requested that the Drafting Committee should be considered as a kind of Special Commission and thus be able to reconsider the whole structure of Chapter III.

Le Président opine dans le sens indiqué par M. Philip sur la procédure à suivre concernant le chapitre III. Il propose que le vote puisse avoir lieu sur la proposition française.

Par un vote de 8 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Italie, Japon, Royaume-Uni), et 8 voix pour (Canada, Chine, France, Israël, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse, Venezuela) et 13 abstentions (Argentine, Australie, Chili, Espagne, Grèce, Hongrie, Irlande, Mexique, Norvège, Pologne, Portugal, Suède, Tchécoslovaquie), la proposition française contenue dans le Document de travail No 14 est rejetée.

Le Président estime que le résultat obtenu donne d'autant plus de liberté au Comité de rédaction pour prendre en considération les opinions de tous bords.

Il remarque ensuite que l'article 9 n'a donné lieu à aucune proposition particulière.

Il demande pourtant aux délégations si elles souhaitent faire valoir un point de vue au sujet de cet article.

Mr Scoles (United States of America) referred to his introductory remarks on Chapter III (see Minutes No 10). He was genuinely concerned about the scope of the Chapter. His concern related to the possible effects of the Convention on business agreements (for example where one partner gave another an option to purchase his share in the partnership on his death or the example of multiple party accounts). These should not be included in the scope of the Convention. It was crucial that commercial contracts be excluded since lending institutions in the United States would be opposed to its application to such contracts, and it would therefore not be possible to recommend that Chapter III be accepted. Mr Scoles had no concrete proposal to make but hoped that the Drafting Committee would bear these problems in mind.

Le Président souhaite qu'effectivement il puisse être trouvé par le Comité de rédaction une formule plus «positive», c'est-à-dire permettant une définition plus générale des institutions qui se trouvent reprises dans cet article.

Mr Struycken (Netherlands) recognized that article 9 of the Convention was extremely important to the United States delegation. It seemed to be in the wrong position in Chapter III. It should be made clear that article 9 was subject to the restrictions of *pactes successoraux* in civil law countries. Thus if a civil law country made a reservation with respect to Chapter III of the Convention it could still apply article 5, paragraph 2, to questions of succession where United States assets were involved. An example of a situation giving rise to problems might be a Dutch citizen who went to live in the United States and made a three-party arrangement with an American bank as to the disposition of his savings. He then returned to Holland. If the United States Court were obliged to apply such law to the agreement it would find that such a *pacte successoral* was contrary to Dutch law.

Le Président rappelle à la Commission l'existence du Document de travail No 19 relatif à la nécessité évoquée par la proposition allemande d'inclure de façon expresse les testaments conjonctifs dans le domaine d'application du chapitre III.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) indique que c'est en raison d'un problème de qualification interne que sa délégation a souhaité l'inclusion des testaments conjonctifs dans le champ d'application des successions contractuelles.

Bien entendu, M. Pirrung laisse le soin au Comité de rédaction de trouver une meilleure formulation, qui reprend bien évidemment la proposition tenant compte d'autres avis manifestés éventuellement par d'autres délégations, à propos d'institutions difficilement qualifiées dans leur droit interne.

Le Président constate que la proposition allemande ne pose pas de problèmes particuliers qui ne puissent être résolus par le Comité de rédaction. Il demande donc ensuite aux délégations d'évoquer les questions posées par l'article 9.

Mr Philip (Denmark) supported the German proposal. He had doubts about the explanation in the Report on the preliminary draft Convention in paragraph No 44, and would like clarification of the position if the German proposal was rejected. Would mutual wills still be included within Chapter III of the Convention?

The Reporter made a note of the need to clarify the

differences between different types of mutual wills in the Report on the Convention.

Mr Scoles (United States of America) was unhappy with the wording of the proposal. Any will might be revoked, but a contract concerning the same assets might continue to be effective. It would be strange to say that the revocation of a will was subject to articles 7 and 8. This was to ignore issues of form and power of testation, for which the governing law might be different. Mutual wills might be subject to a contract, but it was not necessary that they should be so subject.

The Chairman noted that in some systems this interdependence might exist, and the problem would arise under those systems.

Mme Revillard (France) entend rappeler que la délégation française ne voit aucun inconvénient à l'inclusion des testaments conjonctifs dans le chapitre des successions contractuelles, au même titre d'ailleurs que pourraient l'être les donations de partage et les donations de biens à venir.

Concernant plus précisément l'article 9, elle indique que le droit français ne contient pas a priori de dispositions matérielles pouvant s'opposer à l'adoption de cet article. Elle précise en effet que, s'agissant des comptes joints, les problèmes qui se posent en France sont plutôt liés à des questions de pouvoir entre époux qu'à des problèmes successoraux proprement dits.

En ce qui concerne les contrats d'assurances, le droit français connaît une règle claire qui distingue les hypothèses dans lesquelles le contrat prévoit ou non la désignation des bénéficiaires, en sorte que l'article 9 ne pose pas de problème particulier, d'autant plus que la règle existant en matière de contrats d'assurances devrait, au plan matériel, être appliquée aux plans de retraite.

Enfin, elle indique qu'en droit français la tontine est analysée comme un contrat conditionnel aléatoire ne pouvant être assimilé à un pacte successoral.

M. Picone (Italie) estime que le Comité de rédaction devrait réfléchir à l'élaboration d'une formule générale qui permette d'embrasser le plus grand nombre de situations possibles, en faisant par exemple référence aux cas dans lesquels c'est la loi qui confère directement des effets aux manifestations des parties. Cela va d'ailleurs dans le sens de la proposition allemande concernant les testaments conjonctifs, analysés en Allemagne comme deux ou plusieurs actes unilatéraux liés par le fait de la loi.

Le Président constate que la proposition allemande recueille l'assentiment général. Il invite cependant le Comité de rédaction à se pencher sur les améliorations rédactionnelles suggérées par certaines délégations. Le Président met alors en discussion l'article 10 de l'avant-projet.

The Reporter explained that article 10 provided for the application of another law to testamentary trusts. He wondered whether article 10 ought also to include *inter vivos* trusts but said that he would reserve his comments on this point for the Drafting Committee.

Le Président constate que, en l'absence de toute intervention relative à ce texte, celui-ci doit être considéré comme adopté en première lecture. Il passe alors à l'étude de l'article 11. Il énumère les différentes propositions faites par les délégations (Doc. trav. Nos 16 et 58), et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter stated that article 11 was discussed in paragraphs Nos 60 to 62 of his Report. In those comments he said he pointed out the lengthy discussion which had taken place in previous Commission meetings concerning whether article 11 should contain a reference to the *situs*. He felt that the real question was how one should particularize the assets which should be exempted from the Convention.

The Chairman requested that Mr Scoles introduce the proposal contained in Working Document No 13.

Mr Scoles (United States of America) introduced his proposal which appeared in Working Document No 13. He said that the present language of article 11 allowed exceptions to be placed on 'economic, family or social considerations'. He felt that this was too broad a ground and that a judge could use this article in order to incorporate the laws of his own State which he might find more appropriate. He realized that there were certain rules that a State may never wish to have changed such as matters of land use or development, but that these requirements should be more closely defined. General economic considerations of family life is rather too wide and imprecise and therefore very difficult to apply. He felt that a specific reference to 'the particular use, occupancy or development of the asset' would be more precise and obviously deal with developmental and environmental considerations.

He suggested that an alternative approach might be to use the idea of mandatory provisions as although these are still a little unclear they would be more predictable than any idea of family and economic considerations.

Le Président demande au Délégué mexicain d'introduire la proposition contenue dans le Document de travail No 16.

Mr Siqueiros (Mexico) introduced Working Document No 16 by saying the exclusion or total exclusion of the *lex situs* from these rules was a sensitive issue. He explained that for many years Mexico had prohibited foreigners from owning land along Mexican borders or sea coasts and that similar rules were applied to the ownership of certain shares in particular industries for example the electricity industry and nuclear power stations. He explained that the reasons behind these prohibitions were political and economic and that these rules were so important that they formed part of the Constitution of the State. He realized that some people would argue that such restrictions were included under the application of public order (*ordre public*) but explained that his country wanted to avoid the necessity of turning to *ordre public* too frequently. He realized that there was already a mandatory rule in the Convention but felt that the provision needed clarification and that inclusion of a specific rule was of use.

Le Président donne la parole à la délégation néerlandaise, afin qu'elle introduise la proposition contenue dans le Document de travail No 58.

M. Struycken (Pays-Bas) précise que sa délégation a voulu harmoniser le texte de la Convention avec celui de la Convention des Communautés européennes portant sur la loi applicable aux contrats, tel qu'il résulte de l'article 7, paragraphe 1, de cette Convention.

Le Président demande que lecture soit faite du Document de travail No 61, puis donne la parole à M. Hayton.

Mr Hayton (United Kingdom) introduced his suggestion in Working Document No 61 by saying that he felt the contents were self-evident, but that to put certain people's minds at rest a number of lawyers in the United Kingdom felt the position should be spelt out. He had therefore suggested that devolution of land with title should be excluded either by being mentioned in an article of the Convention or by the position being clarified in the Report.

The Reporter requested that Mr Hayton explain what he meant by his proposal as it might not be self-evident to civil lawyers.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that in Britain land sometimes devolves with a title, so if the title of Duke fell to someone there might be lands which might devolve with that title. The titles generally passed down to the first-born son. In certain cases, he explained, only the title would pass but in others land would pass with the title. He explained that it was a narrow area and would not touch many succession cases, but felt that it ought to be clarified either within the present Convention or, failing that, at least in the Report.

The Chairman asked whether, if an explanation appeared in the Report, this would suffice.

Mr Hayton (United Kingdom) replied that it would.

Mr Scoles (United States of America) suggested to the Reporter that it be made clear that titles referred to titles of nobility and not land titles. This he felt would prevent any misunderstandings.

The Reporter agreed that that would be done.

M. Lagarde (France) demande au Président si la discussion sur l'article 11 doit être considérée comme étant ouverte et s'il peut, par conséquent, intervenir.

Le Président répond qu'avant de déclarer ouverte la discussion au fond, il souhaite encore mentionner la proposition australienne contenue dans le Document de travail No 60 qui annule et remplace le Document de travail No 37. Il ouvre alors la discussion sur l'article 11.

M. Lagarde (France) souhaite rappeler, au sujet de la proposition mexicaine, que, lors des travaux antérieurs en Commission spéciale, deux textes différents étaient incorporés dans l'avant-projet de Convention. L'un d'eux a été maintenu sous la forme de l'article 11 de l'actuel avant-projet, tandis que l'autre, qui a été abandonné, était précisément relatif aux lois dont la teneur n'était pas spécifiquement successorale. Il remarque qu'aujourd'hui la délégation mexicaine propose l'introduction d'une disposition du type de celle qui avait été abandonnée antérieurement, relative aux lois de police non successorale; il ne s'estime pas fondamentalement défavorable à la prise en considération de telles lois de police par la Convention, mais souhaite, dans le cas où une telle solution serait adoptée, que la disposition figure dans un autre texte que celui de l'article 11, qui est, lui, exclusivement relatif aux lois successorales. Quant aux restrictions portées à l'application de telles lois successorales, souhaitées par le Délégué des Etats-Unis, il souligne que pour la délégation française, de telles restrictions supprimeraient la correspondance désirable entre l'article 11 d'une part et les objectifs des pays qui, comme la Pologne, la République fédérale d'Allemagne ou la Belgique, connaissent de telles législations protectrices de l'entreprise artisanale, commerciale, voire in-

dustrielle, d'autre part. Pour lui, la question la plus délicate reste celle soulevée par la proposition néerlandaise de ne retenir les dispositions visées par l'article 11 que si celles-ci se veulent applicables à l'exclusion de toute autre loi. Il insiste sur le fait qu'une telle solution ne répondrait pas aux préoccupations de la délégation française. En effet, il constate que les dispositions visées par l'article 11 ne se présentent pas nécessairement comme des lois de police et peuvent éventuellement être écartées par la volonté du disposant. Ainsi, on risquerait, par exemple, de voir la loi nationale du défunt applicable à la dévolution d'une entreprise artisanale en vertu de l'article 3 de la Convention, simplement pour la raison que le législateur français, par exemple, n'a pas donné aux textes spéciaux régissant la dévolution de telles entreprises la forme extérieure d'une loi de police. Une telle disposition risque donc, par un effet secondaire, de pousser les législateurs à adopter des lois de police strictes là où aujourd'hui l'objectif est suffisamment respecté par le jeu de lois laissant une certaine liberté au disposant.

Mr Philip (Denmark) stated that he was against the amendments suggested and said that his reasons were the same as those of Mr Lagarde.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) opine dans le même sens et rappelle que les observations écrites de son pays soulignaient que le Rapport devrait préciser que les dispositions visées par l'article 11 n'étaient pas nécessairement des dispositions contraignantes. Il se prononce donc contre la proposition contenue dans le Document de travail No 58.

M. Struycken (Pays-Bas) prend note des observations des délégations française, danoise et allemande, mais avoue mal discerner le raisonnement qui les sous-tend. Après avoir constaté que l'article 11 permet d'écarter la loi désignée par le mécanisme normal de la règle de conflit conventionnelle, il se demande pour quels motifs la loi normalement applicable doit être écartée. Il répond que, dans la mesure où il faut chercher à éviter, autant que faire se peut, le fractionnement successorale, seul le cas où l'on est en présence de lois de police, internationalement impératives, peut justifier une atteinte à l'unité successorale. En définitive, il se dit étonné d'entendre que des règles supplétives puissent s'appliquer en dépit de la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle.

Le Secrétaire général souligne que jusqu'alors la question, face à ces législations relatives à certains biens qui, pour des raisons économiques, ne doivent pas être morcelés, ne s'est jamais posée dans les termes dans lesquels la nouvelle Convention amènera les juristes à se les poser. En effet, c'était la loi française (par exemple), en tant que *lex situs* qui jusqu'alors s'appliquait systématiquement dans ce genre de cas. Après l'entrée en vigueur du nouveau texte conventionnel, il faudra effectivement s'interroger sur la qualification à donner à de telles règles, qui à cause du principe d'unité, ne s'appliqueront plus en vertu de la règle de conflit générale.

Mr Boggiano (Argentina) said that he understood the problems raised by the Netherlands delegation's proposal in Working Document No 58 but felt that in the context of the present article 11 it was unnecessary to clarify the point. He felt that article 11 in the draft Convention was sufficiently clear and therefore the wording added by Working Document No 58 was unnecessary.

M. Picone (Italie) considère que la proposition néerland-

daise n'est pas dépourvue de mérite, et estime qu'elle dit explicitement ce que l'article 11 actuel sous-entend implicitement. Pour lui, il ne faut pas être plus royaliste que le roi: pour que les dispositions puissent s'appliquer, il faut qu'elles veuillent s'appliquer. Le contraire serait paradoxal.

Mr Siqueiros (Mexico) said he felt that the consensus of any vote would be against modification of article 11. He also said that he had followed the argument put by Mr Lagarde with great interest, especially when Mr Lagarde said that he would not oppose the Mexican idea as long as it did not appear in article 11. He stated that he would not insist that it be put in article 11 but if it were not he was not sure where it would appear in the Convention. He stated that he did not mind where it went but expressed a wish that it appeared somewhere.

The Chairman agreed with Mr Siqueiros when he said that *ordre public* should not be referred to too often but nonetheless felt that the problems expressed by the Mexican delegation would be better dealt with by that means.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) interprète l'article 11 de l'avant-projet de la même manière que M. Picone. L'application de la loi de situation ne doit avoir lieu que si cette loi demande à s'appliquer. D'ailleurs, selon l'article 11, si la loi du *situs* n'exige pas son application, la Convention, en désignant une loi différente, «ne lui porte pas atteinte». Pourtant, elle pense que la proposition néerlandaise ouvre la porte trop largement et souhaite, quant à elle, s'en tenir au libellé de l'article 11 de l'avant-projet.

Mr Duchek (Austria) said that he fully understood the wish of the Mexican delegation and agreed with the result they wished to reach. He questioned whether it was necessary to mention political policy in the Convention. He argued that if it were the law that a foreigner could not own land then this was a question of public law and not a question of succession, and therefore it should not appear in the Convention. He felt that article 11 should only apply to special inheritance requirements and that public law rules would not touch upon this. For this reason he felt that there should be no reference to public law rules which applied to foreigners but rather that they should appear in the Report where a statement supporting the position in the Mexican proposal could appear. He felt that if this were done the problems faced by the Mexican delegation would be answered. Furthermore, he felt that if the Mexican delegation's suggestion were to be made a part of the Convention then some other rules of public order which might also be important could appear to be left out, and therefore appear less important. He felt that this was an undesirable result, and therefore suggested that Working Document No 16 be rejected and its contents merely mentioned in the Report.

Mr Goldwater (Israel) felt that the *loi de police* and security provisions should fall under *ordre public* in article 14.

Mr Siqueiros (Mexico) stated that if his ideas were clearly expressed in the Report he would withdraw his proposal.

Mr Scoles (United States of America) was sympathetic to the suggestion made by Mr Duchek but said that his problem was slightly different from that mentioned. He was worried about the possible extensive construction

of the terms found in article 11. He said that if the Report made it clear that those terms were to be construed restrictively and their intended application was clarified, he would also withdraw his proposals.

Mr Struycken (Netherlands) stated that he intended to retain his proposals and wished for a vote to be taken on them.

Le Président, constatant que MM. Scoles et Siqueiros retirent leurs propositions et que M. Struycken maintient la sienne, propose que l'on passe au vote sur la proposition contenue dans le Document de travail No 58.

Par un vote de 15 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Chili, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Israël, Japon, Portugal, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie), 14 voix pour (Australie, Canada, Chine, Etats-Unis, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Venezuela) et aucune abstention, la proposition est rejetée.

Le Président propose alors aux délégués de passer à l'étude du Document de travail No 60, remplaçant le Document de travail No 37. Il donne la parole au Délégué australien.

Mr Edwards (Australia) introduced his delegation's proposal set out in Working Document No 60. He said that the proposal reflected a considerable concern in some provincial governments in Australia that the application of the Convention would prevent the application of their family law provisions. He felt that his proposal was very confined. He said it was suggested in order to recognize that Australian states do not have forced family shares like those provided for in the Convention, but rather they allow a close relative to apply for provision to be made for him out of an estate. The family member had to request the court to make provision for him and, unlike the family regime procedure, it was not a matter of right which the court would always order. He explained that what he was worried about was that a choice of law might deliberately be made by the testator in order to exclude his family from a share in the provisions. He realized there was an agreement that such a situation might be covered for some States by *ordre public* and he hoped that his provision would be acceptable to such Member States in recognizing that for them it only spelt out what might otherwise occur under *ordre public*. He said that where a testator had chosen a law which specifically excluded the family, Australian courts should be allowed to take the exceptional course of being permitted to provide for the family. He said he commended Working Document No 60 to the consideration of delegates and in so doing stressed its narrow application. As the Commission had already shown its willingness to help the protection of family rights he hoped his proposal would be acceptable.

Le Président note que cette proposition ne joue que pour la loi du for saisi et au cas de déclaration de l'Etat du for au moment de la ratification.

The Reporter said he had sympathy with this proposal as it was a problem that arose also in Canada. He asked whether it did not go to the root and branch of the Convention. He argued that if the Convention wanted unity it could not permit such a provision. He said that the whole point of the Convention was to restrict choice to the area with which the deceased was most closely connected, and that either a country should trust the

law with which the deceased was most closely connected to rule the sharing of the estate, or they should not ratify the Convention. He felt that that was the choice of the Australian delegation, but said that he had perhaps misunderstood the idea.

Le Président reconnaît qu'en Suisse un choix de la loi est bien possible dans le testament, mais qu'il doit porter sur la loi de la nationalité du disposant au moment du décès. Il considère que la proposition australienne résulte au contraire de la plus grande largesse de la Convention concernant les possibilités de choix de loi.

Mr Talpis (Canada) said he was sympathetic to Working Document No 60, but saw the problems which might arise. He felt that the main difficulty had been pointed out by the Reporter. He said however that he saw Working Document No 60 simply as a crystallization of public order, and felt it was a valuable proposal to be used when the Convention led to unjust results. He therefore supported the proposal.

M. Picone (Italie) s'estime en parfait accord avec le Président quand il dit que la proposition australienne est une conséquence de l'élargissement de l'éventail des lois offertes au disposant souhaitant faire une *professio juris*. Il avoue que cet élargissement préoccupe d'autres délégations que la délégation australienne et demande s'il ne serait pas possible de repousser la discussion et le vote à plus tard, de façon à ce que ce problème puisse être réglé par une disposition plus générale. Il estime qu'en l'état des travaux, il aurait, quant à lui, les plus grandes difficultés à se prononcer sur la proposition australienne, dans la mesure où, si, au fond, il n'est pas contre l'idée qui la sous-tend, elle risque toutefois, telle qu'elle est formulée, de produire des effets trop larges et dangereux.

Mr Duchek (Austria) felt that acceptance of the proposal would not substantially undermine the system which had so far been constructed in the Convention. He argued that if a law existed which went wholly against the rights of spouses or of children and under which they were not protected at all, then this would be a matter for *ordre public*. If that was what the provision was trying to put forward, he felt that it would not undermine the Convention. He therefore agreed with the analysis made by Mr Talpis. He also felt that if without such provision some States would not be able to ratify, then such a provision should be included so as to increase the likelihood of ratification.

Mr Hayton (United Kingdom) said that he sympathized with the Australian problem and with the injustices and difficulties that might arise. He pointed out that an English lawyer might feel that if Scots law had to apply to his client's estate an injustice would be done, because each law had different rules of family share, and that of course the contrary position might happen. In such a situation provisions such as appear in Working Document No 60 might help, but he argued that if such a provision were accepted it was an indication of the insular nature of the State. If we expect other States to respect our provisions then we should be flexible enough to respect theirs. If we return to a position of saying that our laws apply wherever we think that your law is unjust, then this would drive a coach and horses through the whole Convention. He felt that this was too broad an exception, and therefore it should not be passed. Furthermore he was somewhat worried about the explanations of public order which had so far been given. He felt that if *ordre public* was wide enough to cover the

examples given in Working Document No 60 then possibly *ordre public* should not be included in the Convention either as this would attack any certainty which might otherwise have been reached and would attack the whole tenet of the Convention. He realized that clearly political considerations should be able to be taken into account under public order, but that if the present Working Document could also fall under *ordre public* then it would give rise to major problems. He felt very strongly that delegates had so far tried to build up a sound and workable Convention and that they should therefore follow this to its natural conclusion.

Mr Keane (Ireland) had sympathy with the Australian suggestion because in Irish law the rights of children were not indefeasible shares but only discretionary. On the other hand, he said he appreciated the difficulties pointed out by Mr Hayton. On balance he felt that the difficulties which might arise would probably be dealt with best under *ordre public* and agreed that the Australian suggestion was too wide.

He stated that he hoped that a solution could be found under the auspices of *ordre public* but if this were not possible it would not prevent Ireland ratifying the Convention.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) considère que la proposition australienne n'envisage le problème qu'elle tente de régler que du point de vue d'un juriste de *common law*, alors que les États de droit civil emploient d'autres moyens que ceux proposés ici pour régler le même problème. Il s'affirme donc contre cette proposition.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se dit fermement opposée à la proposition australienne. Pour elle, en effet, si l'Etat du for veut se réserver l'application de sa propre loi chaque fois qu'une solution injuste pourrait lui sembler résulter de l'application de la loi désignée par la règle de conflit, l'on ne peut plus parler véritablement d'«unification». Dans ces hypothèses, c'est aux mécanismes de l'ordre public et aux autres outils spécifiques prévus dans des dispositions particulières de la Convention de jouer ce rôle.

Mr Philip (Denmark) warned against the adoption of this suggestion and also against the thinking that the idea in Working Document No 60 was anything like *ordre public*. He argued that Working Document No 60 was much more far reaching than was *ordre public*. He said that within Working Document No 60 there was no need for the deceased to have had any relationship with the State mentioned in that document. The only necessity was the presence of some individuals who were connected with the deceased and some assets present in that country. This meant he argued that a distant relative could go to the country where there were some assets and ask for help. He argued that such a wide exemption should not be allowed under this Convention and that it was not a true representation of *ordre public*.

Le Président se demande s'il ne faudrait pas distinguer les cas où la loi désignée par le disposant présente toujours une attache actuelle avec la situation juridique (par exemple la loi nationale du disposant au moment de la *professio juris* qui serait toujours sa loi nationale au moment du décès), auquel cas la proposition australienne ne s'appliquerait pas; et, au contraire, le cas où le disposant a choisi la loi de sa résidence habituelle, puis est parti s'installer ailleurs pendant 20 ans et est décédé en cet endroit, auquel cas la clause de sauvegarde lui semble plus justifiable. Il propose de repousser les discus-

sions et le vote à la prochaine séance de la Commission II de façon à laisser le temps aux délégations pour une réflexion mûre. Il précise que d'autres propositions d'aménagement de la solution conventionnelle en cas de résultat injuste ont été déposées, en particulier avec les Documents de travail No 48 et No 34. Il rappelle enfin que la prochaine séance de la Commission II aura lieu à 15 h. le lendemain et que l'on essaiera d'y étudier les articles 12 et 13.

La séance est levée à 13 h.

Procès-verbal No 12

Minutes No 12

Séance du mardi 11 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Tuesday 11 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 10 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président annonce la signature, par le Canada, de la Convention de La Haye de 1984 sur la loi applicable au trust.

Le Secrétaire général en profite pour annoncer l'adhésion du Canada à la Convention de La Haye de 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Le Président précise que les propositions relatives aux tempéraments que l'on pourrait apporter aux résultats découlant de l'application de la loi successorale seront étudiées ensemble plus tard. Il fait un rapide bilan des travaux du Comité de rédaction, en précisant que celui-ci a mis au point les articles 1 à 5, ainsi qu'un texte sur les pactes successoraux, en application des pouvoirs élargis qui lui ont été attribués par la Commission au cours des précédents débats. Il propose de passer maintenant à l'étude de l'article 12 de l'avant-projet et demande au Rapporteur d'expliquer ce texte.

The Reporter informed the delegates that article 12 was discussed in his Report in paragraphs Nos 63 to 66. He explained that this article attempted to deal with the problem which arises when there is no heir under a testamentary disposition nor any physical person who would, by operation of law, be an heir. At this time

there could well be two possible laws which could apply namely the *lex situs* or the law applicable under articles 1 and 4. The solution which was considered most effective by the Commission last year was that the *lex situs* should decide the distribution of the estate. He said that he considered this result would work well and therefore he commended it to the meeting for its acceptance.

Le Président précise que l'on a sur ce texte deux Documents de travail, le Document de travail No 59 proposé par la Suisse, et le Document de travail No 63 proposé par l'Espagne. On se trouve donc, selon lui, en face de cinq solutions possibles: 1) la solution proposée par la première proposition suisse, 2) la solution proposée par la deuxième proposition suisse, 3) la solution proposée par la troisième proposition suisse et la proposition espagnole, qui sont proches, 4) le maintien du texte tel qu'il est rédigé actuellement, ou 5) sa suppression pure et simple. Il rappelle que la question traitée par cet article est une question quelque peu théorique, et qu'il vaudrait mieux éviter de la résoudre d'une façon telle que les ratifications de la Convention puissent être rendues plus délicates. Il donne alors la parole au Délégué suisse, afin qu'il explique le but de ses propositions contenues dans le Document de travail No 59.

M. Lescaze (Suisse) reconnaît que les problèmes des biens vacants ne se posent pas tous les jours en droit des successions, mais qu'ils sont irritants, car susceptibles de faire naître des litiges entre les administrations des différents Etats. La première solution, si elle modifie le droit commun des Etats, met en place un système qui permet aux Etats protagonistes de compenser les pertes qu'ils feraient à cause du *a*, par exemple, le jour où ils seront désignés par le *b*. Ce système a le mérite de la simplicité, puisque, si l'Etat sur le territoire duquel se trouvent les biens applique le système du droit régalien, il aura toujours le dernier mot, si l'article 12 *b* le lui laisse. En revanche, dans le cas où l'Etat sur le territoire duquel les biens se trouvent, n'applique pas le système du droit régalien, la préférence à la loi successorale est maintenue. Quant à la troisième proposition, il lui reconnaît un inconvénient, c'est qu'elle est globalement favorable à l'Etat appliquant le système de l'héritier du dernier rang: en effet, celui-ci bénéficiera des biens sis sur le territoire de tous les autres Etats, en vertu du *a*, et il bénéficiera des biens sis sur son propre territoire en vertu du *b*. L'avantage est un élargissement de l'application de la loi successorale.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) constate, quant à elle, que la rédaction actuelle de l'avant-projet est favorable aux Etats qui font jouer leurs privilèges régaliens d'occupation des biens sans maître. Elle trouve que la Convention devrait contenir une règle précisant la destination des biens en l'absence d'héritier venant au degré successible: pour elle il s'agit d'une question de succession et c'est donc la loi successorale qui doit trancher cette question. Elle appelle l'attention des délégués sur les différences de moyens qui existent entre sa proposition et la troisième proposition suisse; en particulier, elle rappelle que pour elle l'application de la loi compétente ne se fait jamais par analogie. Elle conclut en précisant que l'intérêt de sa proposition est le suivant: si la loi successorale qualifie l'Etat d'héritier du dernier rang, alors celui-ci récupère le bien. Si, au contraire, la loi successorale opte pour le système du bien sans maître, alors c'est l'Etat du lieu de situation qui l'emporte.

Le Président remarque qu'en substance la troisième proposition suisse et la proposition espagnole sont très proches. Il commence par demander si certains délégués

soutiennent la première proposition suisse. En l'absence de réponse positive, il considère celle-ci comme écartée. Il pose la même question concernant la deuxième proposition suisse qui reçoit le soutien de la délégation allemande. La troisième proposition reçoit le soutien de la délégation espagnole, la quatrième reçoit le soutien de la délégation néerlandaise. Le Président ouvre les débats sur ces trois propositions en précisant, pour le gain de temps, que la liste est limitée à six orateurs.

M. Lagarde (France) avoue avoir une préférence pour le texte de l'avant-projet. Il critique la seconde proposition suisse qui présente, à son avis, l'inconvénient de mettre en place une règle de conflit à deux étages, c'est-à-dire d'établir un genre de renvoi, qui n'est guère satisfaisant pour la Convention. Quant à la troisième proposition suisse, elle le gêne, dans la mesure où, selon lui, lorsque l'Etat du lieu de situation des biens souhaite appréhender les biens vacants, il le fait en vertu de ses droits souverains, d'une règle de droit public, qui ne peut être écartée par la Convention. De plus, cette proposition, en affirmant que l'Etat héritier sera celui de la loi successorale (article 12 *a*) pose une règle de droit matériel arbitraire, car la loi successorale ne désigne pas nécessairement comme héritier l'Etat de la loi successorale. Quant à la proposition espagnole, il considère qu'elle organise plus le conflit qu'elle ne le résout. Pour lui, si l'Etat sur le territoire duquel se trouvent les biens successoraux ne revendique rien, c'est la loi successorale qui doit jouer, à défaut de quoi l'on crée un conflit au lieu d'y mettre fin.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) adopte une position proche de celle de la délégation française. Cependant, pour lui, la deuxième proposition mérite d'être soutenue, car elle représente la seule alternative acceptable au texte de l'avant-projet. Le point positif de cette seconde proposition du Document de travail No 59 réside dans le fait que les réalités sont respectées. Même pour les Etats qui n'ont pas de privilèges régaliens d'appropriation du bien sans maître, c'est le lieu de la situation des biens qui influence la solution. Dans la mesure où elle adopte une telle position, la seconde proposition présente certains mérites pratiques. Pour d'autres solutions, c'est au contraire le résultat scientifique qui serait satisfaisant, mais en contradiction totale avec le résultat pratique souhaitable. Ceci posé, la délégation allemande tient à faire savoir qu'elle considère comme satisfaisant le texte de l'avant-projet, sous réserve qu'il ne devrait pas être strictement limité aux cas où l'Etat dispose d'un droit régalien.

Mr Scoles (United States of America) agreed that the Spanish proposal was theoretically sound and that it followed the central tenets of the Convention but said he supported the comments made by Mr Lagarde and Mr Pirrung when they argued that this article should be used to deal with practicalities.

He pointed out that if the Spanish proposal were to be accepted the State where the property was situated would have to call the State whose law would apply under articles 3 and 4, to inform them that property belonging to them was present within their boundaries. He noted that this type of action would be contrary to the revenue practices in most States. Similarly where bank accounts were concerned the normal practice would be to hold the account for a set number of years and if, during that period, it were not claimed, the right to its contents would be revoked and would devolve under that State's laws. He therefore argued that the practicalities involved in this problem dictated that the

Spanish suggestion was unacceptable and that it should therefore be rejected.

M. Voulgaris (Grèce) s'avoue favorable à la proposition espagnole: il reconnaît que la solution de l'application de la loi successorale a le mérite de la simplicité. Il considère, comme la délégation espagnole, que le droit de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le bien est un droit conditionné, qui ne peut être qualifié de droit public, mais qui reste, bien au contraire, un droit purement successoral, ce qui justifie le principe de l'application de la loi successorale. Il remarque d'ailleurs que l'Etat ainsi désigné aurait très bien pu hériter en vertu d'un testament. En définitive, pour lui, le système de l'article 12, tel qu'il résulte de l'avant-projet, semble beaucoup plus compliqué, et nécessite plus de construction que la simplicité de la proposition espagnole. C'est la raison pour laquelle il s'y déclare favorable.

Mr Siqueiros (Mexico) said it was interesting to note how the delegates had forgotten the fact that this area was discussed over almost a full day during last year's meeting and that the present draft was the result of that discussion. He admitted that the solution adopted in article 12 was not ideal but it was the least of all evils and therefore the best compromise. He referred delegates to the Report, and particularly, paragraph No 64, where the Reporter pointed out that the Commission had three choices – (i) the situs takes everything, (ii) the law of succession always prevailed, (iii) the situs takes immovables, as the law of articles 3 or 4 determines who takes immovables. He said that each of these possibilities was discussed at length last year and the solution reached appeared in draft article 12. He felt that this was still the best compromise, and therefore should be retained.

M. Picone (Italie) avoue sa perplexité face à la proposition qui consisterait à ne rien dire. Dans ce cas, la solution devrait logiquement être réglée par la loi successorale. La deuxième proposition suisse, qui va dans le sens d'une prévalence de la loi de situation du bien, a ses limites selon lui: elle aboutit à la mise en place d'une règle de conflit à deux étages comme l'a fait remarqué la délégation française. Dès lors, il ne reste plus en lice que la troisième proposition suisse et la proposition espagnole, d'une part, et, d'autre part, le texte de l'avant-projet actuel. Sur les propositions suisses et espagnole, étudiées ensemble, il reconnaît, que d'un strict point de vue théorique, aucun argument ne peut aller à l'encontre d'une prévalence de la loi de la succession. Contrairement à ce qui a été dit par la délégation française, il est fort possible que des règles de droit public existent, qui imposent à l'Etat l'application des principes de droit régalien; cependant, dès lors qu'elle a été ratifiée par un tel Etat, la Convention peut faire exception à ces règles de droit public. En outre, les deux propositions en cause permettent de résoudre tant les conflits négatifs que les conflits positifs. Ce qui le fait toutefois opter, malgré tout, pour la solution du texte de l'avant-projet, n'est pas un argument d'ordre théorique, mais d'ordre pratique, et notamment le fait que cette solution respecte mieux ce qui se passe au moment actuel. La solution se présente donc comme réaliste et respecte les solutions juridiques des situations où les biens sont situés dans un Etat qui n'est pas contractant.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) estime que les conventions sont précisément des instruments qui permettent d'aller au-delà des solutions actuelles moins bonnes, pour se diriger vers des solutions nouvelles meilleures, et que c'est précisément l'objet de sa propo-

sition que d'aller en ce sens. Elle reconnaît que les objections de la délégation française à la troisième proposition suisse et à la proposition espagnole sont fondées, mais seulement si l'Etat qui tranche la question par application des principes de droit régalien n'est pas signataire de la Convention.

Le Président propose que l'on passe maintenant au vote et demande aux délégués de se prononcer sur la suppression de l'article 12, conformément à la proposition No 4 de la Suisse contenue dans le Document de travail No 59.

Par un vote de 26 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie), aucune voix pour, et 2 abstentions (Suisse, Venezuela), la proposition est rejetée.

Le Président met ensuite aux voix la proposition espagnole du Document de travail No 63, en même temps que celle de la Suisse, troisième proposition du Document de travail No 59.

Par un vote de 21 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Danemark, États-Unis, Finlande, France, Hongrie, Israël, Japon, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), 3 voix pour (Espagne, Grèce, Suisse) et 4 abstentions (Argentine, Irlande, Italie, Portugal), la proposition est rejetée.

Le Président met alors aux voix la deuxième proposition suisse contenue dans le Document de travail No 59.

Par un vote de 22 voix contre (Argentine, Australie, Belgique, Canada, Chili, Chine, Danemark, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), 3 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Espagne) et 3 abstentions (Irlande, Israël, Suisse), la proposition est rejetée.

Le Président considère que l'article 12 restera donc dans la forme que l'avant-projet lui avait donné.

Mr Blomstrand (Sweden) pointed out that article 12 provided that a 'State or an entity appointed thereto by that State' would appropriate the assets of an estate and that in Sweden the Swedish general inheritance fund was the one to which property for which there was no heir would devolve. He wished to clarify whether that fund was an 'entity appointed thereto' under article 12.

The Chairman said that without knowing more about such a fund he did not feel that he could comment but asked Mr Blomstrand to explain how this fund functioned.

Mr Blomstrand (Sweden) explained that the general inheritance fund was a separate legal entity which was administered by a government department. He said that when there was no heir to an estate this body would inherit by operation of law. He further explained that the assets so accumulated were spent on children and young people or on handicapped people.

The Chairman explained that each State could nominate its own body as an entity under article 12 and therefore he assumed that the Swedish general inheritance fund

would be acceptable. He intimated that this should be mentioned in the Report.

M. Pipers (Belgique) souhaite faire une remarque concernant la rédaction.

Le Président lui demande de bien vouloir remettre une proposition écrite au Comité de rédaction et donne la parole au Président du Comité de rédaction sur ce point.

Mr Boggiano (Argentina) stated that if the question posed by Mr Pipers was not a point of substance the Drafting Committee would take it into account.

Mr Savolainen (Finland) stated that some countries had a law providing that the estate, under certain circumstances, could be divided amongst people who were close to the deceased. He assumed that article 12 would still permit this to happen.

Le Président ouvre les débats sur l'article 13 en signalant qu'il existe une proposition espagnole relative à un éventuel article 13 *bis*, qui ne sera discutée qu'avec les autres propositions concernant les corrections de résultats de la loi de succession. Cela indiqué, il signale que des propositions sur ce texte ont été formulées par la délégation française dans le Document de travail No 7, par la délégation italienne dans le Document de travail No 10 et par la délégation américaine dans le Document de travail No 12. Il précise que la proposition française a pour but de mettre en place un cas particulier d'application de la théorie du renvoi permettant une exception à l'article 3, tandis que la délégation italienne, d'après le texte du Document de travail No 10, permettrait un renvoi faisant exception tant au rattachement objectif qu'au rattachement subjectif, la proposition américaine allant, quant à elle, dans le sens d'une suppression pure et simple de l'article 13. Il donne alors la parole à la délégation française.

M. Lagarde (France) explique la proposition contenue dans le Document de travail No 7, en précisant qu'elle s'inspire d'une idée développée lors de la Commission spéciale par la délégation italienne. Cette proposition tente d'apporter une solution satisfaisante au problème des rapports entre les Etats tiers à la Convention et les Etats parties. L'idée qui inspire cette proposition est que la Convention actuelle a pour but de créer un espace de droit international privé uniforme, qui, autant que faire se peut, doit éviter de détruire d'autres plages d'uniformité existant pour l'instant et fonctionnant de façon convenable. Certes, il reconnaît que, plus il y aura d'Etats qui seront parties à la présente Convention, moins la disposition qu'il se propose de faire introduire dans la Convention aura l'occasion de jouer. En revanche, dans la période intermédiaire, pendant laquelle on dénombre peu d'Etats contractants, il estime qu'il serait souhaitable d'éviter de créer des problèmes là où le règlement des successions, sur un plan international, se déroulait en principe sans difficulté. Pour justifier sa proposition, il se propose de l'illustrer d'un exemple. Il prend le cas d'un Turc dont la résidence habituelle se trouve en République fédérale d'Allemagne depuis plus de cinq ans au moment de son décès. Or, ce Turc disposait de quelques sommes d'argent ou de biens quelconques en France et il se trouve que c'est, pour cette raison, en France que la question de la succession va s'ouvrir. Par hypothèse, la Convention est applicable en France. Le juge français, en appliquant la Convention, constatera que c'est la loi allemande qui régit la succession. Dans le cas où l'Allemagne est partie à la Convention, mais non la Turquie, alors ce sera la loi allemande

qui s'appliquera à l'ensemble de la succession et, dans ce cas là, aucun problème ne se pose. Si, au contraire, l'Allemagne n'a pas ratifié la Convention, le texte conventionnel oblige la France à appliquer la loi allemande; or le droit international privé allemand renvoie à la loi turque, Etat non contractant par hypothèse, qui accepte sa compétence. Donc, dans ce cas, il lui paraît souhaitable que la France, qui n'est pas principalement intéressée par le règlement de la succession, n'applique pas la loi allemande dans le cas où l'Allemagne d'une part, la Turquie d'autre part, présentant eux un contact assez fort avec la situation, seraient d'accord pour l'application du droit turc. Quant aux différences entre la proposition française et la proposition italienne, le Délégué français considère qu'elles sont assez importantes, puisque, d'après le Document de travail No 10, l'exception pourrait non seulement aller à l'encontre de l'article 3, mais aussi à l'encontre de l'article 4. Or, pour la France, admettre qu'un tel système puisse corriger un cas de *professio juris*, c'est risquer de tromper les prévisions du disposant. Enfin, le Délégué français note que dans sa proposition, contrairement à ce qui est indiqué à l'article 2 de la Convention, ce n'est pas «la loi successorale» qui ne s'applique pas, mais bien «la Convention», même si la loi qu'elle désigne est celle d'un Etat non contractant.

Le Président croit pouvoir conclure des signes de tête de la délégation italienne que celle-ci est en parfait accord avec la France, pour restreindre le cas d'application de l'article 13 au rattachement objectif de l'article 3.

M. Picone (Italie) confirme l'interprétation du Président, en insistant sur le fait que sa proposition ne concerne effectivement que l'exception au rattachement objectif, contrairement à ce que, reconnaît-il, le Document de travail pourrait laisser penser, mais conformément à ce qui avait été dit sur ce point dans le Document contenant les observations de son Gouvernement. Il renvoie, pour le principal de son argumentation, aux développements de la délégation française. Il précise que sa proposition a pour but de régler un conflit de systèmes, de faire prévaloir l'uniformité des solutions et d'éviter de créer des conflits, là où ils n'existent pas. Il reconnaît quant à la question de savoir quelle est la place idéale d'une telle proposition, soit à l'article 13, soit à l'article 3, que c'est une question secondaire qui peut, en toute hypothèse, être laissée à la compétence du Comité de rédaction.

Le Président demande au Délégué italien s'il supprime aussi les termes «Etats non contractants» dans le Document de travail No 10.

M. Picone (Italie) répond par l'affirmative.

Mr Scoles (United States of America) explained that it was exactly the problems raised by Mr Lagarde and Mr Picone which had led his delegation to suggest that article 13 ought to be deleted. He explained that in the United States under the Uniform Probate Code section 2 (201) (a) the spouse of a deceased person domiciled in that State should receive a third of the augmented net estate, but that under paragraph (b) the spouse of a deceased person not domiciled in that State shall receive whatever share the law of the State of domicile of the deceased decided. Therefore he said that there was no provision covering non-domiciliary roles but rather an express reference to somewhere else. He felt that such problems would be common not only amongst states within the United States of America but also amongst States internationally. He thought that the present article would give rise to complexities of renvoi and partial

renvoi and therefore argued that it would be much better to omit it from the Convention. He argued that similar articles had only very recently been included in any of the Hague Conventions and that as the development of renvoi in different States is proceeding at an uneven rate he argued that it should be left to each individual State to develop its own rules. He therefore argued that it was better to allow the Court in each State to try to apply the basic tenets of the Convention when problems of this sort arise rather than having a provision such as that in article 13. Each Member State could then choose whether renvoi would be admissible or not and this would permit the doctrine to develop naturally.

Le Président indique aux délégués que leur a été distribué le Document de travail No 70 qui contient la version corrigée de la proposition de la délégation italienne telle qu'elle leur a été présentée. En substance, il n'y a pas de différence. Le Président ouvre alors la discussion entre les trois solutions qui leur sont proposées: le maintien du texte de l'avant-projet, la suppression complète de l'article 13 comme le propose la délégation des Etats-Unis, ou la solution des délégations française et italienne qui conduit à admettre le renvoi de façon limitée. Il donnera la parole à trois orateurs en faveur de l'une ou de l'autre de ces propositions et à trois orateurs qui y seraient opposés.

M. Moura Ramos (Portugal) se déclare en faveur des deux propositions italienne et française, mais ne peut pas suivre, au contraire, celle de la délégation des Etats-Unis. Bien que comprenant les préoccupations de M. Scoles, il pense qu'il serait dangereux de ne rien dire dans la Convention en ce qui concerne la question du renvoi. Il se poserait alors inévitablement un problème d'interprétation de cette Convention par rapport aux autres Conventions de La Haye. Les propositions française et italienne ne présentent pas de grandes difficultés dans la mesure où elles conduisent à l'acceptation d'un renvoi assez limité.

M. Moura Ramos pense qu'on peut diviser deux catégories de situations. Si la loi tierce d'un Etat non contractant qui est déclarée applicable par un autre Etat non contractant dont la loi est rendue applicable par la Convention est celle de la situation des biens, il peut bien arriver que cette loi se considère elle-même comme la seule compétente. Dans ce cas là, il croit que le renvoi est bienvenu, une fois que l'application de la loi désignée par la Convention n'aurait aucune effectivité; il vaut mieux donc de se rallier à la seule solution qui est efficace. La proposition des délégations italienne et française va cependant plus loin, dans la mesure où elle admet le renvoi (de la loi d'un Etat non contractant à la loi d'un autre Etat non contractant) dès que cette dernière loi se tient pour compétente. Mais ici on est en face d'une situation d'harmonie juridique qui ne saurait être mise en cause par les règles de la Convention. Et c'est l'objectif des propositions française et italienne. Il conclut donc en faveur de l'admission de ces propositions.

Mme Zhang Honghong (Chine) déclare comprendre très bien les préoccupations des auteurs des propositions des Documents de travail Nos 7 et 70. Mais elle explique que le renvoi n'existe pas en Chine, que ce soit le renvoi au premier degré ou au deuxième degré. Sa délégation préférerait donc le maintien de l'article 13 de l'avant-projet.

Mr Boggiano (Argentina) wished to ask, on a point of clarification, whether the Italian and French proposals took into account assets located in the Member States

or not. He stated that the drafts appeared to restrict application to assets within non-Member States and made no reference whatsoever to assets within Member States.

M. Lagarde (France), pour répondre à la question posée par M. Boggiano, indique que, dans les deux propositions italienne et française, n'est pas considérée comme pertinente la situation des biens. Peu importe la situation des biens du moment que l'Etat contractant, par application des règles de la Convention, désigne la loi d'un Etat qui elle-même renvoie à la loi d'un autre Etat qui accepte sa compétence. Si les deux Etats non contractants connaissent un système de scission, la solution proposée par les délégations italienne et française se justifie d'autant plus. Il ne faut pas imposer une unité qui soit purement artificielle.

Le Président considère que cela reviendra souvent à appliquer la loi du *situs*. Mais telles qu'elles sont rédigées les propositions italienne et française ne conduisent pas nécessairement à un tel résultat.

Mr Hayton (United Kingdom) announced that he was in favour of the proposal made by the French delegation in Working Document No 7, which he felt had the same effect as the Italian proposal contained in Working Document No 70. He said that article 13, according to tradition (namely that in other Hague Conventions) excludes renvoi, however, he felt that in the matter of succession, renvoi was very useful. He quoted the example given by Professor Lagarde of two non-Contracting States, where a just solution was achieved by renvoi. He felt that this limited application of renvoi would be a good point of flexibility as opposed to the rigid rule of exclusion.

In relation to the proposal contained in Working Document No 12, by the delegation of the United States of America, namely to delete article 13 altogether, he explained that this marked a difference in the view between the common law and civil law States. He stated that private law States regard these points, such as appropriate person law, as falling within 'interpretation'. He felt that the same result would be achieved by the use of renvoi.

M. Struycken (Pays-Bas) soutient la proposition française.

Il ne veut pas reprendre l'exposé magistral qui a été fait par M. Lagarde. Il partage son opinion sur cette question. Il ajoute que si l'on acceptait la proposition de M. Scoles, on laisserait ouverte les mêmes possibilités. Mais il considère qu'il est préférable d'exprimer exactement ce qu'a voulu la Commission plutôt que de laisser le silence sur cette question dans la mesure où les autres Conventions de La Haye contiennent une disposition relative au problème du renvoi. Le silence risquerait de poser des problèmes d'interprétation.

Mr Philip (Denmark) stated that renvoi was not known in his country except under the Geneva Convention on bills of exchange, which he understood was to be revised. He felt that it would complicate matters here where a reasonable balance had already been found between the rule of nationality and that of domicile. He stated that his country had always used the principle of domicile and was only willing to change its position by way of the compromise being attempted here. He stated that he was against the French and Italian proposals and was in favour of the traditional rule that renvoi should not be applied in the Convention. He felt that merely leaving a blank, as suggested by the delegation of the

United States of America, would cause States to interpret this as the opposite of the Hague Convention tradition, namely that renvoi was therefore possible.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) considère que si, en principe, les propositions des délégations française et italienne sont attractives du point de vue général de la coordination des systèmes, elles ne le sont pas pour cette Convention. Le renvoi entraîne un correctif pour les critères de rattachement très rigides, comme dans son Pays la nationalité, mais il n'est pas nécessaire avec des rattachements aussi flexibles tels qu'on les trouve dans cette Convention. Pour elle, on doit exclure le renvoi dans cette Convention comme on le fait traditionnellement dans les Conventions de La Haye.

Mr Duchek (Austria) stated that there were many policy considerations against accepting the French and Italian proposals. He said that his Country used nationality as the connecting factor and that by adopting the Convention they would change this. He gave the example of an Austrian who had been resident for five years in country B. He stated that the result would be that in Austria country B's law would be applied to assets located in Austria. If country B were a State which follows the principle of nationality, the Austrian-based assets would be governed, from country B's point of view, by Austrian law. However, if the person concerned was not an Austrian but a national of country C and country C were, like country B, a State with the principle of nationality, then the law of country C would have to be applied to the Austrian assets of that person. He felt that this difference was not justified. He also mentioned that a Member State would be obliged by the Convention to follow the private international law rules of a non-Contracting State, and that that non-Contracting State would not be obliged under the Convention to control its private international law rules in any manner. He further stressed that the proposed rule would make it necessary to check the conflict of laws rules of country B and country C which would complicate the system to a very large extent. Finally, he made the point that it was difficult to determine which States were Contracting and which were not, as this could change easily.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) déclare ne pas être convaincu par les arguments présentés par M. Duchek. L'idée des propositions française et italienne est de parvenir à un résultat qui soit appliqué dans tous les Etats concernés. Ce résultat sera le même dans les Etats contractants et dans les Etats non contractants. Cette conformité de résultats dans tous les Etats concernés constitue un avantage certain pour les particuliers, essentiellement les héritiers.

M. Picone (Italie) répond aux arguments qui ont été présentés par les orateurs qui se sont prononcés contre sa proposition. En premier lieu, il a été dit que ce renvoi pouvait donner lieu à des incertitudes. Selon lui, ce point de vue est faux. Le système proposé conduit à n'admettre le renvoi que de façon très limitée. Il s'agit uniquement de régler un cas particulier de conflit de systèmes: deux Etats étrangers sont d'accord pour l'application d'une même loi. En deuxième lieu, le Délégué du Danemark a fait valoir que cette solution détruirait l'équilibre de la Convention. M. Picone déclare ne pas comprendre pourquoi. Il considère qu'il s'agit de poser une règle uniforme qui permettra à tous les Etats contractants d'arriver à la même solution.

En troisième lieu, M. Picone estime que les considérations qui ont été faites sur le contenu des critères de rattachement n'ont ici aucune importance. Ce qui compte

uniquement est l'uniformité. Il considère en quatrième lieu qu'il y a un certain chauvinisme à dire que cette solution serait une sorte de «prime» aux Etats non contractants. Certes, il préférerait que tous les Etats du monde ratifient la Convention. Mais dans la mesure où les Etats sont libres de ratifier, il pense que ces ratifications, pour la plupart des Etats, n'interviendront pas immédiatement. Il considère en conséquence qu'il ne faut pas être trop chauvin en voulant imposer nos solutions plutôt qu'en recherchant l'adaptation des solutions.

M. Picone estime par ailleurs que le problème n'est pas de rechercher ce que contiennent les législations nationales sur ce problème. Il rappelle que l'Italie ne connaît pas non plus le renvoi. Mais il considère cela comme n'ayant aucune importance, car ici le travail porte sur l'élaboration d'une convention. La seule question à se poser est donc seulement celle de savoir si la Convention va créer plus de disharmonie ou au contraire permettra de respecter l'harmonie. Ce serait, selon lui, aux dépens du réalisme et de la logique finale du droit international privé que de refuser le renvoi limité à l'hypothèse envisagée par sa délégation.

Enfin, il indique que certaines délégations avaient envisagé de faire une réserve en ce qui concerne l'article 2, c'est-à-dire le problème de savoir si la Convention serait ouverte ou fermée. Il souhaite que la Commission n'oublie pas que c'est l'autre face du problème. Il pense à cet égard qu'il vaut mieux avoir une convention uniforme plutôt que d'en limiter l'application en ce qui concerne les Etats tiers.

Il conclut en disant que sa proposition est conforme aux intérêts des personnes privées et conforme aux objectifs du droit international privé.

Mr Scoles (United States of America) stated that the term 'choice of law rules' did not clarify whether internal, external, first degree or second degree rules were intended. He felt that Mr Philip, Mr Lagarde and Mr Hayton assumed that the *internal* law of the relevant State included these 'choice of law rules'. He felt that the best solution would be to delete article 13 completely and leave the forum to develop their own rules for uniformity. He stated that the French and Italian proposals were also intended to create uniformity and that therefore the delegation of the United States of America would support them. However, he suggested adding the following paragraph to the end of the proposed article 13:

'In order to further the Convention's purpose of uniformity, the forum may accept a choice of law reference made by the State whose laws are applicable under the Convention.'

Le Président déclare la discussion sur ce sujet close. Il invite donc les délégués à voter sur ces propositions. Les délégués sont tout d'abord invités à voter sur la proposition des Etats-Unis contenue au Document de travail No 12.

Par un vote de 25 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Venezuela), 2 voix pour (Etats-Unis, Tchécoslovaquie) et 1 abstention (Hongrie), la proposition est rejetée.

Le Président invite maintenant les délégués à voter sur le principe des propositions française et italienne, sous réserve bien sûr des problèmes de rédaction.

Par un vote de 16 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Chili, Etats-Unis, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), 10 voix contre (Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Grèce, Japon, Mexique, Suède) et 2 abstentions (Australie et Pologne), la proposition est adoptée.

Le Président demande aux délégués s'ils désirent faire des observations sur l'article 2 de l'avant-projet.

M. Lagarde (France) indique que le Document de travail No 7 contenait une proposition de rédaction différente de l'article 2.

Le Président propose de renvoyer ce problème au Comité de rédaction.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) déclare que, à l'origine, sa délégation avait envisagé la possibilité de faire une réserve qui lui permettrait de n'appliquer que la loi d'un Etat contractant. Mais maintenant, il ne propose plus une telle possibilité de réserve.

Mr Philip (Denmark) stated that he regretted the result of the vote, and reserved to himself the possibility of proposing a reservation.

Le Président déclare que les problèmes posés par les articles 2 et 13 sont maintenant réglés. L'article 14 constitue une clause classique relative à l'ordre public. Il constate que les délégués ne désirent émettre aucune observation sur cet article 14.

L'article 14 est adopté.

Viennent ensuite les articles concernant les clauses fédérales. En raison de la complexité de cette question, le Président préfère remettre la discussion sur ce point à la séance de la prochaine Commission II. Il désire soumettre à la discussion des délégués une proposition des délégations espagnole et néerlandaise contenue au Document de travail No 57, qui remplace le Document de travail No 55. Cette proposition a trait à la question des comourants. Il donne la parole aux auteurs de cette proposition pour qu'ils fournissent des explications.

M. Struycken (Pays-Bas) déclare que le problème des comourants se rencontre de temps en temps en pratique. Il pense particulièrement aux accidents de la circulation dans lesquels les membres d'une même famille décèdent. Sa délégation, avec la délégation espagnole, a pensé qu'il serait utile de prévoir une disposition dans la Convention pour régler justement ce problème des comourants. Il indique que le texte du Document de travail No 57 est repris du texte de la Convention Benelux. C'est cette règle qui figure au premier alinéa de l'article Z. Le second alinéa précise que la règle matérielle de l'alinéa 1 ne s'applique que lorsqu'il existe vraiment un problème de droit international.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) déclare n'avoir rien à ajouter à ce qu'a dit M. Struycken, qui a parfaitement développé les arguments qui ont conduit leurs deux délégations à établir cette proposition.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) demande aux délégués d'insérer cette clause dans la Convention. Elle estime qu'une clause réglant cette question aiderait évidemment beaucoup les praticiens.

The Reporter reminded the Commission that Mrs de Jong had brought this point to the attention of the Spe-

cial Commission, and he felt that insufficient consideration had been given to it then. He therefore said he was glad it had again been brought to the Commission's attention today.

Mr Philip (Denmark) wished to ask how the situation which Working Document No 57 intended to combat could arise. He stated that if two people lived in the same country and were perhaps married, the administration of their estate, if they were to die at the same time, would be carried out by the same court. He asked if it was the intention that, internationally, courts must inform each other of the precise time of interrelated deaths.

Mr Struycken (Netherlands) replied to Mr Philip's question by stating that there were many accidents nowadays where many people were involved. He gave the example where A died one minute before B or vice versa, and stated that this could make a great difference in succession matters. Replying to Professor Philip, he said that an 'impasse' exists when A's and B's succession laws provide for different solutions. A rule of substantive law has to play a supplementary role where, in such cases, the method of conflict rules fails.

Mr Hayton (United Kingdom) said that he agreed that such a rule was necessary. He gave the following example: that in State A, X was treated as having died before Y, and therefore Y's property was transferred momentarily to X before his death. However, in State B the reverse was true. He felt that, in order to avoid this 'perpetual oscillation' of property between States, such a 'tie-breaker' clause was necessary.

Mr Scoles (United States of America) stated that he felt this point was one covered by rules of internal law, and that such laws were common throughout the world. He stated that in almost half of the States forming the United States of America, the rule was that one person must survive another by at least five days in order for an estate to pass to them. He said that he was not opposed to the suggestion in Working Document No 57 in principle, but felt that it was not a point for private international law but one for internal rules.

M. Voulgaris (Grèce) déclare que bien qu'il s'agisse d'une question relevant du statut personnel et non pas du droit des successions, il se rallie néanmoins à la proposition du Document de travail No 55. Cette question relève normalement du statut personnel puisque c'est la question de la fin d'une personne en tant que sujet de droit. Il faut qu'il y ait une règle substantielle soit directement, soit indirectement en faisant un renvoi au statut successoral ou à la *lex causae*.

Mr Goldwater (Israel) gave his support for what Mr Scoles had said, and stated that this matter was surely one for rules of substantive law and found no place here in the Convention.

M. Lagarde (France) se déclare également en faveur de cette proposition, mais il pose toutefois une question. Cet article contient deux alinéas. Le premier pose une règle matérielle. L'introduction d'une règle matérielle dans la Convention peut soulever des problèmes, mais en tout cas son application est assez simple. Le second alinéa subordonne l'application de cette règle matérielle à l'incompatibilité des solutions lorsque plusieurs lois successorales sont applicables. Il considère que ce deuxième alinéa est assez compliqué. Il rend la question plus difficile. Il propose que l'on supprime l'alinéa 2 de l'article Z.

Le Président se demande si l'alinéa 2 n'est pas au contraire nécessaire dans la mesure où lorsque les lois sont en harmonie, il n'y a pas de raison d'y déroger par l'application d'une règle matérielle conventionnelle.

M. Moura Ramos (Portugal) croit, comme le Président, qu'il est nécessaire de conserver l'alinéa 2 ou de l'intégrer dans l'alinéa 1. En effet, si les présomptions de survie sont les mêmes dans les différentes lois successorales applicables, il n'y a pas de raison d'y déroger.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) considère qu'on ne peut donner une règle matérielle sans indiquer les cas internationaux dans lesquels elle s'appliquera. L'objectif ici n'est pas d'unifier les droits internes matériels, mais simplement de régler la question lorsque les lois successorales applicables sont incompatibles ou ne donnent pas de solution. Pour lui, il faut donc en tout cas conserver l'alinéa 2 et il faudrait le préciser.

Le Président appuie l'intervention de M. Pirrung. Selon lui, si l'on accepte la proposition en son principe, il faudra le faire en précisant qu'elle ne s'applique qu'aux cas où il y a des lois successorales différentes.

Mr Siqueiros (Mexico) supported the views of Mr Scoles and Mr Goldwater, and felt that there were enough good substantive laws to cover this matter, which should not be included in the Convention.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) pense que c'est justement parce que les législations internes contiennent des règles différentes en ce qui concerne les comourants qu'il est nécessaire de prévoir une solution dans la Convention. Elle observe, par ailleurs, qu'il y a d'autres Conventions de La Haye qui contiennent également des règles matérielles. C'est également le cas de la Convention Benelux puisque la règle qui est proposée dans le Document de travail No 57 est, dans la première partie, calquée sur celle contenue dans la Convention Benelux. Elle observe par ailleurs que la question des comourants se pose réellement en pratique.

M. Struycken (Pays-Bas) déclare n'avoir rien à ajouter à ce qu'a dit Mme Borrás Rodríguez. Il invite seulement le Comité de rédaction à revoir le texte de sa proposition. Par exemple, on pourrait dire à l'alinéa 2 «lorsque les lois successorales ne contiennent pas de solution ou prévoient des solutions incompatibles».

Le Président répond à M. Struycken en disant qu'en effet le Comité de rédaction tiendra compte de sa proposition. Il invite alors les délégués à voter sur le principe de cette proposition, sous réserve des problèmes de rédaction.

Par un vote de 16 voix pour (Argentine, Australie, Belgique, Chili, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie), 10 contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Chine, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Israël, Japon, Mexique, Suède) et 2 abstentions (Canada, Venezuela), la proposition est adoptée.

Le Président indique aux délégués que leur ont été distribués les documents établis par le Comité de rédaction. Il demande aux délégués d'étudier spécialement le Document de travail No 71 concernant les successions contractuelles. Il rappelle que la prochaine séance de la Commission II aura lieu demain après-midi à 15 h.

La séance est levée à 18 h.

Séance du mercredi 12 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Wednesday 12 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président invite les délégués à reprendre la discussion sur les pactes successoraux. Il indique qu'a été distribué un Document de travail No 71, rédigé par le Comité de rédaction en français et en anglais, qui décrit les dispositions que pourrait comporter la Convention en cette matière. Il donne la parole au Rapporteur pour qu'il illustre le travail du Comité de rédaction. Il donnera ensuite la parole à M. Lagarde pour qu'il donne des explications en français.

The Reporter began by saying that some delegates had approached him stating that they were confused with the proceedings since Monday 10th October. He therefore wished to clarify matters by dividing his observations into three parts, concerning agreements as to succession.

(i) *Effect of the preliminary draft Convention.* He stated that Chapter I excludes formal validity, capacity of the parties and matrimonial property. He then said that Chapter III provides for the laws to govern material validity, revocability and effects.

(a) Where one estate is concerned: he said that the article 3 law applies where there is no express choice, and where there is a choice the article 4 law of the State of nationality or that of habitual residence at the date of the agreement applies.

(b) Where more than one estate is affected: he observed that the article 3 laws of *all* the affected estates must invalidate the agreement. Equally, he stated, that *all* those laws must permit revocation of the agreement, and the effects are only those where they are accepted by *all* these laws. However, he observed that the law of the State of nationality or that of habitual residence of any one person whose future estate is affected, can be chosen to govern the material validity, revocability, and effects. Concerning article 8, he stated that this protects the estate from the heir who seeks to claim under the agreement and also the will. Concerning article 9, he summarized that it sets out the specific substantive arrangements involving succession, the rights which do not arise solely on death.

(ii) *Decisions of the Drafting Committee*

(a) Concerning article 4, he said that the choice of law should be extended to include not only that of the State of nationality or of habitual residence at death, but the nationality or habitual residence at the time of making the will. He observed that if the testator's State of habitual residence and of nationality should both change before death, that person may have testamentary provi-

sions under any of those four laws.

(b) He reminded the Commission that by a substantial vote, they had decided that where one person's estate was affected by the agreement, that the applicable law should be the article 3 law either at the time of the agreement or at the death of the *de cujus*.

(c) He stated, however, that where the parties chose a law to govern the agreement and one estate is affected, the Commission had rejected the proposal that the chosen law might also be that of the State of nationality or habitual residence of the person whose estate was affected at the date of his death. He reminded the Commission that they had decided to keep this as the agreement date only.

(d) He stated that for article 7(1)(a), the Commission had voted to reject accumulation and to allow the article 3 law of *any one* of the parties whose estates were affected.

(e) As for article 7(2), he stated that a different position had been taken where a choice was being made and two or more States were affected, that is a different decision from the one previously made where a choice was being made and only one estate was affected. He stated that the decision was that where two or more estates were affected, the choice should be extended from the State of nationality or habitual residence law of any one of the persons whose State it affected, as of the time of the agreement, to include the same laws *at death*.

(f) Finally, he reminded the Commission of the decision to reject the proposal to amend article 8(2), which the French delegation had asked for in the light of the results.

He observed that these proposals had departed substantially from the preliminary draft and stated that the Drafting Committee had been particularly concerned to widen out the applicable law from the date of agreement to the date of death; to ensure that validity, revocability and effects were properly dealt with; and to allow single laws of validation instead of accumulative validation in the case of agreements where two or more estates were affected. He observed that this was very complex and was grateful that at this stage the Drafting Committee had been given Special Commission jurisdiction to proceed.

(iii) *The proposals of the Drafting Committee*

(a) He referred the Commission to Working Document No 69 and particularly to article 2 thereof, by which: form, capacity and matrimonial property were excepted. He then announced the Drafting Committee's proposal, that the former article 9 in Chapter III should be brought up and made article 2(d). He felt that by doing so, it would enable people to distinguish between contract and effects. He therefore stated that the Drafting Committee proposed to retain the original language of article 9 and add the phrase: 'or arrangements of a similar nature'. He stated that this phrase could be clarified in his Report, as to which arrangements were intended.

(b) He referred the Commission to Working Document No 71. He observed that the Drafting Committee Report would clarify the meaning of the terms 'mutual wills' and 'reciprocal wills' (article 6(2) dealing with the former, article 6(1) dealing with the latter). He explained that article 7(1) applied where there was no choice of law for the agreement, and stated that the words in brackets should be discussed. He stated that if under the law at the date of agreement, the agreement was invalid, then the succession law should apply and this to secure the validity of the agreement, which he felt was the Convention's intention. He then referred the Commission to article 7(2) in Working Document No 71 and indicated that the 'alternative' option had

been chosen in preference to the 'cumulative' option preferred by the Special Commission. He continued to read through the suggested proposals of the Drafting Committee contained in Working Document No 71 and finally observed that the former article 8 would remain and would become article 9 of the Drafting Committee's proposal. He concluded by saying that the intention of the Drafting Committee had been to try to capture the feelings expressed by the Commission as well as allowing simplicity for a notary or solicitor dealing with the Convention.

Le Président remercie vivement le Rapporteur pour toutes les remarques détaillées qu'il vient de faire. Ses observations étaient tout à la fois utiles et nécessaires.

M. Lagarde (France) déclare qu'après l'exposé si complet fait par le Rapporteur et après l'excellente traduction donnée par M. Bosman-Delzons, qu'il a écouté lui-même, il n'a presque plus rien à ajouter:

Il voudrait néanmoins insister sur le problème le plus difficile à son avis qui a déjà été évoqué par le Rapporteur et qui est celui de savoir si l'on devrait reconnaître la compétence de la loi successorale effective en ce qui concerne les pactes successoraux. Le deuxième alinéa de l'article 7, paragraphe 1, qui figure dans la proposition du Comité de rédaction entre crochets, concerne justement cette difficulté. M. Lagarde fait observer que le deuxième paragraphe de l'article 7 ne comprend pas la même règle. Selon lui, il faudrait en toute hypothèse, dans la Convention, que les deux situations soient réglées de la même façon. Il indique que si le Comité de rédaction a proposé une telle solution entre crochets, c'est qu'il y avait eu un vote en ce sens de la Commission. Mais le Comité de rédaction s'est rendu compte que laisser une place à la loi successorale effective conduisait à une impasse, puisque les personnes concernées par le pacte successoral vont le plus souvent mourir à des dates échelonnées. S'il faut alors attendre la mort de la dernière personne concernée, on arrivera souvent à retarder le règlement successoral de façon considérable. Pour sortir de cette impasse, une solution avait été envisagée consistant à ne retenir que la loi du premier mourant, c'est-à-dire celle de la première personne décédée dont la succession était intéressée par le pacte. Mais le Comité de rédaction a renoncé à une telle solution et cela pour deux raisons. La première est que retenir la loi du premier mourant ressemble un petit peu à la roulette russe. Cette façon de régler le problème n'est évidemment pas très satisfaisante ni non plus très logique. La seconde raison tient au fait que même en retenant la loi du premier mourant on n'aurait pas pu régler les questions qui peuvent se poser avant le décès d'une personne. Pour les pays de droit civil qui ne reconnaissent pas ce pacte, on étudie en général la validité au moment du décès. En revanche, pour les pays qui, au contraire, reconnaissent ce pacte, il peut y avoir un intérêt à l'invoquer avant même le décès. Peuvent se poser par exemple des problèmes relatifs à l'exécution de ce pacte.

Toutes ces difficultés ne pouvaient être réglées par la solution proposée entre crochets. C'est la raison pour laquelle le Comité de rédaction dans son ensemble a décidé de proposer à la Commission de supprimer cette phrase entre crochets.

Le Président illustre l'exemple donné par M. Lagarde: une personne promet à une autre de lui fournir logement et soins à condition qu'elle recueille sa succession. Dans ce cas, il est évident que le problème de la validité doit se régler dès le début.

Mr Scoles (United States of America) stated that the

redrafting of article 1, to include the former article 9, was a difficult thing to draft. However, he felt it was significant that the Commission were referring to an interest passing other than by the law of succession, for example a contract of pension payable at death, or a contract of insurance, the sum of which was payable to the executors. He felt that this redraft would improve the understanding for the superficial reader who read only the Convention, not the Report of the Reporter.

Le Président indique aux délégués qu'un Document de travail No 75 leur a été distribué. Il contient une proposition de la République fédérale d'Allemagne qui reprend une proposition qui avait déjà été faite au Document de travail No 19. Cette proposition qui vise à amender l'article 7 sera étudiée après la discussion sur l'article 6. Le Président ouvre alors la discussion sur l'article 6.

Mr Edwards (Australia) asked whether in Working Document No 71, article 8, it was intended to apply to an article 7(1) and (2) situation, namely by the words 'which any *one* of persons ...'?

The Reporter stated that this was indeed the case as 2 includes 1.

Le Président précise qu'à son avis il est évident que l'article 8 se réfère à l'ensemble de l'article 7, aussi bien s'il y a une seule succession que s'il y en a plusieurs.

Mr Scoles (United States of America) stated that up until the present he had assumed that an agreement as to succession would be in writing. He felt that the words 'in writing' should be included in the text of article 6(1).

The Reporter stated that he had assumed such an agreement as to succession could be oral and that this had been said on the floor previously.

Mr Philip (Denmark) said that it should be left to the law of the forum to decide whether there were any requirements of form for such an agreement as to succession. He stated that in Danish law, such an agreement as to succession would have to be in the form of a will.

The Chairman agreed with Mr Philip and stated that under Swiss law an agreement as to succession must be written by a notary. He stated that it would therefore be wise to only make a fixed rule as to form concerning *professio juris* and to leave the form of agreement as to succession open.

Mr Mádl (Hungary) felt that the question of formalities was an important one as in most countries oral agreements as to succession were greatly restricted in their validity. He therefore agreed with Mr Scoles' proposal that the word 'written' should be inserted into the text of the Convention.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) rappelle que lors des discussions de la Commission spéciale, un Document de travail avait été distribué proposant de soumettre également la validité formelle des pactes à la loi applicable à la validité matérielle et à la révocation. Selon elle, il faut en effet nouer la forme à la loi applicable au fond.

Le Président déclare que pour les testaments existe la règle *in favorem testamenti*. Mais il n'est pas sûr que cette règle devrait également s'appliquer aux pactes successoraux.

Mme Revillard (France) propose, pour régler cette question, de s'inspirer de l'article 3 de la Convention sur le trust. On n'exigerait pas que le pacte soit passé par écrit, mais il faudrait en revanche que la preuve en soit rapportée par écrit.

Mr Duchek (Austria) asked if any law existed which provided that an agreement as to succession should not be submitted to a particular form. He felt it was unnecessary to introduce this qualification expressly into the Convention. In addition to that he reminded that in article 1 the Commission had already excluded the application of the Convention from 'the form of dispositions of property upon death', which also covers the form of agreements as to succession.

The Chairman agreed that the point of necessary form for wills had already been dealt with indirectly.

Mr Scoles (United States of America) stated that the French suggestion was acceptable, namely that, as for *professio juris*, the agreement could be evidenced in writing.

The Reporter said that the Drafting Committee would discuss this point, namely whether the agreement after succession would have to be in writing or merely evidenced in writing.

Mr Philip (Denmark) observed that rules on the form of *professio juris* had already been established in article 8, but that the Convention had no rules on the form of wills. He felt that an analogy could be made with the *professio juris* designation dealt with in article 4.

Le Président partage l'opinion de M. Philip. Il pense, comme Mme Revillard, que l'on pourrait exiger que la preuve soit rapportée par écrit. Mais, selon lui, cela ne devrait concerner que la *professio juris*.

Mr Scoles (United States of America) referred to article 6(2) concerning mutual wills. He said that he would view this as applying to the obligations for mutual wills whereas the will itself was subject to the law of wills in other respects.

Mr Edwards (Australia) stated that he was troubled by the matter of mutual wills. He wondered whether this was intended to apply where there was merely an agreement outside and prior to the actual wills to have mutual wills, namely that the wills themselves contained no such agreement.

The Reporter replied to Mr Edwards' question by saying that yes the intention was to refer to the agreement whether within or without the wills themselves, and stated that many times an agreement can be deduced from the text of the wills.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) referred the Commission to article 6, paragraph 1, in Working Document No 71, and stated that the phrase 'with or without consideration' could be interpreted as pre-empting the validity of the agreement, an article 7 point. He therefore stated that something which satisfies the description might otherwise be invalid.

Le Président, constatant qu'aucune délégation ne désire faire d'observation sur l'article 6, déclare cet article adopté.

Il ouvre la discussion sur l'article 7 et donne en premier lieu la parole à M. Pirrung pour qu'il donne des explications sur sa proposition.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) présente tout d'abord ses excuses aux délégués pour la rédaction qui est, selon lui, loin d'être parfaite. En second lieu, il félicite le Comité de rédaction et le remercie vivement pour le travail qu'il a effectué et qui lui paraît extraordinairement bon. Le Comité de rédaction a su tenir compte de la discussion qui avait eu lieu et également a pris conscience des difficultés que soulevaient certains problèmes. Son travail est très éclairant. Sa proposition a simplement pour objectif de mettre en évidence des points qui lui paraissent poser des difficultés. M. Pirrung constate que l'effet principal d'un pacte successoral est son effet contraignant entre les parties. Mais un pacte successoral peut avoir également d'autres effets. Par exemple, une personne peut régler dans un pacte successoral des questions qu'elle pourrait également régler simplement dans un testament. Pour M. Pirrung, tous ces autres effets devraient relever de la loi successorale. Seul l'effet principal qui est l'effet contraignant du pacte échapperait à la loi successorale et relèverait de la loi applicable au moment où est fait ce testament. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la deuxième phrase de l'alinéa 2 du paragraphe premier de l'article 7. En ce qui concerne le paragraphe 2 de cet article 7, le changement qu'il propose revient en fait à ce qui avait déjà été auparavant débattu. C'est le problème du cumul du rattachement ou au contraire du choix d'un rattachement alternatif. La Commission s'était prononcée pour un rattachement alternatif. Mais M. Pirrung estime qu'il faut encore repenser à cette question. Il faut chercher à faire accepter le chapitre concernant les pactes successoraux par le maximum d'Etats et pour parvenir à cette fin, il croit qu'il serait préférable de revenir à un rattachement cumulatif. On reviendrait donc à la solution qui avait été retenue dans l'avant-projet. A son sens, cela simplifierait beaucoup les problèmes en matière de révocation.

Le Président déclare qu'en fait l'essentiel de la proposition de la République fédérale d'Allemagne est de soumettre à la loi successorale les effets du pacte. Seul l'effet contraignant du pacte relèverait d'une autre loi. Le Président se demande si, lorsque le pacte successoral porte sur l'ensemble de la succession, il est nécessaire qu'il y ait une loi pour régir la validité de ce pacte et une autre loi pour régler les effets du pacte. Par ailleurs, la proposition allemande rendrait superflu l'article 8, paragraphe 2, de l'avant-projet.

Mr Philip (Denmark) referred to Mr Pirrung's proposal, and stated that he was unsure whether he had himself understood it. According to his understanding, the effects of an agreement as to succession would be governed in article 7(1) and (2) by the law applicable to the succession. He stated that this would avoid scission in the estate, which would otherwise occur if there was application of the relevant law at the time of will and at the time of death. However, he felt that it was undesirable that a person making an agreement would not know if the purpose of it would be valid as it might not have the same effect under one law as under another law of succession. He stated that it was rare that the situation would arise as where a person went to the trouble of making an agreement, their lawyer would normally ensure that such an agreement was valid under the applicable law at the time of making the agreement. He said that he sympathized with Mr Pirrung's proposal, but would nevertheless back the Drafting Committee's proposal.

Le Président répond aux questions posées par le Délégué danois. Dans le projet du Comité de rédaction, l'en-

semble des questions soulevées par les pactes successoraux est réglé par une même loi. La question de la validité et celle de la révocation peuvent se poser avant le décès d'une personne. Mais quelle que soit la solution donnée à ces questions, la délégation allemande propose que ce soit uniquement la loi successorale qui régit les effets du pacte au moment du décès. Sinon, on arriverait alors à l'application de deux lois différentes. Le Président se demande si, néanmoins, le principal argument de M. Pirrung n'est pas déjà pris en compte par l'article 8, alinéa 2, du texte de l'avant-projet, puisque cet article prévoit le respect du droit des héritiers réservataires.

M. Lagarde (France) pense qu'il manque actuellement à la Commission des exemples concrets d'effets qui ne relèvent pas de la loi successorale. Il en a lui-même cherché et il pense que cela pourrait être le cas par exemple de la résolution pour inexécution. Selon lui, cette résolution devrait relever de façon certaine de la loi du pacte successoral. Il demande à M. Pirrung s'il veut bien donner des explications supplémentaires sur cette question.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) considère que le cas évoqué par M. Lagarde est visé lorsqu'il utilise dans sa proposition le terme de révocabilité. Il faudrait certainement appliquer la loi du pacte successoral au problème touchant la résolution pour une inexécution. En fait, toute la difficulté vient de l'ambiguïté de la notion «d'effet». Son idée est que tout ce qui est une conséquence du pacte successoral sur la succession doit dépendre de la loi successorale. Ce sont, en fait, les questions qui ne concernent pas la liaison principale entre les parties au pacte.

M. Vrellis (Grèce) estime qu'il y a deux sortes d'effets du pacte. D'une part, ceux du pacte en tant qu'accord. Comme M. Lagarde, il pense que ces effets ne peuvent être réglés que par la loi du pacte successoral. D'autre part, il y a les effets qui sont la répercussion du pacte successoral sur la succession. Cette seconde catégorie devrait relever de la loi successorale.

M. Picone (Italie) avait demandé la parole avant l'intervention de M. Vrellis. Compte tenu de ce qui a été dit par M. Vrellis, il n'a presque plus rien à ajouter. Il partage, en effet, totalement son opinion. Il voudrait néanmoins suggérer une solution. L'article 8, alinéa 2, de l'avant-projet prévoit que «l'application de la loi désignée aux articles 6 ou 7 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie à l'accord et qui, en vertu des articles 3 et 4, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée». Cet article constitue déjà une limitation des effets du pacte. Il se demande si l'on ne devrait pas insérer également cette limitation à l'article 7 en parlant de la validité et des effets entre les parties du pacte successoral. Il considère en effet que les répercussions du pacte successoral sur les tiers ne peuvent être soumises qu'à la loi successorale. Pour combiner les deux dispositions (article 7 et article 8), on pourrait préciser que les effets entre les parties sont réglés par la loi applicable au moment de la rédaction.

Le Président partage l'opinion de M. Picone selon laquelle une telle précision pourrait constituer une bonne solution. Néanmoins, il considère que cela ne réglerait pas totalement les problèmes évoqués par M. Pirrung. Dans la mesure où il y a encore beaucoup d'incertitudes sur cette question, il demande aux délégués de continuer à réfléchir, de leur côté, sur cette question. Il propose que l'on continue l'étude de l'article 7.

The Reporter stated that this was a point which Mr Scoles had made several times concerning the difference between contract and succession. He felt it was a point of great importance.

Mme Revillard (France) voudrait avoir une précision. Elle se demande si la loi applicable à la révocabilité s'applique également à la forme de la révocation. Elle a à l'esprit les problèmes posés par la révocation secrète. Cette révocation existe actuellement en France et est par exemple valable pour la donation de biens à venir. D'autres législations exigent, au contraire, pour la validité de la révocation, qu'elle soit connue de l'autre personne partie au pacte. Il lui paraît très important de dire, éventuellement dans le Rapport, que la loi applicable à la révocabilité s'applique également à la forme de la révocation.

Le Président déclare que cette question posée par Mme Revillard rejoint ce qui a été dit auparavant par Mme de Jong. Mais il rappelle que les problèmes de forme sont exclus du champ d'application de la Convention.

Mr Philip (Denmark) said that he was in agreement that a revocation falls within the definition of 'dispositions of property on death' and therefore the form of such is excluded from the Convention by article 1.

Mr Boggiano (Argentina) felt that the matter was a question of substance as the law concerning the revocation would impose the necessary form.

Mme Revillard (France) considère que la question qu'elle a posée portait sur un problème de qualification, un problème de fond. A son avis, il est impératif de mentionner dans le Rapport ce que l'on entend par «révocabilité».

Le Président estime qu'il est difficile de prévoir une disposition dans la Convention sur ce point. C'est, selon lui, à la loi applicable à la révocabilité de déterminer ce qu'elle entend par cela.

Mr Scoles (United States of America) was of the opinion that the law governing the succession itself should decide the form required for the revocation.

Le Président cite des exemples de législation différente en ce qui concerne la révocabilité des testaments. Le fait de déchirer un testament vaut, dans certaines législations, révocation de ce testament. Mais ce n'est pas le cas de toutes les législations.

M. Montt Dubournais (Chili) voudrait également savoir pourquoi on utilise ici le terme de révocabilité. Dans son droit, ce terme ne peut être utilisé que dans le cadre d'actes unilatéraux. Une révocation unilatérale ne peut, en effet, priver de tout effet un pacte. Il ne comprend donc pas pourquoi on utilise ici le terme de révocation.

Mr Boggiano (Argentina) reminded the Commission that they were dealing with an agreement on succession and therefore a contract which was not unilateral. However, he felt that the matter was not merely ruled by the law of contract.

Le Président est d'accord avec les orateurs précédents pour considérer qu'en matière de pactes successoraux le terme «révocation» est trop étroit, puisqu'il ne couvre pas tous les cas. Il faudrait utiliser un terme qui englobe également la résiliation.

Mr Philip (Denmark) stated that he was in agreement, namely that it depends on the applicable law whether one can revoke unilaterally or not. He stated that the Convention should therefore supply a choice of law rule and leave the details to the applicable law.

Mr Scoles (United States of America) stated that there seemed to be some confusion between a contract for consideration and mutual wills. He gave the example of A agreeing to leave his property to B if B would agree to distribute it between C and D equally. He suggested the phrase 'terminating the effectiveness' as being more appropriate, although he observed that the word 'revocable' was used for both situations by most American states.

Le Président se demande si l'on ne pourrait pas utiliser plutôt que le terme «révocation» l'expression «mettre fin au pacte». Il faudrait utiliser une expression assez neutre.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) a voulu utiliser le terme «révocation» dans son sens le plus large. Il précise qu'en Allemagne, pour l'annulation d'un testament mutuel qui contient des dispositions réciproques, il faut appliquer les règles qui régissent les pactes successoraux. Ces règles excluent la possibilité d'un retrait clandestin. Le retrait unilatéral n'est possible que si cela a été expressément prévu dans le pacte ou encore si l'un des contractants a eu une attitude telle envers l'autre que cela justifie un retrait.

Mr Savolainen (Finland) suggested that similar problems to those concerning the word 'revocability' also arose with the term 'effets'. He suggested therefore that something more precise should have been said and that article 5 could be used as a model, namely a description of the meanings. He stated that this was a mere suggestion for the Drafting Committee.

Le Président, pour clore la discussion, demande si les délégués seraient d'accord pour que le Comité de rédaction retienne une expression plus large, comme celle de «mettre fin» ou encore «*terminate*».

Il précise que la question de terminologie relative au mot «révocabilité» doit être renvoyée au Comité de rédaction. Il ouvre alors les débats sur le paragraphe premier de l'article 7, tel qu'il résulte du Document de travail No 71.

M. Picone (Italie) se dit satisfait de constater que la proposition du Comité de rédaction reprend pratiquement pour l'article 7, paragraphe 1, le contenu de la proposition italienne contenue dans le Document de travail No 56. Il insiste sur le fait qu'on est ici en présence d'une «*rule of validation*». Si la loi applicable en général ne valide pas l'accord, et si la loi successorale mène à la validité, celle-ci doit être reconnue. De même, comme le souhaitait le Document de travail No 56, cette possibilité de règle limitée de validation a été écartée pour l'article 7, paragraphe 2. Il avoue avoir du mal à comprendre le souhait du Comité de rédaction de biffer cette possibilité même dans l'article 7, paragraphe 1, pour de simples raisons de symétrie. Pour lui, en effet, le parallélisme rigide n'est pas de mise car, dans le paragraphe 2, la possibilité d'adopter un rattachement alternatif ou successif à la loi concrètement applicable à la succession au moment de la mort pose des difficultés pratiques (à moins de ne pas faire référence à la seule loi successorale du premier défunt, si elle valide le testament mutuel), alors que, pour le premier paragraphe, la possibilité d'une règle limitée de validation ne fait pas de difficulté, et paraît même souhaitable.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) estime que la suppression du conflit mobile pourrait passer par celle du texte entre crochets. Quant à l'omission du paragraphe 2, elle n'aurait aucun effet pratique, du point de vue du désir des clients.

M. Voulgaris (Grèce) reconnaît que l'établissement de plusieurs rattachements alternatifs a pour conséquence d'augmenter les possibilités de faire un pacte successoral. Mais pour lui, il est souhaitable de se référer, comme le fait le paragraphe 1, au moment où le pacte a été fait.

Le Président note qu'en toute hypothèse, la faveur au pacte successoral ne s'impose pas.

The Reporter referred to the point made by Mr Lagarde at the start of the discussion. The reason for the paragraph included in brackets was to remove any remaining uncertainty. Without this paragraph a situation would be created where the parties involved would not know the answer to the question of validation until the last party had died.

Mr Scoles (United States of America) said that the bracketed paragraph was a 'saving' clause. Not many people change their residence in order to achieve the result that a more favourable law is applicable to their testamentary dispositions. However it is not unusual for there to be agreement prior to a change of residence where the parties are arranging that their affairs with that change of residence in mind (for example an agreement between spouses concerning their property, or an agreement on the succession of business interests). If such an agreement was made it would be anomalous if it was made invalid by the law governing succession.

The Chairman pointed out that there was general agreement on the desirability of the result preferred by Mr Scoles. He referred to the point made by Mrs de Jong that the parties should wait until they had established their new residence before making these arrangements.

Mr Scoles (United States of America) nevertheless argued that if such agreements were made they should not be rendered invalid.

The Chairman noted that a problem would arise if the agreement was invalid when it was first formed. A party might refuse to perform because of this invalidity. If a later change of residence then rendered the agreement valid a party who had refused performance might be able to inherit in accordance with the agreement. This would be extremely unfair.

Mr Scoles (United States of America) pointed out that this would be a case of anticipatory breach. Since there was a breach of the *inter vivos* transaction the party in breach would not inherit.

Mr Boggiano (Argentina) queried whether an agreement which was invalid could be validated by a *professio juris* under article 4. It seemed possible that this result followed from the wording of the Convention but it would be an extremely odd situation and Mr Boggiano doubted the merits of the result. He gave an example of the kind of situation he envisaged. If an agreement was invalid under the law of State A but one party made a *professio juris* falling within article 4, since article 4 is referred to in article 7, paragraph 1 (b), the problem was to know whether that *professio juris* could validate the agreement.

Le Président croit comprendre que le délégué de l'Argentine vise le cas où le pacte successoral est invalide à l'origine et où l'une des parties au pacte, qui a intérêt à la validité, s'arrange pour faire régir la situation par une loi qui valide.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) note que cela ne serait possible que pour la deuxième partie du paragraphe premier. Comme M. Picone, il considère que le parallélisme de rédaction de l'alinéa 2 et de l'alinéa premier n'est pas une raison convaincante pour supprimer ce qui est entre crochets dans le Document de travail No 71. En revanche, si une telle position pouvait faciliter la situation des pays qui ne connaissent pas les pactes successoraux, il y verrait une raison suffisante pour supprimer la partie entre crochets.

Le Président ne voit pas pourquoi il faudrait traiter plus mal les successions à deux personnes que celles où il n'y a qu'un protagoniste. Il pense qu'il pourrait effectivement être intéressant de connaître la position des pays ne connaissant pas les pactes successoraux sur la suppression des mots entre crochets.

Mr Scoles (United States of America) wished to respond in relation to paragraph 1 of article 7. In that paragraph there was only one person involved, that being the estate owner. Therefore the question was whether the agreement he had entered into was effective as against his estate. It was only in paragraph 2 that two persons were involved. Here the relevant policy was the contract policy of validating agreements.

The Chairman pointed out that paragraph 1 might also involve more than one person, since one of the parties was promising *inter vivos* performance.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) pense que dans ce cas-là, la personne qui change de résidence peut le faire en vue de valider le pacte.

Le Président répond que cela est exact, mais que les conséquences pèseront sur la partie au pacte successoral qui n'a pas changé de résidence. Il demande alors aux délégations de se prononcer sur la suppression dans le second alinéa du paragraphe 1 des mots entre crochets.

Par un vote de 9 voix pour la suppression (Argentine, Australie, Belgique, Finlande, France, Grèce, Japon, Luxembourg, Suisse), 9 voix contre (Canada, Chili, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Hongrie, Irlande, Italie, Pays-Bas) et 11 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Chine, Israël, Mexique, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), les mots entre crochets sont maintenus conformément à la règle sur le ballottage appliquée par la Conférence de La Haye.

M. Voulgaris (Grèce) ne comprend pas bien qu'un tel résultat ait pu être atteint, compte tenu du fait que, sans erreur de sa part, un vote précédent sur la même question avait entraîné le rejet, et que la majorité est en principe nécessaire pour la réinsertion d'une question ayant déjà fait l'objet d'une décision.

Le Président rectifie en rappelant qu'au contraire, les mots entre crochets avaient été intégrés et que le Comité de rédaction avait simplement proposé leur mise entre crochets.

Mr Philip (Denmark) noted that there was a German proposal to change the existing text. He queried whether it was necessary to vote on that proposal.

The Chairman confirmed that it would be discussed later. He then opened the discussion on article 7, paragraph 2, sub-paragraph a, and invited the comments of the Reporter on the subject.

The Reporter referred delegates to his introductory explanation.

Le Président note que d'après le Document de travail No 71, si un testament conjonctif est établi entre trois personnes, A, B, C, et que les lois des personnes B et C l'invalident, tandis que la loi de la personne A rend l'opération valide, elle devra être considérée comme telle.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) note que la délégation allemande, dans une proposition contenue dans le Document de travail No 75, a proposé le retour au texte de l'avant-projet, en adoptant la position contraire de celle du texte proposé par le Document de travail No 71. Son motif reste toujours le même: faciliter les choses pour les Etats qui ne sont guère favorables aux pactes successoraux. Ceci précisé, il ne considère absolument pas comme insatisfaisant le texte proposé par le Comité de rédaction.

Le Président résume la proposition allemande en disant qu'elle entraînerait un retour à l'avant-projet. Il pose aux délégués la question de savoir s'ils veulent la solution large ou la solution restrictive.

Mr Philip (Denmark) agreed that many problems of *pactes successoraux* had been kept open during early discussions, but the new draft followed the amendment contained in Working Document No 17 proposed by the Danish delegation, which had been accepted by an overwhelming majority. There had been 19 votes in favour of it, no votes against it, and 10 abstentions. Although Mr Philip was willing to discuss the matter again he thought that the views of the delegates had been made clear at the time of the voting.

The Chairman pointed out that the German proposal contained in Working Document No 75 was a new amendment which required discussion. He asked whether any delegates were prepared to second the German proposal. Delegates of France, Italy, Luxembourg and other States showed their support for this amendment.

Mr Philip (Denmark) reminded delegates of the reason for the original Danish proposal. When two or three persons made an agreement they intended it to be valid. Therefore if the law of one of the parties would validate the agreement it was unreasonable that its validity should be something of a lottery. A surviving party could revoke the agreement, while a party who died could expect that the agreement was valid. The parties could also change the connecting factor. The cumulative solution was also rendered anomalous by the rule on party autonomy. Since parties could decide to apply the law of that one of them which rendered the agreement valid, it seemed unreasonable that where there had been no choice a different result should ensue. Mr Philip also reminded delegates of the general preference for a rule of validation.

M. Picone (Italie) s'estime favorable au cumul pour quatre raisons. Tout d'abord la ligne des débats, et des textes, va pour l'instant plutôt dans un sens restrictif. Deuxièmement, les législations matérielles ont tendance à enfermer les testaments mutuels dans des conditions

précises, tout au moins quand ils posent des règles réciproques, et un régime de conflit trop libéral irait à l'encontre de ces législations. Troisièmement, en droit international privé, pour autant qu'il le sache, les règles sont en général peu libérales, ainsi, pour l'Allemagne, chaque personne est soumise à sa loi pour les effets du pacte. Enfin, le cumul lui paraît plus cohérent avec le refus de tenir compte de la loi successorale qui s'applique effectivement au moment de la mort. Pour lui donc, la solution du cumul est la meilleure.

Le Président met aux voix la proposition allemande contenue dans le Document de travail No 75, en tant du moins qu'elle concerne le paragraphe 2, de l'article 7.

Par un vote de 12 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Belgique, Chili, Espagne, France, Grèce, Israël, Italie, Luxembourg, Portugal, Suisse), 9 voix contre (Australie, Autriche, Canada, Danemark, États-Unis, Finlande, Hongrie, Irlande, Pays-Bas) et 8 abstentions (Chine, Japon, Mexique, Pologne, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition allemande est acceptée.

Le Président en déduit que le deuxième alinéa doit être simplifié en conséquence. En définitive, puisque seule une loi est à prendre en considération, la révocation ne pose plus de difficulté.

Mme Revillard (France) s'oppose à l'interprétation du Président, en affirmant que, dès lors que le texte emploie la locution «les lois», le problème de la révocation se pose bien.

Le Président reconnaît qu'il s'agit bien là de la seule interprétation possible.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) intervient en précisant que dans ce cas précisément, le Document de travail No 75 a prévu une solution permettant de faciliter la révocation. Il propose que la révocation soit possible si l'une des lois à examiner pour répondre à la question de la validité du pacte l'autorise.

Le Président résume la proposition allemande en précisant qu'elle signifie que la loi A permet la révocabilité, mais non la loi B ni la loi C, le pacte n'en serait pas moins révocable. La solution reste donc défavorable au pacte.

Mr Boggiano (Argentine) noted a cumulative solution had been accepted which was very demanding, and he doubted whether it would be consistent with that decision to accept a solution in favour of ease of revocation. It would be wrong to insist that all laws should validate an agreement before it could be found valid, but revocation would be valid if it was permissible under any one of those laws. If a cumulative solution was required before validation, a weaker solution should not be accepted for revocation.

M. Voulgaris (Grèce) croit bien que la notion de révocabilité inclut la révocabilité *ex tunc*. Il note que la solution n'est pas seulement défavorable au pacte, mais positivement facilite la révocabilité.

Le Président en déduit qu'il est favorable à la solution distributive.

M. Lescaze (Suisse) note qu'il existerait aussi une troisième possibilité, consistant en l'application de sa loi à chaque personne qui révoque.

Le Président considère qu'effectivement cette solution est envisageable mais se demande s'il est bon de compliquer encore les choses.

Mr Scoles (United States of America) expressed some perplexity over the position reached by the Commission. If the material validity of an agreement was governed by the laws of all persons entering into that agreement, and if the validity of that agreement was questioned, it would be advisable for a party to revoke the agreement. The reason for this was that, if one favourable law permitted revocation, that revocation would override the possible material validity which was at the centre of the agreement. Mr Scoles would have suggested that material validity and effects should be governed by the law governing succession. The treatment of the issues of material validity and revocation emerging from the present proposals was confusing and intolerable.

Le Président met aux voix la proposition argentine favorable à un cumul en matière de révocabilité.

Par un vote de 10 voix pour (Argentine, Autriche, Canada, Chili, Danemark, Espagne, États-Unis, Israël, Japon, Pays-Bas), 7 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Belgique, Finlande, France, Grèce, Luxembourg, Suisse) et 12 abstentions (Australie, Chine, Hongrie, Irlande, Italie, Mexique, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), le système cumulatif est retenu.

Le Président précise alors que le dernier paragraphe de l'article 7 sera étudié au cours de la séance du lendemain, ainsi que les propositions allemande et italienne sur ce paragraphe.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) demande s'il ne serait pas possible de clore les débats sur les pactes successoraux dès ce soir et s'affirme prêt à retirer sa proposition et à se satisfaire de celle de M. Picone, de façon à ce que les délégués puissent se prononcer tout de suite sur une seule proposition.

M. Philip (Danemark) souhaite que la discussion ne soit pas poursuivie plus longtemps ce soir, de façon à ce que les questions puissent être exposées clairement demain à la Commission et que celle-ci puisse y répondre de façon réfléchie.

Le Président remet donc l'étude du dernier paragraphe de l'article 7 au lendemain.

La séance est levée à 18 h. 10.

Séance du jeudi 13 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Thursday 13 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15. h. 10 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président attire l'attention des délégations sur la distribution prochaine de Documents de travail portant les numéros 81 et 82 et contenant le texte proposé par le Comité de rédaction relatif à l'ensemble du chapitre III de l'avant-projet.

Dans l'intervalle, le Président invite à l'examen du Document de travail No 80, émis par le Comité de rédaction, qui propose un article 1.2 *d*, destiné à remplacer l'article 9 de l'avant-projet. Le Président souligne que cette discussion peut également concerner le Document de travail No 76 contenant la proposition néerlandaise relative à un nouvel article 9.

Il demande alors au Rapporteur de s'exprimer sur les points soulevés par ces deux propositions.

The Reporter pointed out that Working Document No 80 should refer to article 1, paragraph 2(*d*), rather than article 1, paragraph 1(*d*). The Drafting Committee had used the wording in the proposed article 1, paragraph 2(*d*), to meet the criticism of the existing text that it contained no adequate reference to the differences between property rights arising from *inter vivos* transactions and property rights arising on death. The new subparagraph was intended only to refer to property rights *inter vivos*. The key phrase was therefore 'arising under or transferred by contract or otherwise by succession'. This wording was intended to reflect the different *kinds* of property rights which might arise. Interests, property rights and assets were grouped together to show that the exclusion was intended to be comprehensive. The phrase 'otherwise than by succession' was intended to show that such matters were not appropriate to the *lex successionis*. Joint ownership was expressly mentioned because it was a common form of ownership in common law jurisdictions. Immediate rights were created by pension schemes and insurance contracts. These examples therefore indicated the underlying theme of the *eisdem generis* clause 'arrangements of a similar nature'. Some delegates had argued that this sub-paragraph should contain a phrase showing that the only rights dealt with under the Convention were those created on death. This suggestion could not be accepted since it would exclude *pactes successoraux* which were clearly intended to be included within the Convention.

M. Struycken (Pays-Bas) indique que la délégation néerlandaise a pris acte de ce que l'ancien article 9 avait été «transféré», après quelques modifications, à l'article 1, sous le paragraphe 2, à la lettre *d*. M. Struycken s'interroge sur la portée réelle de l'opération. Il entrevoit deux réponses.

En relisant l'article 5, il constate que le champ d'application de la loi successorale désignée aux articles 3 et 4 comporte un champ d'application obligatoire (article 5.2) et un champ d'application facultatif (article 5.3).

La question est donc de savoir si les phénomènes juridiques envisagés par le Comité de rédaction à l'article 1.2 *d* relèvent de l'un ou de l'autre des champs d'application ainsi définis par l'article 5.

Comme la délégation néerlandaise l'a déjà souligné à plusieurs reprises, le chapitre III traitant des pactes successoraux, il en ressort que tout ce qui concerne ces pactes successoraux doit relever du champ d'application obligatoire défini à l'article 5.2.

Par conséquent tout ce qui affecte cette catégorie doit faire l'objet d'une mention précise à cet endroit.

Dès lors, il faut trouver une solution en vue de protéger, ou à tout le moins, de «ménager» les phénomènes juridiques envisagés anciennement à l'article 9, et désormais traités à l'article 1.2 *d*.

Si ces phénomènes méritent l'attention, c'est qu'ils peuvent être menacés par les règles sur les pactes successoraux présentes dans tel ou tel pays de droit civil.

Si la Commission décide néanmoins de ne pas traiter les phénomènes en question dans le cadre du champ d'application obligatoire pour les passer dans le champ d'application facultatif de l'article 5.3, la menace décrite plus haut demeure entière pour ce type de phénomènes.

Aussi, l'article 1.2 *d* ne doit donc pas faire illusion car il ne résout absolument rien.

En second lieu, on pourrait penser que l'article 1.2 *d* proposé par le Comité de rédaction empêche les Etats contractants de considérer les phénomènes traités parmi les «questions considérées par leurs droits comme étant soumises à la loi successorale» (article 5.3, champ d'application facultatif).

Mais cela revient à prohiber totalement l'application à ces phénomènes des règles sur les pactes successoraux. Si telle est l'intention de la Commission, il faut absolument que cette intention se concrétise par l'insertion d'un article distinct au chapitre III.

La délégation néerlandaise comprend bien les préoccupations et hésitations du Comité de rédaction, de même en ce qui concerne les questions soulevées par M. Scoles.

Cependant, la délégation néerlandaise insiste particulièrement pour que la Commission traite le problème de front, afin qu'on ne puisse lui reprocher ensuite d'avoir éludé une question fondamentale.

Si la Commission veut donc bien traiter de façon approfondie cette question, la délégation néerlandaise se permet de lui proposer une solution qui revient à éviter que la nullité des phénomènes juridiques envisagés puisse jaillir, dans ses effets, sur les banques ou les compagnies d'assurances, voire d'autres institutions, parties à de tels contrats en vertu de leur objet social ou de la mission de service public qu'elles ont reçu du législateur. Par conséquent, la délégation néerlandaise souhaite que ces institutions ne puissent souffrir des effets néfastes que pourrait causer la règle de l'invalidation des pactes successoraux connue par tel ou tel pays de droit civil. Pour le reste, l'annulation encourue doit bien entendu recevoir application.

Le Président objecte à M. Struycken que la proposition du Comité de rédaction n'altère en rien le principe même de la validité des pactes successoraux.

M. Struycken (Pays Bas) estime au contraire qu'en l'état, le principe de la validité des pactes successoraux est menacé.

Le Président demande si la proposition néerlandaise fait l'objet d'un soutien de la part des autres délégations.

Mr Scoles (United States of America) said that he was pleased with the Drafting Committee's proposed article 1, paragraph 2(d), and had assumed that it would lead to the exclusion from the Convention of the type of situation envisaged in the Netherlands proposal. He had not previously considered the possibility that a more wide ranging provision should be included but would support this proposal if it was deemed that the situations it envisaged fell within the scope of the Convention. The Netherlands proposal had a slightly different effect from that achieved by excluding the matters mentioned in the proposed article 1, paragraph 2(d), from the scope of the Convention. Mr Scoles was willing to discuss this proposal but did not feel that it was a necessary substitute for the Drafting Committee's version.

The Chairman agreed that the Dutch proposal was significantly different from the version of article 1, paragraph 2(d), proposed by the Drafting Committee. The Drafting Committee proposal would exclude the matters mentioned in that sub-paragraph from the sphere of application of the Convention whereas the wording of the Dutch proposal meant that provisions concerning agreements as to succession could not be opposed to banking institutions or other similar institutions in respect of the assets or interests enumerated in that proposal.

Mr Scoles (United States of America) noted that it was the view of the world's major international financial centres that if parties brought their assets to a financial centre and set them up in a locally enforceable account, then local law should be applied to the devolution of those assets. It was quite clear that the rights of the institutions themselves and their duties might be specifically regulated by the local law. Vast amounts of liquid assets were transferred around the world without regard to problems of succession. To allow questions of the *lex successiois* to impinge on this commercial activity would lead to opposition to the Convention by the insurance and banking lobbies which would make ratification extremely difficult.

Mr Keane (Ireland) requested clarification of the phrase 'can by no means be opposed to'.

Mr Edwards (Australia) agreed that he had similar problems with the wording of the English text.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that the impact of this phrasing was that banks were 'not bound' by the provisions of the Convention concerning agreement as to succession.

Mr Struycken (Netherlands) explained that the idea behind this wording was that banking institutions should not be hindered if the contract was void under the law of a civil country, that being the law of one of the parties to the contract. It would mean that a bank could always pay out to the beneficiary under the agreement, even if under one of the applicable laws the contract was void.

Mr Goldwater (Israel) also suggested that the wording of the English text was unclear.

Mr Struycken (Netherlands) agreed that the wording could be improved but did not think that that affected the substantive import of the proposals significantly.

Mr Philip (Denmark) expressed his opposition to the proposal. It entered into an area with which the present Convention was not concerned. The Convention was intended to regulate the applicable law in matters of

succession. This was irrelevant to the institutions referred to in the Netherlands proposal. Those institutions must be bound by the decisions of, for example, the owner of a bank account, unless there were provisions of a different nature contained in the contract itself or in the applicable law. If the contract stated that a particular person had rights under a joint account then this contract would stand until the position was changed by an alteration of the contractual provision or a change in the applicable law. If a party had made a contrary will or contract of succession then the effect of this would depend on the will or contract of succession itself, or on the applicable law. If under the rules governing the contract payment was made to someone who was authorized to receive payment, the institution had performed its obligations to pay and was thus released from further obligations. However application of a different law might lead to the result that the institution was not released from its obligations and that it had to pay again to the rightful recipient.

It was not therefore possible to regulate banking matters in a convention relating to succession. However the problems could be excluded from the scope of the Convention as had been done in the proposal made by the Drafting Committee. If this approach was not adopted it would be necessary to investigate a wide area of problems of banking law and the law of obligations.

Mr Scoles (United States of America) recognized the strength of Mr Philip's argument that the matter should not be regulated in detail. It was his understanding that the provisions of the Convention were not intended to preclude an institution from performing its undertakings, and he requested that this matter be clarified in the Report. The Convention was not intended to impose liability on banks where they would not otherwise be subject to any liability.

The Reporter agreed that this could be explained in the Report.

Mr Struycken (Netherlands) thought that it would be possible to include the essence of the Netherlands proposal in the Report, but this would mean that the Convention itself was not clear. He thought it would be better to include the explanation directly in the Convention. It was intended that banks should not be hindered by the rules of civil law countries on *pactes successoraux*. Mr Struycken thought that the Netherlands proposal was better adapted to assist in estate planning than the text proposed by the Drafting Committee.

Le Président suggère alors de passer au vote de la proposition néerlandaise.

Par un vote de 19 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Canada, Chili, Chine, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Israël, Japon, Luxembourg, Mexique, Portugal, Royaume-Uni, Suède), 5 voix pour (États-Unis, Hongrie, Pays-Bas, Suisse, Tchécoslovaquie) et 6 abstentions (Belgique, Grèce, Italie, Norvège, Pologne, Venezuela), la proposition néerlandaise contenue dans le Document de travail No 76 est rejetée.

Le Président entame alors la discussion de la proposition émise par le Comité de rédaction au niveau de l'article premier.

M. Vrellis (Grèce) pense que la transition devant s'opérer entre les deux premiers concepts visés au projet d'article doit s'effectuer par l'emploi de la conjonction «et» et non par «ou».

M. Lagarde (France) donne raison à M. Vrellis.

Mr Philip (Denmark) noted that it was not unusual for the English text of a convention to use the word 'or' where the French text used the word 'et'.

Le Président constate qu'aucune opposition ne peut être notée à l'encontre de la proposition du Comité de rédaction, laquelle doit donc être considérée comme adoptée. Le Président passe ensuite à l'examen du Document de travail No 81 et demande au Rapporteur d'en faire la présentation.

The Reporter explained that the new draft of Chapter III set out the nature of the *pactes successoraux* to which it applied in article 6. Article 7 dealt with situations in which there was no choice of law. Article 7 *bis* also dealt with such situations. Article 7, paragraphs 1 and 2 were concerned with a situation where only one estate was affected. Article 7 *bis*, paragraphs 1 and 2, dealt with the situation where more than one estate was affected. Article 8 concerned a choice of law in a *pacte successoral*. It dealt both with the situation where there was only one estate affected and with the situation where there was more than one estate affected. Article 9 was similar to the wording of article 8 of the preliminary draft Convention.

In article 6 it was proposed by the Drafting Committee that the agreement should be 'an agreement in writing'. The Committee had discussed whether the term 'evidenced in writing' should be used as in the Trusts Convention. However, whereas the objective of the Trusts Convention was to maximize the recognition of trusts throughout the world, here it was often the case that *pactes successoraux* were contrary to *ordre public* and it was intended that a distinct group of *pactes successoraux* should secure recognition under this Convention. The expression 'agreements in writing' had therefore been used so that oral pacts were excluded. The Drafting Committee was aware that the English version of paragraph 1 of article 6 was worded inelegantly. However, the objective of the Committee was to ensure that the meaning of the paragraph was conveyed and for this reason they had been prepared to sacrifice elegance.

The reference to mutual wills in article 6, paragraph 2, had been changed to 'wills conferring the reciprocal benefits'. It was thought that the term 'mutual wills' was too technical and therefore terminology was preferred which made it clear that there were two parties, and that there was reciprocity between those two parties. The wording of article 6, paragraph 2, was intended to deal with the type of problem raised by Mr Pirrung (see Working Document No 19 and discussion in Minutes No 11).

Article 7 dealt with the situation where there was no choice of law and only one estate was affected. The most noticeable point in the new wording was that the term 'revocability' had been eliminated. Instead the word 'extinction' had been included. The Drafting Committee had discussed the possibility of a longer, more descriptive phrase, but had eventually opted for 'extinction'. The Reporter hoped that this change of wording would not lead to lengthy discussions, since the purpose of the change was to promote greater clarity.

He was more concerned with the possible reaction of delegates to the fact that the problem of the effects of the agreement had not been dealt with separately. The question of effects had been consistently attached to the question of material validity because Mr Picone's admirable suggestion that effects should be limited to effects between parties to the agreement was unworkable in the situation where there was a third party heir who

intervened in the distribution of the estate; for example, where a third party complained that one of the heirs party to the agreement had not complied with its terms and therefore could not take the benefits to which he was entitled under the agreement.

Probably effects in relation to the contract and effects in relation to succession should be governed by a common law. In civil law countries this would be the *lex successionalis*. Since there was so much diversity on this matter between different States it would be better to leave it to the applicable law to determine what approach should be taken to the question of effects.

In relation to article 7, paragraph 2, the same reasons as before applied to explain the reference to articles 3 and 4.

Article 7 *bis* dealt with the situation where there was more than one estate affected. It incorporated the decision of delegates to require accumulation of the applicable laws. The same explanation as above was relevant to the question why only one law was referred to in respect of validity and effects.

Article 8 of the Drafting Committee's proposal demonstrated the same way of thinking. It followed the decisions of the Commission. There had been a change made in the English text in order to clarify the fact that the provisions of article 8 applied whether one or more estates were affected.

Article 9 fulfilled the function of the old article 8. It applied in respect of articles 7, 7 *bis* and 8.

Le Président pense qu'il serait souhaitable que dans un premier temps la Commission puisse se pencher sur la modification proposée par le Comité de rédaction concernant l'article premier, paragraphe 1. Il demande donc aux délégations de faire valoir leurs points de vue sur la nécessité d'un «écrit» que le Comité de rédaction a posé pour qu'un pacte successoral entre dans le champ d'application du chapitre III.

Mr Rognlien (Norway) raised a query in respect of the phrase 'agreement in writing'. He understood that it was the case that if an oral agreement was evidenced in writing, that could be equivalent to there being a full agreement in writing. He wished the Reporter to include this problem in his Report.

The Reporter agreed that he would do this and confirmed that there was a need to clarify the difference between an agreement 'in writing' and an agreement 'evidenced in writing'.

Mr Rognlien (Norway) noted that other conventions provided that if an oral agreement was confirmed in writing within a reasonable time then it constituted an agreement in writing. He assumed that the same would apply in respect of the present Convention.

The Reporter disagreed with this point of view and thought that if it was the wish of the Commission that the Convention be interpreted in the manner outlined by Mr Rognlien then that should be made explicit in the text of the Convention and not in the Report.

Mr Rognlien (Norway) would be happy for this clarification to be in the main text of the Convention.

Le Président se range à l'avis du Comité de rédaction et invite la Commission à faire preuve de prudence dans le libellé de l'article premier, lorsqu'il s'agit de décider du caractère écrit ou non des pactes successoraux.

Mr Philip (Denmark) pointed out that the provision in question was only intended to limit the scope of Chap-

ter III of the Convention. It had no effect on the validity of an oral agreement. Such an agreement might be valid under the applicable law. The only question relevant in this context was whether such an agreement should be regulated by Chapter III. It was important that the range of agreement covered by the Convention should be made absolutely clear.

One possibility would be to delete the phrase 'in writing'. It would anyway be very rare for there to be an oral agreement in respect of succession. Another possibility would be to use the expression 'evidenced in writing' instead of the present wording. It was important to note the distinction between a document which *contained* an agreement and documents such as letters which *indicated* that an agreement had been made.

If it was decided to limit the scope of Chapter III then that should be made clear and the only way of ensuring it was clear was the way proposed by the Drafting Committee. This was not a case of requirements of form. There were no rules as to form except those contained in article 8. It was only a question of the scope of the Convention.

Mr Hayton (United Kingdom) endorsed the view of Mr Philip relating to a need for certainty, and the distinction between agreements created in writing and agreements evidenced in writing. If the scope of application of the Convention was restricted as proposed by the Drafting Committee, then perhaps the wording 'created in writing' could be adopted.

Mr Hayton also pointed out that the English version which used the phrase 'conferred upon' was meaningless. The expression 'confers upon rights to succeed' should be 'creates rights to succeed'. There was also a problem in relation to the phrase 'wills confirming reciprocal benefits'. It was possible for there to be two wills which did not confer reciprocal benefits but which both conferred benefits on a person X. He would try and work out a concrete proposal to put before the Commission.

The Chairman agreed that it would be helpful if a concrete proposal could be provided.

M. Voulgaris (Grèce) se déclare très satisfait par la rédaction mise au point par le Comité de rédaction.

Il revendique également l'opinion qui consiste à voir dans la nécessité d'un écrit une règle matérielle traitant du champ d'application du chapitre III, alors que la validité des pactes successoraux est bien évidemment laissée à l'appréciation de la loi désignée au terme du chapitre III.

Pour le reste, c'est-à-dire s'agissant des pactes successoraux non visés par le chapitre III, il conviendra aux dispositions matérielles et conflictuelles internes, voire peut-être internationales, de résoudre les problèmes qui pourraient surgir.

M. Montt Dubournais (Chili) estime que des précisions doivent être apportées sur la signification de l'écrit visé à l'article 6, paragraphe 1: s'agit-il d'un formalisme *ad probationem* ou *ad solemnitatem*?

Le Président lui répond que d'après lui le formalisme requis à l'article 6 doit s'entendre *ad validitatem*.

Mr Duchek (Austria) expressed the view that it was now unclear what the attitude of the Convention to oral agreements was, and whether they were covered by the Convention or not. Mr Philip's argument was that Chapter III did not cover oral agreements but they were not excluded from the Convention as a whole. This must

mean that they fell under articles 3 and 4. That result was surprising. Articles 3 and 4 were not able to determine succession rights in respect of agreements in writing, so that, if the view of Mr Philip that they covered oral agreements was correct, this development was extremely worrying. Mr Duchek preferred the view of the Chairman that only written agreements fell within the scope of the Convention as a whole. He did not want to add to the list of exclusions in article 1, but it was necessary to make clear in the Report that oral agreements were not included in the scope of the Convention. Nevertheless Mr Duchek realized that this whole question was of limited importance since oral agreements on succession would be exceedingly rare.

The Chairman stressed that this was an important point which the Drafting Committee would take into account. It might ultimately be necessary to add to the exclusions contained in article 1.

Mr Blomstrand (Sweden) supported the opinion expressed by Mr Duchek. Sweden did not permit *pactes successoraux* in its internal law and therefore would be unhappy to discover that an oral agreement was covered by the Convention but not by Chapter III so that if it made a reservation in respect of Chapter III, the application of the Convention could only be excluded in respect of written agreements.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) s'inquiète de ce que le chapitre III ne puisse pas être applicable à des formes exceptionnelles de testaments qui peuvent être non écrites selon certains droits internes.

Le Président constate que la délégation autrichienne partage l'inquiétude de la délégation allemande.

Il rappelle cependant que, d'après lui, la forme écrite n'est pas exigée pour les dispositions testamentaires visées à l'article 6, paragraphe 2. Il se réjouit enfin que cette remarque ait pu apaiser les craintes émises par les délégations allemande et autrichienne.

Mr Scoles (United States of America) was concerned about the reference in the French text to *dispositions réciproques*. It was his understanding of the matter that this wording implied the existence of reciprocal obligations. The English text however covered the situation where parties left property to the survivor of them and if there was no survivor then to their children. There was however no obligation on the survivor not to revoke the will. This type of arrangement was frequently used for tax purposes in America because there was no tax on transfers of property to a spouse. In view of the difference in wording between the French and English texts it seemed that there might be substantive differences between the versions.

The Chairman pointed out that if the agreement imposed no obligations on the parties then it was a will falling under article 2 of the Convention.

Mr Philip (Denmark) explained that the reason for the change in wording was that the Drafting Committee wanted to ensure that reciprocal wills were covered by the Convention. No change of substance was intended. The obligations imposed by the agreement and its revocability were subject to the applicable law. He requested a firm decision on the question whether the Convention only covered agreements in writing.

The Chairman considered that these points must be taken up in the Report. If the Convention extended to

oral agreements, modification of articles 8 and 1 might be necessary to take this fact into account.

Mr Rognlien (Norway) suggested that if the phrase 'in writing' was deleted then article 1, paragraph 2(a), would apply and the question of the form of the agreement would fall outside the Convention. Mr Rognlien recommended that that solution be adopted.

The Chairman requested indications of support for this proposal but noted that no support was forthcoming.

Mr Rognlien (Norway) explained that the result of his proposal would be that questions of form would be the same for the whole Convention and would not differ for Chapter III.

The Chairman pointed out that the general part of the Convention was concerned with dispositions on death which therefore required a special form. Since contracts as to succession were not dispositions on death but fell within the field of contract there were no specific requirements as to form. This meant that it would be necessary to clarify the drafting of the Convention to deal with the possibility of oral agreements.

Mr Blomstrand (Sweden) expressed his concern about the scope of the applicable law if oral agreements were not covered by Chapter III of the Convention or excluded from its field of application entirely.

The Chairman confirmed that in the absence of other proposals the solution suggested by Mr Duchek would be followed, with the result that oral agreements would fall entirely outside the Convention.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) s'inquiète des conséquences pratiques du libellé de l'article 6, paragraphe 2. Selon elle, en l'état, le texte risque d'induire la pratique en erreur sur les institutions qu'il recouvre.

Elle préconise un élargissement du champ d'application du texte, car il lui apparaît que l'aspect «conjunctif» est absent de l'actuelle rédaction.

Le Président lui demande de bien vouloir préciser sa pensée.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) répond qu'elle craint des difficultés d'application pratique si la Commission ne prend pas position sur l'adoption ou non dans le champ d'application de cet article de la notion d'acte conjunctif, plus précise que celle de «dispositions réciproques».

Le Président pense que cette question pourrait être éventuellement réglée par le Comité de rédaction.

Il invite cependant d'ores et déjà le Rapporteur à faire valoir ses observations.

Le Président pense que le Comité de rédaction pourrait proposer à la Commission une rédaction plus satisfaisante.

The Reporter queried whether delegates would prefer it if the text of article 6, paragraph 2, reverted to 'mutual wills'.

The Chairman asked delegates whether a reference to 'mutual wills' might be preferable.

Mr Scoles (United States of America) wondered whether it was necessary to include 'mutual wills' at all.

The Chairman thought that the wording of article 6, paragraph 2, was a question for the Drafting Committee and need not be further discussed by the Commission.

M. Picone (Italie) estime que si la rédaction actuelle a pour finalité d'éliminer du champ d'application du chapitre III les testaments conjoints (dernières volontés exprimées par deux ou plusieurs personnes en un même document et dont les effets ne sont pas ceux d'un testament unique, mais ceux de testaments distincts faits par ses différents signataires), il préfère la formulation précédente qui, en faisant référence aux «testaments mutuels», est selon lui moins équivoque.

En outre, M. Picone entend indiquer qu'au-delà de l'aspect formel différent des dispositions réciproques et des dispositions unilatérales contenues ou non dans le même acte, les effets de leur révocabilité sont également différents, puisque les dispositions unilatérales contenues dans le même acte sont totalement indépendantes en termes de révocabilité.

Enfin, M. Picone estime que la formulation envisagée par Mme de Jong n'est pas utilisable pour faire ressortir la spécificité des situations qui doivent être concernées par le chapitre III.

Le Président donne raison à M. Picone et estime qu'il faudrait en rester à la rédaction de l'avant-projet.

Le Président constate ensuite que l'article 6 est adopté, puisqu'aucune délégation n'a exprimé de décision contraire.

Le Président précise ensuite le programme de la fin de l'après-midi, en souhaitant finir ce soir la question des pactes successoraux, en demandant aux orateurs de bien vouloir limiter le contenu et le nombre de leurs interventions. Il ouvre alors les débats sur le paragraphe 1 de l'article 7. Il précise que le Comité de rédaction a remplacé le terme «révocabilité» par la locution «les circonstances entraînant l'extinction du pacte». Il demande si des délégations souhaitent faire des remarques sur cet article.

Mr Rognlien (Norway) expressed displeasure at the suggestion made by the Chairman because the document to be discussed had only been circulated an hour beforehand and therefore delegates had not had sufficient time to digest its contents.

The Chairman stated that Chapter III had been discussed all yesterday afternoon and that the paper now before the Commission was very similar to the one presented yesterday and as he did not wish the arguments to be repeated he intended to keep the format he had suggested. He turned the attention of the Commission to article 7 and invited the Reporter to comment.

The Reporter stated that as the changes were all very minor he had no comments.

Mr Rognlien (Norway) asked whether article 7(1) meant that the law which would apply to *pactes successoraux* is that which would have applied under article 3 or 4. He wished to know whether it was that limited.

Mr Scoles (United States of America) suggested that articles 7 and 8 be connected in some way and that this could be done by stating in article 7 that 'subject to article 8 this applies'.

The Chairman said that something similar had occurred in articles 3 and 4 and this matter could be left to drafting. When no further interventions were made he said that *article 7(1) was adopted*.

M. Montt Dubournais (Chili) précise qu'en vue de maintenir un parallélisme entre l'article 6 et l'article 7, dans le cas où la circonstance causant l'extinction du pacte est un acte juridique, celui-ci doit être rédigé par écrit.

Le Président demande s'il existe d'autres remarques sur le *paragraphe 2 de l'article 7* et, constatant une réponse négative de la part des délégations, considère le texte comme *adopté*. Il demande si l'article 7 *bis* suscite des remarques de la part des délégations.

The Reporter stated that on article 7 *bis* no further explanation was needed as the Drafting Committee had followed exactly the instructions of the Commission.

Le Président constate l'absence de remarques des délégations sur le paragraphe 1 de l'article 7 *bis* et ouvre les discussions sur le paragraphe 2 de ce texte.

M. Picone (Italie) souhaite mettre les délégations parfaitement au clair sur la signification de leur vote de la veille. Il explique que, quand on adopte l'approche cumulative, c'est-à-dire quand on dit que la révocation dépend d'un cumul de lois, cela signifie selon une opinion très répandue en doctrine, que tous les facteurs d'extinction prévus par une loi (même ceux qui opèrent *ex lege*, comme c'est le cas dans plusieurs législations pour le remariage de l'époux survivant) doivent en principe se retrouver dans les autres lois énumérées. Pour lui, la question se pose déjà de savoir comment interpréter certaines règles qui, comme la règle anglaise, nous dit que la révocation est toujours possible, mais sous réserve d'une contrepartie en dommages et intérêts. S'agit-il là d'une loi favorable à la révocation ou non? Le vote d'hier, en déduit-il, n'a pas de conséquence parfaitement claire. En ce qui concerne les effets du pacte successoral, il s'interroge sur les effets de l'application cumulative. Un exemple montre les difficultés auxquelles on se heurte en ce cas: si deux personnes ont fait un testament mutuel, l'une d'entre elles pourra-t-elle ensuite faire des donations? Ou encore pourra-t-elle effectuer un testament postérieur ne portant que sur un bien qui n'est pas visé par le testament mutuel? Les réponses peuvent varier selon les Etats. Il note que soumettre au cumul ce genre d'effets du pacte successoral entraîne la construction discutable d'une réglementation matérielle tout à fait artificielle par rapport aux législations en cause. En définitive, il avoue qu'il aurait préféré la solution de l'application distributive pour la révocation comme pour les effets. Ces deux questions sont d'ailleurs, selon lui, liées.

Le Président reconnaît que les lois internes sur les effets du pacte peuvent présenter des divergences, mais avoue que la règle de conflit, qui reste générale, ne peut pas prendre en considération toutes ces dispositions particulières. Il demande s'il existe une proposition concrète concernant le contenu de ce texte.

M. Picone (Italie) propose, sous réserve de perfectionnement rédactionnel, que les effets d'un testament mutuel soient réglés, pour chaque partie par sa propre loi; autrement dit, il propose une application distributive des lois tant pour la révocation que pour les effets.

M. Lagarde (France) craint, lui aussi, qu'il n'y ait eu, lors du précédent vote sur cette question, un malentendu car, en se prononçant sur la validité du pacte successoral, on a été dans le sens d'une règle sévère. Dans la logique de ce vote, il faudrait que la loi qui décide de l'extinction, même seule dans son cas, suffise, à elle seule, à entraîner l'extinction du pacte.

M. Voulgaris (Grèce) avoue que la construction du Délégué italien est très attrayante, mais affirme qu'elle ne le convainc guère. En effet, pour lui, les effets du pacte successoral ne sont pas seulement des effets successoraux, mais aussi des effets contractuels. Pour lui, donc, il est nécessaire d'en rester au texte actuel avec application cumulative des lois.

Le Président demande aux délégations de se prononcer, par un vote à main levée, en faveur, ou à l'encontre de la réouverture des débats sur cette question.

Par un vote à main levée de 10 voix contre, 9 voix pour et 7 abstentions, la réouverture des débats est rejetée.

Mr Scoles (United States of America) asked whether the Commission had already decided whether to limit this section to its effect upon succession.

The Reporter felt that it had not been so limited and that the vote had been for all or nothing.

Mr Scoles (United States of America) requested that the words 'effects upon succession' be added to the article.

Le Président répond que le Comité de rédaction prendra une décision sur ce point.

M. Picone (Italie) s'estime en désaccord avec le Délégué américain, car pour lui, l'article ne vise pas tous les effets «sur la succession», mais les effets «entre les parties».

Le Président propose que l'on passe à l'article 8 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter said that the issues to be considered under article 8 were plain and therefore that he had no further comment.

Le Président demande qui veut se prononcer contre et qui veut se prononcer pour. Il constate que le Délégué américain souhaite se prononcer en faveur et le Délégué italien à l'encontre du maintien des mots entre crochets.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) demande si l'article 8 déroge à l'article 7 *bis* en ce qui concerne le cumul des lois.

Le Président précise qu'à l'article 8 les parties ne choisissent qu'une seule loi, ce qui évite l'application du cumul.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) souhaite s'assurer de la réponse du Président en lui soumettant un exemple: dans le cas où un pacte successoral est passé entre un Néerlandais, un Autrichien et un Allemand. D'après l'article 7 *bis*, cela n'est possible qu'en Allemagne et en Autriche, le pacte devrait donc être nul. Si ces trois personnes soumettent l'accord en son entier à la loi allemande ou autrichienne, est-ce que cela est possible, ou est-ce que l'application cumulative pour le contrôle de la validité joue néanmoins?

Le Président confirme que dans ce cas le pacte serait valable.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) en conclut que pour remédier à l'article 7 *bis*, très strict, l'article 8 adopte une position plus favorable au pacte de succession.

Mr Scoles (United States of America) noted that the effect of article 7 was a rigorous limitation of the law applicable to *pactes successoraux*. He said that article 8 dealt with the undertakings of the parties and that the Commission should try to give effect to what the parties agree. For this reason he argued that the Convention ought to allow a wide choice to the parties and so allow their choice to be validated either at the time of the agreement or at the time of death. He can see the reason that some feel it necessary to limit the parties to the time of the agreement but argued that these agreements are considered after they are drawn up and therefore if possible their validity should be upheld.

M. Picone (Italie) se prononce contre le maintien des mots entre crochets dans l'article 8 tel qu'il résulte du Document de travail No 81. Il fait d'abord valoir que la possibilité pour les parties de choisir comme loi applicable la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle «au moment du décès» constitue une solution très permissive, alors que la tendance en matière de pactes successoraux n'est pas à la permissivité. Il remarque encore que la règle apparemment unitaire de l'article 8 produit des effets différents dans les deux hypothèses qu'elle envisage, mais que ces effets ne peuvent en aucun cas être retenus. En ce qui concerne l'article 7, en effet, le moment de la mort est déjà pris en considération par la règle de validation limitée qui fait justement référence à la loi concrètement applicable à la succession. Dans l'article 7 bis, le rattachement au moment du décès réintroduit toutes les complications que l'on avait voulu éviter en se plaçant au moment de la conclusion de l'accord. La validité d'un testament mutuel, on l'a maintes fois répété, ne doit pas rester suspendue à une loi que l'on ne connaît pas encore au moment de la mort du premier défunt. C'est le résultat auquel au contraire parviendrait l'article 8 si la loi choisie par les parties comme applicable à ce testament était par exemple la loi de la résidence habituelle au moment du décès du dernier défunt. Il conclut en disant que la solution envisagée par l'article 8 apparaît pourtant illogique par rapport aux autres dispositions déjà approuvées du chapitre III.

Le Président demande aux délégations de se prononcer sur le maintien des mots entre crochets, ou sur leur suppression.

Par un vote de 14 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Chili, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse), 7 voix pour (Canada, Danemark, Etats-Unis, Hongrie, Israël, Japon, Norvège) et 9 abstentions (Australie, Chine, Finlande, Irlande, Mexique, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), les mots entre crochets à l'article 8 tels que rédigés dans le Document de travail No 81 sont supprimés.

Le Président demande si les délégations ont d'autres remarques à faire sur ce texte et, constatant la négative, il considère l'article 8 comme *adopté*; il demande que l'on passe à l'étude de l'article 9, dont il remarque que le texte proposé est identique à celui de l'avant-projet. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter stated that the present article 9 was the same as article 8 of the preliminary draft which was designed to prevent any inequities which might otherwise arise from the application of this Chapter.

Le Président ouvre la discussion sur le paragraphe premier de l'article 9, et constatant qu'aucune délégation ne présente d'observations, il déclare l'article 9, *paragraphe 1, adopté*.

Il passe alors à l'article 9, *paragraphe 2* et, constatant l'absence de toute observation des délégations, le considère comme *adopté* dans son ensemble; avec lui, c'est l'étude du chapitre III qui se termine; il sera présenté à nouveau aux délégations en seconde lecture.

Le Président demande si le Comité sur les clauses fédérales a pu soumettre ses propositions par écrit.

Mr Scoles (United States of America) said that the proposals of the Drafting Committee on the Federal Clauses had been handed in for typing and that he expected it to be distributed during the present session.

Le Président propose que l'on passe à l'étude de l'article 18. Il demande si les délégations souhaitent faire des remarques à l'égard de ce texte.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) demande au Président ce que la 2^e phrase de l'article 18 signifie vis-à-vis du chapitre III; il demande en particulier qu'il soit précisé au Rapport que le chapitre III est visé par ce texte.

Mr Philip (Denmark) suggested that it might be for the Drafting Committee to discuss whether Chapter III gave rise to transitional problems.

Le Président opine dans le même sens que les deux orateurs précédents et renvoie la question au Comité de rédaction.

The Reporter asked whether the only transitional problems were those which arose under Chapter III and articles 3 and 4.

Le Président introduit la discussion sur l'article 19 concernant les relations entre la présente Convention et les autres textes conventionnels. Il précise sur ce point que le Bureau Permanent a présenté un Document de travail No 72. Il donne la parole à M. van Loon.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that the Permanent Bureau's proposal for article 19 appeared in Working Document No 72 and that it was based on four principles. Firstly that this Convention should not prejudice an existing convention between a Contracting State and a non-Contracting State. Secondly that once both States to an old convention become signatories to this Convention then this should replace their old agreement (paragraph 1). Thirdly that the suggested article 19, paragraph 2, allows a State to preserve provisions of a reciprocal nature by so declaring (paragraph 2). Finally this Convention should not prevent a Contracting State from establishing a new convention containing reciprocal provisions with other States (paragraph 3).

Le Président ouvre la discussion sur cette proposition du Bureau Permanent.

Mr Savolainen (Finland) said he was fully aware that the delegates had agreed that the drafting of article 19 should be done by the Permanent Bureau but felt that as this topic was of such interest to States who have very close relationships, such as the Scandinavian group, he wanted to suggest a particular form of drafting. He explained that the intentions of the Finnish delegation were set out in Preliminary Document No 13 and his proposal was set out in Working Document No 84. He said that his proposed article was split into four paragraphs and he had comments to make on each paragraph. He requested that he be permitted to present

and discuss each point separately and asked the Chairman whether this was acceptable.

The Chairman agreed to permit this as long as each intervention was brief.

Mr Savolainen (Finland) stated that the point in paragraph 1 of his draft was an alternative to the paragraph 1 set out in Working Document No 72. He said he understood that the Permanent Bureau proposal would allow a State who was party to a universally applicable convention to ratify the present Convention and still apply the old universally applicable convention and he did not see the purpose in permitting this. His suggestion was designed to prevent ratification of the present Convention in circumstances such as the above.

The Chairman stated that he considered paragraphs 1 and 2 of Mr Savolainen's suggestion would replace paragraph 1 of Working Document No 72.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) asked for clarification of a certain point. He said that if Germany had a bilateral treaty with Turkey which was a reciprocal convention, and if Germany were then to ratify the present Convention but Turkey did not, and at a later date Turkey also ratifies the Convention, can either Germany or Turkey then make a declaration as to the relationship between the two?

The Chairman considered that this probably was not possible.

Mr Duchek (Austria) agreed with Mr Pirrung that a problem existed in both the drafts. He asked whether, if Austria had a bilateral treaty with Hungary, and Austria ratified the present Convention but at that time remained silent about the bilateral treaty if, at a later date, Hungary ratified and also did not declare, Austria could take that opportunity and make a declaration. He felt that it would be better to follow the normal way of resolving problems when two treaties are in force, in other words it should be up to the consent of the two parties whether a bilateral treaty should still apply or not. He stated that it should certainly not be a unilateral decision.

Le Président reconnaît qu'un problème se pose si le premier Etat qui ratifie déclare qu'il souhaite rester lié par la Convention bilatérale antérieure, et que le second déclare qu'il ne souhaite plus rester lié par ce texte.

Mr Philip (Denmark) agreed with the interventions of both Mr Pirrung and Mr Duchek but suggested the changes they had proposed should pertain not just to bilateral treaties but also multilateral conventions.

Le Président note que les anciennes clauses finales sur les conflits de conventions ne sont pas reprises dans le présent texte.

Mr Savolainen (Finland) did not understand the difficulty mentioned by Mr Pirrung and Mr Duchek. He read his proposal to say that under paragraph 1 the signing of this Convention would revoke all previous agreements but that paragraph 2 would allow reciprocal parts of the first treaty to be kept in force at the declaration of the State. He argued that if a State is bound under a previous treaty then that State must make a declaration unless all the other States to the earlier convention agree to release that State from the obligation.

M. Picone (Italie) estime que du point de vue du droit international public, la proposition du Bureau Permanent est parfaitement correcte. Si un Etat, lié par un accord bilatéral à un autre Etat, ratifie cette Convention, la clause de l'article 19 ne peut jouer dans ses rapports avec cet autre Etat, tant que celui-ci n'a pas ratifié la Convention de La Haye. Si le second Etat ratifie la Convention de La Haye, l'article 19 peut jouer et cela entraîne en principe la fin de l'accord bilatéral, sauf bien sûr si les deux Etats déclarent qu'ils continuent à être liés par cet accord.

Au contraire, la proposition de la délégation finlandaise (Doc. trav. No 84) lui semble moins conforme au droit international. Tout d'abord, il est impossible de dire que la présente Convention remplace des conventions auxquelles des tiers sont parties; mais il se demande si c'est bien là ce qu'a voulu dire la délégation finlandaise. Deuxièmement, il est gêné par la signification du terme «universellement» dans la proposition finlandaise. Ce terme se rapporte-t-il au champ d'application de la Convention ou au caractère universel de la règle de conflit pour les Etats signataires? Cela ne semble guère envisageable pour des conventions bilatérales. En définitive, la proposition finlandaise lui paraît devoir être sujette à une nouvelle rédaction.

Le Président constate que l'on ne soumettra pas au vote cette question ce soir, et propose d'arrêter les discussions et de former un Comité *ad hoc* composé de MM. Picone, Savolainen et d'un membre du Bureau Permanent, pour formuler une nouvelle proposition en temps utile. Il précise que l'article 20, relatif aux réserves, sera étudié lors de la séance du lendemain.

La séance est levée à 18 h.

Procès-verbal No 15

Minutes No 15

Séance du vendredi 14 octobre 1988 (matin)

Meeting of Friday 14 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 11 h. 15 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la séance en rappelant aux délégués qu'il faudrait absolument avoir terminé la seconde lecture mardi soir. En effet, le mercredi se tient la Séance plénière au cours de laquelle sont acceptés définitivement les textes. Pour cette raison, il demande aux délégués de limiter le temps de leurs interventions.

Le Président invite les délégués à discuter du problème des réserves qui devraient être insérées à l'article 20. Après quoi seront étudiées les clauses fédérales. En ce qui concerne l'article 20, trois propositions ont été déposées. Celle contenue au Document de travail No 20 de la délégation française, celle du Document de travail No 64 de la France et de l'Italie, et enfin celle du Document de travail No 73 du Danemark. Le Président donne la parole à M. Lagarde pour qu'il donne des explications sur les propositions des Documents de travail Nos 20 et 64.

M. Lagarde (France) rappelle que, comme cela était apparu lors de la discussion sur les articles 3 et 4, la délégation française n'avait pas du tout été favorable à l'élargissement de la clause d'exception contenue à l'article 3, ni non plus à l'extension de l'article 4. C'est la raison pour laquelle elle a demandé la possibilité de faire des réserves sur ces points. M. Lagarde est tout à fait conscient qu'il ne faut pas qu'une convention contienne trop de réserves. Il reconnaît qu'une réserve portant sur l'article 3 a quelque chose d'inopportun dans la mesure où cet article contient une des règles les plus importantes de la Convention. C'est la raison pour laquelle la délégation française, dans un esprit de grande conciliation et faisant de ce fait une importante concession, accepte de retirer la proposition de réserve relative à l'article 3 et contenue dans le Document de travail No 20. Mais en revanche, sa délégation maintient la proposition de réserve faite au Document de travail No 64.

M. Lagarde précise que, pour la délégation française, la proposition de réserve du Document de travail No 64 est, en quelque sorte, conditionnelle. Elle n'a lieu d'être, en effet, que si l'article 4 n'était pas modifié en seconde lecture. Cette réserve permettrait de ne pas reconnaître une *professio juris* lorsque la loi qui aurait été choisie ne correspondrait pas à la loi de l'Etat de la nationalité ou de la résidence habituelle du *de cuius* au moment de son décès. Cela revient donc à la solution qu'avait retenue la Commission spéciale lors de la rédaction de l'avant-projet. C'est une réserve conditionnelle qui ne serait pas maintenue si la Commission décidait de modifier l'article 4 en adoptant la solution proposée dans le Document de travail No 65. La condition ne porte pas sur la suppression de l'article 4, mais son aménagement.

Le Président prend acte que la proposition du Document de travail No 64 contient une proposition de réserve conditionnelle. Ainsi, au cas où, lors de la seconde lecture, la solution retenue à l'article 4 pouvait donner satisfaction à la délégation française, la proposition de réserve serait retirée.

Mr Philip (Denmark) outlined two proposals concerning Working Document No 73. The first was an addition to article 3 *bis* previously adopted as set out in Working Document No 80. The second was an addition to article 20, in which he proposed an exclusion to the application of article 3 *bis* for States who chose to make a reservation to that effect. These were meant to be viewed as alternatives. If the Commission accepted at a later stage the material contained in Working Document No 73, the proposed reservation to article 20 would be withdrawn. Mr Philip explained why he felt it should be possible to make a reservation to article 3 *bis*. Despite its minor flaws he thought that the Convention was a good one and that reasonable compromises had been achieved, for example as regarded article 3. The provisions in clauses 4(1) and 5(1) ensured that the unity of the estate would be maintained through the application

of a single law to the whole of the succession (subject to the very specific rule contained in article 4 *bis* to which he had no objection). However, he suggested that the introduction of article 3 *bis* might weaken the Convention. It would permit a rule of renvoi to which there would be two aspects. The first aspect of the renvoi rule would be to allow the application of a law other than that indicated in article 3 to the whole of the estate. Such a rule might complicate matters but it would still uphold the principle of unity. There would still only be one law applying to the whole of the estate; it would simply be a different law. However, article 3 *bis* would also permit a partial renvoi; article 3 *bis*, as outlined in Working Document No 80, would allow that if the conflicts rules of a non-Contracting State designated the application of the law of another State to part of the succession, this would have to be employed. Therefore, the principal law contained in article 3 might apply to part of the estate and the law designated by the non-Contracting State would apply to the other part of the estate. In many cases this would lead to the application of a *lex situs*. This would go against an extremely important principle, one adopted in Special Commissions I and II and confirmed by this meeting as well and it would not be possible for Denmark to accept such a situation. Mr Philip suggested that at the time of its adoption, the implications of this proposal were perhaps not fully understood by all concerned. He added that if a large majority were still to accept the proposal they might nevertheless also accept a small concession to those in opposition to the proposal in permitting the possibility of a reservation to its provisions. He was willing to accept total renvoi (although not entirely in agreement with it) if there could be a modification regarding the rule about partial renvoi. He therefore proposed the addition of the paragraph in Working Document No 73: 'Where such law is applicable only to part of the succession the application of such law shall be without prejudice to the application of the mandatory rules of law applicable under article 3.' This was intended to be parallel to the rule in article 4 *bis* which had been drafted in order to accommodate the interests of common law countries. He suggested that a similar rule would be advisable in article 3 *bis* preserving the unity of the dominant law and only accepting the reference of other laws, for example that of the *lex situs*, if this was not contrary to the mandatory rules of the dominant law. He hoped that the Commission would have the chance to discuss article 3 *bis* at a later stage in an attempt to avoid the need for reservations.

Le Président constate donc qu'en plus de la réserve relative au chapitre III qui ne paraît pas contestée, sont présentées deux propositions de réserve qui heureusement sont conditionnelles. Celle conjointe des délégations française et italienne et celle de la délégation danoise. Le Président rappelle que les réserves devraient être réduites au minimum. Il estime que de nombreuses réserves peuvent tuer une convention. Il cite à cet égard la Convention sur la vente de 1964.

Le Président précise également que le fait qu'un Etat demande à faire une réserve ne signifie pas que cette réserve soit nécessairement acceptée. Il y a des réserves refusées. Et il a connaissance d'hypothèses où des délégations avaient proposé une réserve qui a été refusée et pourtant le pays a quand même ratifié la Convention par la suite.

La France et l'Italie ne demandent à faire une réserve que si l'article 4 n'était pas modifié. Le Danemark fait la même demande si l'article 3 n'était pas aménagé. En conséquence, le Président considère qu'il est plus sage de ne pas discuter de ces réserves actuellement. Il faudra

les étudier lorsque seront discutés, en seconde lecture, les articles 3 et 4 de la Convention. Mais il donne acte à ces délégations qu'elles ont fait en temps utile leur proposition. Il suggère également que soient discutées, dans le même contexte les propositions qui visent à affaiblir la loi successorale. Le Président invite alors les délégués à aborder les problèmes des clauses fédérales.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) désire clarifier un point. Le Président, lorsqu'il a évoqué la réserve relative au chapitre III, a déclaré que cette réserve ne paraissait pas contestée. Il semble, au contraire, à M. Pirrung que la Commission a essayé d'élaborer au chapitre III des solutions qui soient acceptables par tout Etat. Pour M. Pirrung, en conséquence, la possibilité de faire une réserve sur l'ensemble du chapitre III n'est pas incontestable. Selon lui, il faut essayer également sur ces questions d'avoir le moins de réserves possibles. Si beaucoup d'Etats font une réserve sur le chapitre III, la Convention perd, à son avis, beaucoup de son sens. Ces réserves devraient donc être exceptionnelles et il faudrait que le Rapport le mentionne.

Le Président, pour répondre à ce que vient de dire M. Pirrung, déclare que cette décision dépendra du texte définitif du chapitre III. Il serait prématuré de prendre une décision sur cette question. Il faudra y revenir par la suite. En tout état de cause, le Rapporteur peut naturellement mentionner qu'il faudrait qu'il y ait le moins de réserves possibles. Le Président passe alors à l'alinéa 2 de l'article 20 qui contient la formule habituelle: «Aucune autre réserve ne sera admise». Cet alinéa étant mis entre crochets, il demande s'il y a des délégués qui s'opposent à la suppression de ces crochets. Il donne la parole à M. Scoles.

Mr Scoles (United States of America) mentioned that there had been a drafting suggestion regarding article 20, paragraph 1, in which the words 'reserve the right to' would be deleted. It had been suggested that these were redundant. He said that although the delegates did not have before them the consideration whether reservations would be permitted, it was obviously desirable to have as few of these as possible. He suggested that the delegates wait to consider the actual content of reservations at a later stage.

Mr Siqueiros (Mexico) said that it was the standard practice in many treaties that the States ratifying or acceding to the instrument could make declarations interpreting certain aspects of the text. Such declarations would not actually be treated as reservations. He therefore asked whether the proposal not to allow any further reservations would prohibit interpretive declarations as well.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) replied that this was not the case.

Mr Siqueiros (Mexico) asked whether that meant that when a country ratified the Convention it would be permitted to make interpretive declarations.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) said that mere interpretative declarations would in general be allowed; such declarations had been made on previous occasions.

Le Président demande s'il y a des délégués qui souhaitent faire d'autres observations sur l'article 20, paragraphe 2. Constatant que ce n'est pas le cas, il déclare

l'article 20, paragraphe 2, adopté.

Il passe alors aux *dispositions protocolaires*. Aucun délégué ne désirant faire d'observations sur ces clauses, le Président les déclare *adoptées*. Le Président aborde ensuite la question des clauses fédérales. Il remercie le Comité sur les clauses fédérales pour le travail qu'il a fourni. C'est au Document de travail No 83 que figurent les propositions de ce Comité. Le Président donne alors la parole à M. Scoles pour qu'il explique ces propositions.

Mr Scoles (United States of America), referring to the proposals of the Committee on Federal Clauses, remarked that there had been little of substance in the changes made to the preliminary draft. He indicated to the delegates the places in the text where minor modifications had been made. For example, a new paragraph 2(c) had been added in order to provide a parallel to the reference in article 3 to the phrase 'closely connected'. In paragraph 3, the words 'habitual residence' had been changed to 'residence' in order to correspond with the wording in article 3(1)(b). Because of the deletion of the expression 'habitual residence' an additional reference had been made to the 'State of closest connection'. This was to prevent the application of the law of some State in which the deceased might have had a temporary residence, for example for the purpose of health care. The new paragraph 4(d) had been added in order to accommodate article 4 *bis*. This referred to a State other than that of the nationality or habitual residence of the deceased and followed the pattern of the earlier article 4(a). It ended with a reference to the law of the *lex situs*. He indicated that he would return to a consideration of the ideas in articles 17 and 23 after the discussion of article 15.

The Reporter remarked that article 15 was an extremely difficult article to understand if one was not familiar with the every day operation of federal legal systems. He therefore proceeded to explain, for the purpose of delegates from unitary countries, the operation of this article. Paragraph 1 of article 15 set out the subject-matter of the article. The different territorial units within a State might have either different systems of law (such as the Canadian situation in which the Province of Quebec has a system of civil law, while the other Provinces and territories have one of common law) or different rules of law governing succession. It was necessary to decide how to respond to such a situation. Paragraph 2 of article 15 was designed to deal with the case, for example, in which a given individual has his habitual residence in the United States. Paragraph 2(a) stipulates that it is necessary to determine where his last habitual residence was within the units of the United States. Paragraph 2(b) refers to the case of a person whose will says, for example, that the applicable law should be 'the law of Canada'. There is no general 'Canadian' law on succession. In order to discover the applicable law, one must look to the last habitual residence of the testator. If he had no last habitual residence in the country, it becomes necessary to turn to the law of the territorial unit with which he had the closest connection. Of course the definition of the phrase 'closest connection' is a matter that the Commission has already debated at considerable length. Paragraph 2(c) might provide certain assistance. There, it is stated that any reference to the 'closest connection' is to be construed by asking first in this case, whether Canada has any rules on the subject in question. If it does not, it becomes necessary to find the law with which the deceased had the closest connection within the territorial units of Canada. Again there are various factors within the Report which indicate how

that connection might be defined (for example, by reference to the 'centre of life' of that person). These are the general rules with regard to habitual residence and nationality. Paragraph 3 is concerned with more specific problems. In article 3(1)(b) for example it is stated that a person must be five years resident in a country in order for the provision in that clause to be invoked. This may make sense in France or Holland but what of the testator who takes up residence in Ontario, then moves to British Columbia and then goes to Quebec? Although his habitual residence might well be in Canada he had moved among its territorial units during his five years in that country. Article 15(3) responds to this problem by stating that it is possible to add together all the time that he had been in Canada in order to satisfy the five year requirement and then to apply the law of his last residence (unless at the time of death he was more closely connected with another territorial unit within the State). Thus one has to look at his closest affiliation within Canada. Article 15(4) refers to choice of law situations, and addresses the problem, for example, of a testatrix in whose will there is a specific reference to the national law of Canada, Australia or America. The most appropriate law would be indicated as follows: any designation of a territorial unit where the individual was resident at the time of the designation or of death would be acceptable as long as it was in accordance with the rules of the country concerned. Paragraph 4(b) stated that if the testator was not a national of the country but was habitually resident there the unit of his habitual residence would govern the succession. Paragraph 4(c) stated that if he was neither a national of nor habitually resident in that country but had at one point had his habitual residence there, the unit in which he had lived was to be taken as the unit designated. The Reporter suggested that in working out these problems it was important to look at them step by step as though one were following the instructions in a cook book. One ought not to begin stirring until all the ingredients were in the pot.

Le Président remercie vivement le Rapporteur des explications très précises qu'il vient de donner relatives à un sujet qui laisse perplexe lorsqu'on voit la longueur des clauses concernant cette matière. Il ouvre la discussion sur le fond de ces propositions. Il précise que le Comité de rédaction s'occupera des stricts problèmes de forme. Notamment, dans ce texte, certaines dispositions font référence à d'autres articles de la Convention. Lors de la «toilette» finale, le Bureau Permanent vérifiera, naturellement, que toutes ces références se combinent.

Mr Rognien (Norway) referred to article 15, paragraph 3, and inquired how that article fitted within article 3(1)(b). First, was there a choice either of a five-year period of habitual residence, or, in certain exceptional cases, of nationality? Secondly, with reference to the third alternative not contained in article 3, that is, the place with which the deceased was most closely connected, how did this reference fit within the system in article 3?

The Chairman explained that article 3(1)(b) was meant only to refer to a five-year period of habitual residence. If such habitual residence could not be established there was to be a return to the law of nationality.

The Reporter concurred in this interpretation.

Mr Philip (Denmark) raised what he thought might be a question of drafting. Article 15, paragraph 4, referred to the efficacy of a designation of law made by the de-

ceased. He wondered whether this provision might lead to rules which were different from the principal rules in article 4, and asked delegates whether it would be possible for the Drafting Committee to look into this matter further, to see whether the provisions would really work as they were designed to do, especially in so far as article 15(4)(d) was concerned. He wondered whether the rule, because of the way in which it was drafted, might not have taken into consideration the second sentence of article 4 *bis*, that is 'without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable'.

Mr Scoles (United States of America) replied that the paragraph in question referred only to the identification of the designation in a geographical sense. If it were subject to limitation, this would lead to an application of article 4 *bis*.

The Chairman asked whether this was only a partial designation.

Mr Scoles (United States of America) replied that that was what was stated in article 4 *bis*. The only place in which it was permitted to refer to a law other than that of habitual residence or nationality was in article 4 *bis*.

The Chairman asked the Drafting Committee to take note of this point.

Mr Philip (Denmark) wondered whether the rules were only formulated in order to explain what was meant by nationality or habitual residence. He was worried that there might be substantive changes in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (d) of article 15(4) rather than merely interpretative rules. He would be in opposition to such a situation.

The Reporter suggested that this might simply be a linguistic question.

Mr Siqueiros (Mexico) raised a question as to article 15(4)(d). He suggested that the premise behind this article was that it had been drafted for the purposes of articles 4 and 4 *bis*. In allowing the designation of the law of a territorial unit, two possibilities might arise: first, that that unit had rules in force, or, alternatively, that there were no such rules in force. In the latter case, the particular assets to which the provision applied were to be governed by the law of the place in which they were situated. He compared this provision with that proposed in article 4 *bis* (although recognizing that it had not yet been definitely approved by the Commission). In square brackets are contained the words 'provided the law chosen is the law of the situs'. If the brackets were to be deleted it would seem to be necessary to amend the proposed drafting of sub-paragraph (d) in order to accommodate this alteration.

Mr Scoles (United States of America) pointed out that article 15(4)(d) had been drafted in order to accommodate the widest possible application of article 4 *bis*. If the latter provision were limited to the situs the point would become redundant. However, at present it had been drafted so as not to be limited to the situs.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) suggested that it might be clearer to separate article 15(4)(d) thereby emphasizing that it was specifically related to article 4 *bis*. In addition, he mentioned that it had been accepted that most provisions of article 15 were to be interpreted 'in accordance with the rules in force in that State'. Article 15(4)(d) added the phrase 'or territorial

unit'. He wondered what the precise meaning of that expression was.

Mr Scoles (United States of America) responded that the idea had been to recognize the rule in force in the designated State. If reference was made to a unit of that State, then recognition would be afforded to its rules. If there was any question, or if the situation was not provided for, reference would be made to the situs of particular assets.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) déclare également connaître quelques difficultés relatives à l'alinéa *d* du paragraphe 4. Cette disposition a trait à la désignation d'une loi applicable dans le cadre de l'article 4 *bis*. Elle pense que telle qu'elle est rédigée, cette disposition contient une règle matérielle. Elle déclare partager sur ce point l'opinion de M. Philip selon laquelle les clauses fédérales ne devraient pas contenir de règles matérielles. Par ailleurs, elle considère que la règle énoncée à l'alinéa *d* ne reste pas dans les limites de l'article 4 *bis* du Document de travail No 85. L'article 4 *bis* retient l'application impérative des règles de la loi dominante. Or Mme de Magalhães Collaço a l'impression que la disposition de l'alinéa *d* va plus loin que l'article 4 *bis*, puisqu'on ne retrouve pas dans l'alinéa *d* la même limite.

Le Président estime que la remarque de Mme de Magalhães Collaço est tout à fait exacte. Selon lui, il est sûr que l'on ne devrait pas utiliser les termes «prendra effet» qui correspondent à une règle matérielle. Il s'agit là d'un problème de rédaction qui devra être réglé par le Comité de rédaction. Par ailleurs, il est également sûr que l'alinéa *d* ne doit pas aller plus loin que ce qui est prévu à l'article 4 *bis* de la Convention. Selon lui, personne ne conteste ce point.

Mme Revillard (France) voudrait faire deux remarques. En premier lieu, elle se demande si le paragraphe 4 de l'article 15, qui vise les articles 4 et 4 *bis* de la Convention, ne devrait pas également viser les articles 7 et suivants de la Convention. Elle observe en effet que dans le texte actuel de l'article 15 rien n'est dit sur les successions contractuelles. En second lieu, Mme Revillard fait observer que l'article 15 ne contient aucune disposition relative aux conflits interpersonnels.

Le Président, pour répondre aux deux questions posées par Mme Revillard, déclare en premier lieu que sera envisagé plus tard le problème de savoir quelles sont les dispositions générales qui doivent s'appliquer aux pactes successoraux. En second lieu, il faut se référer à l'article 16 de l'avant-projet pour les conflits interpersonnels.

Mr Philip (Denmark) referred to the remark of Mr McClean regarding territorial units. He thought this clause might be simply deleted as long as it could be ensured that it was indeed redundant. However, he wondered whether it might be the case that certain choice of law rules were themselves provincial rules as, for example, in the case of the United States.

The Chairman referred the matter to the Drafting Committee.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) raised a question of clarification. Article 15(4)(a), (b) and (c) referred to the situation in which a person had made a designation as to the law of a specific territorial unit. He wondered what would be the case if a person had been ill-advised and referred instead to, for example, 'the law of Canada'.

Mr Hayton (United Kingdom) answered that this situation had been covered by article 15(2). With reference to the point made by Mr McClean and Mr Philip concerning article 15(4)(d), he remarked that the expressions 'State' and 'territorial unit' had been used both at the beginning and at the end in order to achieve uniformity. He cited an example of the sort of problem that might arise in relation to this point: a Frenchman, habitually resident in Germany, might choose to apply German law to his succession. However, he might also have property in Canada and designate that it was to pass in accordance with Canadian laws of succession. If the property were situated in Quebec, the question would arise whether Canadian law should apply or whether there would be a direct reference to the law of the Province of Quebec. It might be the case that Quebec's rules, and not Canada's, should apply. Therefore, it was necessary for both provisions to remain in the article.

Mr McClean (Commonwealth Secretariat) saw a problem not in what was set out in the article but in its inconsistency with what was set out elsewhere. For example, article 15(4)(a) contained only a reference to the rules of the 'State'. He made the additional point that paragraph 2 discussed 'references' which might be made within the scope of the Convention. He suggested that there was a difference between a 'reference' and a 'designation'.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) agreed with this comment, but thought that problems would only arise in certain marginal cases. He suggested that it would be sufficient if the Report made a reference to this situation.

Mr Roberts (Australia) raised a drafting problem with reference to article 15(4)(d). He suggested that one paragraph was serving two functions, and that the same subject had been covered to some extent already in paragraph 2.

Mr Scoles (United States of America) wished the delegates to note that the Drafting Committee had had no suggestions for changes other than those reflected here. The language of the preliminary draft had been used in all other cases. He concurred that there might be some uncertainty as to whether a rule of validation existed. However, it had been previously accepted without question and therefore had not been dealt with in this instance.

As to the confusion regarding article 15(4)(d) and its limited application, he explained that the only reference to a State other than that of habitual residence or nationality was that contained in article 4 *bis*. Therefore there did not seem to be a need for a specific reference to it.

Le Président, constatant qu'il n'y a plus d'autres observations sur l'article 15, déclare cet article *adopté* sous réserve, bien sûr, des problèmes de rédaction. Dans la mesure où aucun délégué ne désire encore faire de remarques sur l'article 16 de l'avant-projet relatif aux conflits interpersonnels, le Président déclare l'article 16 également *adopté*.

Le Président passe alors à l'article 17. Il constate qu'il y a quelques différences entre le texte de l'avant-projet et celui du Comité de rédaction. Il donne la parole à M. Scoles.

Mr Scoles (United States of America) remarked that article 17 was a standard clause distinguishing interna-

tional from internal conflicts. The clause in the preliminary draft had been taken from the Marital Property Convention and combined with the form in the standard clause in the last Hague Conventions. There had been no change in substance. He suggested that in the last sentence the word 'rules', used above, might be repeated, but proposed no substantive change to the clause.

Le Président, constatant qu'il n'y a aucun délégué qui désire faire des observations sur l'article 17 du Document de travail No 85 et sur l'article 18, déclare ces deux articles adoptés.

Il indique, ensuite, que l'article 23 dans le Document de travail No 83 a été précisé dans le texte anglais. Mais il ne s'agit que d'une précision de forme.

Avant de lever la séance, il indique aux délégués que cet après-midi commencera la seconde lecture.

La séance est levée à 13 h.

Procès-verbal No 16

Minutes No 16

Séance du vendredi 14 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Friday 14 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 05 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président indique que la Commission va maintenant aborder la seconde lecture du texte conventionnel, tel qu'il a été rédigé par le Comité de rédaction au Document de travail No 85; le Président précise que ce Document ne remplace pas le Document de travail No 82. Il demande tout d'abord si certaines délégations ont des remarques à faire sur le titre de la Convention. Constatant que le titre ne soulève aucune contestation, le Président le déclare adopté et passe à l'étude de l'article premier. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter expressed the hope that as the Commission had already considered article 1 and the only change was to article 1(2)(d), where both he and the Drafting Committee were satisfied that they had reached an acceptable result, it could now be accepted.

Le Président précise qu'il existe une proposition néerlandaise relative à l'article premier, mais que l'étude de

cette proposition devrait plutôt être effectuée avec les autres propositions concernant l'adaptation de la loi successorale en fonction des résultats qui découlaient dans certains cas de l'application de lois différentes à la succession et au régime matrimonial.

Mr Rognien (Norway) referred to article 1(2)(d) and pointed out that contracts might be *inter vivos* or at death and asked whether agreements as to succession were contracts or not. He argued that the word 'contract' used in this context was confusing, and that therefore the text needed to be more clearly drafted. He also felt that the phrase 'or otherwise than by succession' was unclear and needed re-drafting.

The Reporter explained that the term 'contract' was to include banking arrangements and such like made by way of *inter vivos* contract and that the words 'otherwise than by succession' were to refer to property rights which did not depend upon succession for their merger or transfer, etc. He hoped that the wording used had achieved this desired end.

Mr Mádl (Hungary) noted that article 1(2)(a) excluded the form of dispositions of property upon death from the Convention, but he felt that it ought to read 'the form of testamentary dispositions of property upon death'. He said that the word 'testamentary' had been included in other areas of the Convention, and that in order to be consistent and clear it should also be included in this part.

Le Président est bien d'accord avec le fait que l'autre Convention de La Haye ne visait que la forme des dispositions testamentaires, mais il note que la présente Convention ne prend pas position sur la nécessité d'un écrit et, en particulier, d'un acte notarié pour les dispositions testamentaires non successorales; c'est la seule signification de ce texte.

Mme Revillard (France) se demande si la différence de rédaction entre l'alinéa d du paragraphe 2 de l'article premier et le texte du Document de travail No 69 a une signification particulière; pourquoi, s'interroge-t-elle, ici l'on parle de biens *ou* droits et dans le Document de travail No 69 de biens *et* droits.

Mr Philip (Denmark) explained that this was a mistake in typing.

Le Président confirme qu'il s'agit d'une erreur de plume et qu'il faut lire «biens et droits».

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) asked whether the effect of article 1(2)(b) would be to exclude the capacity to make a choice of law.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that that was the case.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) felt that the words used in article 1(2)(b) were not sufficient to cover the capacity to choose. He argued that the point would be clarified within the article.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) said that he felt it would be sufficient if this appeared in the Report and that the entry in the Report should make it clear that capacity to choose was excluded both when there was a will and when there was no will but just a bare statement containing a *professio juris*.

The Reporter asked Mr Parra-Aranguren whether he would be satisfied if this point were covered in the Report.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) intimated that this would satisfy him.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) felt that a problem existed between this article and article 6. He said that in article 6 there was a reference to 'mutual wills' which could create, vary or terminate succession rights. He said that by the operation of this a mutual will could create succession rights but still leave the testator free to make a will, this meant that an individual could revoke a mutual will and create other dispositions. If this were done the person who ought to have benefited under the mutual will could sue the estate for any loss which had been suffered as a result of this breach of contract. In this case there would be a breach of contract action, but by the wording of article 1(2)(d) that contractual action would be excluded from this Convention.

The Reporter disagreed with Mr Dyer's interpretation of the Convention.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) insisted that in the above example the claim against the estate would be contractual, which must therefore be excluded by the operation of article 1(2)(d). If this was so, then there was an inconsistency, as when mutual wills were followed through they would fall within the operation of the Convention under article 6 but this would not occur if someone revoked a mutual will.

The Reporter stated that he would note the difference in opinion in his Report, but that he would prefer not to change the text.

Mr Philip (Denmark) agreed with the Reporter, but suggested that the matter could be taken up in the Drafting Committee.

The Reporter agreed that this was a good idea.

Mr Struycken (Netherlands) suggested that article 1(2)(d) could be amended so as to read 'equitable interest'.

The Reporter emphatically denounced that suggestion because these words had such a special meaning and he asked that the Commission allow him to put it in his Report.

Mr Struycken (Netherlands) agreed to allow it to appear in the Report.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se demande si l'on peut parler, comme on le fait à l'article premier, paragraphe 2 d, de «biens créés» par contrat.

Le Président estime qu'il s'agit là effectivement d'une question qui pourrait être soumise au Comité de rédaction.

M. Pipers (Belgique) considère que le terme «créés» se rapporte uniquement aux droits et non aux biens, tandis que le terme «transférés» se rapporte tant aux biens qu'aux droits. Il conclut qu'il s'agit d'une formule synthétique qui, pour n'être pas parfaite, n'en est pas moins satisfaisante.

Mr Mádl (Hungary) wished to clarify his earlier comment. He had understood that the present Convention would exclude this type of disposition on the understanding that the Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions, 1961, would cover them. But as that was not the case, he did not now understand the position.

The Chairman explained that this had been left out of both Conventions, as it was a question for a choice of law forum.

Mr Hara (Japan) wished to make a comment concerning the title of Chapter I. He expressed a preference that the phrase 'Scope of the Convention' be used as this was more normal in other Conventions.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) welcomed this suggestion and said that as this was the normal wording, it would be used on this occasion as well.

Le Président demande si les délégués souhaitent faire d'autres remarques sur l'article premier; constatant la négative, il le déclare *accepté*. Il propose que la Commission passe à l'étude de l'article 2.

Le Secrétaire général adjoint indique qu'en général on se borne à dire «La présente Convention» au seul texte de l'article premier des Conventions de La Haye, puis, dans les articles qui suivent, le terme «présente» n'est plus utilisé. Dans l'article 2, ce devrait être le cas.

Le Président précise que le Comité de rédaction biffera ce terme.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) expressed the view that article 2 should not begin with the words 'This Convention shall be applied' but rather begin with the words 'The Convention shall apply'.

The Chairman said that the Drafting Committee would look into this.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) précise que, pour la délégation espagnole, le caractère universel de la règle de conflit proposé par la Convention est difficile à accepter, non seulement pour des raisons objectives d'exclusion de règles de compétence et de maintien de l'article 5.3, mais aussi compte tenu des rapports particuliers avec des pays de l'Afrique du Sud ou d'Amérique du Sud.

Le Président demande si la délégation espagnole a une proposition précise pour amender l'article 2.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) répond par la négative, en précisant qu'elle souhaitait juste donner cette indication à titre d'information.

Mr Philip (Denmark) expressed the view that this problem could be dealt with in article 19.

Le Président demande à Mme Borrás Rodríguez si elle est d'accord avec la proposition de M. Philip.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) estime qu'il y a peut-être une possibilité en fonction de l'article 19, mais seulement pour certains cas.

M. van Loon (Premier secrétaire au Bureau Permanent) précise que les délégations auront dans quelques minutes un Document de travail sur l'article 19.

Le Président constate, en l'absence d'autre proposition, que l'article 2 est adopté et propose que l'on passe à l'étude de l'article 3, au sujet duquel il indique qu'un Document de travail No 86 a été présenté. Il demande si des remarques d'ensemble sur ce texte sont émises par les délégations.

The Reporter said he had nothing to add to his previous comments on article 3 but said he would be interested to hear the views of the Commission on Working Document No 86, as this issue had been discussed in the Drafting Committee but they had not come to any firm conclusions.

Le Président estime que la proposition du Document de travail No 86 se limite à un pur problème de présentation. Il note que les mots placés entre crochets, s'ils devaient être supprimés, ne pourraient l'être qu'au terme d'une réouverture des débats, donc par vote d'une majorité favorable à cette réouverture. Sur la question de présentation, en revanche, les délégations ont la possibilité de se prononcer directement.

Mr Rognien (Norway) introduced Working Document No 86, explaining that it was intended to clean up the drafting of article 3. He said that the present article 3 was not logically presented as there was a rule contained in paragraph 1(b) the exception to which appeared in paragraph 3. It was therefore unclear that paragraph 3 related to paragraph 1(b). At the very least he argued that paragraph 1(b) should be drafted 'subject to paragraph 3'.

He explained that the authors of Working Document No 86 had tried to include the present paragraph 3 in the present paragraph 1(b) but had found that when this was done paragraph 1(b) became very clumsy. It was therefore clear that a wholly new article would have to be drawn. He explained that the suggested paragraph 1 of Working Document No 86 was equivalent to paragraph 1(a) of the draft text. The suggested paragraph 2 of Working Document No 86 was equivalent to paragraphs 1(b) and 3 of the draft text. Finally, the suggested paragraph 3 of Working Document No 86 was equivalent to paragraph 2 of the draft text. He felt that this was such an important matter of drafting that it should be decided by the full Commission, rather than just by the Drafting Committee.

Le Président conclut qu'il s'agit là d'une question de goût et que les deux propositions peuvent se défendre.

M. Lagarde (France) considère que, derrière la question de rédaction, se cache une véritable question de fond, la place du paragraphe 3 de l'article 2 en queue de texte signifiant que le paragraphe doit être véritablement d'application exceptionnelle. La délégation française souhaite que la clause d'exception reste bien séparée de l'ensemble de l'article 2 et reste placée à la fin du texte.

Mr Savolainen (Finland) introduced his proposal in Working Document No 88 by saying that in substance it was the same as Working Document No 86. The only reason he preferred his approach was that it gave nationality and habitual residence a more equal billing than was the case under Working Document No 86.

The Chairman asked whether he was therefore withdrawing his proposal in favour of that in Working Document No 86.

Mr Savolainen (Finland) said that his Working Document had the same idea as Working Document No 86.

However, he felt that it was better drafted and that if Working Document No 86 was accepted, he hoped they would consider his method of drafting.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) demande s'il est possible que les discussions sur les Documents de travail ne soient pas ouvertes tant que ceux-ci ne sont pas distribués.

Le Président comprend l'intervention du Délégué allemand et la prendra en considération pour le reste des débats. Il propose de passer au vote sur la proposition contenue dans le Document de travail No 86.

Par un vote de 16 voix pour (Argentine, Australie, Canada, Chine, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède), 8 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Belgique, Espagne, France, Hongrie, Pologne, Suisse, Tchécoslovaquie) et 5 abstentions (Autriche, Chili, Grèce, Pays-Bas, Venezuela), la proposition est acceptée.

Mr Scoles (United States of America) argued that articles 3 and 4 needed to be related to one another, and suggested that this could be done by starting article 3 with the phrase 'Subject to article 4'. He said that these two articles should not appear as totally separate.

Mr Philip (Denmark) claimed that the Drafting Committee had considered whether they ought to do something of this sort in article 4, but had thought it was unnecessary. He said that the Drafting Committee had considered that the contents of articles 3 and 4 so clearly showed an interrelationship that no such linking words were necessary.

Le Président explique que le Comité de rédaction est parti de l'idée qu'il fallait éviter, dans la mesure du possible, des renvois fréquents à d'autres textes.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) pointed out that the phrase at the beginning of article 3(2) was 'in other cases' and that that at the beginning of article 3(3) was 'in exceptional circumstances', and that the fact that these were different might mislead the reader. He suggested that the Drafting Committee should look into this problem.

Le Président demande si d'autres délégations souhaitent faire des remarques sur l'article 3.

M. Pipers (Belgique) se pose la question de savoir si l'article 3 n'est pas incomplet. En effet, le paragraphe 3 de l'article 3 prévoit de régler les cas non régis par les paragraphes 1 et 2. Or il se demande ce qui se passe dans les cas, certes rares, de plurinationalité ou d'apatridie. Il rappelle à cet égard l'existence du Document de travail No 21, dans lequel la délégation belge proposait d'ajouter un paragraphe 4 à l'article 3 permettant de régler ce cas, en avançant en la matière un rattachement à la loi présentant les liens les plus étroits avec la situation.

Le Président reconnaît que le Document de travail No 21 n'avait pas été étudié dans la mesure où il était considéré comme abandonné par la délégation belge. Il demande si un délégué soutient la proposition belge.

M. Voulgaris (Grèce) précise que, souhaitant voir cette proposition discutée, il aimerait lui apporter son soutien.

Le Président propose que l'on passe au vote sur la proposition belge.

M. Lagarde (France) se demande s'il ne suffirait pas de faire figurer au Rapport des explications concernant la solution de ces cas.

M. Pipers (Belgique) admettrait que la résolution de cette lacune se trouve simplement précisée au Rapport, mais se demande pourquoi la Commission se priverait d'opter pour une solution claire dans la Convention.

The Reporter expressed sympathy with the view that Mr Pipers had put forward, and said that he too would agree that something of this sort should appear in the text itself as without it certain *lacunae* could arise. He said it was just his personal preference that it appear in the text itself and that it arose out of his realization that frequently the Report was not closely referred to by the States, and therefore that some might not discover the resolution to this problem. For this reason it might be better placed in the text.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) s'estime en désaccord avec le fond de la proposition belge. Tout d'abord, dans les Conventions de La Haye, cette question est traditionnellement laissée à la compétence de la loi du for. De plus, si la Commission devait prendre une disposition expresse en la circonstance, ce qu'il ne souhaite pas, il fait remarquer que la solution de choisir la loi présentant les liens les plus étroits avec le disposant ne serait pas nécessairement la plus conforme aux solutions traditionnellement reçues dans les Etats membres de la Conférence. En République fédérale d'Allemagne, en particulier, la solution de principe n'est pas celle-ci. Il conclut que cette proposition ne recevra pas son soutien.

Le Président se demande si dans les cas exceptionnels soulevés par la proposition belge, le paragraphe 2 de l'article 3 ne serait pas applicable.

M. Voulgaris (Grèce) s'affirme en désaccord avec la délégation allemande. Il considère en effet que ce n'est pas la loi du for qui doit donner la réponse aux questions soulevées par la proposition belge, mais une interprétation, extensive éventuellement, du texte de la Convention.

Le Président demande à M. Pipers s'il désire qu'on vote sur sa proposition.

M. Pipers (Belgique) n'est pas sûr que le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention s'applique dans ce cas: en effet, le «à moins que» ne peut jouer que dans le cas où le défunt a une nationalité et une seule.

Le Président concède qu'il y a là matière à discussion, mais que la solution de ce genre de questions pourrait sans dommage être précisée au Rapport.

Mr Roberts (Australia) suggested that article 3(3) could begin 'in cases in which it is not possible to apply the applicable law under article 3(1) or (2) ...'.

The Chairman expressed the view that article 3(3) already did exactly that.

The Reporter agreed with the Chairman and said that if it would satisfy Mr Pipers he could clarify the situation in his Report.

M. Pipers (Belgique) accepte que la solution de ce genre de question soit mentionnée au Rapport.

Mr Rognlien (Norway) questioned how many people would actually read the Report.

The Reporter said that as the common law countries had eventually come around to paying attention to the reports he asked that no one now undermine its importance.

M. Picone (Italie) considère que la proposition du Document de travail No 86 transforme celle du Comité de rédaction qui ne contenait pas le terme «manifestement».

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) souhaite préciser, au sujet de l'intervention de la délégation belge, qu'il ne lui semble guère possible de faire état, dans le Rapport, d'une solution qui ne découle pas par elle-même de la Convention.

Le Président souligne que le Rapport se bornera à expliquer la situation, et à donner une interprétation du texte conventionnel sans reprendre la proposition du Document de travail No 21.

M. van Loon (Premier secrétaire au Bureau Permanent), pour répondre à l'intervention de la délégation italienne, précise que la proposition contenue dans le Document de travail No 86 n'ajoute pas le mot «manifestement» dans la clause d'exception du paragraphe 3 de l'article 3, dans sa rédaction au Document de travail No 85.

M. Picone (Italie) reconnaît qu'il a mal interprété le Document de travail No 86, mais se demande si, tant au paragraphe 2 qu'au paragraphe 3 de l'article 3 dans sa rédaction au Document de travail No 85, les textes ne devraient pas être les mêmes, et contenir tous deux le mot «manifestement», ou voir disparaître tous deux ce mot.

The Reporter referred back to the question posed by Mr Pirrung and explained that the differences between the beginning of article 3(2) and the beginning of article 3(3) were differences of substance, and were intentional. The words 'in other cases' were meant as a follow-on to article 3(1), whereas the words 'in exceptional cases' were meant to say exactly that, *i.e.* that article 3(3) should only very rarely be referred to. He explained that he would mention this difference in his Report.

M. Picone (Italie) rappelle que sa délégation avait soumis à la Commission le Document de travail No 26 sur la nécessité de biffer le mot «manifestement» dans ce paragraphe 3 et que cette proposition n'a pas encore été examinée.

Le Président reconnaît qu'après vérification, le Document de travail No 26 avait été réservé pour la seconde lecture.

M. Picone (Italie) considère que la rédaction différente des dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 3, tel qu'il résulte du Document de travail No 85, est susceptible d'induire l'interprète en erreur, puisque dans un cas, les liens doivent être «manifestement plus étroits», tandis que dans l'autre, les liens doivent être simplement «plus étroits». Il admet que si cette différence est motivée par des raisons particulières et valables, il est prêt à les écouter, mais dans le cas où cette différence de

rédaction n'est pas justifiée, il souhaite qu'elle disparaisse.

Le Président se demande si la présence du mot «manifestement» dans le paragraphe 3 ne tient pas au fait que l'on a voulu rendre le cas d'application de ce texte très exceptionnel.

Mr Boggiano (Argentina) explained that the word 'manifestly' in article 3(3) was intended to reinforce the exceptional nature of the clause.

Le Président demande au Délégué italien ce qu'il préfère.

M. Picone (Italie) estime que le terme «manifestement» n'a pas de rapport avec le caractère exceptionnel de la clause échappatoire, mais avec la preuve du caractère plus étroit du lien de la situation avec une autre loi.

Mr Boggiano (Argentina) said that the word 'manifestly' could be deleted as it did not really add anything to the meaning of paragraph 3.

The Chairman stated that some people would disagree with this opinion.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) stated that it could not be deleted as the meeting had already accepted Working Document No 86 and should therefore stick by this earlier decision.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) propose de mettre le terme «manifestement» dans les deux cas.

Mr Philip (Denmark) regrettably said that he had to disagree with Mr Pirrung. He said he could accept the deletion of the word 'manifestly' in paragraph 3 as it was only there to reinforce the exceptional character of that clause, but that he could not accept that the word 'manifestly' be added to paragraph 1. He said that a vote had already been taken on this issue and therefore it should stand.

The Chairman said that a vote could be taken on whether to take the word 'manifestly' out of paragraph 3 of article 3. This proposition has been suggested in Working Document No 26 upon which no decision had yet been made and which was still open for discussion.

Mr Philip (Denmark) agreed this was acceptable.

Le Président propose que l'on passe au vote et demande si des délégations souhaitent supprimer le mot «manifestement» du Document de travail No 86.

Par un vote de 17 voix contre (Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis, France, Grèce, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Suisse, Tchécoslovaquie), 8 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Finlande, Hongrie, Italie, Portugal, Suède, Venezuela) et 3 abstentions (Australie, Irlande, Norvège), la proposition est rejetée, et le mot «manifestement» sera retenu.

Mr Hara (Japan) suggested that the usage of the words 'habitually resident' and 'a national' in article 3 was different from their usage in the federal clause, article 15. He suggested that article 3 ought to be rewritten in order to use the same words as used in article 15 and asked the Drafting Committee to consider this.

Le Président renvoie la question au Comité de rédaction et demande si des délégations souhaitent encore faire quelques remarques sur l'article 3. En l'absence de réponse positive, le Président déclare *l'article 3 adopté* et propose que l'on passe à l'étude de l'article 3 bis.

The Reporter explained that article 3 bis regulated what would occur if the law applicable under the Convention was that of a non-Contracting State which in turn referred to the law of another non-Contracting State. He noted that there were further proposals for its amendment and said that he awaited the decisions of the Commission with interest.

Le Président demande si des remarques générales sont présentées avant de passer à l'amendement proposé par la délégation danoise.

Mr Rognlien (Norway) said that the reference to non-Contracting States became rather difficult to understand and therefore suggested that in line 4 of article 3 bis the word 'another' should be inserted before the phrase 'non-Contracting State'.

M. van Loon (Premier secrétaire au Bureau Permanent) reconnaît qu'il faut rajouter «another» dans le texte anglais.

Mr Rognlien (Norway) said that there were too many repetitions of the word 'that' in article 3 bis and suggested that the first line should be re-drafted in order to read 'If the law applicable according to article 3 bis the law of a non-Contracting State ...'.

Le Président indique que le Comité de rédaction a utilisé les termes «qui appliquerait sa propre loi», au lieu des termes plus classiques «qui accepterait sa compétence». Il demande à la délégation française si cette rédaction donne lieu à commentaires.

M. Struycken (Pays-Bas) donne un exemple dans lequel il pense que l'article 3 bis est susceptible de poser des problèmes: un Sud-Africain habitant Singapour depuis un an y meurt accidentellement; la Convention n'est applicable ni en Afrique du Sud ni à Singapour; selon le droit international privé de l'un et de l'autre pays, la succession mobilière est régie par la loi de Singapour, tandis que la loi du *situs* régit la succession immobilière; le *de cuius* possédait une maison en Angleterre: quelle sera la portée de l'article 3 bis?

Il ne fait pas de doute pour ce qui concerne la succession mobilière, mais qu'en est-il de l'immeuble? Faut-il, en vertu de l'article 3 bis, se plier à la règle unanime des deux pays qui désigne la *lex rei sitae*, l'immeuble n'étant au regard de la Convention qu'un bien comme un autre et ne déterminant pas le «siège» de la succession? Ou bien faut-il se fonder sur l'article 3 pour dire que la loi nationale s'applique, en l'espèce la loi sud-africaine, sur la succession de l'immeuble situé en Angleterre?

Le Président répond que l'article 3 bis ne traite pas du renvoi circulaire, mais du renvoi au second degré en quelque sorte.

M. Struycken (Pays-Bas) se dit satisfait de la réponse.

Le Président introduit dans la discussion le Document de travail No 73 et donne la parole à la délégation danoise.

Mr Philip (Denmark) stated that the remark made by Mr Struycken had reinforced the doubts he had with

this part of the Convention. He realized that as the present draft of article 3 *bis* had been so overwhelmingly accepted it was not possible to change that decision but he felt that his proposal set out in Working Document No 73 would reduce the problems that might arise from this departure from the unity principle. He said that his proposal would clarify the fact that the predominant law should govern mandatory rules.

Le Président croit comprendre que le Délégué danois souhaite introduire, pour les îlots objectifs désignés par l'article 3 *bis*, la même suggestion que celle que l'article 4 *bis* a mis en place en réservant pour des îlots subjectifs les règles impératives de la loi dominante.

M. Lagarde (France) insiste pour que la logique de l'article 3 *bis* soit respectée, ce que ne fait pas, selon lui, la proposition danoise. En effet, l'article 3 *bis* a pour but d'éviter de porter atteinte à l'uniformité des solutions sur lesquelles deux Etats non contractants sont parfaitement d'accord; le texte cherche donc à respecter les lois des deux Etats contractants. Il prend l'exemple d'un Américain originaire de l'Etat de New York, domicilié en Grande-Bretagne depuis un temps suffisant. Par hypothèse, ni la Grande-Bretagne, ni les Etats-Unis, ne seraient Parties à la Convention. La France, en revanche et toujours par hypothèse, y serait Partie. La Grande-Bretagne et les Etats-Unis ont tous deux un système scissionniste. On ne voit pas pourquoi le système conventionnel viendrait remettre en question les solutions sur lesquelles le droit américain et le droit anglais sont d'accord. La Convention viendrait comme un éléphant dans un magasin de porcelaine. Il conclut qu'il conçoit qu'on puisse souhaiter une réserve, mais qu'il s'oppose résolument à une modification du contenu de l'article.

Mr Rognlien (Norway) said that the Danish proposal appeared reasonable and that if Norway were to become a Party then he would probably vote for Denmark but, if Norway did not ratify, then they would vote with France. He was therefore undecided about what to do.

Mr Scoles (United States of America) said that one of the most important arguments in support of Mr Philip's proposal was its deference to the most important law as set out in article 3. He supported the importance of sustaining this deference in article 3 *bis*.

M. Voulgaris (Grèce) se dit prêt à se rallier à la proposition danoise en tant que pis-aller et afin de préserver le principe de l'unité.

Mr Mádl (Hungary) expressed the view that to go too far in either direction where renvoi was concerned would be unhelpful. He expressed the view that the compromise which the Convention had reached should be retained.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) reconnaît que la délégation portugaise a accepté le principe du renvoi au second degré de l'article 3 *bis*, mais considère qu'avec la possibilité d'un renvoi partiel, on porte atteinte au principe de l'unité et serait donc d'accord avec la proposition danoise.

Mr Blomstrand (Sweden) stated that the Danish proposal would not totally remove renvoi but merely limit its scope. He said that Swedish private international law was very reluctant to accept renvoi and that although the Danish proposal would only permit a very weak idea of renvoi it would still exist, and therefore Sweden would still need to declare a reservation to 3 *bis*. They

therefore would ask that such a reservation be permitted.

Le Président précise que si des délégations souhaitent demander la réouverture des débats, elles le peuvent toujours.

Le Secrétaire général avoue qu'il préfère une bonne réserve qu'une mauvaise Convention.

M. Picone (Italie) affirme que l'on peut voter pour toutes les dispositions sous réserve de respecter la logique. Or, pour lui, la proposition danoise renverse intégralement la logique de l'article 3 *bis*. Elle entraîne l'application de règles impératives qui ne veulent pas s'appliquer, les règles qui au contraire veulent s'appliquer étant déclassées à titre de référence matérielle. En bref, on aboutit pour régler la succession à un *patchwork* qui ne s'impose pas du tout. Ainsi, la solution de la proposition danoise lui semble être la pire de toutes, à tel point qu'il préférerait presque voir l'article 3 *bis* disparaître, plutôt que de le voir rédigé conformément à cette proposition.

Le Président demande quelles sont les délégations qui sont pour l'adjonction de la proposition danoise au texte de la Convention.

M. Lagarde (France) demande si ceux qui votent oui sont bien ceux qui se proposent en faveur de la proposition danoise.

Le Président lui répond par l'affirmative et ouvre le vote.

Par un vote de 13 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Etats-Unis, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Tchécoslovaquie, Venezuela), 11 voix pour (Argentine, Australie, Autriche, Chine, Danemark, Espagne, Grèce, Japon, Norvège, Portugal, Suède) et 4 abstentions (Belgique, Canada, Chili, Suisse), la proposition est rejetée.

Le Président demande si des délégations ont d'autres observations à faire. Constatant la négative, il considère que l'article 3 *bis* est adopté tel que rédigé dans le Document de travail No 85.

Le Président invite alors les délégués à entreprendre l'étude de l'article 4. Il relève déjà trois difficultés particulières. En premier lieu, au paragraphe 2 de l'article 4 figurent des mots entre crochets. Les délégués devront donc décider de la suppression ou du maintien des mots entre crochets. En deuxième lieu, la délégation du Royaume-Uni et la délégation danoise ont séparément fait des propositions pour rédiger différemment ce paragraphe 2. Enfin, il faudra se prononcer sur les propositions française et italienne du Document de travail No 92 (ce document remplace le Document de travail No 65) et qui consiste à ajouter une règle au paragraphe 1 de l'article 4.

Le Président ouvre la discussion sur l'article 4 et invite les délégués à faire tout d'abord des observations d'ordre général sur la structure de cette disposition.

Mr Scoles (United States of America) referred to the similarity between article 4, paragraph 1 and article 4 *bis*. Both of these provisions identified the designations of law that might be made by a testator, whereas the remainder of article 4 referred more to the nature and limitations of such designations. He therefore suggested that articles 4(1) and 4 *bis* be grouped together renumbering 4(1) as 4(1)(a) and 4 *bis* as 4(1)(b).

Le Président propose que la question soulevée par M. Scoles soit renvoyée au Comité de rédaction.

Mr Struycken (Netherlands) commented that he would regret the adoption of the American proposal. He preferred the formula in Working Document No 85 as he believed that the two articles, 4 and 4 *bis*, were of a fundamentally different nature.

Le Président va demander au Comité de rédaction de revoir le problème, afin de présenter la meilleure solution possible.

Le Président passe alors à l'étude de l'article 4, paragraphe 1. Constatant qu'aucun délégué ne désire faire d'observations sur ce paragraphe 1, il déclare ce texte *adopté* sous réserve de la solution qui sera retenue concernant la proposition conjointe des délégations française et italienne.

Le Président passe alors au paragraphe 2 de ce texte. Il donne la parole au Rapporteur pour qu'il explique ce texte.

The Reporter introduced article 4, paragraph 2. He explained that, so as to facilitate the adoption of the most suitable language, certain provisions had been inserted in square brackets for the consideration of the delegates at this time, thereby permitting a choice to be made as to which formula best expressed their wishes. The wording of the phrase within the third set of square brackets had been changed in recognition of the fact that questions of formalities had been excluded from the scope of the Convention. He remarked that although the language used in this paragraph might perhaps lack a certain clarity, especially from the point of view of common law countries, it had been chosen because it was the same as that which had been used in article 1. In other respects the paragraph spoke for itself.

Le Président déclare que la première question que la Commission a à régler est celle de savoir si l'on doit retenir l'expression «clairement exprimée» ou «expresse et contenue». Il donne alors la parole aux délégués.

Mr Savolainen (Finland) proposed a compromise between these two choices. The phrase 'clearly expressed' was not as clear as it might be whereas the phrase 'express and contained' suggested a change in substance. The proposed compromise was the substitution of the phrase 'expressed in a statement' in their place.

Le Président déclare que la solution que propose M. Savolainen est en fait une troisième possibilité qui s'ajoute à celle présentée par le Comité de rédaction. Elle consiste donc à ne retenir que l'expression «cette désignation doit être *exprimée* dans une déclaration ...».

Mr Rognlien (Norway) raised a question as to one of the examples used in the Report. If the testator were to designate 'the law of my nationality', this might be regarded as sufficiently unclear as to invalidate the entire designation. He invited the Reporter to indicate how the problem in his example might be resolved and to specify which of the alternative phrasing he preferred. He added that he was in support of the Finnish proposal but that he would substitute the word 'indicate' for 'expressed'.

The Reporter explained that in the first alternative, 'clearly expressed', it was to be understood that whatever language was used, it would have to satisfy the standard of proof required for an application of the law

in question. In the second alternative, 'express or contained', the words used would also have to be capable of satisfying the burden of proof regarding the meaning of such words. Any designation in a statement would have to be made in accordance with these rules.

Le Président pense, en effet, que l'idée de M. Savolainen est probablement la meilleure. Il considère qu'elle simplifie beaucoup les choses. Il invite donc les délégués à voter sur la proposition de M. Savolainen. Si la proposition de M. Savolainen était admise, la première phrase du paragraphe 2 serait ainsi rédigée: «cette désignation doit être *exprimée* dans une déclaration ...». Le vote s'effectue à main levée.

Le Président constate qu'une large majorité se dégage en faveur de la solution proposée par M. Savolainen. Il déclare donc *cette proposition adoptée*.

Il passe alors à la suite du paragraphe 2 de l'article 4.

M. Picone (Italie) estime que les termes «Si d'après cette loi le choix n'est pas valable ...» sont un peu ambigus. Il est certain que la possibilité de faire la *professio juris* découle directement de la Convention. Ce n'est donc pas à la loi choisie de dire si elle admet ou non la validité au fond de cette *professio juris*. Il n'est pas sûr que l'expression utilisée ici ne comporte pas une certaine ambiguïté sur ce point. Il préférerait alors que l'on dise plutôt «si d'après cette loi le consentement n'est pas valable ...».

Le Président pour répondre à la question de M. Picone se demande si cela ne pourrait pas simplement être mentionné dans le Rapport. Il croit en effet qu'il est difficile de trouver une bonne formule pour exprimer cette idée dans un article. Il serait donc préférable, selon lui, de laisser au Rapporteur le soin d'expliquer cette disposition.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se déclare parfaitement d'accord avec l'interprétation de M. Picone sur le fond. Mais elle précise que la Conférence avait déjà rencontré cette difficulté lors de la Convention sur la vente, et lors de cette Convention avait été adoptée la formule même qu'a reprise ici le Comité de rédaction. Elle pense que si l'on voulait maintenir une certaine unité dans les Conventions de La Haye, il serait préférable de conserver cette formule quitte, bien sûr, à expliquer clairement dans le Rapport ce que l'on a voulu dire de façon à faire disparaître toute ambiguïté.

Le Président demande au Délégué du Royaume-Uni de présenter sa proposition contenue au Document de travail No 90.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that his proposal had been made in an attempt to separate considerations of testamentary disposition from those of *pactes successoraux*. He hoped that Chapter III could be treated as a distinct entity dealing with the latter subject. The reasons for this proposal were two-fold. First, the concept of *pactes successoraux* presented many problems for common law countries. They were not fully understood and thus were regarded with some uncertainty. Therefore, common law countries might be inclined to make reservations on this subject. He suggested that, if there were to be a general requirement dealing with *pactes successoraux* and testamentary dispositions together, this might have odd repercussions in common law systems. Furthermore, as a result of article 6 of Working Document No 85, there was introduced a specific requirement that agreements as to succession were to be 'agreements created in writing'. He therefore

proposed that the Convention might be clearer and stronger if the part dealing with succession could stand on its own, with a 'mini-convention' on *pactes successoraux* incorporated into the middle of the general Convention on Succession.

The Chairman pointed out that the second part of the proposal of the United Kingdom regarding testamentary dispositions was similar to that contained in the Danish proposal in Working Document No 74.

The Reporter stated that he was sympathetic with Mr Hayton's position, but that the problem was in arriving at a phrase other than the short statement which had been used elsewhere. If the United Kingdom proposal were to be adopted, would it be necessary to change article 1 as well? He hoped that if the other common law countries made use of the Report, he might be able in it to explain the nature of *pactes successoraux* and thereby satisfy any questions that might arise.

Mr Hayton (United Kingdom) replied that one of the problems was that of enacting implementing legislation. Generally, such a convention would be contained in a Schedule to the Act in question, with little by way of introduction to it. He feared that if care was not taken the tail of *pactes successoraux* might come to wag the dog of succession. He warned that otherwise clear provisions might grow uncertain because of the necessity of using broad language in order to accommodate *pactes successoraux*. He therefore reiterated the need to keep the two concepts separate.

The Reporter again expressed sympathy with Mr Hayton's position in so far as the common law systems were concerned. However he pointed out that in other systems the two concepts of *pactes successoraux* and testamentary dispositions were very closely bound together. He concluded that he would explore the problem with the Drafting Committee.

Mr Philip (Denmark) drew attention to the fact that a similar problem had been addressed in Working Document No 74. He explained that the nature of article 1 was different from that of article 4, thereby giving rise to the need for different language to be used. In article 1, it was intended that rules about form should be excluded, whether these related to wills or to succession contracts. This explained the broad terminology used in article 1. In the present context, the reference was to wills and to a designation which would determine the applicable law. It was therefore natural to ask for the application of such formal requirements as would be dictated by the applicable law, in accordance with the provisions of the Hague Convention on Wills. He therefore indicated his approval of the first part of the proposal of the United Kingdom. However, he envisaged certain problems with the second part. He wondered whether the concern addressed there was that, in a succession agreement, there might be a choice of law applicable not only to the agreement as such, but also to a will contained in the same agreement. If that was the problem in mind, he could understand why the provision was necessary. However, he thought that it might be more easily dealt with in Chapter III rather than at this point, so as to avoid possible misunderstandings. He hesitated to include a rule on form here which would be repeated in Chapter III and wondered whether the consequence of doing so might not be a reduction in the clarity of the provision. He proposed the deletion of the last line of the United Kingdom proposal, unless the

delegation of that Country could provide some explanation for the necessity of its retention.

The Chairman indicated that there was a difference in substance between the provision in question and those in Chapter III. Chapter III made no reference to the applicable law and dealt only with written agreements. As matters of formality were to remain outside the scope of the Convention, he worried that confusion might arise as a result of the United Kingdom proposal, especially in the case of countries with more stringent rules about formalities.

Mr Hayton (United Kingdom) suggested that the problems might be dealt with by a change of wording. He proposed to amend the last clause by changing the wording to read: 'or otherwise comply with the formal requirements for an agreement within Chapter III'.

Mr Rognlien (Norway) reminded the delegates that the provisions in article 1(2) were to stand for the entire Convention and therefore argued that, in article 4(2), the words in brackets ought to be retained. He suggested that the acceptance of the United Kingdom proposal in Document No 90 might be in derogation of article 1 as it would make a formal requirement for succession. He pointed out that in Norway, succession agreements must be made in accordance with the formal requirements for wills. He found the Danish proposal in Working Document No 24 more acceptable than that of the United Kingdom but said that he would prefer the use of the phrase 'disposition of property on death'.

Mr Savolainen (Finland) found a problem in the wording of the second part of the United Kingdom proposal. He agreed that it did indicate that statements would have to be made in writing and thought that this might cause difficulties especially for countries whose laws had much more stringent requirements on such matters (for example, the rule that statements must be made before a notary). However he supported the United Kingdom suggestion that two separate rules should be created: one stating that designations in wills should be subject to formal requirements and the other stating that designations in *pactes successoraux* should follow the form indicated for such instruments. If acceptable, this latter provision might be included in Chapter III, perhaps under article 8.

Mme Revillard (France) indique que ces propositions du Danemark et du Royaume-Uni viennent à la suite d'une proposition de la délégation française qui figurait au Document de travail No 33. Cette proposition française visait à remplacer les mots «dispositions testamentaires» par «dispositions à cause de mort». Elle ne veut pas maintenant rappeler les arguments qui militaient en faveur de cette expression tirée du droit suisse et du droit allemand. Elle voudrait poser une question de fond en ce qui concerne la proposition du Royaume-Uni. Que se passera-t-il lorsqu'un pays ayant fait une réserve complète sur le chapitre III devra statuer sur la validité d'une *professio juris* contenue dans un pacte successoral. Elle souhaiterait savoir comment serait réglée cette question.

Mme Revillard considère que les termes «dispositions à cause de mort» recouvrent tous les cas de *professio juris*. Elle estime donc qu'il faudrait maintenir l'article 2 tel qu'il est et ne pas adopter la proposition du Royaume-Uni. De plus, elle pense qu'il y aurait, si on adoptait la proposition du Royaume-Uni, un problème de coordination avec les termes déjà employés dans la Conven-

tion. En effet, à l'article premier on parle à plusieurs reprises de «dispositions à cause de mort».

Le Président, à la suite de cette déclaration, invite alors les délégués à voter pour savoir s'ils désirent remplacer l'expression «dispositions à cause de mort» par celle de «dispositions testamentaires». Il précise que le vote ne portera, pour le moment, que sur la première partie de la proposition du Royaume-Uni qui correspond à ce qu'a également proposé la délégation danoise.

Par un vote de 16 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Belgique, Canada, Chili, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse, Tchécoslovaquie), de 9 voix pour (Argentine, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Japon, Norvège, Royaume-Uni, Suède) et 4 abstentions (Australie, Autriche, Chine, Venezuela), la proposition est rejetée.

Dans la mesure où la proposition consistant à remplacer l'expression «dispositions à cause de mort» par «dispositions testamentaires» est rejetée, le Président estime que le reste de la proposition du Royaume-Uni n'est plus utile. Il donne la parole à M. Hayton.

Mr Hayton (United Kingdom) withdrew his proposal.

The Reporter, while accepting that there were problems for common law countries in having too close an alliance between wills and *pactes successoraux*, noted that the remarks by Mrs Revillard served to illustrate the difference in outlook on this question between common law and civil law systems. He promised that he would try hard to explain the concepts concerned in the Report so as to facilitate the adoption of implementing legislation in common law countries. He hoped that these difficulties would not interfere with the ratification of the Convention.

Le Président, constatant que les délégués n'ont aucune autre observation à faire sur le paragraphe 2 de l'article 4, le déclare *adopté*. Il passe alors au paragraphe 3 de cet article.

M. Voulgaris (Grèce) estime que la place où se trouve le paragraphe 3 risque de causer une certaine confusion pour l'interprète. Cette règle vise à interpréter la volonté du *de cuius*. Or, dire «la désignation d'une loi est considérée sauf décision expresse contraire du défunt...», est selon lui assez ambigu. Pour la désignation d'une ou plusieurs lois, il est certain qu'il y a une loi dominante et que l'autre ou les autres ne peuvent être retenues que comme référence matérielle. Pour M. Voulgaris, cela n'apparaît pas ici très clairement en raison de la place actuelle du paragraphe 3. Il faudrait à son avis déplacer en conséquence ce paragraphe 3 et le mettre après l'article 4 *bis*, dans la mesure où il y a un lien entre l'article 4 *bis* et le paragraphe 3. Le paragraphe 3 deviendrait alors l'article 4 *ter* et commencerait ainsi: «Pour l'application des articles 4 et 4 *bis*...».

Le Président partage l'opinion de M. Voulgaris selon laquelle le paragraphe 3 de l'article 4 est à mettre en relation également avec l'article 4 *bis*. Il propose que cette difficulté soit étudiée par le Comité de rédaction. Constatant qu'il n'y a pas d'autres remarques sur le paragraphe 3, il déclare ce paragraphe *adopté* sous réserve des observations qui ont été faites par M. Voulgaris. Il passe alors au paragraphe 4. Il demande aux délégués s'ils ont des observations à faire sur le paragraphe 4. Constatant que ce n'est pas le cas, il déclare le *paragraphe 4 également adopté*.

Avant de passer à l'article 4 *bis*, le Président invite les délégués à discuter de la proposition des délégations française et italienne figurant au Document de travail No 92. Il demande la lecture de cette proposition en français pour qu'elle soit traduite simultanément en anglais. Après cette lecture, il donne la parole à M. Lagarde pour qu'il présente cette proposition.

M. Lagarde (France) indique, en premier lieu, que le Document de travail No 92 remplace le Document de travail No 65. Cette nouvelle proposition est légèrement différente de la précédente. Les délégations française et italienne ont réduit leur demande et ont adopté un profil plus modeste. M. Lagarde rappelle, en effet, que l'adoption de l'article 4, paragraphe 1, avait posé quelques problèmes à sa délégation, comme à la délégation italienne, puisque cela pouvait aboutir à l'application d'une loi qui n'avait plus aucune effectivité. Il n'y avait plus au moment du décès de l'auteur de la *professio juris* aucun lien qui permettait de le rattacher à l'Etat dont il avait choisi la loi. M. Lagarde comprend également que ce texte a une certaine logique et il ne veut pas revenir sur tout cela. Mais il prend l'exemple d'un Français qui se trouve à 30 ans aux Etats-Unis et qui choisit alors la loi de l'Etat de New York. Il revient vivre en France et meurt en France. M. Lagarde estime que dès lors que cette personne au moment de son décès vit en France et a la nationalité française, et alors qu'elle n'a plus aucun lien avec l'Etat de New York, il faut faire respecter les règles impératives de la loi française. Ainsi, lorsque tous les éléments de rattachement, aussi bien la nationalité que la résidence habituelle, convergent vers l'application de la même loi, il faut que les dispositions impératives de cette loi soient respectées. M. Lagarde précise que si cette proposition était acceptée, cela éviterait à sa délégation de faire une réserve sur l'article 4.

Mr Rognlien (Norway) said, with reference to Working Document No 92, that although it was not all logical, it was reasonable and therefore he was in favour of its adoption.

Mr Hayton (United Kingdom) noted that although this proposal was narrower than that of the previous suggestion in Working Document No 65, he was still worried that some amount of certainty might be sacrificed by disallowing a choice that had been made at the time of designation. If, for example, a French national took up habitual residence in Germany at the age of 25, married a German woman, had German children and made a German will with a German *professio juris* and then at the age of 60 returned to France, the article would have to apply. Therefore French mandatory rules would be imposed to the exclusion of German ones. He expressed the view that this situation seemed rather insular and wondered why it was necessary. If a particular country was concerned about the situation and wished to apply its own rules to a returning national, it might make a reservation on this matter. However, he thought it unnecessary to force all countries to accept the proposition as a general rule.

The proposition would present particular problems in the context of estate planning. For example, he cited the case of a man who moved to England from France, took up habitual residence there, acquired an English wife and English children and met with an English solicitor to draw up his will. That solicitor might have advised him, for estate planning purposes, to set up a trust in favour of his wife, whilst leaving 90 per cent of the estate in his will to his sister. If this same man were to return to France and his widow and children were particularly avaricious, they might, by application of the

provision concerned, claim the entirety of the estate from his sister, thereby upsetting the quite reasonable provisions that the man had carefully made. Because trusts were unknown in the law of France, there would be no possibility of taking them into account in order to diminish claims for the *légitime*.

Mr Gregory (Canada) stated that he found the present text an improvement on the previous one but nevertheless wished to express sympathy with the position of Mr Hayton.

Mr Savolainen (Finland) said that he fully agreed with the remarks of Mr Hayton. The problem about trusts might also arise in the context of the application of different laws to the question of forced shares. For example, one system might allow *inter vivos* donations to be taken into account, while another did not permit them to be considered. This might again result in a situation in which the clear intention of the testator would not be respected.

Le Président invite les délégués à voter sur la proposition française et italienne du Document de travail No 92.

Par un vote de 18 voix contre (Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Japon, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Suède, Venezuela), 8 pour (Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Norvège, Portugal, Tchécoslovaquie) et 3 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Hongrie, Suisse), cette proposition est rejetée.

Constatant qu'il n'y a plus d'autres observations sur l'article 4, le Président déclare cet article *adopté*. Il passe alors à l'article 4 *bis*. Il indique aux délégués que ceux-ci doivent prendre position sur le maintien des mots entre crochets. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter remarked that no decision had yet been taken on how far to extend the extent to which a choice of law of other States might be made by the testator. Although some delegates might prefer a very wide choice, others might be more in favour of a restriction to the law of the situs. This provision had therefore been drafted so as to remain open up to a certain point, after which brackets had been used in order to present the question of restriction to the situs for discussion by the delegates.

Le Président ouvre la discussion sur ce point.

M. Picone (Italie) déclare que c'est un problème sur la solution duquel on peut hésiter. D'un point de vue strictement théorique, dès lors qu'il s'agit d'une référence matérielle, il considère qu'on ne devrait poser aucune limitation. Mais d'un point de vue pratique il reconnaît que ce que l'on veut admettre est la possibilité de faire une référence à la *lex situs* et cela particulièrement pour les immeubles. L'avantage de maintenir les mots entre crochets est celui de montrer directement ce qui a motivé l'adoption de la règle énoncée à l'article 4 *bis*. M. Picone pense qu'une solution de compromis, compromis purement formel, serait de biffer les mots «pourvu que cette loi soit celle de la situation des biens» (mots qui sont en contradiction avec l'accueil d'une «*materiellrechtliche Verweisung*») et de se limiter à décrire la situation légale par référence à l'*id. quod plerumque accidit*, en disant qu'une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats où ces biens sont situés.

Il conclut en disant qu'adopter la formule proposée peut satisfaire les exigences de la pratique même si cela n'est pas tout à fait conforme à la logique de la disposition.

Le Président déclare que la proposition de M. Picone consiste, en fait, à retenir la même solution mais à l'exprimer d'une façon un peu moins stricte. C'est donc un problème de rédaction. Il estime qu'il faudra éventuellement repenser de cette proposition si la Commission accepte de retenir les mots mis pour le moment entre crochets.

Mr Scoles (United States of America) remarked that Mr Picone had indicated certain theoretical concerns, whereas his comments would refer to a more practical problem. This discussion was one which of necessity had a narrow compass, as most people would in fact simply refer to the *lex situs*. However, in the case of some assets, there might be a question as to the nature of the situs. He proposed that if the words in brackets were to be deleted, a certain amount of litigation could be avoided. The mandatory rules in articles 3 and 4 would allow for the protection of families. Therefore he advocated the deletion of the words in question, a move which he felt would reduce litigation over the uncertainty regarding the situs and would also extend the rights to business assets, in the case of which certainty was particularly important.

The Chairman asked whether the words in brackets should be struck out.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) partage l'opinion de ceux qui veulent garder ces mots entre crochets. Il voit bien qu'il peut exister des cas où il y a vraiment un litige sur les questions évoquées par M. Scoles. Mais, selon lui, il faut absolument que l'idée qui a justifié l'introduction de la règle contenue à l'article 4 *bis* soit parfaitement claire. Or, il considère que la notion de référence matérielle n'est pas une notion très claire pour tout le monde. Pour «vendre» cette disposition, il est absolument nécessaire qu'elle soit claire. Il craint que si l'on ne retire les mots entre crochets, ce soit au détriment de la ratification. Or, selon lui, ce qui fait tout l'intérêt de la disposition c'est la possibilité de faire une référence à la loi du *situs*. Il estime que c'est l'élément le plus important de cette disposition et il se prononce, par conséquent, en faveur du maintien du terme entre crochets.

Mr Philip (Denmark) stated that he was in favour of the deletion of the words because the rule in article 4 *bis* had been drafted in order to provide a compromise. The inclusion of the phrase within the square brackets would have the same effect as the deletion of the rule itself. He expressed the view that a *materiellrechtliche Verweisung* should always be possible. If the words in square brackets were to be retained, they would have to be interpreted so as to exclude any *materiellrechtliche Verweisung* that went beyond the *lex situs*. This would constitute an unreasonable imposition upon States. He concluded that the only way in which to put the compromise into effect would be to delete the words in the square brackets.

Le Président invite les délégués à voter sur le maintien ou non des mots entre crochets.

Par un vote de 15 voix contre (Argentine, Australie, Canada, Danemark, Etats-Unis, Finlande, Hongrie, Irlande, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Venezuela), de 13 voix pour (République

fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Chili, Chine, Espagne, France, Grèce, Japon, Luxembourg, Pologne, Suisse, Tchécoslovaquie) et 1 abstention (Italie), la proposition de maintenir les mots entre crochets est rejetée.

En conséquence, dans le texte de l'article 4 *bis*, il n'y a plus aucune limite pour la désignation d'une loi régissant une partie seulement de la succession.

Le Président demande aux délégués s'ils désirent faire d'autres observations sur l'article 4 *bis*. Il donne la parole à M. Siqueiros.

Mr Siqueiros (Mexico) requested a brief clarification. He wished to be informed whether, when article 4 *bis* referred to 'particular assets' and 'without prejudice to the application of the mandatory rules ...', it referred to the whole of the estate. Was the power to designate a different law one that could be applied to one or two or three specific assets only?

The Reporter replied that article 4 *bis* states that wherever assets are situated other than in the country of the law applicable, the testator may adopt the law of situs. However, the mandatory laws of the applicable law will apply to all other wills. The family protection measures contained in the applicable law will stand and the law of the situs cannot be used to avoid them.

Mr Siqueiros (Mexico) wished to know what definition was to be applied to the word 'whole' or '*ensemble*'. He wondered what the parameters of the concept were, in the case, where, for example, a person might have a home in Canada, one in South-Africa and a third in India. These residences could constitute a large part of the estate. Was a designation of the *lex situs* still permissible?

The Reporter responded that there was no notion of quantum control in the provision. If the applicable law covered 25 per cent of the estate, that was the portion which would be governed by it. Therefore a testator could choose one law for that portion and one for assets situated elsewhere. However the applicable law would still determine the family protection provisions.

Mr Gregory (Canada) asked for a small point of clarification. If rules were to exist in subsidiary laws that were by their own terms mandatory, and therefore a conflict of mandatory rules were to arise, which rules were to apply? Would the 'home rules' be more mandatory?

The Reporter indicated that this was indeed the case.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) voudrait évoquer un autre point. Elle propose que le deuxième alinéa de l'article 4 *bis* soit supprimé ou modifié. Elle estime que dès lors que l'article 4 *bis* ne règle pas un problème de conflit de lois, il n'est pas légitime de faire référence au paragraphe 2 de l'article 4 dans cet alinéa 2 de l'article 4 *bis*. Pour elle, il faut supprimer cette référence, sinon elle pense que personne ne pourra comprendre que l'article 4 comporte une référence conflictuelle, alors que l'article 4 *bis* ne fait place qu'à une référence matérielle.

Le Président considère également que l'on pourrait bifurquer ce renvoi. Il propose de laisser cette question au Comité de rédaction.

Mr Philip (Denmark) stated that he agreed with Mrs de Magalhães Collaço. There had been no ruling from the floor when this problem was discussed in the previous session by the Drafting Committee.

Le Président, à la suite de l'intervention de M. Philip, demande s'il y a une délégation qui est opposée à la suppression de l'alinéa 2 de l'article 4. Constatant que personne ne s'y oppose, le Président déclare que cet alinéa 2 est supprimé. *L'article 4 bis est donc adopté.*

La séance est levée à 18 h. 25.

Procès-verbal No 17

Minutes No 17

Séance du lundi 17 octobre 1988 (matin)

Meeting of Monday 17 October 1988 (morning)

La séance est ouverte à 9 h. 40 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président ouvre la séance en donnant la parole immédiatement à M. Delvaux.

M. Delvaux (Luxembourg), par un discours plein de sensibilité, se fait l'interprète des délégués auprès du Secrétariat du Bureau Permanent et de M. et Mme Schultsz. Il remercie les responsables de l'excursion de samedi d'avoir parfaitement organisé la visite du plan Delta et celle du village de Veere, et d'avoir permis aux participants de goûter ainsi aux agréments de la Hollande.

Le Président remercie M. Delvaux d'avoir exprimé le sentiment profond de chacun des délégués autour de cette table et propose que l'on passe, sans plus tarder, à l'étude de l'article 5 de l'avant-projet, au Document de travail No 85.

The Reporter informed the delegates that there was very little difference between the present article 5 and the previous text in Working Document No 69. Apart from the slight alteration to the English text of paragraph 2(a) to read 'their respective shares', the text had remained unchanged. He reminded delegates that the function of article 5(1) was to emphasize the unity principle. Article 5(2) outlined the matters which all States were obliged to recognize as falling within the realm of succession. Article 5(3) allowed Contracting States, if they so desired, to apply the applicable law to additional matters covered by their own laws of succession. The words 'in a Contracting State' had been introduced in this draft.

Le Président demande aux délégations qui ont des remarques à faire de bien vouloir se prononcer.

Mr Siqueiros (Mexico) assumed that all of the delegates would support his desire that the Convention be clear and comprehensible, both to experts in private international law and to all the judges and others in Contracting States who would eventually make use of it. To this end, he hoped that paragraph 1 could be clarified and made more specific. He pointed out that article 5(1) in its preliminary draft had read: 'The law determined under articles 3 and 4 applies to all assets wherever they are located'. The new article 5(1) now stated: 'subject to article 4 *bis* the applicable law governs the whole of the estate ...'. Whereas the prior draft seemed to apply to all assets, the new provision now appeared to establish an exception: that contemplated by article 4 *bis*. To reiterate his question, raised in the session on Friday afternoon, he asked whether there was a subtle difference between the reference in the previous draft to 'all assets' and that in the present article 5 to 'the whole of the estate'. His construction of the provision was that a person might designate a specific law to apply to specific assets but he wondered how many of these assets and what proportion of the estate would be subject to the mandatory rules.

The Reporter reminded delegates, particularly those from common law jurisdictions, that, as previously explained by Mr Pirrung and Mrs de Magalhães Collaço, article 4 *bis* actually referred to a substantive rule which would operate within internal law. Therefore, principles of conflicts law were irrelevant. Under article 5 it was stated that the applicable law would govern the whole of the estate even if article 4 *bis* allowed 'islands' of exception to this general rule. Therefore, in a technical sense, an internal doctrine would be brought within the scope of this law. He explained to the common law countries that the situation in article 4 *bis* was somewhat similar to that of *commorientes* as previously discussed. However, the practical effect of article 4 *bis* was that the mandatory rules of the applicable law would govern no matter what designation might be made. He gave an example from the law of contract: if the applicable law governing a contract were different from that otherwise indicated by the facts of the contract, because of the operation of a reference to substantive law similar to that permitted in article 4 *bis*, the law which had been chosen would be applied, but subject to the mandatory rules of law that ordinarily would have governed the contract. He said that there were many common law contract cases in which this issue had arisen (for example those in which an attempt had been made to avoid controls imposed by South Africa). He concluded by assuring Mr Siqueiros that he understood the point he had been making, and that he would be careful in his Report to address this issue. Under article 4 *bis*, only the mandatory rules of the otherwise applicable law would govern the whole of the estate. The reference in article 5(1) 'subject to article 4 *bis*' was only a reminder that an 'island' might be created in which most of the rules applied would be outside the scope of the applicable law.

Le Président rappelle que l'article 4 *bis* était un compromis entre les délégations des pays de *common law*, qui considéraient ce texte comme utile, et les pays de *civil law*, qui le considéraient comme superfétatoire.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) avoue comprendre le souci de M. Siqueiros et pense que la réponse de M. Waters au Délégué mexicain n'est pas complète. En

effet, l'article 4 *bis* ne signifie rien d'autre que la confirmation de l'existence d'une loi dominante pour tous les biens, quelles que soient leur nature et leur localisation; il ne s'agit pas d'une exception à l'article 4. Dès lors, l'article 5 se borne à désigner certaines questions comme faisant partie du domaine de la loi successorale telle qu'identifiée au moyen des articles 3, 4 et 4 *bis*, ce qui devrait être mentionné au texte.

Le Président rappelle à l'oratrice que l'idée du Comité de rédaction restait celle d'avoir, dans chaque texte d'article, le moins possible de renvois à d'autres dispositions de la Convention.

Mr Philip (Denmark) agreed that the Drafting Committee would have to review the situation. He said that the remarks of Mrs de Magalhães Collaço had demonstrated that the text was not as clear as it ought to be. He also understood the problem raised by Mr Siqueiros. He reiterated that the law applicable under articles 3 and 4 was to apply to all assets in the estate. There might be a designation of some other law for certain purposes, but with the reservation that the law in articles 3 and 4 would still apply with respect to its mandatory rules. He thought that the issue raised by Mr Siqueiros might be resolved by the adoption of the following new text, adapted from a previous draft: 'Subject to article 4 *bis* the applicable law determined under articles 3 and 4 governs the whole of the estate ...'. The expressions 'all the assets' and 'the whole of the estate' were in his view synonymous. However, non-mandatory rules might be set aside by reference to some other law as outlined in article 4 *bis*.

Le Président demande à Mme de Magalhães Collaço si cette proposition lui siérait.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) souhaiterait au minimum avoir une proposition écrite.

Le Président propose de renvoyer cette question au Comité de rédaction.

Mr Savolainen (Finland) agreed with Mrs de Magalhães Collaço that the present wording of the article might be somewhat misleading in that it overemphasized article 4 *bis*. He hoped a revision might be made but was hesitant to accept that suggested by Mr Philip as he thought it might be even more misleading.

Mr Talpis (Canada) requested a small point of clarification. The reference in article 5(1) to article 4 *bis* revived the question of the application of the mandatory rules of the law applicable according to articles 3 and 4. There had been no qualification of the mandatory rules in question in article 4 *bis* specifying whether the provision referred only to rules dealing with succession or to other rules as well. His interpretation of articles 4 *bis* and 5 indicated that the chosen law in 4 *bis* was to apply with respect to every item in article 5(2), (a) to (e) and, pursuant to article 5(3), to any relevant future legal provision. Therefore, when one designated a law one would not necessarily know the full complement of provisions that might eventually fall within its compass. Furthermore, although he assumed that the reference to 'mandatory rules' did not merely concern fixed shares but all mandatory rules, he requested clarification of this point.

The Chairman indicated that not all the items in article 5(2) were mandatory but just a few. He invited the delegates to offer suggestions on the matter to the Drafting Committee.

M. Picone (Italie) considère que l'article 5 ne doit pas faire référence à l'article 4 *bis*, contrairement aux dires de la délégation portugaise, mais seulement aux articles 3 et 4, qui sont les seuls textes désignant la loi appelée à régir en général les questions énumérées à l'article 5. Il demande s'il ne faudrait pas faire en outre, au début du paragraphe 2 de l'article 5, une réserve pour ce qui est prévu au chapitre III, afin de lier entre eux les différentes hypothèses d'application de la loi successorale.

Le Président estime que, dans la mesure où certains pays souhaitent faire insérer une clause leur permettant de réserver l'application du chapitre III, il serait préférable de spécifier la remarque de la délégation italienne dans le chapitre III lui-même.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) considère qu'elle ne peut pas suivre le Délégué italien: en effet, pour elle, tout ce qui est au paragraphe 2 de l'article 5 n'est pas nécessairement de la compétence de la loi impérative dominante, car tout n'est pas forcément impératif.

M. Picone (Italie) souhaite rectifier l'interprétation que Mme de Magalhães Collaço donne de sa pensée et affirme qu'il n'a jamais considéré que le paragraphe 2 de l'article 5 ne concernait que les questions impératives.

Le Président note que dans beaucoup de pays, il n'existe pas de réserve héréditaire, ceci entraînant que l'énumération de l'article 5 est dans sa majeure partie une énumération de règles interprétatives. Constatant l'absence d'autres remarques sur l'article 5, paragraphe 2, il demande que l'on passe à l'étude de l'article 5, paragraphe 3.

Mr Hara (Japan) raised what he thought might be a drafting point, but one which had given him great difficulty with the English text; and some difficulty with the French text. In article 5(3) the word 'law' had been employed three times. According to the definition in article 13, 'law' was taken to mean substantive law. However, in this instance, the second use of 'law' might be understood to refer to conflicts rules. Therefore he proposed that different words should be used in order to reflect the different meanings intended. In the French text, two terms had been employed, '*loi*' and '*droit*'. In this case, article 13 only referred to the word '*loi*'. Therefore '*loi*' seemed to mean substantive law while '*droit*' referred to conflicts rules. If this were accepted as the correct interpretation, he said that he would be satisfied with the French text. However, he thought the meaning had not been made entirely clear in the text, and therefore asked for an explanation of the intention behind the provision.

Le Président reconnaît le bien-fondé de l'intervention japonaise et précise que c'est la version française qui est la bonne, et que le Comité de rédaction essaiera de trouver un autre mot pour le second «*law*» du paragraphe 3. En l'absence d'autres interventions, le Président considère l'article 5 adopté en son entier, sous réserve des améliorations du Comité de rédaction. Il ouvre la discussion sur le chapitre III, en précisant que le Comité de rédaction a fait des efforts considérables pour obtenir un texte plus présentable. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter explained that the Drafting Committee had tried in article 6 to meet the criticisms previously advanced. Following suggestions to this effect, the second part of the provision had been deleted, and the entire text was now incorporated within one main para-

graph. He pointed out the highlights of the text: first, delegates were to note that agreements as to succession were to be created 'in writing or in mutual wills'. By the expression 'mutual wills' it was hoped to reflect the scope of the earlier provision. This term might also refer to the common law case in which an independent agreement was followed by mutual wills. The use of the words 'in writing' had been an attempt ingeniously to encapsulate the concerns of the Convention. He then drew the attention of delegates to the clause beginning on line 4, '... which creates, varies or terminates succession rights of one or more of those persons or other persons ...'. This reference was intended to encompass all kinds of persons, whether those participating in reciprocal arrangements including mutual wills, or those third parties or other persons intended to be the beneficiaries of agreements. Thus he instructed delegates to concentrate their attentions on: first, line 2: 'created in writing or in mutual wills', secondly, the response to Mr Hayton's point in line 4, and thirdly, the additional words 'or other persons'. As to articles 7, 7 *bis*, 8 and 9, he had little to add. These had been drawn up in accordance with previous decisions as recorded in Working Document No 81. However, an error had been discovered in article 8. The last phrase, 'or at the time of his death', ought to have been deleted from the English text. In the French text, the words in square brackets, '*ou au moment de son décès*', ought also to have been deleted.

Le Président demande aux délégués s'ils ont des remarques à faire.

M. Vrellis (Grèce) souhaiterait qu'un seul terme soit employé dans l'ensemble du chapitre III pour désigner ce que la Convention appelle soit «pacte successoral», soit «succession contractuelle», soit «accord». Il se demande s'il ne vaudrait pas mieux employer la locution «pacte successoral» partout.

Le Président précise que le Comité de rédaction tiendra compte de ces remarques lors de sa prochaine séance de travail.

M. Lagarde (France) souhaite faire deux observations, la première concernant la pertinence du terme «accord» pour désigner le testament mutuel: en effet, il se demande si, dans ce genre de situation, l'on n'est pas en présence de deux actes unilatéraux, plutôt que d'un accord à proprement parler. Deuxièmement, il regrette que la rédaction actuelle de l'article 6 ne rende pas compte avec suffisamment de précision de l'idée très clairement exprimée dans le Document de travail No 71, selon laquelle les successions concernées devraient être celles des parties à l'accord, alors que les successions de parties étrangères à l'accord devraient être exclues. Il demande que le Comité de rédaction tente de revenir à une phrase plus proche du Document de travail No 71.

Le Président avoue que le Comité de rédaction pensait que la formulation était suffisamment claire, pour que l'exclusion de succession de parties tierces à l'accord soit considérée comme nécessaire.

M. Lagarde (France) estime que cette solution ne résulte pas de façon évidente du texte.

Le Président est d'accord avec le Délégué français, mais craint un relatif alourdissement du texte.

The Reporter said that he did not need to comment further on the text. With the expression 'or other persons' an attempt had been made to qualify a person

whose rights were being varied. However, he agreed to review this text.

Mr Goldwater (Israel) referred to the point made by Mr Lagarde on the question of mutual wills. In the expression 'created in writing or in mutual wills', a mutual will was not to be seen as synonymous with an express agreement. The agreement arose from the mutual will. Therefore, he proposed that the text be changed to read 'created expressly in writing or by virtue of mutual wills'. This would reflect the fact that the agreement came about because of, but was not identical with the mutual will.

The Reporter agreed that Mr Goldwater's point was a good one, but explained that the Drafting Committee had had a lengthy discussion on this matter. In choosing the present phrase the Committee had tried to embrace both the civil law situation (and particularly the position of the BGB, as explained by Mr Pirrung) and that of common law countries. This might explain why the term had been phrased as it was. Nevertheless he agreed that the wording would be reviewed.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) pense, lui aussi, que le testament mutuel n'a rien d'un accord, même si les résultats peuvent éventuellement en être très proches. Il considère en définitive que l'article 6, paragraphe 2, dans la version du Document de travail No 71, est plus clair dans sa formulation.

Le Président précise que le Comité rédaction tiendra compte de cette remarque.

Mr Struycken (Netherlands) proposed that, in the second line of the English text, the word 'created' be substituted by 'made' in order to harmonize it with the French text.

The Reporter was hesitating to accept this proposal, and wished to be careful of the overtone which it might contain.

Mme Revillard (France) souhaite faire une remarque sur l'intervention de M. Vrellis et rappelle sur ce point que dans certains pays, comme la France, les pactes successoraux sont par principe prohibés, et que si le chapitre III devait s'intituler «Pactes successoraux», certains Etats risqueraient de formuler une réserve (que la Convention est susceptible de comporter) au sujet de ce chapitre, simplement en raison de cette prohibition de principe en droit interne. Quant à l'article 6, elle estime qu'il n'est pas suffisamment clair, en parlant des «autres personnes», termes qu'elle n'arrive pas à interpréter.

Le Président reconnaît que la rédaction de ce texte devra être revue par le Comité de rédaction.

The Reporter did not wish to add any further comment at this point. He could see the problem but wished to reflect further on it.

Le Président demande si les délégations ont d'autres remarques à faire sur l'article 6 et, constatant la négative, propose que la Commission passe à l'étude de l'article 7, au sujet duquel aucune remarque n'est faite par les délégués, le Président le considérant donc comme adopté. Il passe alors à l'article 7 bis au sujet duquel il précise qu'existe un Document de travail No 91 proposé par la délégation italienne, prenant le contre-pied de la solution actuelle de l'article 7 bis. Il faudrait donc, indique-t-il, pour que cette proposition puisse être exami-

née, qu'un vote de réouverture à la majorité absolue ne s'y oppose pas. Avant de procéder à ce vote de réouverture, il demande à M. Picone s'il faut bien interpréter sa proposition comme se rapportant à la fois à la révocation et aux effets de l'accord.

M. Picone (Italie) répond par l'affirmative.

Le Président précise alors la marche des opérations: la Commission écoutera deux orateurs pour la réouverture, deux orateurs contre la réouverture, à la suite de quoi elle pourra se prononcer par un vote sur la réouverture, ce qui pourra entraîner éventuellement l'adoption de tout ou partie de la proposition italienne, suite à un vote sur le contenu de celle-ci.

Mr Scoles (United States of America) asked if the proposal could be read aloud.

Le Président donne lecture de la proposition italienne, puis propose à M. Picone de la justifier.

M. Picone (Italie) explique brièvement sa proposition contenue dans le Document de travail No 91. En premier lieu, en ce qui concerne les effets d'un testament mutuel, il fait valoir que l'application distributive des lois en présence permet d'abord de soumettre à chacune des lois ceux des effets qui ne sont pas réciproquement liés entre eux (par exemple, la possibilité ou non de faire des donations entre époux après avoir rédigé un testament mutuel, ou la possibilité de rédiger ou non un testament pour des biens qui ne font pas l'objet du testament mutuel, etc.). L'application distributive, selon lui, permet ainsi de respecter pour chaque personne les seules règles impératives prévues par sa loi quant aux effets de l'accord (possibilité ou non pour les testataires de gratifier des personnes tierces à l'accord, etc.). Pour lui, d'autre part, il est clair que dans la plupart des cas, ce sera à l'accord, en tant que source des effets admis par les lois en présence, de prévoir des clauses réciproques strictement liées ainsi du point de vue matériel. En ce qui concerne les clauses d'extinction de l'accord (y compris la révocabilité), il reconnaît que l'application distributive des lois en présence peut poser quelques problèmes, étant donné qu'une partie peut très bien avoir une liberté de révocabilité plus large que l'autre. Pourtant, selon lui, ces problèmes ne doivent pas être exagérés, car chaque législation pratiquement lie réciproquement, déjà au niveau de son droit matériel, les testaments mutuels, en prévoyant la possibilité pour une personne de ne pas se considérer liée par l'accord si l'autre ne l'a pas rempli, ou encore, la nécessité tout à fait opposée de respecter ses obligations si l'autre personne a déjà exécuté l'accord (et cela vaut surtout pour les obligations de l'époux survivant).

Le Président demande si certaines délégations souhaitent se prononcer contre la réouverture des débats.

Mr Philip (Denmark) wished to speak first on the question of effects and secondly on their termination. On the question of effects he found it difficult to see how the provision could be made to work, as it indicated that for each person concerned, the effects of the agreement would be subject to a different law. He wondered how, if an agreement existed, the effects of the agreement for one person could be governed by one law and, for the other person, by another law. He suggested that the proposal could not work except by excluding those effects which did not have a corresponding rule in the other law concerned. On the question of termination, he remarked that it would be possible to have a rule

stating that any party whose law permitted it might revoke the agreement. However, he suggested that it would be unfair to have such a rule without substantive rules regulating its result. The injustice would be reflected in the case in which a person were to effect some provision of an agreement or take other action in reliance on its existence, believing the other party to be bound by the agreement because the law governing the agreement led to that result. The certainty created by an agreement would be diminished if the unilateral revocation were to be permitted based on rules not known by the other party. Thus, the provision would only be acceptable if there were a substantive rule stating that such a term would only apply if the other party were aware of its existence.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) se prononce en faveur de la réouverture des débats, considérant que le point essentiel de la proposition italienne concerne les effets de l'extinction du pacte, puisqu'elle donne le pouvoir de renoncer au pacte à une partie pour laquelle cela est permis en vertu d'une loi désignée par l'alinéa premier. Autrement dit, les deux parties sont liées si ce lien résulte des deux lois applicables. Il considère que l'article 7 *bis* tel qu'il résulte du Document de travail No 85, est actuellement contraire à l'idée de l'alinéa premier. En revanche, l'application distributive concernant les effets reste selon lui discutable et il ne prend pas position sur ce point.

Le Président opine dans le même sens que M. Pirrung.

M. Voulgaris (Grèce) se dit défavorable à la réouverture de la discussion, tout au moins dans le sens proposé par M. Picone. En effet, outre les arguments contre l'application distributive des lois en présence présentés par M. Philip, il considère qu'il y a une autre raison contre cette application distributive; pour M. Picone, note-t-il, ces questions sont du domaine successoral et visent les successions respectives en cause, ce qui est souvent le cas; mais il y a également des questions d'ordre contractuel, par exemple, l'effet de l'inobservation par une des parties de certaines conditions (procurer des aliments, etc.) contenues dans ces pactes. Dans ce dernier cas, l'application distributive ne se justifie pas, parce qu'il ne s'agit pas d'effet sur une succession, mais d'effet sur l'accord. C'est une autre question que celle de faciliter la révocation du pacte, comme le propose M. Pirrung mais, dans ce cas, la solution ne va pas non plus dans le même sens que celle proposée par M. Picone. Pour faciliter la révocation, il faut opter pour une application alternative des deux lois en présence; l'application distributive n'a pas de sens, parce qu'une révocation partielle n'est pas possible.

Le Président met aux voix la réouverture et précise qu'en cas de réponse positive, il fera voter séparément sur la question du cumul concernant les effets et celle du cumul concernant la révocation. Il ouvre alors le vote sur la réouverture de la discussion.

Par un vote de 11 voix contre (Argentine, Canada, Chine, Danemark, Grèce, Hongrie, Israël, Japon, Mexique, Pays-Bas, Pologne), 11 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Portugal, Suisse, Venezuela) et 7 abstentions (Australie, Autriche, Chili, Irlande, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie), la réouverture est refusée.

Le Président demande s'il existe d'autres remarques concernant l'article 7 *bis* et, constatant une réponse négative, considère celui-ci comme adopté. Il passe alors

à l'étude de l'article 8 et précise qu'une erreur s'est glissée dans le Document de travail No 85: les mots «au moment de son décès» doivent être considérés comme biffés.

Mr Scoles (United States of America) raised a minor drafting point. Instead of the use of the term 'express stipulation', he thought it might be easier to make this provision parallel with that pertaining to federal clauses if the words 'by express designation' were substituted. Although this expression might be less clear, he hoped the Committee would consider its adoption.

Le Président estime qu'en France, il faudrait dire «par une désignation expresse». Il demande au Comité de rédaction de s'interroger sur ce point. Il demande ensuite si les délégations ont d'autres remarques à faire sur l'article 8 et, constatant la négative, il le déclare adopté. Il demande alors si les délégations ont des remarques à faire sur l'article 9 et donne la parole au Délégué canadien.

Mr Talpis (Canada) asked if he might have an explanation as to why the last third lines of paragraph 2 were expressed differently from the clause pertaining to mandatory rules in article 4 *bis*. He thought that the two provisions concerned the same issue and wondered why the definition in article 9(2) was narrower than that in article 4 *bis*.

The Reporter indicated that article 4 *bis* was designed as an incorporation of a substantive law reference which would be subject to mandatory rules from which there was to be no derogation. He had understood from the intervention of Mr Rognien that the delegates had not wished to change this reference to mandatory rules as it was necessary for the incorporation of the Convention into the laws of their own countries.

Le Président estime qu'il ne s'agit pas là d'une simple question de rédaction, mais d'une véritable question de fond: pour lui, l'article 9 contient des règles très spécifiques relatives à la réserve, par rapport à l'article 4 *bis*, qui lui, vise la totalité des règles impératives.

Mr Philip (Denmark) expressed the view that there was very little difference between the two clauses. Not only was there a reference to indefeasible shares, but also to other rights, of which the parties concerned were not to be deprived. He could see no problem in changing the wording of article 9 to that of article 4 *bis*, although he thought it would be more difficult to make the change the other way around. This alteration might however create problems in drafting.

The Reporter invited comments from other delegates regarding the proposed change in article 4 *bis*. It had been his understanding that it would not be possible to alter article 4 *bis*.

Le Président précise qu'il faut se limiter au contexte étroit des héritiers, qu'il s'agisse de la réserve, ou de prestations en faveur du conjoint survivant.

Mr Philip (Denmark) explained that he was not proposing to change article 4 *bis* but thought that article 9 might be altered.

Mr Edwards (Australia) wished a clarification for the benefit of common law countries. Article 4 *bis* contained a reference to 'mandatory rules'. He understood that it had been agreed that the expression 'mandatory rules'

would incorporate the case, such as that in Australia, where the law contained no provision as to forced shares, but where a court might, upon application, have discretion to dictate that relief be granted from the estate to certain survivors of the deceased. A judgment to this effect was also to have a mandatory effect. He wished to clarify this point because it had been the basis upon which he and other delegates had agreed to the proposal contained in article 4 *bis*. It was his understanding that article 9(2) had, in contrast to article 4 *bis*, been designed to encompass the civil law part of a broader conception of mandatory rules.

The Chairman agreed that this was a question of substantive law, and that therefore the two provisions were of a different nature.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) considère que le Président vient d'indiquer la bonne solution: au texte de l'article 4 *bis* toutes les règles impératives sont respectées, alors qu'à l'article 9 seule la protection de ceux qui ne sont pas parties au pacte était envisagée, que ce soit par le biais de la réserve ou d'une autre formule.

Le Président demande si les délégations ont d'autres remarques à faire sur l'article 9 et, constatant la négative, le déclare *adopté*. La discussion reprend avec l'étude de l'article 9 *bis* (Doc. trav. No 82). Le Président donne la parole au Rapporteur.

The Reporter explained that it was the Drafting Committee's view of this *commorientes* provision that the first bracketed section could be dispensed with. The problem of simultaneous deaths could be provided for in one of two ways. These were indicated by bracketed sections (2) and (3). The body of the Drafting Committee preferred bracketed section (3), but other members of the Committee, conscious of the anti-lapse provisions contained in the law of some States, preferred bracketed section (2).

Le Président explique que, dans le texte, la première bribe de phrase entre crochets pourra disparaître du texte ou y rester selon le vote des délégués; en revanche, pour la seconde et la troisième bribe de phrase entre crochets, les délégués auront à se prononcer en faveur de l'une ou l'autre des solutions alternativement.

The Reporter commented that it had been brought to his notice that the anti-lapse doctrine was not known to civilian lawyers. He gave an example of its operation. A father might make a disposition in favour of his son. The son in turn made provision in his will for his own children. If the son predeceased his father there could be no gift to the son on the father's death. In common law jurisdictions it was therefore standard for a statute to provide that in such circumstances the son's children should take the share the son would have had if he had survived. The problem had been resolved in this manner because it was usually a testator's intention that property should devolve on the next generation of the same family. Anti-lapse provisions in different jurisdictions varied and sometimes provision was also made for the surviving spouse.

Le Président ouvre la discussion sur l'article 9 *bis*.

Mr Scoles (United States of America) noted that the problem of simultaneous deaths was one which the laws of all the Member States of the Hague Conference dealt with. It was also an internal question for the United States. As far as the United States was concerned, bracketed

section (1) seemed helpful since courts were often faced with a situation where there was no difference in the laws potentially applicable and therefore a solution ought not to be imposed by convention where there was no real conflict.

It was also common for a testator to provide in his will for a quite different regime to prevail in respect of simultaneous deaths from that instituted by statute. A longer period of survivorship might be required, in some cases extending as far as ninety days, in order to avoid the additional cost of two transfers of property. In Mr Scoles' view, it was therefore preferable to include bracketed section (1) and to make use of bracketed section (2) whose wording was clearer and more helpful than that of bracketed section (3).

M. Struycken (Pays-Bas) se dit en parfait accord avec M. Scoles, et s'avoue gêné par la seconde branche de l'alternative concernant l'article 9 *bis*, en raison du fait que seuls les droits sont mentionnés, à l'exclusion d'éventuelles obligations.

M. Pipers (Belgique) est en faveur du maintien du premier membre de phrase entre crochets; quant à l'alternative, il en préfère la première branche. En effet, il craint que la seconde n'induisse l'interprète en erreur en lui donnant l'idée que le rédacteur de la Convention souhaite exclure le mécanisme de la représentation.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) opine dans le même sens que le Délégué belge, il est lui aussi en faveur de la première branche de l'alternative et demande qu'il soit précisé au Rapport que s'il ne peut pas être prouvé laquelle des deux personnes a survécu à l'autre, leur mort au même moment pourrait aussi être présumée, ce qui devrait, en principe, avoir la même conséquence que celle prévue au texte.

Mme Revillard (France) ne se dit pas favorable au maintien dans l'article de la première phrase entre crochets. Elle considère que, de plus en plus, les législations suppriment les présomptions de survie. Pour elle, il suffit de dire que la succession de chacune des deux personnes est dévolue séparément; elle note, au passage, que la solution existe déjà dans le Coran.

Le Président opine dans ce sens, mais craint certaines difficultés pour la rédaction du texte en anglais.

M. Voulgaris (Grèce) souhaite voir maintenu le premier membre de phrase entre crochets; quant à l'alternative, il préfère la première branche.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se dit d'accord avec M. Pirrung en ce qui concerne le maintien des mots entre crochets dans le premier membre de phrase. En ce qui concerne l'alternative, elle estime que la première formule n'est guère heureuse et elle préférerait une formule du type de celle retenue par le Document de travail No 57 «Les personnes sont censées être décédées en même temps».

Mr Roberts (Australia) said he would be happier if the first bracketed section was included in article 9 *bis*. He asked the Reporter whether the latter thought bracketed section (2) or bracketed section (3) was better for dealing with anti-lapse provisions.

The Reporter pointed out that he could look at the position from two different standpoints. Wearing his Canadian hat he was in favour of bracketed section (2),

but as Reporter he took to heart the point made by Mrs de Magalhães Collaço that it was desirable to avoid confusion and that bracketed section (2) was not entirely clear. He therefore queried whether delegates from common law jurisdictions felt that they would have problems accepting bracketed section (3).

Le Président se demande si l'on ne pourrait pas dire «Ces personnes sont considérées comme décédées au même moment».

Mme Revillard (France) estime qu'une telle formule ne permettrait pas de résoudre la question, en raison de l'existence de deux lois applicables.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) considère que la présomption dans le sens du décès simultané vise à résoudre la question de savoir s'il peut exister une transmission entre les personnes concernées, mais ne touche pas la définition de la loi applicable à la succession de ces personnes.

Mr Scoles (United States of America) responded to the question posed by the Reporter by stating his preference for bracketed section (2). This language was used in most of the States of America and was therefore well understood. However if the preference of the Commission was for a presumption of simultaneous deaths the question of priority would be left to the applicable law.

The Reporter thought that this problem should be taken up by the Drafting Committee and not discussed at length by the Commission until later.

The Chairman agreed that this point could be discussed later, bearing in mind the comments of Mrs Revillard and the response of other delegates.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) souhaite que la formule du Document de travail No 57 ne soit pas oubliée par le Comité de rédaction, les deux formules du Document de travail No 82 étant considérées par lui comme peu satisfaisantes.

Le Président propose que l'on décide maintenant de garder ou non la première bribe de phrase entre crochets. Il demande si la position de Mme Revillard est soutenue par une autre délégation. Constatant la négative, il déclare la première bribe de phrase entre crochets comme définitivement adoptée sous réserve de rédaction. Quant à l'alternative, il précise qu'elle fera l'objet d'une prochaine proposition du Comité de rédaction. Il propose que la Commission passe à l'étude de l'article 10.

Mr Philip (Denmark) wished to make a general remark not limited to article 9 *bis*. He reminded delegates that although this article only referred to articles 3 and 4, it would be necessary in view of previous decisions to add articles 3 *bis* and 4 *bis* wherever articles 3 and 4 were referred to.

Le Président répond que les positions relatives à l'insertion, dans certains textes de la Convention, de renvois à d'autres dispositions conventionnelles seront étudiées à la fin.

The Reporter noted that the Drafting Committee might have to reconsider the phrase 'testamentary dispositions' in article 10, paragraph 2. The English text might have to be modified to 'dispositions of property on death' and the French version to '*dispositions à cause de mort*'.

M. Struycken (Pays-Bas) propose de biffer les mots «fondations et».

Le Président indique que pour certaines délégations ce terme est important.

M. Voulgaris (Grèce) se demande s'il ne faut pas dire au paragraphe 2 «les mêmes dispositions s'appliquent *par analogie*».

Mr Roberts (Australia) posed a question on the scope of article 10. If a testamentary trust contained dispositions which depended for their validity on the question whether the trust was a charitable one, was this a matter governed by the Trust Convention rather than the Succession Convention?

The Reporter confirmed that it was a matter for the Trust Convention.

Le Président propose que l'on passe à l'étude de l'article 11.

The Reporter noted that the only alteration to article 11 was the modification of the last line to conform to a previous decision of the Commission.

Mr Scoles (United States of America) pointed out that in a previous discussion nearly all delegates had referred to the rules mentioned in article 11 as 'mandatory rules'. He therefore queried whether it would be helpful to insert the word 'mandatory' in line 2, in order to co-ordinate this with the debate.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany), with whom **Mr Philip** (Denmark) agreed, was opposed to this suggestion. The same categories of 'rules' and 'mandatory rules' existed in some States as a system where part of the rules were mandatory and part were not, yet nevertheless the whole system was important. The testator's intention could influence some areas of this system, but not others.

Le Président considère lui aussi qu'il faudrait une réouverture des débats.

M. Struycken (Pays-Bas) se demande s'il ne serait pas souhaitable que les pays indiquent, par voie de déclaration déposée au moment de la ratification, les règles qu'ils souhaitent voir appliquer sur le fondement de l'article 11.

Mr Siqueiros (Mexico) noted that Working Document No 78 addressed the more general question of the application of mandatory rules. He suggested that discussion of this issue be left for later debate therefore.

Le Président propose que l'on passe à d'autres propositions contenues dans différents Documents de travail qui ont toutes le point commun de restreindre un peu le domaine de la loi successorale. Il classe les différentes propositions en quatre groupes principaux; un premier groupe qu'il appelle dérogatoire, un second groupe qu'il appelle compensatoire, un troisième groupe qu'il appelle coordonnateur et un quatrième groupe qu'il appelle groupe de précision. Dans le groupe dérogatoire, il classe la proposition du Document de travail No 78, celle du Document de travail No 79 et celle du Document de travail No 68. Dans la deuxième catégorie, dite compensatoire, il inclut le Document de travail No 48. Dans la catégorie de coordination, il classe les Documents de travail Nos 62 et 34. Il y ajoute la proposition

néerlandaise inscrite dans le Document de travail No 77 qui prend le contre-pied des précédentes. Enfin, dans la catégorie des propositions de précision, il classe le Document de travail No 98. Il commence par ouvrir le débat sur les propositions entraînant des dérogations à la loi successorale. Il donne la parole au Délégué mexicain.

Mr Siqueiros (Mexico) explained that the proposal contained in Working Document No 78 was not innovatory or unorthodox. It was copied from Article 17 of the Sales Convention. A similar provision was also contained in the Trust Convention. The point of the proposal was to provide for a second degree of *ordre public*. Mandatory rules, otherwise known as *lois de police* or *lois d'application immédiate*, were laws which did not exactly fall within the broader field of *ordre public*. The aim of the proposal contained in Working Document No 78 was to make it easier to obtain acceptance of the Convention not only by Members of the Hague Conference but by others who were not at present Members. The proposal would make acceptance of the Convention easier since it made it more flexible and liberal.

Mr Hayton (United Kingdom) explained that the thinking behind Working Document No 79 was an attempt to make the Australian proposal contained in Working Document No 68 more acceptable to civil lawyers and more workable. To explain its working, he gave the example of a Ruritanian national who went with his wife and family to live in Australia. Under Ruritanian law there were no family protection provisions. If after residence in Australia for a number of years the Ruritanian national died, leaving a will specifying that his succession should be governed by Ruritanian law and making no provision for his wife and family, then the Australian Court should be able to apply rules of Australian law which required provision to be made for the wife and family out of the estate of the deceased.

Mr Hayton argued that *ordre public* should be reserved for special cases. The proposal contained in Working Document No 79 was designed to deal with fears that *ordre public* might be too vague. It had also been introduced as a counter-balance to Working Document No 78, which was considered to be too broad. Working Document No 78 was based on Article 17 of the Sales Convention, and Article 16 of the Trust Convention, as well as the wording of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. These were entirely different areas from the subject-matter of the present Convention. Article 11, as set out in Working Document No 82, already dealt with special situations where there were overriding interests at stake.

Mr Hayton was therefore wary of opening a Pandora's Box. This was especially true since the proposed article 14 *bis* enabled the law of the forum to prevail. The forum already benefited from the rules on *ordre public* and from article 11 (an equivalent of which was not in the Trusts or the Sales Conventions) and therefore there was room for doubt whether article 14 *bis* was really required.

Mr Roberts (Australia), rather than introducing Working Document No 68, expressed the view that he would be happy to subsume Working Document No 68 under Working Document No 79. He noted that the Chairman had already explained the differences between these two proposals.

With respect to the wider proposal contained in Working Document No 78, he had heard the views of Mr Hayton with interest. The reason for the proposal contained in Working Document No 78 was to clarify the scope of *ordre public*.

The Chairman queried whether Mr Hayton would accept the added restriction of Working Document No 68 in Working Document No 79, with the result that the deceased must be a national of, or habitually resident in, the forum.

Mr Hayton confirmed that this modification would be acceptable.

The Chairman therefore noted for the benefit of delegates that it would be possible to add a paragraph (c) to Working Document No 79, requiring that the deceased be a national of, or habitually resident in, the State of the forum.

Mr Philip (Denmark) commented that he was faced with a choice between the plague and cholera. Working Document No 79, if amended as had just been proposed, was more attractive than Working Document No 78 (although it still could not be said to be attractive). With respect to Working Document No 78, Mr Philip thought it would be an unfortunate development if such rules were included in all Hague Conventions. They had now been included in the Conventions on Agency, on Sales, and on Trusts. It seemed that if they were also included in the Convention on Succession there would be no possibility of avoiding their use in the future. It was therefore important to note the implication of the inclusion of such rules. The Convention determined the applicable law with respect to matters of succession. It did not require the application of the rest of the foreign law. There was a question of which law governed characterization of the issue, but little turned on this problem. Therefore except in matters of succession the forum could apply its own law.

This meant that article 14 *bis* was not necessary if the provisions the forum wanted to apply did not fall within its law of succession. There was nothing to prevent it applying such rules. Acceptance of the proposal contained in Working Document No 78 meant allowing the forum to apply any of its own rules and thus to set aside the law applicable to matters of succession under the Convention. This would be contrary to the whole purpose of the Commission and to the purpose of the present Convention in particular. It would be an unfortunate development in relation to the Conventions prepared by the Hague Conference if these Conventions consistently left the forum free to do as it pleased, provided it interpreted the provision it wished to apply as a *loi d'application immédiate*. Mr Philip therefore desired that Working Document No 78 be rejected.

The same was not true of Working Document No 79. However it interfered with the principle of party autonomy which the Commission had accepted. A party's choice of law could be effectively negated by application of the proposed article 14 *bis*.

If it was necessary to choose between these two proposals, the better of the two was the British proposal as amended. Another problem with this proposal which might be clarified was its reference to 'the deceased's family'. This wording was too wide, but the wording of the Australian proposal suggested that the word 'family' should be altered to 'spouse and children'. If this further amendment of the proposal was adopted then the proposal in Working Document No 79 could be tolerated.

Le Président croit comprendre des signes de tête de M. Hayton qu'il est d'accord avec la restriction de la proposition canadienne.

Mr Scoles (United States of America) noted that two issues were raised by the proposals in Working Docu-

ments Nos 78 and 79. The first issue was whether acceptance of the proposal in Working Document No 78, which referred to mandatory rules of all kinds, would remove the need for the existing article 11 as set out in Working Document No 82. While Mr Scoles was not sympathetic to the approach of Working Document No 78 he was aware that similar wording was used in other conventions such as the Trust Convention.

The second issue was the effect of Working Document No 79 on the reach of the *professio juris*, which was already a much debated matter.

Working Document No 79 appeared to introduce a third choice of law rule whereby reference might be made to the habitual residence of beneficiaries. Rules ought not be introduced which permitted the choice of the law of the forum *quae lex fori* or the choice of the law of the beneficiary. The real question was whether an article of *professio juris* could override the rules of the law indicated by article 3. If delegates wished to prevent a *professio juris* which conformed to article 4 affecting the rights acquired under the law indicated by article 3, this should be done directly in article 4 and not by an article lurking at a later point in the Convention.

Mr Scoles found Working Document No 78 less objectionable but thought it left the problems raised by Working Document No 79 unresolved.

Le Président précise que si l'adoption de cette proposition avait lieu, il serait toujours possible de l'inclure dans l'article 4.

Mr Goldwater (Israel) expressed a preference for the formulation contained in Working Document No 78, since it represented a complement to *ordre public*. However, he was prepared to go along with the proposal contained in Working Document No 79. He requested that Mr Hayton explain the operation of this proposal where the assets of the deceased were situated wholly outside the forum. Since the opportunity [granted by Working Document No 79] for the forum to override the provisions of the applicable law only applied in respect of assets of the deceased situated in the forum, where the assets of the deceased were situated outside the forum the requirements of family provision were not sufficiently met. The deceased's spouse and children might not be able to take advantage of family protection provisions because the assets of the deceased were outside the forum. How could this problem be overcome within the framework of Working Document No 79?

M. Hascher (France) considère que les Documents de travail Nos 78 et 79 sont des textes malheureux. Pour le Document de travail No 79, il recherche le résultat de la proposition britannique: il constate que celle-ci va dans le sens d'une remise en cause de l'objet de l'intérêt de la *professio juris*. Il considère que pour atteindre le but recherché par la proposition britannique, il aurait suffi de s'arranger à l'article 4 pour que la *professio juris* ne crée pas un rattachement trop léger. La délégation française, note-t-il, avait lutté contre une possibilité de rattachement peu significatif dans le cadre de la *professio juris*, au moment de l'élaboration de l'article 4. Aujourd'hui, avec le Document de travail No 79, la délégation britannique tente d'aboutir au même résultat par le biais d'une disposition de droit matériel, alors que la proposition française restait dans le domaine du conflit de lois. Les termes «*substantially deprive the deceased's family*» laissent une trop grande marge d'appréciation au juge. Il précise donc que la délégation française ne pourra pas soutenir une telle proposition. Quant au Document de travail No 78, la proposition qu'il contient risque de permettre la réintégration du

droit de prélèvement et est en toute hypothèse trop vague, puisqu'elle permettrait l'application de lois relatives à la sécurité nationale ou à la protection de biens culturels qui sont sans rapport avec le droit successoral.

M. Struycken (Pays-Bas) opine dans le même sens que MM. Scoles et Hascher. Il considère que la délégation danoise a donné l'impression, tout au long de la négociation actuelle, qu'elle considèrerait que les droits de l'époux survivant et des orphelins, à caractère alimentaire, ne relèvent pas du droit successoral. Pourtant, en Commission spéciale il avait été bien admis que la Convention porterait sur les droits des survivants, à caractère alimentaire. Dès lors, l'article 14 *bis* perd de son intérêt. Il affirme ne pouvoir, en toute hypothèse, être d'accord avec l'interprétation que M. Hayton donne de l'article 11, qui ne concerne pas la question des aliments successoraux.

Mr Talpis (Canada) wished to emphasize that it was not the intention of Working Document No 78 to destroy the Convention but instead to ensure its greatest acceptance. The motives of the different delegations which had made this proposal varied from one to another. Some had introduced the proposal because they thought that article 11 was too narrow, others because they wished to further protect family interests, while still others regarded it as a means of permitting flexibility and enabling the unjust results of the application of different laws to be adjusted. It had been argued that the *ordre public* provision was sufficient for this purpose. There was no time to discuss this question fully. Many articles had been written on the need to differentiate between *ordre public* and *lois d'application immédiate*. The aim of the proposal was thus to allow the Convention a wide scope of application and to make it as general as possible. One of the problems with Working Document No 79 was that it was insufficiently general. For example, it did not deal with the situation where assets were not situated in the forum. There was therefore need for a broader provision than that contained in Working Document No 79.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) noted a disadvantage of the reference to 'the deceased's family' in article 14 *bis* as proposed in Working Document No 79. If the law applicable by virtue of article 4 of the Convention favoured the children of the deceased but substantially deprived the spouse, while the law applicable by virtue of article 3 would lead to the opposite result, Working Document No 79 appeared to suggest no means of reconciling these possibilities. This problem was unlikely to arise in common law systems where there was no provision for *légitime* and only the spouse of the deceased was usually able to receive some compensation.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) commented that the question of acceptance of provisions concerning mandatory rules had been decided already by the Special Commission. The proposal contained in Working Document No 78 had been presented in order to make the position as clear as possible. It was not convenient that devices such as characterization or public policy should be utilized to achieve the same result. The Convention should seek to resolve problems directly, otherwise it would be undermined.

The same question had arisen in respect of the Conventions on Sales and Trusts. The same reasoning had led to the acceptance of a special article dealing with mandatory rules. If the proposal contained in Working Document No 78 was not accepted, each State would

be at liberty to make use of the public policy exception contained in article 14 to achieve the desired result. Venezuela understood the value of having one sole law to govern all aspects of succession. However, if this was the desired solution then article 14 should also be deleted.

Mr Hayton (United Kingdom) took the opportunity to respond to the questions which had been posed for his consideration. With respect to the problem raised by Mr Goldwater, Working Document No 79 had confined its reference to assets of the deceased within the forum because of practical questions of jurisdiction. The answer to the question posed by Mr van Loon was that it was necessary to look at the position of the spouse and children under the law applicable by virtue of article 4. If the spouse was substantially deprived by that law then the proposal contained in Working Document No 79 would assist in protecting the spouse, while if the children were deprived by that law, again, proposed article 14 *bis* could remedy this situation. However, Mr Hayton thought that in view of the discussion on these two proposals, it might be best to withdraw Working Documents Nos 78 and 79 and retain articles 11 and 14 alone. He found it difficult to envisage situations where a foreign law was not contrary to *ordre public* but was nevertheless caught by the proposed article 14 *bis*. Perhaps the Reporter could clarify the extent of *ordre public* in the Report on the Convention. His final proposal therefore was that Working Documents Nos 78 and 79 be withdrawn.

Le Président croit comprendre que M. Hayton est favorable à un retrait des propositions contenues dans les Documents de travail Nos 78 et 79.

Mr Siqueiros (Mexico) confirmed that those who had made the proposal contained in Working Document No 78 continued to support it. Since an article similar to the proposed article 14 *bis* had been adopted in the Conventions on Trusts and Sales and in the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, it was difficult to see why there was such hesitation now.

Le Président répond qu'à la différence de la Convention sur la loi applicable au trust, dans le présent texte, certaines règles impératives ont déjà spécifiquement été déclarées applicables par des dispositions spéciales. Pour les autres règles impératives, la question peut être réglée de façon différente de celle qui avait été retenue pour la Convention sur le trust.

Mr Talpis (Canada) queried how delegates could contemplate refusing the application of the mandatory rules of the forum when the mandatory rules of a foreign law were required to be recognized under article 4 *bis*.

Mr Philip (Denmark) requested that it be put on record that Mr Struycken had misrepresented his earlier comments.

Mr Roberts (Australia) was concerned that Mr Hayton had withdrawn Working Document No 79, since he preferred it to the Australian proposal in Working Document No 68. He therefore adopted the proposal in Working Document No 79 for the Australian delegation, since he felt it was better adapted to meeting the concerns of civil lawyers.

Le Président met aux voix la proposition contenue dans le Document de travail No 78.

Par un vote de 17 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie), 8 voix pour (Australie, Belgique, Canada, Chili, Etats-Unis, Israël, Mexique, Venezuela) et 4 abstentions (Argentine, Chine, Grèce, Hongrie), la proposition contenue dans le Document de travail No 78 est rejetée.

Le Président propose alors à la Commission de voter sur le Document de travail No 79.

Par un vote de 17 voix contre (Chili, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie), 5 voix pour (Australie, Canada, Irlande, Israël, Mexique) et 7 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Chine, Royaume-Uni, Venezuela), la proposition contenue dans le Document de travail No 79 est rejetée.

La séance est levée à 12 h. 50.

Procès-verbal No 18

Minutes No 18

Séance du lundi 17 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Monday 17 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. 05 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président exprime son vœu de terminer lors de cette séance la «seconde lecture» du projet de Convention, afin que le Comité de rédaction puisse se réunir dans la matinée du 18 octobre, permettant ainsi à la Séance plénière de se tenir le 19 octobre, de sorte que la signature finale puisse avoir lieu dans les meilleures conditions pour tous le 20 octobre 1988 dans la matinée. Il entame ensuite la discussion sur le Document de travail No 48, qui reprend une proposition commune belgo-canadienne, traitant de la possibilité d'une compensation au profit des héritiers qui seraient lésés par l'application des articles 4, alinéa 2, ou 11 du projet de Convention.

Mr Talpis (Canada) explained that the proposal in Working Document No 48 had been designed with the

intention of reinforcing the principle of unity by allowing compensation to be made in some cases for the result of a partial choice of law under article 4 *bis* or following an application of article 11. As concerned article 4 *bis*, the proposal was to permit a readjustment which would go beyond the mere imposition of the mandatory rules of the applicable law. In the case of article 11, there was no specific mention of compensation in the text. However, he felt that it could be argued that because it seemed to be the general consensus that article 11 was to be viewed not as a mandatory rule but as a specific conflicts rule, this could lead to the implication that readjustment or compensation might be permitted. He suggested that the proposal could be justified in that it promoted the principle of unity and would enhance the implementation of the reasonable expectations of the deceased and his family. He thought that a possible criticism of the proposal was that it might be said that it was for each country to decide whether or not to compensate for the derogatory application of the provisions in articles 4 *bis* and 11. However, he considered it imperative that if the unity principle was to be effective, such matters ought not to be left up to the individual State. He drew the attention of the delegates to the proposed Benelux Convention of 3 July 1969. Although that Convention had not been ratified, its Article 10 had provided for a material rule of private international law suggesting compensation in a similar manner to that envisaged in Working Document No 48.

Le Président rappelle que la proposition conjointe actuellement à l'étude doit faire l'objet d'une discussion dans la mesure où, par définition, elle est «secondée».

Mr Philip (Denmark) expressed his sympathy with the motivation behind this proposal but felt that there were problems with it which would prevent him from voting in favour of its adoption. He assumed that the reference in the document to 'article 4(2)' was in fact a reference to article 4 *bis*. In his opinion the provision was superfluous because article 4 *bis* itself provided for a sort of compensation in ensuring that the mandatory rules of the applicable law could not be set aside. As far as article 11 was concerned, he raised a problem peculiar to Danish law although perhaps affecting others as well. There is a rule of Danish law that, in questions of succession to large agricultural enterprises, the testator is given an exceptional right to leave to one of his children a larger share of his estate than that to which he would otherwise be entitled. This might operate to the detriment of other surviving children and even to limit the *légitime*. However, the provision was designed so as to prevent landed estates from being divided up when the value of the rest of the estate of the deceased was relatively small. This rule was not mandatory and the deceased could choose whether or not to apply it. If the provision in Working Document No 48 were to be adopted, it would mean that in this situation the other heirs could ask for compensation from the one to whom the estate had been left, thereby defeating the object of the law in question.

Le Président dit qu'il avait cru en effet que l'article 4 *bis* n'était pas visé, mais que cet article devrait être compris dans la liste indiquée par la proposition commune belgo-canadienne.

Mr Philip (Denmark) said that the law would be defeated altogether.

M. Pipers (Belgique) entend indiquer, à la suite de son homologue canadien, que le système proposé est beau-

coup plus facile à mettre en œuvre que celui des *mandatory rules* prévu à l'article 4 *bis*.

En outre, pour répondre à M. Philip, il affirme qu'en aucun cas, l'application de ce mécanisme compensatoire ne peut aboutir à enrichir l'héritier bénéficiaire.

Il rappelle que le mécanisme compensatoire prévu dans le projet Benelux poursuit également la même finalité et empêche également qu'un héritier puisse recevoir plus que sa part théorique.

Il s'agit ici d'opérer un simple calcul, suivi d'un prélèvement, au lieu de l'application complexe de règles contradictoires.

Enfin, il souhaite rappeler également que la Commission spéciale avait envisagé en son temps la mise en place d'un système de compensation. Il pense donc que son système est destiné à pallier les inconvénients du libéralisme trop prononcé de l'article 11, par l'établissement de règles utiles, simples, dont l'existence permettra sans aucun doute le succès de la future Convention.

Mr Scoles (United States of America) said that he had assumed that the right to make compensation was included within the scope of article 5, in that it allowed, for example, the adjustment of the interest of heirs to take account of various gifts and advancements that might have been made previously. This was a common device to ensure that the arbitrary application of the law of the situs in States allowing scission did not upset family protection provisions. Nevertheless, he felt that if it was unclear that the possibility of compensation had been envisaged within the context of article 5, he would support the proposal in Working Document No 48. He indicated that its terms would not be inconsistent with the approach taken in the rules in articles 3, 4 and 5.

Mr Keane (Ireland) expressed his opposition to the proposal in its present form, as it seemed to him to resemble a substantive rule and therefore to be out of place in the present context. However, he found the motivation behind the proposal understandable. He therefore proposed that an option be given to Contracting States to introduce such a provision into their domestic legislation, for example by inserting a clause which stated that it would not be in derogation of the Convention to do so.

M. Voulgaris (Grèce) estime que la proposition commune belgo-canadienne est partiellement fondée, en ce qui concerne le conflit entre l'article 11 et les articles 3 et 4 (effectivement applicables).

Au contraire, elle n'a aucune raison d'être relativement à l'article 4 *bis*, puisque dans ce cas l'application de la loi désignée par les articles 3 et 4 empêche l'éclosion des problèmes soulevés par les délégations belge et canadienne. En revanche, effectivement, le problème peut exister entre la loi territoriale (de l'article 11) et la loi désignée par les articles 3 et 4. Mais alors la solution proposée n'est sans doute pas la meilleure, car la règle substantielle qu'elle suppose n'est pas très claire et ne correspond pas à la finalité de la future Convention. D'après la délégation grecque, il n'y a aucune raison de concevoir ici une règle de conflit; il faut plutôt se tourner vers une règle interprétative de la Convention, en recherchant s'il existe une masse successorale territoriale, indépendante selon l'article 11 ou si, au contraire, cette masse n'est pas indépendante et, par conséquent, se trouve soumise aux compensations prévues par la loi généralement applicable, selon les articles 3 et 4.

Mr Hayton (United Kingdom) emphasized that care must be taken so as not to undermine the balance in articles 4 *bis* and 11. He suggested that, in a case where

a *professio juris* had been accepted, one would simply be obliged to trust the rules of the *lex successionis* directed by that *professio juris*. The extent of any compensation would therefore be a matter for the *lex successionis*. He proposed that any State ratifying the Convention be allowed to deal with this question in its implementing legislation, in accordance with the rules of its own system and its own cultural views.

Mr Boggiano (Argentina) said that he did not see any relationship between the compensation rule and articles 4 *bis* and 11. He did however think that it might have some merit if applied to article 3 *bis*, in which the possibility of renvoi had been permitted. He did not know whether the co-sponsors of the proposal would be willing to consider such an application of their ideas, but in his view the proposal could only be adopted as a means of reducing the scope of the renvoi otherwise permitted under article 3 *bis*.

Mme de Jong (Union internationale du Notariat latin) souhaite mettre en garde les délégations à l'origine de la proposition actuellement débattue. Il est vain, selon elle, d'entretenir des illusions sur l'efficacité du mécanisme de compensation proposé.

En effet, il lui paraît que le «système des îlots» ne fera, dans le cas où la compensation jouerait, que retarder la liquidation de la masse la plus importante, sans pour autant garantir l'efficacité du mécanisme de compensation, l'assiette du prélèvement se révélant la plupart du temps insuffisante à permettre une compensation totale. En outre, toujours d'un point de vue pratique, il convient de se rappeler que la divulgation de certains renseignements de nature successorale est interdite au notaire en vertu de règles déontologiques dès lors que tous les héritiers légaux sont pourvus aux termes d'un partage. Par exemple, une veuve demeurant aux États-Unis ne pourrait réclamer à un notaire néerlandais chargé de la liquidation d'une succession au profit d'héritiers néerlandais, régie par la loi successorale néerlandaise, aucun renseignement sur la consistance de la masse successorale soumise à partage.

M. Pipers (Belgique) admet volontiers que dans l'hypothèse d'application de l'article 4 *bis*, la part successorale, assiette du prélèvement, pourrait se trouver réduite. En revanche, l'article 11 étant un «fourre-tout», il pourrait concerner une part importante de la succession susceptible de satisfaire un prélèvement dans des conditions d'efficacité optimale.

Le Président soumet aux délégations le sort de la proposition contenue dans le Document de travail No 48.

Par un vote de 19 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse), 5 voix pour (Belgique, Canada, Chili, États-Unis, Israël) et 5 abstentions (Australie, Chine, Mexique, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition contenue dans le Document de travail No 48 est rejetée.

Le Président ouvre ensuite la discussion relative aux propositions dites «de coordination» entre la future Convention et celles concernant les régimes matrimoniaux et le trust.

Il constate sur cette question une divergence de vues entre la proposition néerlandaise (Doc. trav. No 77), laquelle entend exclure le problème de la «coordination» du champ d'application prévu à l'article premier, et les propositions espagnole et canadienne, lesquelles,

au contraire, s'attachent à régler cette épineuse question.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) soutient le Document de travail émis par sa délégation en précisant que l'article premier, paragraphe 2 *c*, a bien exclu les questions relevant du régime matrimonial et du champ d'application de la Convention; néanmoins, le problème du résultat de l'application de la loi du régime et de la loi successorale au conjoint survivant demeure entier au plan de l'adaptation des statuts.

Dès lors, cette question doit être réglée, selon la délégation espagnole, aux termes d'une disposition spéciale compte tenu de nombreuses difficultés qui peuvent naître si l'on applique la loi successorale, compte tenu des divergences parfois profondes existant entre les différents systèmes étatiques.

En tout cas, si l'adaptation peut être envisagée sous diverses formes, souplesse et flexibilité doivent être présentes; c'est ce qui a inspiré la proposition espagnole.

Mr Talpis (Canada) outlined the rationale behind the proposal in Working Document No 34. He explained that each country had its own means of protecting the immediate families of deceased persons. Generally, some provision was made for the surviving consort and for any children concerned. He would not wish to see such measures frustrated by the operation of the Convention. He pointed out that the subject of his proposal had not been dealt with in the Matrimonial Regimes Convention, but that various countries had developed different means by which to resolve the issues which arose (for example by submitting such questions to the law of the matrimonial regime concerned or by simple adaptation or by functional characterization). To some extent this possibility had been explored by the Belgian proposal in Working Document No 49. He did not claim to have a magic solution to the problem. Questions of matrimonial regimes might have been eliminated, as falling clearly within the scope of article 5(2)(a). His main concern was that some measure was necessary in order to allow a court to correct possible injustices arising out of the application of the Convention. He explained that the proposal in Working Document No 34 went further than the Spanish proposal, which was limited to matrimonial regimes and to trusts. The Canadian proposal would also extend to cover the unjust results of the application of any other laws dealing with rights in the property of the deceased.

M. Struycken (Pays-Bas) est d'accord avec les délégations espagnole et canadienne au moins sur la nécessité d'évoquer le problème de l'adaptation entre conventions, même si c'est pour l'exclure.

Cette exclusion donnera au juge toute latitude pour adapter les différents corps de règles.

La future Convention ne sera là que pour signaler précisément que le problème n'a pas été réglé par la Commission.

Bien entendu, selon M. Struycken, il appartient au Comité de rédaction de trouver la formule idéale pour exprimer le souci de la délégation néerlandaise.

The Reporter expressed great sympathy with this proposal but was concerned that it might be moving into the area of conflicts legislation and thereby invading the realm of substantive law.

Mr Scoles (United States of America) remarked that one of the most misunderstood issues in the fields of marital property and succession was the assumption that each system totally protected surviving dependants. In

fact, co-ordination among systems was almost always necessary where, for example, a couple had moved from a marital property State to a common law country or vice versa. The problem resulted from a conflict of laws and necessitated adjustments to be made. He therefore proposed that this matter be included as an implementing provision so as to alert parties to the need to consider family protection in its entirety. Some States provided such protection during the life of the parties and others on death. He wished to prevent the situation in which misunderstandings arising from such discrepancies would prejudice the case of a couple that had moved from country to country. This, he felt, was a major problem and ought therefore to be included within the scope of the Convention.

Mme Revillard (France) entend rappeler que le règlement de ce qu'on appelle les «liquidations complexes» des régimes matrimoniaux et des successions soulève tout d'abord de délicats problèmes de qualification. Ils apparaissent à propos d'institutions qui se situent à la charnière des successions et des régimes matrimoniaux, comme les donations entre époux, les préciputs, gains de survie ou la communauté continuée. En outre, le règlement du régime matrimonial est parfois lié au règlement successoral. Tel est le cas de la liquidation du régime légal allemand, lorsque la succession est soumise à la loi française. Il vaut mieux pour résoudre ces problèmes limités laisser à la loi successorale son champ d'application et tenter de trouver une solution d'adaptation au niveau du régime matrimonial.

Même en supposant le problème de qualification résolu, des inégalités de traitement peuvent naître en raison d'une inadéquation entre la loi du régime matrimonial et la loi successorale.

Deux séries de solutions peuvent être apportées au règlement de ce qu'on appelle «l'inadaptation».

La première solution est aussi radicale que non viable; elle consiste à rechercher l'identité entre la loi successorale et la loi du régime matrimonial par le biais d'une règle abstraite. Or, aucune règle de ce type ne permet de parvenir à ce but, en raison de divergences «naturelles» dans le règlement des conflits de lois entre le statut matrimonial, fixé au moment du mariage, et la loi successorale, dont la détermination s'effectue le plus souvent, *de lege lata*, au moment du décès.

La seconde solution regroupe une série de procédés donnant un large effet à l'autonomie de la volonté des époux. Au niveau successoral la *professio juris* permettra de faire coïncider la loi du régime matrimonial et la loi successorale. On peut également songer à changer de régime matrimonial, procédé fréquent utilisé notamment en France. D'ailleurs, à ce sujet, la mutabilité prônée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978, facilitera cette solution (article 7, paragraphe 2, et article 8, paragraphe 2).

Enfin, on peut recourir à des techniques, telles que, par exemple, la donation de biens à venir pour rechercher une adéquation, la plus parfaite possible, entre régime matrimonial et succession.

Il faut savoir que les procédés qui viennent d'être évoqués fonctionnent en pratique de façon tout à fait satisfaisante, ce qui rend inutile une règle de coordination et/ou d'adaptation qui serait, au surplus, certainement trop complexe, car il est difficile de fondre en une règle les différentes techniques envisageables. D'ailleurs, la Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux ne prévoyait rien à ce sujet. Il n'est pas souhaitable que la Convention sur les successions aille dans un sens différent.

Sans doute, la proposition néerlandaise a ses mérites, mais, selon la délégation française, il est préférable que

la Convention soit muette à ce sujet, quitte à étoffer le Rapport en reprenant les différentes techniques évoquées par la délégation française pour pallier les problèmes de coordination et d'adaptation existant entre régimes matrimoniaux et successions.

Le Président se déclare en plein accord avec Mme Revillard.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime que l'adaptation des solutions matérielles dont il est question ne peut pas être réglée par les dispositions contenues dans la Convention, aussi difficiles à concevoir qu'à mettre en œuvre. L'adaptation s'imposant au juge, ceci implique, comme le souhaite la délégation néerlandaise, que le problème de l'adaptation reste en dehors de la Convention.

M. Simó Santonja (Union internationale du Notariat latin) constate que les propositions espagnole et canadienne tendent à prendre en considération les «injustices graves» nécessitant la coordination des corps de règles en présence. La question se pose alors de savoir pour lui si la Convention doit désigner ou non des personnes ou des institutions chargées d'interpréter ces deux notions.

Ensuite, il convient de se demander si l'énumération des personnes en question doit ou non être exhaustive.

De son côté, M. Simó Santonja pense que le pouvoir judiciaire ne doit pas inférer dans ces questions qui sont avant tout l'apanage du notaire. Cependant, si une énumération doit être faite, il conviendrait, comme pour la Convention sur le trust, de citer le notaire, le juge et les autorités publiques.

Mr Savolainen (Finland) stated that he also thought it would be useful to have an express mention of such a possibility in the Convention itself and not merely to leave it to be stated in the Report as taken to be understood. A specific reference would emphasize the existence of the possibility and therefore provide assistance for judges and practitioners dealing with questions of succession. He therefore expressed his support of the proposal in Working Document No 77, subject to drafting. The only question was whether the exclusion ought to be inserted in the Convention or whether it ought simply to be stated that nothing in the Convention prevented such an application.

Le Président propose de passer au vote si les délégations n'entendent plus rien ajouter.

Mr Scoles (United States of America) wondered whether in addition to the alternatives advanced there might be a third choice, that is not to include either alternative in the Convention and to let the forum make the adjustment itself.

Le Président clot les débats et propose de voter dans un premier temps sur le principe d'une coordination, envisagé par les propositions canadienne et espagnole, pour qu'ensuite, si celles-ci sont rejetées, la proposition néerlandaise puisse être votée.

Par un vote de 17 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Chine, Danemark, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse), 11 voix pour (Australie, Belgique, Canada, Chili, Espagne, Etats-Unis, Irlande, Israël, Mexique, Tchécoslovaquie, Venezuela) et 1 abstention (Pologne), les propositions contenues dans les Documents de travail Nos 34 et 62 sont rejetées.

Par un vote de 16 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Chine, Danemark, Etats-Unis, France, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Pologne, Suède, Suisse, Venezuela), 10 voix pour (Australie, Chili, Espagne, Finlande, Grèce, Japon, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Tchécoslovaquie) et 3 abstentions (Canada, Israël, Mexique), la proposition contenue dans le Document de travail No 77 est rejetée.

Le Président ouvre ensuite les débats sur le Document de travail No 98 aux termes duquel le Royaume-Uni, sous un article 14 *ter*, souhaite que rien dans la Convention ne puisse contrarier les pouvoirs des Etats en matière fiscale, mais également concernant le droit de la faillite ou l'administration des successions, pour tout ce qui est étranger au domaine de l'article 5, paragraphe 2. Il demande alors à M. Hayton d'argumenter la proposition de sa délégation.

Mr Hayton (United Kingdom) outlined the proposal contained in Working Document No 98. He said that it seemed self-evident that the Convention should not affect the State's powers to control fiscal matters such as taxation. This also was the case with regard to matters of insolvency, where the delicate nature of the issues was reflected in the fact that for twenty to twenty-five years attempts had been made to consider the possibility of a convention on the subject. The third exclusion contained in the proposal was that of questions related to administration. The reason for its inclusion was that, under article 5(3), the possibility was envisaged that a Contracting State could decide to extend the Convention beyond the scope of the matters outlined in article 5(2). In some cases these matters might be considered by common law countries merely to be questions of administration. He said, by way of example, that the law of Ruritania should not be able, because of article 5(3), to dictate that the administration of English assets should fall within Ruritanian law. The article was somewhat dangerous for common law countries and it was desired to avoid the imposition of Ruritanian law in cases where another State had its own rules of administration (for example as to the means of the ascertainment of the net estate before its distribution to beneficiaries). He concluded by stating that he would be quite willing to consider drafting suggestions regarding this proposal.

M. Pipers (Belgique) est d'accord avec le principe qui sous-tend la proposition anglaise, mais en rejette la formulation qui lui paraît trop large. Il déclare qu'il serait favorable à une proposition anglaise plus étroite et plus précise.

Mr Goldwater (Israel) said that he saw great merit in this proposal. His only suggestion was that, instead of excluding administration from the scope of article 5(2), it might be stated that such matters were to be determined by the *lex fori*.

The Reporter expressed the view that the proposal was enormously broad. He wondered what its implications were for the rest of the Convention and in particular for article 5(3). For example, were questions regarding the estates of insolvent persons entirely to be excluded from the scope of the Convention? He wondered whether Mr Hayton's openness to 'drafting suggestions' would include a willingness to see the proposal made considerably narrower.

Mr Hayton (United Kingdom) said that he would be

happy to refine his proposal if the basic proposal remained intact. He simply wished to make it clear that State A should not be able to compel State B to apply the laws of State A in the administration of assets in State B. Another way of dealing with the situation might be through a reservation in which a State could reserve the right to administrate assets in its own territory in accordance with its own rules of administration. The concern of common law countries was that civil law States could foist civil law systems of administration upon them, which might encompass many elements of the law of succession and extend to questions such as options by heirs.

The Reporter said that this was a critical point but recalled that much that might have been included within article 5(3) had been excluded through the operation of article 1.

Mr Hayton (United Kingdom) added that if civil law countries wished to make use of article 5(3) in order to extend the scope of the Convention in accordance with the nature of their own systems, he had no objection to such practice, as long as it did not extend to encompass the administration of assets situated in the United Kingdom or in other common law countries.

The Chairman expressed the view that the questions under consideration might already have been dealt with within the system proposed in articles 5(2) and (3).

The Reporter said that the matter would be covered in the Report. He appreciated Mr Hayton's point but thought that the ramifications of his proposal might be quite extensive.

Mr Hayton (United Kingdom) said that the words of article 5(3) seemed to allow State A upon ratification of the Convention to decide that it would regard administration as coming within the law of succession.

The Chairman responded that the State of the forum could make such a decision but would not be entitled to impose it on another State.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) added that that was why the expression 'in a Contracting State' had been added to the formula in Working Document No 85.

Mr Hayton (United Kingdom) commented that it was generally assumed in examples given that the law of the forum would be that of the common law country concerned. However, if the heirs to a given estate resided in France, an action might be brought there. Thus if French law had stipulated that it wished to apply the rules of succession to the administration of estates, one would encounter the problem of the imposition of a continental system upon a common law country. He suggested that this was beginning to resemble a question of jurisdiction and wondered whether another convention was perhaps needed on that subject.

The Chairman agreed that this was very close to a jurisdictional question. He expressed the view that in practice, an English judge would be likely to say that he was not bound by the Convention to apply it to questions of administration.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) estime que le fait qu'un Etat contractant dans le cadre du paragraphe 3 de l'article 5 décide d'étendre l'application de la loi

désignée par la Convention à des matières non comprises au paragraphe 2 de cet article, n'implique pas que ces matières rentrent dans le domaine d'application de la Convention. En tout état de choses, elle considère que les matières évoquées par la proposition anglaise ne pouvant être considérées comme du domaine de la loi successorale, il ne faudra pas en faire mention dans la Convention.

Mr Hayton (United Kingdom) said that in light of the explanations given, he would be willing to restrict the proposal in Working Document No 98 to the first two matters contained therein and to leave the third issue to one side for the time being.

The Chairman wondered whether, as only fiscal matters and questions of insolvency would be left in the proposal, it was strictly necessary to refer to these questions at all. It seemed to him quite clear that they did not fall within the scope of the Convention (although they were to some extent connected with matters of succession, in that, for example, many wills were drawn up with tax planning as their prime motivations).

Mr Philip (Denmark) remarked that he would have no objection if it was deemed necessary to state in article 1 of the Convention that such questions were outside its scope. It seemed to him quite clear that this was indeed the case but he felt that there would be no harm in saying so. However the place in which to do so was not article 14, where any such statement might appear merely to have been inserted as an afterthought.

The Chairman agreed that this might be a sensible point.

Mr Hayton (United Kingdom) said that he was quite willing to have the matter considered within article 1 instead of article 14.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) said that it might well be stated that the Convention was not concerned with questions of procedure. However, he thought that it would be inappropriate to do so by means of a long itemization of the various matters *not* covered in the Convention. Insolvency, for example, was clearly outside the scope of the Convention. By making specific reference to such an obvious example, doubt might be cast in the minds of those using the Convention, as to whether other, perhaps less clear examples that had not been mentioned, did in fact fall within the scope of the Convention. All questions of procedure, such as the recognition and enforcement of judgments, were clearly to be excluded. Nevertheless, he stressed that these ought not specifically to be itemized in article 1.

Mr Goldwater (Israel) expressed the view that fiscal matters were organically connected with the issue of *ordre public*. Because of this connection with article 14, he felt it appropriate to refer to such matters there.

Le Président demande alors aux délégations de se prononcer sur le Document de travail No 98.

Par un vote de 20 voix contre (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Chine, Danemark, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), 6 voix pour (Belgique, Etats-Unis, Finlande, Irlande, Israël, Royaume-Uni) et 3 abstentions (Australie, Canada, Chili), la proposition contenue dans le Document de travail No 98 est rejetée.

Le Président ouvre alors les débats sur le Document de travail No 82, plus précisément en ce qui concerne la version retenue par le Comité de rédaction pour l'article 12.

M. Pipers (Belgique) estime que la formulation actuelle permet de mettre en échec les droits de l'Etat par un seul legs particulier. Il souhaite donc qu'il puisse en aller autrement et sollicite l'intervention du Comité de rédaction à ce sujet.

Le Président estime que la proposition belge touche au fond et qu'elle ne saurait pas plus être renvoyée au Comité de rédaction que débattue lors de la présente séance, puisqu'aucun document écrit n'a été présenté et que la Commission examine la «seconde lecture».

M. Pipers (Belgique) prend acte de la décision du Président, mais maintient son point de vue quant à la nature de la proposition belge.

Mr Boggiano (Argentina) said that this suggestion had in fact been considered by the Drafting Committee but that it had been deemed to be a question of substance.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) suggested that for the sake of consistency the expression 'disposition of property on death' ought to be substituted so as to permit the inclusion of 'agreements as to succession'.

Le Président constate que *les articles 12, 13 et 14* dans leur version issue du Document de travail No 82 sont *adoptés*.

Il engage alors la discussion à propos du Document de travail No 102 en précisant que la version française doit être améliorée au plan formel, ce qui n'a pas été possible compte tenu du faible délai imparti au Comité de rédaction.

Il demande au Rapporteur de bien vouloir présenter les propositions d'articles 15 et 16 mises au point par le Comité de rédaction, restreint en raison de l'urgence.

The Reporter expressed the gratitude of the Drafting Committee to the Federal Clauses Committee for the helpful work they had done as preparation for the version of article 15 proposed in Working Document No 102. The point of the approach taken by the Drafting Committee was to meet the needs of notaries and solicitors for rules which were simple to follow. They had therefore taken a 'cook book' approach with stage by stage explanations. Article 15, paragraph 1, identified the problems with which the article was concerned. Paragraph 2 provided that if a State referred to by the Convention had rules of its own specifying which of the laws prevailing in its territorial units was applicable, then that law would apply. Paragraph 3 made use of the connecting factors referred to in the rest of the Convention. Paragraph 3 dealt with the situation where there was 'country identification'. If under the Convention or in a testamentary disposition the law of a country was referred to, paragraph 3 made it possible to discover which territorial unit within that country was relevant. Under sub-paragraph *a* the reference to the State of the habitual residence meant a reference to that unit of the State where at the relevant time the deceased had had his habitual residence. Under sub-paragraph *b* a reference to the State of the nationality of the deceased meant a reference to that territorial unit where at the relevant time the deceased had had his habitual residence or, if he had not been habitually resident there, that unit with which he had had the closest connection.

Paragraph 4 dealt with the situation where there had been 'unit identification'. That meant that where a party had designated a territorial unit within a federal State, rules were provided to determine the effectiveness of that designation. The application of the law of a territorial unit was dependent on two crucial factors. If the deceased was a national of the State whose territorial unit had been designated, then the designation of that territorial unit was valid if the deceased had at some time been an habitual resident of, or had had a close connection with, that unit. If the deceased was at the relevant time an habitual resident of the State whose territorial unit had been designated, then the designation of that territorial unit was valid where he was habitually resident in that territorial unit at the relevant time, or had been habitually resident in that territorial unit at some time. Paragraph 5 of article 15 dealt with the local problem of article 3, paragraph 2. The Reporter felt that there was no need to explain this problem again. He drew the attention of delegates to the fact that paragraph 2(c) of Working Document No 83 and paragraph 4(d) of Working Document No 83 had been suppressed. He would try to explain the reasoning behind this. An examination of paragraph 2(c) of Working Document No 83 would show that it was concerned with, firstly, determination of the territorial unit according to the rules in force in the State and, secondly, a reference to the unit with which the deceased had the closest connection. He hoped that the new proposal for article 4 had taken care of these two concerns.

Paragraph 4(d) of Working Document No 83 was intended to deal with the problems of article 4 *bis*. Article 4 *bis* was, however, a substantive law reference and therefore did not affect the situation. There was no need to make a conflict rule to deal with it.

The Reporter wished particularly to point out that practitioners needed to be advised to be careful what law they designated and how they designated it. Particular care was needed in creating islands of exception in wills, and in being aware of the scope of mandatory rules.

Le Président remercie le Rapporteur de l'excellente présentation des motifs ayant conduit le Comité de rédaction à proposer les articles 15 et 16 dans leur version contenue dans le Document de travail No 102. Il rend hommage au Comité de rédaction d'avoir pu trouver au cinquième paragraphe de l'article 15 un rattachement dont la stabilité ne peut être contestée par personne, puisque la période de résidence exigée pour le défunt concerne les cinq ans immédiatement «après son décès»! Il demande donc aux délégations de rectifier d'elles-mêmes cette erreur de plume.

Mr Gregory (Canada) thanked the Drafting Committee for picking out the sense of the comments made earlier with reference to the proposal of the Committee on Federal Clauses. The new draft was much clearer. Apart from certain suggestions on the drafting of article 15, Mr Gregory had two comments to make. Firstly he had not been persuaded by the Reporter that paragraph 2(c) of Working Document No 83 should be suppressed. Article 3, paragraph 3, of the Convention referred to the State with which the deceased was more closely connected. There was therefore a need to be able to identify the relevant territorial unit within that State. This problem was not addressed in Working Document No 102. Mr Gregory understood and accepted the Reporter's view on the suppression of paragraph 4(d) of Working Document No 83. There was no need to impose limits on a designation of the applicable law other than the limits contained in article 4 *bis* itself, those being the

limits imposed by the mandatory rules of the law applicable according to article 3 or article 4, paragraph 1.

The second comment Mr Gregory wished to make was that no reasons were given for the assumptions made by paragraph 3(b) of Working Document No 102. If the deceased had designated the law of the State of his nationality to govern his succession, that designation was only valid if he had had his habitual residence there or if he was closely connected with a territorial unit of that State. It was unclear why this limitation was necessary since it was not necessary in relation to a unitary State. For example, a French national could specify French law to govern his succession even if he had never been habitually resident in France and had no connection with that State. This limitation was also contained in the preliminary draft Convention but no explanation was provided for its inclusion. Mr Gregory could understand the inclusion of this limitation. To leave the matter unregulated might provide a testator with a very wide choice of law; for example a United States citizen might have the choice of over fifty possible laws. However, it would be better to put a summary of this reasoning in the Report.

The Reporter noted Mr Gregory's concern that the point dealt with by paragraph 2(c) of the earlier draft of article 15 was not covered by the present draft. He pointed out that a reference to article 3, paragraph 3, showed that the close connection there referred to must be a close connection which fell within the language of the Convention. A reference to the version of article 15 contained in Working Document No 102 showed that the same language was there present. He was however aware of the concern felt about clear expression of the relationship between the State and the territorial unit within that State.

Mr Philip (Denmark) expressed the opinion that some things ought to be left to the judges, and need not be included in the Convention. If the Convention stated that a close connection was necessary and a close connection between the deceased and the United States was evident, there was no need to make specific reference to the territorial unit with which the deceased was most closely connected, since it was an obvious deduction that the law of the territorial unit with which the deceased was most closely connected should be applied.

Mr Scoles (United States of America) thanked the Drafting Committee for their work. He agreed with Mr Philip that there was no need for detailed explanation of the fact that a reference to the more closely connected State included a reference to the territorial unit which was most closely connected with the deceased. He was however concerned about another type of situation of which he gave an example. If a French citizen who had never been resident in Canada designated Canadian law to govern the disposition of his Canadian property, this problem was not addressed by the current draft of article 15. It seemed probable that in the absence of any clarification in article 15 of the applicable law the choice of law problem would drift down to article 4 *bis* and the law of the situs. However, he would prefer it if the matter was dealt with expressly in article 15.

Mr Philip (Denmark) pointed out that article 4 *bis* provided no restrictions on the law which a testator might designate, and therefore there was no possibility of designing rules to deal with a situation where that designation was of a federal State. If the French citizen in Mr Scoles' example had no connections with Canada but referred to Canadian law, then it was his own fault if

problems emerged. He should have been more specific. If he did refer to Canadian law, then in Mr Philip's view the provision was so uncertain that it could not be a valid choice of law. The position of such a testator could not be improved by a Convention rule.

Le Président précise qu'en matière successorale l'autonomie de la volonté a ses limites, de sorte que les solutions admises en matière contractuelle ne peuvent être reprises.

Mr Scoles (United States of America) called attention to the fact that article 15 did include, in paragraph 2, a choice of law reference made by the law of the State referred to and indicating a territorial unit within that State. However, this did not cover the situation where there was no rule in force to designate the appropriate territorial unit. There might be no connection between the unit and the deceased, but instead a connection with the assets of the deceased. Therefore, Mr Scoles' suggestion was that there should be a reference to the law of the situs. This was probably what would happen in reality but the point was not covered at present, and the Commission should decide whether a specific reference should be included in article 15.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) félicite le Comité de rédaction et le Rapporteur pour l'excellence de leurs travaux respectifs dont la clarté devrait être bénéfique pour la Commission. Il insiste particulièrement sur l'importance de la règle prévue au paragraphe 2 de l'article 15 et se félicite de la suppression du c de l'article 15, deuxième paragraphe (Doc. trav. No 83), précisant les conditions de rattachement à travers la notion de «liens les plus étroits», qui lui a toujours paru inutile.

Mr Roberts (Australia) supported the views of Mr Gregory and felt that article 2(c) of Working Document No 83 should be included in the new version of article 15 for the sake of completeness.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that paragraph 2(c) of Working Document No 83 should be added as paragraph 3(c) of article 15 in the new Working Document No 102. This was advisable, to provide a complete reference to the three potentially applicable laws. It ensured completeness and simplicity. Article 15, paragraph 3(c), could simply state that 'a reference to a law of a State with which the deceased is closely connected means a reference to the territorial unit of that State with which the deceased is most closely connected'.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) estime que la notion de «liens les plus étroits» figurant à l'article 15, paragraphe 5, doit être supprimée, car cette précision traduit une redondance.

En outre, sur le fond, elle pense que les conditions imposées aux ressortissants d'un pays à structure fédérale sont beaucoup plus sévères que celles qui concernent les ressortissants d'Etats unitaires, ces derniers n'ayant pas besoin d'avoir la résidence habituelle dans l'Etat de leur nationalité.

Le Président lui fait néanmoins remarquer que cette sévérité est limitée aux Etats fédéraux ne disposant pas d'un système interne de conflits de lois.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) concède volontiers ce point, mais relève néanmoins que la sévérité de la proposition n'en demeure pas moins forte, si on pense que ce sont les Etats qui seront amenés à appliquer la

loi de l'Etat plurilégislatif qui seront confrontés au problème.

Le Président exprime alors le vœu de discuter de l'insertion proposée par le Comité sur les clauses fédérales (Doc. trav. No 83).

The Reporter agreed that this would be contained in the Report on the Convention in order to clarify the situation.

Le Président constate l'accord de la Commission sur la proposition en question.

M. Lagarde (France) comprend la frustration de certaines délégations devant la sévérité manifestée par le projet, s'agissant des conditions posées au choix de leurs ressortissants.

Il se demande alors si la solution ne consisterait pas à autoriser les ressortissants d'Etats fédéraux à se référer au district de la capitale, comme cela est parfois admis en matière de compétence juridictionnelle.

Mr Philip (Denmark) objected to Mr Lagarde's proposal. The problem was whether the Commission desired to place restrictions on the deceased's choice of territorial unit. All that was necessary, if no restrictions were required, was to delete paragraph 4(a) of article 15 if the Spanish proposal was taken up. Mr Philip shared the view of the Spanish delegation but in the Drafting Committee had felt bound by the decisions of the full Commission earlier. It seemed reasonable to permit a choice of the law of the nationality but his impression was that this unrestricted choice was not wanted.

The Chairman responded that it would be insufficient merely to delete paragraph 4(a). There was a need of something to replace it.

Mr Philip (Denmark) explained that this was not a problem. The testator had chosen the law of a territorial unit. Paragraph 4 was only concerned with validation of this choice of law. If the choice of the law of the nationality was permissible regardless of whether the testator had had habitual residence in the State of his nationality, then it was only necessary to delete paragraph 4(a).

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) propose de biffer la notion de loi de la résidence habituelle au profit de la notion de liens les plus étroits, ce qui permettrait d'équilibrer les rattachements avec ceux de la forme de l'accord et, en plus, de tenir compte des liens qui ont permis l'acquisition de la nationalité.

Mr Gregory (Canada) suggested that since much of the discussion on Federal Clauses was irrelevant to many of the delegates, it might be advisable to restrict discussion in the full Commission to questions of principle.

The Reporter agreed with this view. The position of Mr Gregory was quite clear, and if Mrs Borrás Rodríguez provided a precise formulation of her ideas for the Drafting Committee, this problem could be discussed without taking up the time of the whole Commission.

Mr Scoles (United States of America) expressed the view that unless there was a reference to the law of the situs in paragraph 4(b) it would be necessary to modify article 4 bis. There were two possible ways of effecting the desired alteration. Article 4 bis could mention the

possibility of the designation of the territorial unit in which the assets were located, or article 15, paragraph 4(b) could be modified to achieve the same result. If a person referred to the law of a Federal State as the law governing the disposition of his assets there, the present version of article 15(4)(b) precluded a reference to the law of the situs.

The Reporter suggested that the Drafting Committee could discuss this problem.

Le Président rappelle que la proposition de M. Hayton d'inclure un c à l'article 15, paragraphe 3 est acceptée, de même que le paragraphe 3 de cet article. Il déclare que le Comité se chargera d'élaborer une meilleure rédaction du paragraphe 4. Il demande alors que l'article 16, déjà présent dans l'avant-projet, puisse être discuté brièvement.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) raised a general question for clarification. In article 23 of the preliminary draft Convention each Contracting State could restrict the application of the Convention to certain territorial units within that State. Mr Parra-Aranguren wondered whether article 15 also applied where such a reservation was made.

Mr Philip (Denmark) provided an example of the type of situation Mr Parra-Aranguren had in mind. If in the United States of America application of the Convention was restricted to only certain of the states, the question was whether article 15 would apply in respect of other states in America. The answer to this was that article 15 would apply. The Convention was globally applicable for each State Party to the Convention. States which had ratified the Convention must apply the law of the territorial unit designated by the Convention even if the Convention was not in force in the latter territorial unit.

The Chairman added that it was possible to go further than that and say that the Convention applied also in respect of States with a unitary legal system which had not adhered to the Convention, if the law of that unitary legal system was designated by the Convention when it was being applied by the court of the State which had ratified the Convention.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) felt that this did not satisfactorily deal with the problem he had raised.

Le Secrétaire général confirme que, même dans l'hypothèse où un Etat fédéral ne ratifierait pas la Convention, les autres Etats l'ayant ratifiée pourraient recourir aux mécanismes prévus à l'article 16.

Mr Parra-Aranguren (Venezuela) provided a concrete example of the problem he had in mind. If the United States ratified the Convention but restricted its application to four states, did the rules of article 15 apply to determine the applicable law even when they designated the law of a territorial unit of the United States in which the Convention was not to be applied.

Le Président constate l'adoption de l'article 16 et souhaite que la discussion s'engage sur le Document de travail No 83, tout aussi brièvement que pour l'article 16.

Il cède la parole au Rapporteur qui souhaite fournir quelques explications sur ce point.

The Reporter noted that the word 'solely' had been introduced into the English version of article 17.

Le Président constate l'adoption de l'article 17 et ouvre les débats sur l'article 18 de l'avant-projet.

M. van Loon (Premier secrétaire au Bureau Permanent) rappelle la nécessité d'inclure les «cross references» à l'article 8.

Mr Roberts (Australia) suggested that it would be sensible as a matter of drafting to equate references to article 4 with references to earlier designations of the applicable law which were preserved under article 18. This would circumvent the possibility that courts, particularly of common law jurisdiction, might construe references to article 4 strictly and conclude that the only relevant designations of the applicable law were those made after the Convention had come into force.

Le Président constate l'adoption par la Commission de l'article 18. Il engage alors la discussion sur le Document de travail No 89 contenant la proposition du Comité *ad hoc*, au titre de l'article 19, concernant les conflits de conventions.

Il rappelle également l'existence des propositions finlandaise (Doc. trav. No 101), danoise (Doc. trav. No 96) et norvégienne (Doc. trav. No 13).

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) explained that the proposal of the *ad hoc* Committee which was contained in Working Document No 89 enabled the Commission to choose between two alternatives for article 19. The first alternative for the first paragraph expressed the same idea as Working Document No 72, but in a simpler fashion. In particular the obligation to notify [at the time of ratification] of the intention to retain the application of provisions of an existing convention (paragraph 2 of Working Document No 72) had been left out. Paragraph 1 of the proposed article 19 concerned the relationship between the Hague Convention and existing conventions. Paragraph 2 of the proposed article 19 concerned the relationship between the Hague Convention and future conventions. Alternative 1 for paragraph 1 was preferred by the Permanent Bureau since it made it clear that the new Convention prevailed over existing conventions.

It meant that a State who preferred the new Convention could ratify it without the need to denounce other existing conventions. A precedent to this approach existed in the Convention on the Administration of Estates, Article 39, paragraph 1. The second alternative for paragraph 1 meant that a State would only give up its previous conventions if it made a firm decision to do so. It would probably be necessary to denounce the former conventions to which that State was a party, and this must be seen as a disadvantage. A precedent to this approach existed in the Convention on Marriages, Article 21, paragraph 1.

Paragraph 2 of the proposed article 19 concerned the relationship between the Convention and future conventions. It reserved reciprocal conventions only. If a State wished to become party to a convention of universal character then it would be logical to denounce the present Convention. The reference to uniform rules of a regional or other nature had been included at the request of Mr Savolainen to deal with the possibility that the Nordic States might introduce uniform rules on succession, even if there was no convention underlying those rules.

Mr Philip (Denmark) introduced the Danish proposal contained in Working Document No 96. It was a modification of the proposal contained in Working Document No 89 whereby the second alternative of paragraph 1

was accepted and certain modifications were made to the wording of the proposal. The reason for these modifications was the special position of the Scandinavian States. There was already a Convention on Succession in existence between those States. The result of the present text would be that if one Scandinavian State ratified the Hague Convention, it would be necessary for it to denounce the present regime. Furthermore it could not be foreseen when the Hague Convention would come into effect. It was possible that in the meantime uniform rules for succession would have come into operation between Scandinavian States. If this occurred, it would be desirable if the uniform rules could remain in force in Scandinavian States even if those States ratified the Hague Convention.

Mr Savolainen (Finland) explained that the essence of the proposal of the Finnish delegation contained in Working Document No 101 was explained under point 1 of that Working Document. It was suggested that Working Document No 89 be amended as indicated. With regard to the amendments suggested by the Danish delegation, the difference between the two proposals was that while both concerned present and future conventions, the Finnish proposal was limited to international instruments of a reciprocal nature. He felt that it was safest to limit treatment under the Hague Convention to these matters and to leave the problem of universal conventions to public international law.

It would be unacceptable to the Finnish delegation if a State Party to the Hague Convention who was also party to a universal convention, could ratify the Hague Convention, but instead of applying the Hague Convention could apply the convention it had previously ratified. He therefore suggested that the question of successive conventions should be limited, as far as the written rules of the present Convention were concerned, to reciprocal conventions. This would leave existing reciprocal treaties untouched by the rules of the present Convention. However if a State became a Party to the present Convention it could denounce earlier conventions. Similarly, States who were Parties to the present Convention could conclude new reciprocal conventions.

Finally the Finnish delegation wished to propose that a similar system be used with respect to uniform legislation. The existing systems should remain in force in spite of ratification of the Hague Convention, and future legislation should remain a possibility.

The Chairman noted that the proposed paragraph 1 in Working Document No 101 should read 'applicable *only* in the relations between States Parties to that instrument' rather than 'applicable in the relations between States Parties to that instrument', otherwise its meaning was not clear.

In the absence of Mr Rognien the Chairman introduced the Norwegian proposal contained in Working Document No 93, saying that it was similar to the Finnish proposal except that it did not contain any requirement of reciprocity.

Le Président constate ensuite que la seconde hypothèse visée par la version retenue à l'article 19, premier paragraphe (Doc. trav. No 89) est adoptée, aux termes d'un vote à main levée.

Il demande ensuite s'il convient ou non de biffer le membre de phrase se trouvant entre parenthèses.

Il rappelle en outre que la délégation finlandaise (Doc. trav. No 101) souhaite que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 19 puissent également s'appliquer aux lois uniformes scandinaves «fondées sur des liens particuliers de caractère régional ou autres entre les Etats concernés».

Mr Philip (Denmark) was happy to subsume his own proposal under the proposal of the Finnish delegation, provided that it was clear that the Finnish proposal referred to both past and future conventions.

Le Président en prend acte et ouvre la discussion sur la proposition finlandaise, notamment concernant le paragraphe 2.

M. Lagarde (France) entend que l'adoption de la proposition finlandaise puisse être parallèlement assortie d'une mention au Rapport destinée à éviter que les particularismes régionaux n'affectent pas trop le jeu des solutions déjà dégagées. Il souhaite vivement que, par analogie, la solution présente à l'article 3 bis puisse être reprise au Rapport.

Le Président abonde dans le sens de M. Lagarde.

M. Struycken (Pays-Bas) souhaite que la notion de réciprocité puisse faire l'objet d'une plus grande précision.

Le Président concède à M. Struycken qu'en l'état, la formule est peut-être un peu vague.

M. Struycken (Pays-Bas) pense qu'il convient de préciser ce que doit être ici la loi successorale. Le champ d'application d'une convention pourrait être très large, par exemple si elle s'applique à la succession de tous ceux qui ont soit la nationalité, soit la résidence habituelle dans un pays contractant, ou dont un bien successoral est situé sur le territoire d'un tel pays.

M. Lescaze (Suisse) soulève le problème posé par certaines dispositions de conventions bilatérales actuellement en vigueur (articles 17 de la Convention italo-suisse de 1868 et 5 de la Convention franco-suisse de 1869), dont le for successoral, selon la jurisprudence et la doctrine, applique la *lex fori*.

Il se demande quel serait l'effet de l'article 19 sur ces conventions bilatérales.

Le Secrétaire général exprime sa vive inquiétude face aux problèmes posés par la délégation suisse et craint que l'article 11 ne soit pas d'un grand secours.

Il rappelle que la Convention de La Haye sur la protection des mineurs est «bloquée» dans son application en raison de l'existence des conventions bilatérales citées par M. Lescaze.

Il relève qu'il est très difficile d'un point de vue législatif de résoudre ce problème, car ces conventions bilatérales peuvent encore revêtir une certaine utilité pour les pays qui les ont signées, ce qui empêche de les dénoncer ou de les exclure purement et simplement. Il déplore néanmoins que ces règles, désuètes en ce qui concerne les matières traitées, puissent faire échec à l'application de Conventions de La Haye très récentes. Il faudrait donc, selon lui, que les Etats concernés puissent en éviter l'application selon une solution législative idoine très difficile à mettre en œuvre pratiquement.

Le Président opine dans le sens du Secrétaire général et déplore, comme lui, la situation délicate issue de ces conflits de conventions. Il invite ensuite les délégations à se retrouver le 18 octobre à 15 heures pour examiner le texte mis au point dans la matinée par le Comité de rédaction.

Le Secrétaire général estime qu'il faudrait prévoir une séance beaucoup plus longue, afin de respecter le calendrier initialement prévu.

Le Président propose alors aux délégations de se réunir à 14 heures et d'envisager l'éventualité d'une séance beaucoup plus longue qu'à l'habitude, car il convient effectivement d'éviter d'amputer la réunion plénière du 19 octobre.

La séance est levée à 18 h. 25.

Procès-verbal No 19

Minutes No 19

Séance du mardi 18 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Tuesday 18 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h. 20 sous la présidence de M. von Overbeck (Suisse), le Rapporteur étant M. Waters (Canada).

Le Président remercie le Comité de rédaction de sa promptitude, puisque la Commission va pouvoir maintenant discuter des Documents de travail Nos 103 et 104, c'est-à-dire du projet du Comité de rédaction jusqu'à l'article 14. Le Président rappelle que plus aucune proposition sur le fond ne peut-être examinée, sauf en ce qui concerne les réserves.

Le Président demande ensuite au Bureau Permanent de bien vouloir assurer, pour chaque article, une lecture alternative en français et en anglais.

The Reporter explained that the Drafting Committee had introduced changes into the text on the basis of the previous discussion on Working Document No 85. The title had been modified to read 'Scope of the Convention', rather than simply 'Scope'. The only other change had been made in paragraph 2(d) where the words 'arising under or transferred by contract or otherwise than by succession' in the English text had been modified to read 'created or transferred otherwise than by succession'.

Le Président constate que *le titre de la Convention* (Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort) *est adopté* par la Commission.

Mme Revillard (France) se demande s'il est vraiment nécessaire que le chapitre I prenne soin de préciser que le champ d'application est celui de la Convention, car cela lui paraît aller de soi.

Le Secrétaire général indique à la Commission que le Bureau Permanent prépare un préambule tout à fait classique.

Le Président après avoir constaté que *l'article premier est adopté*, remercie le Secrétaire général et pense effectivement que la Commission doit laisser en toute confiance au Bureau Permanent le soin de rédiger ce préambule.

The Reporter explained that the only change was to remove the false future in the first line of article 2, so that it read 'The Convention applies' rather than 'This Convention shall be applied'.

Mr Mádl (Hungary), with whom **the Chairman** and **Mr Savolainen** (Finland) agreed, suggested that the Report on the Convention should include an explanation of article 2. Mr Savolainen further expressed the wish that article 19 should be explained in this context.

Le Président constate *l'adoption* par la Commission de *l'article 2* du chapitre I et ouvre la discussion sur le chapitre II.

The Reporter explained that the Drafting Committee had followed the suggestion of Working Document No 86 which had been accepted by delegates, and had rearranged the order of article 3 accordingly. The question whether the wording of article 3, paragraph 3, should be amended to conform to article 3, paragraph 2, had been discussed at some length, but it had been decided to retain the formula of Working Document No 85 because it was clear and succinct.

Le Président constate *l'adoption de l'article 3* et souhaite que la Commission se penche sur l'article 3 *bis* proposé par le Comité de rédaction.

The Reporter indicated the changes made by the Drafting Committee. In the second line of article 3 *bis* the words 'conflicts rules' had been changed to 'choice of law rules'. In line 4, the word 'another' had been added so that that line now read 'The law of another non-Contracting State'. Finally, in line 5, the false future had been removed.

Mr Siqueiros (Mexico) queried whether the penultimate line of article 3 *bis* could be altered in the English text to conform to the French text, *i.e.* so that it read 'which would also apply to its own law', rather than 'which would also apply that law'.

The Reporter noted that this matter had been discussed by the Drafting Committee, which had preferred to use 'that', but the proposal of the Drafting Committee was open to amendment.

After a brief discussion **the Chairman** noted that there was general approval of the amendment suggested by Mr Siqueiros. The expression 'its own law' seemed clear and sensible. In the absence of further remarks, the Chairman noted that *article 3 bis was adopted*.

The Reporter summarized the minor changes which had been made in article 4 by the Drafting Committee. Paragraph 1 was unchanged. Paragraph 2 was in line with previous amendments. Paragraph 3 represented the previous paragraph 4 of article 4, while paragraph 4 represented the previous paragraph 3 of article 4.

Mr Savolainen (Finland) suggested that the word 'must'

in article 4, paragraphs 2 and 3, should be altered to 'shall', which was the more usual legal expression.

The Reporter explained that the reason for this wording was that the Drafting Committee was trying to avoid the use of false futures. It was thought that the obligatory nature of the requirements of paragraphs 2 and 3 would be ensured by use of the word 'must'.

Mr Scoles (United States of America), supported by **Mr Gregory** (Canada), suggested that the words 'the whole of' in line 2 of paragraph 1 should be removed, since they were redundant in the light of paragraph 4.

Mr Philip (Denmark) objected to this excision since he felt that the main points should be spelt out in the principal rules of the Convention. Article 4, paragraph 4, was not a principal rule and it should not be necessary to study it in order to appreciate the full extent of paragraph 1 of article 4.

Le Président constate ensuite que la proposition américaine de supprimer le membre de phrase «*to the whole*» au paragraphe premier de l'article 4 est rejetée.

M. Voulgaris (Grèce) constate que malgré l'inversion des paragraphes 3 et 4 à l'intérieur de l'article 4, la confusion qui peut être provoquée par le quatrième paragraphe (l'ancien troisième paragraphe) n'est pas totalement dissipée.

En effet, le paragraphe 4 apparaît à l'interprète non averti de la Convention comme une exception au paragraphe premier, alors que tout le monde est d'accord pour dire qu'il n'en est pas une et qu'il ne concerne que l'article 4 *bis*. Mais comme l'article 5 (concernant le domaine d'application de la loi applicable) suit ainsi l'article 4, ou pourrait être tenté de penser que cette référence se fait à l'ensemble de l'article 4 qui comporte une règle (premier paragraphe) et une exception (quatrième paragraphe). Aussi, pour éviter toute confusion, il conviendrait peut-être de placer le quatrième paragraphe actuel (le troisième initialement) de l'article 4 après le 4 *bis*, pour bien montrer de la sorte qu'il ne s'agit pas d'une exception au paragraphe 1 de l'article 4, mais bien d'une règle interprétative. Il s'agit là simplement d'une modification de pure logique, puisque la définition de ces deux notions différentes, référence à la loi applicable (premier paragraphe) et référence matérielle (article 4 *bis*) doit précéder la règle interprétative les concernant.

Le Président pense que le fait que l'article 4 *bis* fasse suite à l'article 5 suffit à faire comprendre aux interprètes de la Convention qu'il s'agit là d'une règle matérielle contenue dans un corps de dispositions matérielles. Cela résoud donc selon lui le problème posé lors de la dernière séance par la délégation portugaise.

M. Voulgaris (Grèce) maintient sa position, car pour lui, en l'état actuel des choses, il n'y a aucune concordance si le paragraphe 4 de l'article 4 n'est pas déplacé comme il l'a souhaité.

Mr Philip (Denmark) pointed out that apart from the comments made by the Chairman there was an additional reason for the Drafting Committee's organization of this part of the Convention. Article 4, paragraph 4, provided that in the absence of an express contrary provision, a designation of the applicable law should be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased. Article 4 *bis* should not be read in the light of that rule of construction since it dealt with particular assets and not the whole estate. Furthermore,

the reference in article 4 *bis* was not to the whole of article 4 but only to article 4, paragraph 1. Mr Philip therefore considered that no misunderstanding was likely to arise on the structure of Chapter II.

Le Président se demande s'il convient de voter maintenant la proposition de M. Voulgaris:

Mr Siqueiros (Mexico) seconded the proposal of Mr Voulgaris, but further suggested a reorganization of Chapter II of the Convention so that the present article 5 came before the present article 4.

Le Président pose alors la question à la Commission de savoir s'il faut intervertir les articles 4 et 5 comme le souhaite M. Siqueiros.

M. Picone (Italie) se déclare en accord avec la nouvelle systématisation proposée par le Comité de rédaction aux trois articles 4, 5 et 4 *bis* (le Document de travail No 103).

Cette systématisation clarifie en premier lieu le contenu réel de la référence partielle à une loi dans l'article 4 *bis*, dès lors que la seule *professio juris* ayant un caractère conflictuel est celle qui est prévue par l'article 4, paragraphe premier.

Elle a également le mérite de régler parfaitement l'articulation des articles 4 et 5, conformément d'ailleurs à l'opinion déjà émise par la délégation italienne pour qui l'article 5 doit faire exclusivement référence aux articles 3 et 4 *bis*.

Concernant la proposition avancée par la délégation grecque, consistant à vouloir poser après les articles 4, paragraphe 1, et 4 *bis* la règle d'interprétation prévue à l'article 4, paragraphe 4, M. Picone affiche un complet désaccord avec cette proposition, car cette règle concerne précisément le seul article 4, paragraphe 1, c'est-à-dire l'hypothèse où la *professio juris*, concernant l'ensemble de la succession, constitue une véritable règle de conflit.

The Chairman suggested that a vote be taken on the principle of changing the structure of Chapter II. If the principle of change was accepted it would be appropriate at that point to discuss what form the change should take.

Mr Scoles (United States of America) commented that it would be inappropriate to make a decision on the principle of changing the structure of Chapter II without discussion of the alteration of article 5 by the Drafting Committee. In Working Document No 85, article 5 had contained the phrase 'subject to article 4 *bis*'. By removing this reference and changing the order of the articles in Chapter II the Drafting Committee had created problems of construction and reopened the debate on the role of article 4 *bis*. A partial designation of the applicable law was permissible under article 4 *bis* but this fact was now not clear because of the current wording of article 5 and the location of article 4 *bis*. Mr Scoles would therefore support a move of article 4 *bis* to a position before article 5 and a reinsertion of the reference to article 4 *bis* in article 5.

The Chairman considered that in view of these comments it would be better to delay the vote until after discussion of article 5.

M. Pipers (Belgique) relève une discordance entre les versions anglaise et française, à la seconde phrase du deuxième paragraphe de l'article 4. Il lui paraît en effet que la version anglaise («*the existence and the validity of*

the act of designation) est beaucoup plus large que le terme français de «consentement».

The Reporter explained that there had been a long discussion of the English wording of this paragraph. It was difficult to find appropriate wording in English to distinguish between the existence of a choice and the reality of that choice. The wording finally used was agreed in an effort to fit in with the French approach.

Le Président se demande s'il ne conviendrait pas de changer le terme «consentement» au profit d'une formule plus large. Il demande néanmoins à M. Lagarde de faire part de son point de vue à ce sujet.

M. Lagarde (France) estime que le terme «consentement» recouvre aussi bien l'acte unilatéral que l'acte synallagmatique.

Une autre formulation que celle choisie par le Comité de rédaction pourrait mettre à jour une ambiguïté sur les possibilités réelles conférées aux disposants.

The Reporter explained that the word '*consentement*' in French was used in connection with questions of mistake, fraud, duress and so on which influenced a party's free choice. The English wording was trying to capture that idea.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) thought that it was preferable to align the English with the French text and suggested that the English word 'consent' could be used here and that the slight extension of its meaning that was required would not in reality be problematic.

Mr Hayton (United Kingdom) thought that use of the word 'consent' in the English text would be very odd, and that it was better to use the present wording to try to capture the idea expressed in the French text.

Le Président constate que *la teneur de l'article 4 est adoptée*, même si sa place au sein de la Convention peut encore être remise en cause pour le cas où la proposition de M. Siqueiros serait adoptée.

The Reporter dealt at once with the point raised by Mr Scoles. The Drafting Committee had tried to overcome the problem raised in relation to Working Document No 85. In other words, they had tried to avoid the expression 'subject to' at the beginning of the article in order to maintain a flow throughout the text of Chapter II. The Committee had thought this problem could be avoided by the new structure of Chapter II and the removal of the words 'subject to article 4 *bis*'. Thus article 4 *bis* came at the end of the chapter as a substantive rule which differed from the other provisions and need not be part of the main flow of the chapter.

Mr Hayton (United Kingdom) considered that the point made by Mr Scoles was important but suggested a possible compromise solution. The present flow of the article was particularly useful as a means of stressing the importance of the unity principle. Thus perhaps instead of a reference to article 4 *bis* in article 5, article 4 *bis* itself could contain the words 'notwithstanding article 5'. The relationship between the articles would then be clear and this would help the common law lawyers to follow the structure of the chapter.

Mr Scoles (United States of America), although preferring a reference to article 4 *bis* in article 5, was prepared

to accept the compromise proposed by Mr Hayton provided there was a clear explanation of the relationship between these articles in the Report on the Convention. A very full explanation was necessary in order to avoid the problems that might arise out of the colossal misunderstanding between civil lawyers and common lawyers on this issue. The present structure suggested that article 4 *bis* could have no effect on the provisions of article 5, but it was clear that article 5 covered many things which were not mandatory rules.

The Chairman noted Mr Scoles' willingness to accept the proposal of Mr Hayton if this was accompanied by an explanation in the Report.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) remercie le Comité de rédaction pour l'effort qu'il a réalisé.

Elle ne craint néanmoins pas de dire que la présentation choisie par le Comité de rédaction ne lui convient guère, car elle ne résoud en rien le problème de la scission entre les règles de conflit et les règles matérielles.

Elle se demande s'il ne serait pas préférable de replacer l'article 4 *bis* après l'article 4, en choisissant une formule de référence mieux adaptée. Enfin, elle déplore l'absence de sous-titres au sein d'articles (articles 4 et 5) aussi complexes.

Le Président partage le point de vue de Mme de Magalhães Collaço en ce qui concerne l'utilisation des sous-titres, mais il rappelle que cela n'est pas d'usage à la Conférence de La Haye.

M. Picone (Italie) affirme son désaccord avec la proposition de la délégation anglaise, qui consiste à insérer au début de l'article 4 *bis* l'expression «en dehors de l'article 5».

Cette formulation soulève en effet, selon lui, beaucoup d'équivoques sur le domaine réel d'application de la loi visée à l'article 5.

Si l'on veut bien relier indirectement les deux articles, la seule solution «inoffensive» consiste peut-être à préciser à l'article 5 que la loi applicable «selon les articles 3 et 4, paragraphe 1» régit l'ensemble de la succession.

Une telle solution aurait l'avantage de ne rien préjuger et donc de laisser le champ libre aux problèmes d'adaptation entre la loi «dominante», généralement applicable, et les autres lois appelées éventuellement à régler la succession de certains biens.

Le Délégué italien entend faire remarquer que ces questions de formulation font apparaître des divergences de fond quant à la façon d'interpréter l'article 4 *bis*.

Selon lui, cette disposition vise en pratique l'hypothèse où une personne préfère indiquer dans un testament, par le biais d'une référence indirecte à la loi d'un ou de plusieurs Etats, quelles sont les règles appelées à régler la succession d'un ou plusieurs de ses biens.

La validité de ce testament reste toujours soumise à la loi «dominante» et la référence à la loi appelée à intégrer le testament vaut précisément dans les limites de la loi qui régit l'ensemble de la succession.

La loi «partiellement» applicable n'a pourtant aucun titre conflictuel réel d'application et peut rester «apparemment» applicable par le biais du testament dans les seuls cas où elle ne contredit pas les dispositions impératives de la loi successorale.

En conséquence, le Délégué italien indique que si la formulation actuelle de l'article 4 *bis* peut paraître ambiguë, rien n'empêche de rechercher une formulation meilleure.

A ce propos, il entend indiquer qu'en dehors de cet hémicycle, il avait approché la veille en ce sens certaines délégations, mais il a reçu d'elles des réponses contradictoires.

Le Président pense alors qu'il sera peut-être possible de réintroduire à l'article 5 une mention telle que «sous réserve de l'article 4 *bis*». Constatant que sa suggestion ne reçoit aucun écho, le Président estime alors qu'il convient de s'en rapporter à la proposition de M. Hayton.

Mr Edwards (Australia) wished to express the strong view of his delegation that the present wording was unclear although the previous text had been clear. The Australian delegation felt that article 4 *bis* should follow article 4. This would be clearer for practitioners. Moreover article 5 should make it clear that it was subject to article 4 *bis*.

Mr Siqueiros (Mexico) agreed that, as a matter of good drafting and technical logic, if article 4 and article 4 *bis* were variations of a generic type then they should not be separated. He further supported Mr Hayton's proposal on the modification of article 4 *bis*.

Mr Savolainen (Finland) queried how the form of a designation of law and its revocation were handled under article 4 *bis* if this article was placed after article 5.

The Chairman explained that it had been decided to leave this point open and not include the words 'article 4 applies by analogy' in article 4 *bis* in accordance with the point made by Mrs de Magalhães Collaço.

Mr Gregory (Canada) expressed the view that the ambiguity the delegates were concerned to eradicate was at the heart of the compromise agreed on by the delegates earlier in discussions. Civil lawyers regarded article 4 *bis* as a substantive provision, while common lawyers saw it as a conflict of laws provision. The present order of articles 5 and 4 *bis* upset the equilibrium of this necessary ambiguity.

The problem raised by Mr Scoles must be resolved. If a testator designated a law to govern succession to parts of his assets this should fall under article 4 *bis* with the result that article 5(2) would not be applicable. However, the present order of Chapter II suggested that the dominant law under the Convention should govern all the matters listed in article 5, and that only residuary matters should be governed by article 4 *bis*. It should be made clear that the only rules of the dominant law which were relevant once a designation had been made under article 4 *bis* were the mandatory rules of that dominant law.

Le Président suggère alors de passer au vote de la proposition de M. Hayton.

Mr Duchek (Austria) considered that the Australian delegation had made a proposal more far-reaching with respect to the present text than that of Mr Hayton. He therefore suggested that a vote should be taken first on the Australian proposal.

He wished it to be recorded that as a civil lawyer he understood and had sympathy with the proposal made by the Australian delegation that article 4 should be followed by article 4 *bis* and then by article 5 containing its original proviso. Unfortunately the Commission had embarked on legislating what was known in some civil law countries as a *materiellrechtliche Verweisung*. There was however very little academic literature which suggested that a *materiellrechtliche Verweisung* was possible in matters of succession. This concept was therefore also strange to civil lawyers.

Mr Duchek reasoned that legislative activity by an international body should not be too dogmatic in its ap-

proach. Both article 4 and article 4 *bis* used the words 'may designate' and therefore they would be read in the same way by practitioners. Delegates should not be influenced by background distinctions which were not clear. Mr Duchek therefore suggested that the previous structure of Chapter II be reinstated.

Le Président réfute l'argumentation de M. Duchek. Il pense ainsi qu'il n'y a aucun dogmatisme à rechercher une structure logique au sein d'une convention.

Il propose alors de passer au vote sur le point de savoir s'il convient de faire figurer l'article 4 *bis* avant l'article 5.

Il constate que la Commission se prononce pour que l'article 4 *bis* reprenne sa place initiale, avant l'article 5.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) conteste la légitimité du vote ainsi intervenu, dans la mesure où l'article 4 *bis* n'a même pas été encore examiné.

Le Président considère néanmoins que toutes les délégations connaissent maintenant la rédaction de l'article 4 *bis*. Il ajoute que la construction adoptée par la Commission est venue modifier une proposition du Comité de rédaction. Il considère donc que le vote qui vient d'être exprimé doit demeurer, la Commission était parfaitement libre de revenir sur un texte mis au point par le Comité de rédaction.

Il soumet ensuite au vote la modification de l'article 5 consistant à y ajouter en début de phrase du premier paragraphe la mention: «sous réserve de l'article 4 *bis*». Il constate qu'une nette majorité se dégage pour l'acceptation de cette modification.

Mr Philip (Denmark) noted that this return to the previous structure implied the reintroduction of a reference to articles 3 and 4 in the first paragraph of article 5.

Mr Edwards (Australia) thought there might be room for misunderstanding of the reference to 'validity' in article 4, paragraph 2, and 'material validity' in article 5, paragraph 2(e), and expressed the wish that these references be clarified.

The Chairman noted that article 4, paragraph 2, and article 5, paragraph 2(e), were concerned with different matters, but it was still true that the validity referred to in article 4, paragraph 2, was material validity and, after a brief discussion, it was decided that the wording 'material validity' be used in article 4, paragraph 2.

M. Lagarde (France) estime que dans la mesure où la Convention exclut de son champ d'application les problèmes de forme, il est devenu évident que seules les questions de fond y étaient abordées.

La délégation française souhaite l'adoption du texte proposé par le Comité de rédaction.

Le Secrétaire général adjoint se demande s'il ne conviendrait pas de substituer à l'article 5.2 e, au lieu de «dispositions testamentaires», la mention «dispositions à cause de mort».

Il constate cependant que la Commission n'est pas favorable à l'accueil de cette suggestion.

Mr Boggiano (Argentina) queried whether it was possible to propose a redrafting of article 5, paragraph 1, at this point, along the lines of the previous version.

The Chairman agreed that this would be sensible and proposed that the wording 'subject to article 4 *bis* the law applicable according to articles 3 and 4 governs ...'.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) prétend au contraire que l'admission de la proposition de M. Boggiano reviendrait à faire adopter une proposition rejetée en son temps.

Le Président se demande s'il ne conviendrait pas désormais de passer au vote.

M. Voulgaris (Grèce) estime qu'il convient de faire référence à l'article 3 *bis*.

M. van Loon (Premier secrétaire au Bureau Permanent) pense qu'une référence à l'article 3 *bis* alourdirait inutilement le texte de la Convention.

Mr Boggiano (Argentina), with whom **the Reporter** agreed, felt that it was clear from the recent discussion and vote that there was a strong preference amongst delegates for the previous structure of Chapter II, and this preference should be upheld.

M. Picone (Italie) fait valoir que si l'on souhaite mentionner à l'article 5 l'article 3 *bis* de la Convention (ce qui ne lui paraît nullement nécessaire), la meilleure façon serait de recourir à la formulation suivante: «Sous réserve des articles 3 *bis* et 4 *bis*». L'article 3 *bis* peut en effet donner lieu à une véritable scission conduisant à morceler la succession en plusieurs masses successorales, dans le cas où le deuxième Etat non contractant veut précisément appliquer sa propre loi à une partie seulement de la succession.

Le Président se déclare convaincu par les propos de M. Picone. En outre, il estime que la référence à l'article 3 implique également celle de l'article 3 *bis*. Il constate que M. Boggiano est d'accord sur ce point.

M. Lagarde (France) abonde dans le sens de M. van Loon.

Le Président constate que *l'article 5 est adopté*, libellé comme suit:

«Sous réserve de l'article 4 *bis*, la loi applicable selon les articles 3 et 4 régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.»

Le Président constate ensuite que *la rédaction de l'article 4 bis est adoptée*.

Il propose alors que la discussion s'engage sur le chapitre III.

The Reporter explained that the wording adopted by the Drafting Committee was intended to make it clear that article 6 was concerned with pacts which affected rights on a reciprocity basis, but which might also affect the rights of third parties. The question for delegates was whether the Drafting Committee had been successful in this aim.

M. Lagarde (France) demande au Président si on peut considérer désormais que le chapitre II a été adopté.

Le Président lui répond que l'on peut considérer que le chapitre II est désormais adopté par la Commission, même si la proposition de M. Siqueiros n'a pas fait l'objet d'un vote.

Il constate néanmoins que cette proposition n'avait pas été réellement appuyée, sauf peut-être par M. Voulgaris, à qui il demande de se prononcer sur ce point.

M. Voulgaris (Grèce) précise que sa proposition de met-

tre le paragraphe 4 de l'article 4 après l'article 4 *bis* n'a plus de raison d'être, après la référence qui est faite par l'article 5 à l'article 4, premier paragraphe.

La délégation grecque estime en effet que cette référence exprime tout risque de confusion, puisque la même référence existe déjà dans l'article 4 *bis*. Il apparaît donc clairement que la loi applicable est définie par le premier paragraphe de l'article 4 et qu'il n'y a pas d'exception à cette règle au quatrième paragraphe de cet article.

Le Président constate alors de façon désormais définitive que la Commission adopte le chapitre II rédigé par le Comité de rédaction, modifié selon les décisions qui viennent d'être prises.

Mr Hayton (United Kingdom) expressed the view that the words 'an agreement ... resulting from mutual wills' did not mean that the agreement resulted from the mutual will but that the agreement resulted in the mutual will.

Mr Scoles (United States of America) viewed this provision from the opposite point of view. He considered that the reference was to an implication of an agreement from a mutual will and thought that the language used in article 6 was appropriate.

Le Président estime de son point de vue que le texte français est parfait dans sa version actuelle.

The Reporter explained that the Drafting Committee had tried to maintain [in the English text] the wording which was necessary in the French text. If an agreement could be implied from a will, then it might be said to result from the will, and this helped to harmonize the English text with the French. He noted that Mr Hayton accepted this interpretation of the article.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) requested that the Report should add a further explanation to the text. The wording of article 6 covered the situation familiar in German law where there was no genuine agreement but two distinct wills which, taken together, represented something similar to an agreement. The terms of article 6 were therefore not exact for the purpose of continental lawyers or common lawyers but the Report could clarify their purpose.

Le Président constate *l'adoption de l'article 6*.

Il fait remarquer concernant l'article 7, pour lequel il ouvre la discussion, que d'un point de vue terminologique, le terme «pacte» a été utilisé par le Comité de rédaction à travers l'ensemble du chapitre III, en sorte qu'il n'y a plus aujourd'hui de risque de confusion entre les notions de «pacte» et d'«accord».

Enfin, il se demande s'il ne faudrait pas se référer plus précisément aux articles 3 *bis* et 4 *bis*.

M. Picone (Italie) estime que la référence utilisée à l'article 7, concernant les articles 3 et 4, est amplement suffisante.

Le Président constate *l'adoption de l'article 7*.

Le Président invite les délégués à étudier l'article 7 *bis*. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter responded that the only change to article 7 *bis* has been the deletion of the word 'so' in the third line of the English text.

Le Président, constatant que les délégués ne désirent

pas faire d'autres observations sur l'article 7 bis, le déclare adopté.

Il passe à l'article 8. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter noted two minor changes to article 8. First, in line 1 of the English text, the word 'stipulation' had been changed to 'designation'. Secondly, in line 5, the two commas following the words 'persons' and 'involved' had been deleted.

Le Président, après avoir constaté que les délégués ne désirent pas faire de remarque particulière sur l'article 8, déclare cet article adopté. Il passe à l'article 9 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter noted a change in the reference in lines 2 and 4 of article 9(1) and in line 1 of article 9(2) from 'the law designated by' to 'the law applicable according to'.

Le Président constate que les délégués ne désirent pas faire d'observation sur l'article 9. Il déclare ce texte adopté.

Il passe alors à l'étude de l'article 9 bis (Doc. trav. No 104). Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter reminded the delegates that article 9 bis was the *commorientes* clause. There had been much discussion regarding the alternative expressions which might be used in the last two lines and each had been favoured by some delegates. The Drafting Committee had been left to reconcile their differences and article 9 bis was the solution that had emerged. He drew attention to the deletion of the brackets around the clause beginning 'and where those laws ...'. The last phrase, beginning 'the succession to each ...', had been drafted in attempts to meet the concerns of those delegates who had previously expressed concern about this issue.

Le Président précise que la formule utilisée a pour objet de rendre plus claire que la substitution n'est pas exclue.

Mme Revillard (France) estime que la formule actuelle de l'article 9 bis: «la succession de chacune de ces personnes est dévolue comme en cas de prédécès des autres personnes» n'est pas claire. Cette formule ne permet pas de comprendre qu'il y a deux dévolutions séparées, que chacun des comourants n'hérite pas de l'autre.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) partage l'opinion de Mme Revillard. Elle pense qu'il vaudrait mieux conserver la formule qui avait été utilisée dans le Document de travail No 57, proposé par les délégations néerlandaise et espagnole: «la succession de l'une à l'égard de l'autre n'aura pas lieu». Elle ajoute que la version anglaise est moins mauvaise que la version française.

M. Struycken (Pays-Bas) se déclare parfaitement d'accord avec Mme Borrás Rodríguez.

Mr Keane (Irlande) wondered whether it was necessary or intended that articles 9 and 9 bis be grouped together. He suggested that, as they concerned different matters, they be set out in different articles.

The Chairman agreed and added that the numbers in the present draft were merely provisional ones for the purposes of the discussion.

The Reporter reminded the delegates of the proposal by the Netherlands and Spain outlined in Working Document No 57. Article Z of that document contained

a presumption that the two parties had died simultaneously.

However, this provision was only to apply if the succession law in question provided incompatible solutions.

Mr Scoles (United States of America) said that the language in question was familiar to common law countries. As these systems precluded inheritance by a beneficiary who had predeceased the testator, it was presumed in cases of simultaneous death that each party had predeceased the other. In this way, the property in question would not have to pass through either estate. He argued that there was a need to provide some orderly means of dealing with those situations in which it was not possible to tell which party had died first.

To some extent, the use of the word 'simultaneous' still left the parties without a definite resolution of the issue. However, it removed each party from the line of succession of the other. This would permit the children or other heirs of one of the deceased persons to benefit from the succession without requiring the property to pass through the estate of the other, thus avoiding considerable expense.

Mme Revillard (France) revient à la remarque qu'elle avait faite précédemment. Elle propose que l'on retienne la formule suivante: «la succession de chacune d'elles est dévolue séparément, sans que l'une hérite de l'autre».

Le Président, pour répondre à la suggestion faite par Mme Revillard, propose que l'on retienne plutôt la deuxième formule entre crochets du Document de travail No 82: «aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres». Mais il précise qu'il faudra alors très clairement indiquer dans le Rapport que cela ne supprime pas les possibilités de substitutions.

Le Président invite alors les délégués à voter sur l'acceptation ou non de cette formule. Le vote s'effectue à main levée. Le Président, constatant qu'une majorité évidente des délégués est en faveur de l'utilisation de cette formule, déclare la proposition acceptée. Aucune autre observation n'étant faite sur l'article 9 bis, le Président le déclare adopté.

Il passe alors à l'article 10.

The Reporter referred the delegates to Working Document No 82 in order to compare it with the present draft. The reference in article 10(1) to articles 3 and 4 had been deleted and replaced by the expression 'by virtue of the Convention' for the purposes of clarification. Article 10(2) reflected a suggestion made in the last session by Mr Voulgaris that the same rules apply by analogy to foundations and corresponding institutions. In addition, the reference to 'testamentary dispositions' had been changed to read 'dispositions of property upon death'.

Le Président constate qu'aucune délégation ne désire faire d'autres remarques sur l'article 10. Il déclare donc cet article adopté. Il passe alors à l'article 11. Après que le Rapporteur a déclaré qu'il n'y avait pas de changement dans le texte, le Président constate que les délégués n'ont aucune observation à faire. Il déclare donc l'article 11 adopté.

Il passe alors à l'article 12. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter pointed out the two alterations that had been made to article 12. In line 1, the reference to articles 3 and 4 had been deleted and replaced by the

expression 'by virtue of the Convention'. In line 3, the reference to 'testamentary dispositions' had been deleted and replaced with the expression 'disposition of property upon death'.

Le Président indique que le Rapporteur devra tenir compte de la remarque faite hier par M. Pipers concernant le respect des droits des Etats, au cas où une personne aurait constitué un legs particulier sur un ou plusieurs biens de sa succession, mais laissant vacant le reste de cette succession. Constatant qu'il n'y a pas d'autre remarque sur l'article 12, il le déclare *adopté*. Il passe alors à l'article 13. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter indicated that the only change to article 13 had been in the deletion of the quotation marks around the word 'law'.

Mr Talpis (Canada) indicated that he had suggested to the Drafting Committee that the traditional language indicating a rejection of renvoi as found in article 13, should be revised in order to indicate whether or not unilateral conflicts rules of the foreign law were also envisaged by the text. As there had been no response to this suggestion, he suggested that in its reference to choice of law rules it be mentioned in the Report that the reference to foreign law would not preclude a Contracting State from taking into account unilateral conflict rules of the foreign law designated.

The Chairman said Mr Talpis' proposal had been considered but that the traditional formula had been preferred.

Mr Philip (Denmark) asked the Reporter if he could point out the exact difference between a unilateral conflict rule and an internal rule on the scope of application. He felt that these two might be difficult to distinguish and therefore that the proposal might create more problems than it would resolve.

Le Président déclare l'article 13 *adopté*, puisque aucune délégation ne désire faire d'autres observations. Il passe alors à l'article 14. Il donne la parole au Rapporteur.

The Reporter said that no change had been made to article 14.

Mr Talpis (Canada) said that in view of the opinion of some of the other delegates in which they justified their rejection of the proposal in Working Document No 78, by asserting that the mandatory rules of the forum could always be made applicable by using the public order exception of article 14, he would suggest that it be indicated in the Report that the exclusion in Working Document No 78 of the provision for accepting mandatory rules of the forum did not preclude a Contracting State from applying some of its mandatory rules under the terms of article 14.

Le Secrétaire général, pour répondre à M. Talpis, déclare que, dans les Conventions de La Haye, cette même formule est toujours utilisée. Mais aucune définition n'a été donnée. Selon lui, tout ce qui viserait à la définir et à la délimiter présenterait des risques. Il pense qu'il vaut mieux rester très prudent. Il estime, par ailleurs, qu'il ne faudrait de toute façon pas exagérer le contenu de l'ordre public. Si, par exemple, un Etat considérait que toutes les règles sur la réserve sont d'ordre public, alors ce ne serait pas la peine pour cet Etat de ratifier la Convention.

Aucun délégué ne désire faire d'autres observations sur l'article 14, **le Président** le déclare *adopté*. Il passe à l'article 15 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter provided the delegates with a general introduction to the provisions of article 15 which had been re-drafted in order to respond to three points that had been raised in the last session. The first question concerned the means by which the Convention was to interpret a reference to the State of closest connection in the context of a Federal State. The proposal had been made that such a reference be taken to indicate an application of the law of the territorial unit with which the deceased had the closest connection. This suggestion had been reflected in paragraph 4. As to whether a definition of the closest connection was possible, he suggested that in order to keep this article in line with the rest of the Convention it would not be appropriate to attempt a definition. Therefore it had merely been said that if a reference was made to a State, that reference would be taken in this context to apply to the territorial unit in question. The second point concerned the reference to article 4 *bis* contained in paragraph 5. If this provision had not been made subject to article 4 *bis*, there might have been real difficulties in dealing with certain designations of law made by the deceased. He added that article 4 *bis* was not concerned with the general centre of the life of the deceased but merely with certain particular assets. His third point concerned an objection that had been made to the effect that there was no provision as to what would happen if a person had designated the law of a State in respect of particular assets located there. This question was considered in paragraph 6. Finally attention had been given to the question raised by Mrs Borrás Rodríguez as to whether in article 3 *bis* and paragraph 5(a) of the present article it might be possible to delete the reference to habitual residence and move directly from the State of nationality to that of closest connection. It had been suggested that this would be of great assistance to Spain. However he indicated that, although the Drafting Committee had considered the matter, it had been determined that the present text reproduced that of the preliminary draft and that it was important in maintaining the balance of the Convention that the provision not be changed. He concluded by stating that the overall character of article 15 remained unchanged. Article 15(1) outlined the scope of the provision. Article 15(2) referred to rules in force. Article 15(3) dealt with 'country designations', article 15(4) considered the problem of closest connections and article 15(5) the designation of a territorial unit. Article 15(6) was a new paragraph introducing a presumption which allowed recourse to the law of the situs where particular assets in that situs had been referred to. Paragraph 7 dealt, as previously, with the effects of article 3(2).

Puisque aucun délégué ne souhaite faire d'autres observations sur le *paragraphe 1* et sur le *paragraphe 2* de l'article 15, **le Président** les déclare *adoptés*. Il passe alors au *paragraphe 3*.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) désire faire une remarque sur le *paragraphe 3*. Elle précise que le problème qu'elle va soulever ne concerne pas l'hypothèse où la loi applicable est la loi espagnole, dans la mesure où, en Espagne, existent des règles qui conduisent à l'application du *paragraphe 2* de l'article 15. Mais, elle rappelle que l'Espagne fait partie des Etats qui retiennent la loi nationale pour régir la succession et pour cette raison sont intéressés à l'équilibre entre nationalité et résidence habituelle. Le problème envisagé n'est pas

seulement une question pour les Etats plurilégislatifs, mais pour tous les Etats qui doivent appliquer la loi d'un de ces Etats. Or, elle constate que dans le paragraphe 3 il n'y a pas un équilibre entre nationalité et résidence habituelle. Il y a un décalage en faveur de la résidence habituelle. En effet, pour déterminer la loi de l'Etat de la nationalité du défunt, on retient celle de l'unité de cet Etat dans laquelle le défunt avait sa résidence habituelle. Et c'est seulement à défaut d'une telle résidence que l'on retient la loi de l'unité avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits. Pour Mme Borrás Rodríguez, cette référence principale à la résidence habituelle n'est pas justifiée. Elle propose que le paragraphe 3 b soit modifié pour ne retenir qu'une référence à la loi de l'unité territoriale avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits, qui, si elle existe, sera dans beaucoup de cas déterminée par la résidence habituelle. Elle précise que cette remarque développée sur le paragraphe 3 b de l'article 15 est valable également pour le paragraphe 5 a de ce même article.

Mr Scoles (United States of America) indicated that this was a matter on which there had been considerable discussion by Mrs Borrás Rodríguez and others. Although he commended the assumption that notaries and judges would have no difficulty in jumping from the State of nationality to the State of closest connection, he felt that it would be helpful to point out that in most instances, the territorial unit in question would be that of habitual residence. With more than 90 per cent of cases falling within the scope of habitual residence, he felt that the inclusion of this term would provide a clear and definite answer for anyone dealing with the Convention. The term 'closest connection' was more ambiguous and less well known. He indicated that the other members of the Federal Clauses Committee shared his concern.

Mr Hayton (United Kingdom) wished to endorse these remarks. He said it was important to common law countries that the balance between habitual residence and closest connection be maintained. Thus the basic reference ought to be habitual residence with the possibility of falling back on the State of closest connection. In his view article 15(3)(b) and article 15(5)(b) represented a good balance between habitual residence and closest connection. He was reluctant to reopen the question and even more reluctant to have the Convention take such a sudden change of direction at this point in time. He suggested that if there was a special problem for Spain, it might introduce appropriate rules in implementing the Convention.

The Chairman suggested that this would be a question for Spanish judges to determine.

Mr Philip (Denmark) thought that a compromise might be possible because of the unusual nature of the construction of the rules in question. The provision indicated that if a person had his habitual residence in the country of his nationality, he would be restricted to a choice of that law. If this was not the case, he would be free to choose any law in the country with which he had had a close connection. He suggested that the point made by Mr Scoles was worthy of consideration and that in order to provide guidelines for judges faced with such situations, he proposed that the rule concerning habitual residence be made a presumptive one. Thus, there would be a presumption in favour of the application of the law of the habitual residence if such a residence had existed at the time in question, and if it had not, it would then be possible to have recourse to the question of close connections.

Le Président remercie M. Philip de sa suggestion. Il estime que cette suggestion est un moyen terme entre la proposition espagnole et le texte actuel. On retiendrait donc une référence aux liens les plus étroits, mais avec une présomption que ces liens les plus étroits sont établis avec l'unité territoriale où le défunt avait sa résidence habituelle.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) considère que ce serait un compromis tout à fait acceptable.

Mr Hayton (United Kingdom) said that there was already a presumption that consideration first be given to the unit of habitual residence and only in its absence to the unit of closest connection.

The Reporter expressed his unwillingness to see a major change made to the draft at this point in time. No Working Document had been submitted on the question and the proposal under discussion would, if implemented, represent a considerable change in the balance of the Convention. Therefore he indicated that, although he had considerable sympathy with the position of Mrs Borrás Rodríguez, the matter would have to be left for the Spanish Government to deal with.

Mme Borrás Rodríguez (Espagne) précise que, contrairement à ce qu'ont pu dire certains orateurs qui l'ont précédée, le problème qu'elle a soulevé n'est pas un problème purement espagnol. Elle estime que cette difficulté pourra être rencontrée par tous les Etats qui doivent appliquer la loi d'un Etat dans ces conditions.

Le Président, après cette discussion, propose aux délégués de voter sur la proposition de Mme Borrás Rodríguez qui consiste à biffer, au paragraphe 3 b et au paragraphe 5 a de l'article 15, la référence à la résidence habituelle.

Le vote s'effectue à main levée. Le Président constate qu'une majorité évidente préfère conserver le texte actuel. En conséquence, la proposition de Mme Borrás Rodríguez est rejetée.

Dans la mesure où aucun autre délégué ne désire faire d'observations supplémentaires sur le paragraphe 3, le Président le déclare adopté. Il passe au paragraphe 4 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter indicated that the function of paragraph 4 was to deal with the situation in which the Convention referred to the State of closest connection. This paragraph clarified the fact that, in the context of federal States, such a reference was to point to the territorial unit of closest connection. The Drafting Committee had been aware of the fact that there seemed little point in saying that the State of closest connection was the State with which the deceased was most closely connected. Nevertheless for those dealing with the Convention it was felt that a parallel reference both to the State and the unit might be of assistance.

Le Président indique que c'était déjà la même idée qui avait été acceptée mais sous une forme différente. Le paragraphe 4 est déclaré adopté.

Le Président passe alors au paragraphe 5 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter said that paragraph 5 had been drafted so as to indicate that there was nothing to prevent a person from exercising a choice as permitted in article 4 bis.

Le Président déclare *le paragraphe 5 adopté*, puisque aucun délégué ne désire faire d'autres observations sur ce texte. Il passe au paragraphe 6.

Mr Philip (Denmark) proposed that in the penultimate line of the English text of paragraph 6 the word 'each' should replace the word 'the' before the word 'unit' and that the word 'chaque' be inserted in the same place in the French text.

Le Président est d'accord avec la remarque faite par M. Philip. Ainsi, dans le texte français, on mettrait à la dernière phrase que cette loi est celle de *chacune des unités territoriales* dans laquelle les biens sont situés.

The Reporter introduced the new paragraph 6. In the English text, the comma after the word 'State' in line 3 was to be deleted. The purpose of this paragraph was to deal with the situation of a person who chose to exercise a choice of law pursuant to article 4 *bis*, but referred only to the law of the State in question. He explained that this paragraph provided an evidentiary presumption that the designation was to refer to the law of the unit in which the asset was situated. There was a distinction between article 15(3), in which attention was given to the centre of life of the individual concerned and article 4 *bis* where the emphasis was on particular 'assets'. Therefore a presumptive reference could be made here to the law of the situs without having to consider the centre of life of the individual. He gave the example of an American citizen, habitually resident in New York, who made a will in France concerning his apartment building in Texas. He might say in that will that he wanted 'the law of the good old United States of America' to apply to his assets. Even though most of his assets might be in France, the provision in paragraph 6 would presume that the law of Texas should be applied to the apartment building situated there.

M. Lagarde (France) précise qu'il y a une petite erreur dans le texte français. Il faut lire à la troisième ligne «sauf preuve d'une intention contraire».

Mr Scoles (United States of America) said that he presumed that in paragraph 6, the reference in the third line to 'paragraph 1' concerned paragraph 1 of article 15 and not of article 4 *bis*. This was confirmed by the Reporter. As article 15 applied to this situation by its own limitation in paragraph 1, he wondered whether the reference to 'as defined in paragraph 1' could not be struck out.

The Reporter responded that this would indeed be possible as long as it was ensured that the provision was clear without it.

Le Président résume plusieurs interventions visant à améliorer le texte. Il précise que le texte français du paragraphe 6 doit être lu ainsi: «Si, dans le cas de l'article 4 *bis*, le défunt a désigné pour certains de ses biens la loi d'un Etat, il est présumé, sauf preuve d'une intention contraire, que cette loi est celle de chacune des unités dans laquelle ces biens sont situés.»

Mr Edwards (Australia) raised what he considered to be a small but important point. In article 4 *bis* care had been taken to ensure that the designation of a law by the deceased did not have to be confined to the law of the place in which his assets were situated. In paragraph 6 the language used might suggest that the choice of law envisaged in article 4 *bis* was limited to a choice of the law of the situs of assets. His interpretation was that a

much broader meaning was intended in order that this provision be parallel with that in article 4 *bis*.

The Reporter stated that the provision was certainly not to be interpreted in such a narrow sense. He did not wish to interfere with the *materielle rechtliche Verweisung* doctrine. He explained that the provision applied to any deceased person and that the presumption was only a starting point, which could be rebutted following the introduction of other relevant evidence. He indicated that, with reference to the example previously cited, if the American testator had wanted the law of New York to apply to his succession rather than that of Texas, it would be possible to introduce evidence to this effect and thereby rebutting the presumption.

Mr Edwards (Australia) expressed the view that the presumption as drafted was acceptable but that if the assets of the deceased were situated in New Zealand and he chose the law of Australia, the rule in question would not apply. His concern was that since this provision dealt with a situation in which the assets referred to in article 4 *bis* were located in the State of the law chosen, it should not imply the narrowing of the broad choice permissible under article 4 *bis*.

The Reporter assured Mr Edwards that this would be made clear in the Report:

Mr Philip (Denmark) said that he understood the problem raised by Mr Edwards and that it underlined his reluctance to have any rule on the subject. If however, a rule was deemed desirable, an explanation would have to be provided in the Report.

The Chairman suggested that it might be possible to say that the presumption would apply only if the assets were situated in the country whose law had been designated, but some delegates expressed disagreement with this proposition.

Mr Edwards (Australia) said that he was satisfied with the explanation given and that he did not desire a change in the text.

Le Président, constatant qu'il n'y a plus d'autres observations sur *le paragraphe 6*, le déclare *adopté*.

Il passe au paragraphe 7. Il précise qu'il faudrait lier les deux phrases et donc ne faire qu'un seul alinéa pour l'ensemble de ce paragraphe 7. Dans la mesure où aucun délégué ne désire faire d'autres observations sur *le paragraphe 7*, le Président le déclare *adopté*. Ainsi, l'ensemble de *l'article 15* est *adopté*.

Le Président passe à l'article 16. Aucun des délégués ne désirant faire d'observations sur *l'article 16*, le Président le déclare également *adopté*.

Il passe à l'article 17. Il précise que la délégation canadienne suggère une légère modification de cet article 17. Cela englobe aussi bien les conflits interpersonnels que les conflits interrégionaux. Il faudrait lire: «Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit différents ou des *ensembles* de règles différentes».

The Reporter said that article 17 had originally referred only to territorial units, overlooking the situation in which different succession rules might exist in different provinces (for example, in the Canadian case). Thus the provision had been changed in order to accommodate such an eventuality. It was hoped that the expression 'sets of rules' might be of assistance in dealing with the situation.

Le Secrétaire général adjoint propose que pour alléger le texte, l'article 17 soit ainsi rédigé: «Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits de lois concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.»

Le Président remercie le Secrétaire général adjoint pour cette suggestion. Constatant qu'il n'y a pas d'autres observations sur l'article 17, il le déclare *adopté*. Il passe à l'article 18 et donne la parole au Rapporteur.

The Reporter said that article 18 had remained unchanged in paragraphs 1 and 2; and that paragraph 3 had been an extension designed to deal with the question of *pactes successoraux*. In order to allay possible concerns, he emphasized that this provision was not designed to stipulate that if a designation had been made prior to the adoption of the Convention, it might be invalidated on ratification if it did not comply with the Convention. Instead, it was intended to be an enabling provision so that rather than invalidating previous designations it might in some cases actually validate a designation previously considered invalid.

Mr Scoles (United States of America) requested a clarification regarding paragraphs 2 and 3. He questioned the meaning of the word 'there' at the end of both of these paragraphs and wondered whether the sentences should not simply read '... considered valid if it complies ...'.

Mr Philip (Denmark) explained that the reference was to the State in which the Convention came into force.

M. Voulgaris (Grèce) pense qu'il faudrait préciser au paragraphe 2 de l'article 18 qu'il s'agit des conditions posées à l'article 4, paragraphe 1.

Le Président ne partage pas l'opinion de M. Voulgaris. C'est au contraire l'article 4 dans son entier qui est ici concerné.

Dans la mesure où il n'y a pas d'autres remarques sur l'article 18, le Président le déclare *adopté*.

Il passe à l'article 19. Il précise que, pour cet article, la Commission n'en est qu'à la seconde lecture. Au paragraphe 1 de l'article 19, le Comité de rédaction a retenu une alternative. La première branche de l'alternative prévoit que la Convention ne déroge pas aux accords particuliers concernant soit les nationaux, soit les personnes ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat partie à cet accord particulier. La deuxième branche de l'alternative correspond à l'hypothèse qu'avait proposée M. Savolainen et qui avait été acceptée par la Commission.

Il y a aussi sur l'article 19 une proposition contenue au Document de travail No 106. Il s'agit d'une proposition de la délégation française qui consiste à ajouter au début du paragraphe 1 la formule suivante: «Sauf déclaration contraire des Etats intéressés, la Convention ...». Cette formule aurait pour objet de permettre à certains Etats liés par les conventions visées à l'article 19, paragraphe 1, de dénoncer ces accords.

Mr Savolainen (Finland) raised a point of drafting prior to beginning a substantive discussion of article 19 and Working Document No 106. The Drafting Committee had defined the concept of reciprocity in a phrase referring to 'persons who are a national of or who have their habitual residence in a State Party ...'. However, he suggested that it would be necessary to insert words to

the effect that the provision only applied to the succession to the estates of deceased persons and that the reference to nationality or habitual residence be limited to that existing at the time of death of the deceased.

Le Président, comme M. Savolainen vient de le demander, pense qu'il faudra en effet rajouter dans le texte ces précisions.

M. Picone (Italie) déclare ne pas aimer ces propositions concernant l'article 19 dans le Document de travail No 105. En premier lieu, il voudrait faire une remarque terminologique. Il ne comprend pas ce que l'on veut dire lorsque l'on précise dans la deuxième branche de l'alternative du paragraphe premier «Conventions applicables seulement dans les relations entre Etats qui y sont ou seront Parties» dans la mesure où une convention s'applique toujours entre les seuls Etats contractants.

Il estime très bien connaître les préoccupations de M. Savolainen. Selon lui, le Document de travail No 89 réalisait un compromis qui avait pris en compte justement ces préoccupations. Pour M. Picone, ce que veut éviter M. Savolainen, c'est que puisse être sauvegardée une convention d'application universelle antérieure. Mais, selon M. Picone, ce problème n'existe pas parce qu'il ne connaît aucune convention successorale d'application universelle et surtout pas du tout de conventions bilatérales universelles en cette matière.

Ainsi, pour M. Picone, ce problème général ne se pose pas. Au surplus, il considère que le problème tel qu'il est résolu est très mal résolu. Selon lui, des Etats peuvent dans le futur décider de stipuler des conventions multilatérales d'application universelle portant sur des points spécifiques qui retiennent des solutions qui peuvent être meilleures que celles de la Convention. Il évoque, par exemple, le cas d'une convention qui réglerait la seule situation des comourants. Pour lui, une telle convention ne devrait pas être nécessairement écartée si elle était meilleure. Les Conventions de La Haye réservent, en général, l'application des conventions déjà en vigueur. Il faudrait donc faire une distinction entre les conventions passées, qui devraient pouvoir être préservées, et les conventions futures qui ne pourraient être ratifiées qu'à certaines conditions (fixées d'une façon raisonnable) par un Etat qui aurait déjà ratifié la présente Convention. Cela relève d'ailleurs de la responsabilité internationale de chaque Etat. Or, cette distinction était celle que retenait la proposition contenue dans le Document de travail No 89. Cette distinction est plus claire et plus raisonnable que le compromis voté hier, selon M. Picone, en trois minutes et 20 secondes. Pour lui, on a éliminé beaucoup trop vite cette proposition du Document de travail No 89. Il déclare que la formulation actuelle de l'article 19 n'est, dans les deux alternatives visées au paragraphe premier, pas acceptable. Il préférerait donc que l'on revienne à la proposition du Document de travail No 89.

Le Président, pour répondre à M. Picone, déclare que, puisqu'une décision a été prise hier sur le Document de travail No 89, on ne peut plus rouvrir la discussion. Seules donc les deux formules contenues au Document de travail No 105 restent à étudier. Il estime que la première branche de l'alternative du Document de travail No 105 a le mérite d'être plus restrictive que la proposition du Document de travail No 89.

Mr Savolainen (Finland) said that he had noticed, particularly from the intervention by Mr Struycken, that the definition of reciprocity had created difficulties both in Working Document No 89 and in the proposal

later furnished in Working Document No 101. Although he had not brought the question into the discussion at that point, so as to avoid further complications, he was happy that the Drafting Committee had noticed the problem. He hoped that a slight amendment along the lines of his suggestion as to a proper and clear definition in paragraph 1 would be sufficient to solve the problem. He was strongly against the prolongation of the discussion and thought it would be unhelpful to re-open the issue. It was, he thought, the general consensus, that there ought to be silence on the question of universally applicable conventions. He expressed his preference for the first alternative in article 19.

Le Président prend acte que M. Savolainen se rallie à la première branche de l'alternative du paragraphe premier de l'article 19. Il invite les délégués à voter sur l'adoption de cette formule.

Le vote s'effectue à main levée.

Le Président constate une évidente majorité en faveur de l'adoption de la première branche de l'alternative. Il déclare donc *le paragraphe 1 adopté dans les termes de la première branche de l'alternative.*

Il donne la parole à la délégation française pour qu'elle fournisse des explications sur sa proposition contenue au Document de travail No 106.

M. Hascher (France) déclare que sa délégation s'est efforcée de présenter une proposition de solution visant à résoudre les éventuels conflits avec des traités antérieurs, souvent bilatéraux, dont les dispositions empêcheraient, entre les Etats parties à de tels instruments, l'application de notre Convention. Le système de déclaration permettrait d'écarter les, ou certaines des dispositions des accords antérieurs. La déclaration pourrait être faite à tout moment, dans la mesure où une telle déclaration ne présenterait d'intérêt que lorsque les deux Etats parties à l'accord particulier auraient l'un et l'autre ratifié la présente Convention. Il cite l'exemple de la Convention franco-suisse. Si la France ratifiait la Convention de La Haye, elle ne ferait la déclaration prévue au Document de travail No 106 que quand la Suisse ratifierait, à son tour, la Convention.

Mr Savolainen (Finland) indicated that he had no objection to the proposal in Working Document No 106. He felt that it might be useful for the purposes of some States.

Mr Philip (Denmark) wished confirmation of a certain point. He wondered if the provision presupposed that such a declaration would have to be generally accepted by all the States Parties to the instrument or whether in fact it could be made unilaterally.

Mr Duchek (Austria) said that the same question had occurred to him. He found it difficult to understand the reference to a declaration by the interested States. In his view, it was evident that if a bilateral treaty existed it could be set aside only by a declaration of both States concerned. It was not possible to envisage a system in which such a declaration could be made by only one of the Parties ratifying a multilateral convention. Only if both or all of the Parties bound by the Convention chose to opt out could the provision take effect. The provision simply provided a means of disposing of old bilateral agreements by a method that was simpler than that of formal renunciation. If this interpretation of the provision was considered to be correct, he suggested that the matter be left to the Drafting Committee.

Le Président déclare qu'il faudra, s'il y a deux ou plu-

sieurs Etats qui sont Parties à cette Convention, que tous soient d'accord pour faire cette déclaration. Il précise que c'est un problème de rédaction. Il demande à M. Savolainen et à M. Hascher de rédiger une proposition qui tienne compte de ces remarques.

Il passe alors à l'article 20 sur les réserves. Il rappelle qu'il a déjà fait connaître son aversion pour les réserves. Il pense que celles-ci doivent être limitées et qu'elles doivent être particulièrement justifiées pour être incluses dans la Convention. Il énumère les différentes propositions de réserve qui ont été déposées.

Une première réserve concerne les pactes successoraux. Le texte provisoire de cette réserve figure au Document de travail No 71, article 20. Dans les Etats qui auront ratifié la Convention mais qui auront fait cette réserve, la Convention ne s'appliquera pas aux pactes successoraux.

Une réserve est également proposée par la délégation danoise, qui est contre l'application de l'article 3 bis qui prévoit l'admission du renvoi. La troisième réserve est présentée par le Royaume-Uni au Document de travail No 95. Elle reprend une idée exprimée au Document de travail No 92 qui contenait une proposition conjointe des délégations française et italienne.

Une quatrième réserve est présentée par le Royaume-Uni et l'Australie au Document de travail No 99. Cette réserve concerne le cas d'une désignation de loi qui n'aurait pas eu lieu dans une disposition testamentaire, mais dans une disposition à cause de mort.

Il y a enfin une cinquième proposition de réserve présentée par la délégation australienne au Document de travail No 100.

M. Lagarde (France) rappelle au Président que la France a également fait une proposition de réserve qui figure au Document de travail No 64.

Le Président répond à M. Lagarde que cette proposition est, en quelque sorte, périmée puisque la proposition contenue au Document de travail No 92 a été acceptée.

M. Lagarde (France) indique au Président qu'au contraire cette proposition a été rejetée.

Le Président présente ses excuses à la délégation française. Il avait fait une erreur sur ce point. Il déclare que la proposition de réserve présentée par la délégation française devra donc être également discutée. Il estime que cette proposition correspond à celle qu'a présentée le Royaume-Uni dans le Document de travail No 95.

M. Lagarde (France) estime quant à lui que les deux propositions, celle de la délégation française et celle du Royaume-Uni, ne sont pas identiques.

Le Président constate qu'aucune délégation ne conteste le principe d'une possibilité de réserve sur les pactes successoraux.

Mr Siqueiros (Mexico) referred to the proposal by the Irish delegation in Working Document No 94.

Le Président déclare qu'il y a, en effet, dans le Document de travail No 94, une proposition qui vise à préciser le texte du Document de travail No 71. Elle consiste à dire que la réserve porte sur les pactes successoraux au sens de l'article 6 de la Convention.

Mr Keane (Ireland) responded that it had simply been intended to put beyond doubt the fact that the sort of reservation envisaged was one referring to a succession agreement as defined by article 6 itself, notwithstanding

the fact that other oral succession agreements might exist.

The Chairman remarked that this would seem to be a useful addition and that, if there was no opposition, it could be effected by the Permanent Bureau.

Mr Scoles (United States of America) suggested that the language used in Working Document No 94 be altered, deleting the expression 'reserve the right', as it was technically not possible to reserve the right to do something in the future.

The Chairman responded that the Permanent Bureau would draft the provision with its usual precision.

Mr Duchek (Austria) explained that in the discussion relating to article 6 the ultimate consensus had been that oral succession agreements ought not to fall within the scope of the Convention. Although these had not been specifically excluded in article 1, he proposed that it ought to be enunciated in the Report that article 6 ought not to be interpreted so as to encompass other agreements not falling within the Convention. If the Irish proposal was that consideration ought to be given to oral succession agreements he said that he would be hesitant to accept such a suggestion.

The Chairman said that it was his understanding that, on the contrary, Mr Keane had actually wished to exclude oral succession agreements.

Le Président constate que le principe d'une possibilité de réserve sur les pactes successoraux est admis par tous les délégués. Il invite maintenant les délégués à étudier les propositions de réserves des délégations française et italienne du Document de travail No 64 et du Royaume-Uni au Document de travail No 95.

Mr Hayton (United Kingdom) raised a point of order. As the provision in Working Document No 99, adding a sentence to article 20, spelled out the effects of a right to make a reservation, he suggested that it ought perhaps to be considered at this point. The Chairman interjected that the reference in that document was to article 4 and not to *pactes successoraux*. However Mr Hayton disagreed. He said that the sentence to be added to article 4 had the effect of allowing the reserving State the right to make a reservation regarding articles 6, 7, 8 and 9 within Chapter III. It left article 4 unaffected. If a State chose to exercise its right to make a reservation on *pactes successoraux*, it would also require the right to deal with the problems presented by article 4. If this very fundamental point was not allowed, he feared that it might prejudice the acceptance of the Convention as a whole. Therefore he proposed the addition of the sentence in question to article 20, paragraph 1.

The Chairman indicated that the delegates had accepted that reservations might be made on the subject of *pactes successoraux*, but expressed the view that this reservation had nothing to do with *pactes successoraux*.

Mr Hayton (United Kingdom) disagreed, stating that the proposal referred specifically to *pactes successoraux*.

Mr Philip (Denmark) explained that as it was now possible to make a reservation to exclude *pactes successoraux*, the intention in the present proposal was to add a clause in order to deal with the consequences of the exclusion of *pactes successoraux* in article 4.

Mr Hayton (United Kingdom) said that he was afraid the designation in *pactes successoraux* would have to be observed, to the point where an informal *pacte successoral* would be able to change *professio juris*, thereby necessitating a change of internal law as well. This fundamental change would virtually nullify the effect of a reservation, unless the corollary in the additional sentence could be permitted to accompany it.

Le Président constate qu'aucune délégation ne fait d'objection à ce que cette phrase du Document de travail No 99 soit ajoutée. Il considère donc *cette proposition comme acceptée*.

Il passe alors au Document de travail No 64.

M. Lagarde (France) rappelle que l'actuel article 4 de la Convention gêne la délégation française comme la délégation italienne. Il insiste sur le fait que de nombreuses propositions ont été faites pour essayer d'amender cet article 4, afin de parvenir à une solution de compromis satisfaisante pour sa délégation. Ces propositions d'amendements ont toutes été rejetées et c'est la raison pour laquelle il demande aujourd'hui la possibilité de faire une réserve sur l'article 4. Cette proposition figure au Document de travail No 64. Il déclare que sa délégation a été très surprise de voir l'extrême sollicitude avec laquelle la délégation du Royaume-Uni s'est penchée sur l'état d'extrême fatigue des délégués français et italien. En effet, le Royaume-Uni a rédigé au Document de travail No 95 une proposition très semblable à celle qu'avait faite les délégations italienne et française au Document de travail No 64.

M. Lagarde s'adressant à M. Hayton lui dit que le bon samaritain n'aura pas à attendre longtemps sa récompense. Sa délégation, en accord avec la délégation italienne, accepte en effet le texte très limité de la réserve que M. Hayton a bien voulu rédiger pour eux. Cette réserve est en effet très limitée, puisqu'elle ne s'applique que dans le cas où le *de cuius*, au moment de sa mort, avait sa résidence habituelle dans l'Etat de sa nationalité et que ledit Etat a fait la réserve.

Mr Hayton (United Kingdom) said that Working Document No 95 provided the necessary flexibility which would allow the Convention to grow so that more and more countries would be able to adopt it. Although the delegates to the present Commission were prepared to take certain progressive steps for the sake of the Convention, other countries and perhaps even the delegates' own governments might not be as willing at the present point to do so. The proposal in Working Document No 95 might be able to accommodate the desires of those States who were prepared to go half way towards the implementation of the Convention. These States might in time become willing to lift the reservation.

Le Président invite les délégués à discuter de cette proposition.

Mr Scoles (United States of America) expressed concern that the implication was that one of the States to the present Convention would be able to limit its effects to matters of intestacy. This would mean that the provision for the designation of a law that would apply to the provisions of article 5, including the mandatory provisions for family protection, might be disregarded. He said that this was a very basic exception and one which ought seriously to be considered before it was adopted. He felt that the delegates had reached the point where they were in agreement that the Convention could be applied to testate cases where the application of the law

governing the estate could be determined by the testator.

The Chairman said that, although he did not like reservations, he did not think that this particular reservation would include intestacy. The same system applied in some Swiss statutes. He thought there were many cases in which a *professio juris* could be successful and that although this reservation did permit some diminution of the effects of the Convention, a substantial proportion of it would still be left intact.

Mr Philip (Denmark) raised a point of order and requested a vote on the matter.

Le Président met au vote la proposition contenue au Document de travail No 95.

Par un vote de 17 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Canada, Chine, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Israël, Italie, Luxembourg, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie), 6 voix contre (Belgique, Danemark, Etats-Unis, Japon, Mexique, Venezuela) et 5 abstentions (Australie, Chili, Irlande, Pays-Bas, Pologne), la proposition est acceptée.

Le Président passe alors à la proposition du Document de travail No 73 et donne la parole à la délégation danoise.

Mr Philip (Denmark) said that Working Document No 73 contained a provision allowing for reservations to the rule in article 3 *bis* concerning renvoi. He was opposed to the concept of renvoi in principle as he felt it too complicated in the present circumstances and of little help to anyone. However, more importantly, he thought that the rule in article 3 *bis* permitted a partial renvoi which was unacceptable in that it breached the unity principle.

Mr Wang Houli (China) expressed the view that States ought to be permitted to make reservations which would enable the Convention to be adapted to the actual conditions in their own particular countries. Therefore he hoped that reservations such as those outlined above concerning article 3 *bis* would be permitted.

Mr Scoles (United States of America) raised a point which he described as both a question of information and an objection. If article 3 *bis* indicated the application of the law of the forum, Danish law would in fact not apply it and no other State would take a reference from Denmark. Therefore he wondered why the reservation had any use except in order to prevent others from applying this sort of renvoi.

Mr Philip (Denmark) suggested that Mr Scoles had misunderstood his point. For example, with regard to article 3 *bis*, if two non-Contracting States were involved, a reference to the law of one might, according to the law of that State, indicate a reference to the law of another State. If that other State accepted the reference, Denmark would in turn be obliged to apply the law of that other State, first where it referred to the whole of the estate and secondly where there was only a reference to the situs.

This would occur notwithstanding the fact that the law of the first State would ordinarily have been applied.

Le Président invite les délégués à voter sur la proposition du Document de travail No 73.

Par un vote de 17 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Luxembourg, Pologne, Royaume-Uni, Suède, Tchécoslovaquie), 2 contre (Irlande, Venezuela) et 10 abstentions (Australie, Chili, Etats-Unis, Finlande, France, Israël, Mexique, Pays-Bas, Portugal, Suisse), la proposition est acceptée.

Le Président passe alors à la proposition du Document de travail No 100 et donne la parole à la délégation australienne.

Mr Edwards (Australia) said that the defeat of the Australian proposal in Working Document No 68 (as subsumed under the United Kingdom proposal in Working Document No 79) had been a major disappointment. He feared that it might seriously set back the acceptability of the Convention. Although Conventions such as the present one were, for the most part, formulated by experts, they had to be ratified by governments and he feared that some governments might see the new notion of *professio juris* as permitting testators to avoid the application of family provision laws. He gave the example of the migrant, long settled in a new country, who might defect the legitimate expectations of immediate family members by choosing the law of his nationality where that law made little or no mandatory provisions for them. If asked what provisions the Convention made in its present form for dealing with such a problem, the answer would have to be none, except for a possible resort to *ordre public*. This might well deter a government from ratifying this Convention. Although within the membership of the Hague Conference there was a general assurance that States could be relied upon to have made provision for surviving dependants, this would not necessarily be the case for all of the other 100 or more States whose nationals had settled in Australia. This was an extremely serious problem for an immigrant nation such as his. Although it had been suggested that the Australian proposal was one that might discourage or impede ratification of the Convention, nothing could be further from the truth. By taking account of political reality it could only be seen to enhance the acceptability of the Convention. The proposal was a narrow one. It was limited to the welfare in exceptional circumstances of spouses and children who were habitual residents or nationals. The Conference had taken great pains all along to emphasize the importance of the family. He submitted that a vote in favour of his proposal would be a vote for the family, for reason, for recognition of political reality and, most of all, for the success of the Convention for future generations.

M. Lagarde (France) déclare être sensible aux préoccupations de M. Edwards. Mais il considère que la plupart de ses préoccupations se trouvent satisfaites par la réserve du Document de travail No 95 qui vient juste d'être acceptée par la Commission. Lorsqu'une personne, au moment de son décès, a la nationalité de l'Etat dans lequel elle a également sa résidence habituelle, cette loi peut être appliquée malgré l'existence de la *professio juris*. C'est l'objet même de la réserve contenue au Document de travail No 95.

M. Lagarde considère que la proposition australienne est donc très proche de la réserve du Document de travail No 95 et qu'il ne serait pas opportun d'avoir dans la Convention un cumul de réserves aussi proches. Par ailleurs, selon lui, la réserve du Document de travail No 95 a le mérite de se placer uniquement sur le terrain des conflits de lois, ce qui est conforme à l'ensemble des règles adoptées dans la Convention. Ce n'est pas le cas

de la proposition australienne du Document de travail No 100.

Mr Philip (Danemark) said that he was not in general in favour of reservations and had in fact been in opposition to the reservation in Working Document No 95, because it seemed to go to the root of the Convention, in that it would change the choice of law rules on which the delegates had been working throughout the Conference. He found the present proposal much more acceptable than that in Working Document No 95, and therefore said that he would abstain in the vote, in the hope that its acceptance might preclude the need for Australia to make a reservation pursuant to article 95.

M. Pipers (Belgique) déclare avoir été convaincu par les arguments développés par M. Edwards, en ce qui concernait les alinéas *b* et *c* de sa proposition. En revanche, il pense que l'hypothèse visée à l'alinéa *a*, ne justifie pas une réserve.

Le Président interrompt M. Pipers pour lui dire que les conditions posées par la délégation australienne aux alinéas *a*, *b* et *c* de sa proposition sont des conditions cumulatives et non pas alternatives.

M. Pipers (Belgique) remercie le Président pour ses éclaircissements. Il déclare que, dès lors que les conditions sont cumulatives, il soutient la proposition australienne.

M. Picone (Italie) n'est pas du tout favorable à la proposition de réserve faite par la délégation australienne. En premier lieu, il estime que les réserves doivent concerner les grandes options de la Convention et non pas les questions particulières. Les réserves qui ont jusqu'alors été acceptées portent sur l'article 3, l'article 4 et le chapitre III de la Convention. Elles portent donc toutes sur des grandes options de la Convention. Cela n'est pas le cas de la réserve proposée au Document de travail No 100.

En deuxième lieu, M. Picone considère que la réserve ici proposée est trop flexible. Il estime que les propositions de réserves française, italienne et du Royaume-Uni concernaient des hypothèses très restrictives. La réserve ne s'appliquait que dans le cas où au moment de son décès le *de cuius* avait la nationalité de l'Etat dans lequel il avait sa résidence habituelle. En revanche, dans la proposition australienne il faut d'abord se référer à toutes les lois applicables selon l'article 3. Toute la cascade de ces lois doit être prise en considération. Tandis que par ailleurs toutes les hypothèses de *professio* pourraient être écartées et non seulement celles qui rendent applicable une loi au moment de la désignation. Il estime pour ces raisons qu'une telle réserve serait beaucoup trop large.

En troisième lieu, M. Picone considère qu'une réserve doit être claire, précise et surtout, comme l'a dit M. Lagarde, dans une convention sur les conflits de lois, porter sur une règle de conflit. Au contraire, la proposition australienne contient une formule discrétionnaire très souple. La réserve s'appliquera en fonction de l'appréciation du résultat matériel auquel conduit l'application de la loi successorale. Enfin, M. Picone pense que la réserve du Document de travail No 95 associée au jeu de l'ordre public permet de satisfaire aux préoccupations de la délégation australienne. Il rappelle en effet que dans ces cas exceptionnels, l'ordre public a vocation à s'appliquer.

Mr Siqueiros (Mexico) pointed out that article 4, and specifically *professio juris*, has been the target of all the

reservations to date. The next one to be considered in Working Document No 99 also concerned article 4. His only suggestion to the Drafting Committee was that if these three proposals were carried concerning *professio juris*, the drafting of the reservation must be done carefully in order that the concept itself would emerge with sufficient clarity.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) déclare n'être toutefois pas d'accord avec MM. Lagarde et Picone. L'objectif qui doit être poursuivi est de rendre possible la ratification par des Etats qui ont aujourd'hui des hésitations en ce qui concerne la *professio juris*. Ces hésitations sont particulièrement sensibles pour ce qui concerne la protection de la famille. On doit tenir compte de ce lien qu'ils font entre la *professio juris* et les difficultés qui peuvent apparaître en matière de protection de la famille.

Il indique que dans les Etats comme le sien qui ont pratiqué la *professio juris*, cette question là, celle de la protection de la famille, a eu une grande importance. C'est la raison pour laquelle, par exemple en Allemagne, on accepte seulement une *professio juris* pour la loi allemande si l'immeuble est situé en Allemagne. Ils ont pensé, en effet, que dans ce cadre limité, la famille était suffisamment préservée. Il ajoute que ce sont vraiment des problèmes réels et que, si l'on n'y prend pas garde, il n'y aura pas de ratification par les Etats qui sont actuellement préoccupés par ces questions. Il faut, selon lui, être très réaliste. C'est pourquoi, il estime que la proposition australienne mérite l'attention de la Commission. Il pense que, de toute façon, cela ne concernera que des cas marginaux.

Il déclare également qu'on ne peut pas nier ce droit à réserve pour un Etat qui y voit quelque chose d'essentiel. Au surplus, il insiste sur le fait que la Commission ne doit pas raisonner en se bornant à dire qu'il y a déjà plusieurs réserves qui ont été acceptées et qu'il faut maintenant limiter le nombre des réserves. Selon lui, un tel raisonnement est tout à fait inopportun.

Le Président considère que la réserve proposée par la délégation australienne met en avant un aspect de ce que peut être l'ordre public. Il se demande s'il ne vaut pas mieux satisfaire ces exigences par la voie d'une réserve plutôt que d'agir sous l'angle de l'ordre public.

Mr Hayton (United Kingdom) said that this proposal reflected the anxieties of many countries about the new concept of *professio juris*. Working Document No 95 had alleviated some of the anxieties of civil law States. The derogation from the Convention permitted in the proposal outlined in Working Document No 100 was much less than that envisaged in Working Document No 95. If the possibility of such reservations was not allowed, he felt that many countries would be drawn to the proposal in Working Document No 95 instead. The alternative of allowing *ordre public* to take care of possible problems was one that was viewed with some unease by common law States, where that concept was generally much more limited in scope than in civil law countries. He asserted that Working Document No 100 contained a practical, limited and realistic exemption, and therefore ought seriously to be considered.

M. Lasarte (Espagne) partage entièrement l'opinion de M. Lagarde. Il se demande si, dans le texte, au cas où la proposition serait acceptée, il ne faudrait pas de toute façon utiliser un terme qui puisse englober aussi bien le veuf que la veuve.

Le Président précise à M. Lasarte que le terme «*spouse*» en anglais concerne aussi bien l'époux que l'épouse.

The Reporter said that Working Document No 95 covered most of the ground dealt with by the Australian proposal, but that the example given by Mr Edwards regarding a European national who moved to Australia would not be covered by the proposal in Working Document No 95.

Le Président invite les délégués à voter sur la proposition du Document de travail No 100.

Par un vote de 12 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Australie, Autriche, Canada, Chili, Etats-Unis, Grèce, Irlande, Israël, Mexique, Royaume-Uni, Suisse) 8 contre (Espagne, Finlande, France, Italie, Japon, Luxembourg, Portugal, Suède) et 9 abstentions (Argentine, Belgique, Chine, Danemark, Hongrie, Pays-Bas, Pologne, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition est acceptée.

Le Président passe alors aux clauses protocolaires. Il précise que dans le texte anglais, à l'article 23, paragraphe 1, (Doc. trav. No 83) le mot «alter» remplace celui de «modify».

Mr Scoles (United States of America) said that an objection had been received by the Federal Clauses Committee to the use of the word 'modify' because it had been construed by some attorneys only to mean 'modify by reduction'. Therefore, it had been decided to use the word 'alter' instead, as it might be a more neutral term.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) said that although he had no objection to this change he wished to point out that the term 'modify' allowed for modifications both upwards and downwards. In his view, there was no difference between a modification and an alteration.

The Chairman introduced Working Document No 97 containing a proposal by the United Kingdom and the United States regarding article 26 on denunciation.

Mr Pfund (United States of America) explained that this provision would permit States bound by Chapter III to denounce their obligations under that chapter without having to denounce the entire Convention. He thought that this might make it easier for States to ratify the Convention without making reservations as to Chapter III, as they would be aware that they could later change their minds about Chapter III if it was seen to present difficulties. This proposal was very similar to the solution adopted in the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Parts II and III of that Convention permitted reservations by States. However, in Article 101, Parties to the entire Convention were permitted at a later date to denounce Parts II and III without having to denounce the entire Convention.

Le Président considère que cette proposition est tout à fait raisonnable. Il constate qu'il n'y a pas d'objection et la déclare adoptée.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) se demande s'il ne serait pas plus correct de dire que la réserve faite en ce qui concerne le chapitre III peut être faite à tout moment. Elle précise que c'est une suggestion et non pas une véritable proposition.

Le Président estime que si l'on retenait cette suggestion, cela modifierait le régime des réserves. Il pense que cela créerait un dangereux précédent.

Mr Struycken (Netherlands) wondered if it would not be more clear to allow Contracting States to make a reservation at any point in time.

The Chairman responded in the negative, explaining that it was very complicated to allow this in practice as, for example, new notifications would have to be given.

Mr Philip (Denmark) wished at the conclusion of the Commission's discussions to thank the Chairman for all the work he had done. He and all the delegates had been pleased to work under his chairmanship and felt that he had done an excellent job. The matter dealt with in this Commission was the most difficult that he had encountered during the time in which he had attended the Conference. The result that had been achieved was one that satisfied most of the participants in the Conference. It would not have been possible but for the polite, kind and excellent manner in which the Chairman had conducted the proceedings.

Le Président remercie tous ceux qui ont permis le bon déroulement des travaux de la Commission II. La bonne volonté finit toujours par l'emporter. Il remercie les secrétaires qui ont travaillé avec une précision et une rapidité extraordinaires. Il remercie également tout particulièrement le Bureau Permanent. Les travaux préliminaires qu'il avait effectués et son assistance permanente lors de Commissions ont permis de réaliser cette Convention. Il remercie encore les interprètes sans lesquels les délégués ne pourraient pas tous se comprendre. Enfin, il remercie tout particulièrement le Comité de rédaction, présidé par M. Boggiano, ainsi que l'infatigable Rapporteur, M. Waters, qui a toujours été au courant de tout et a donné à l'ensemble des délégués des éclaircissements bien salutaires.

Le Secrétaire général précise que, demain matin, se tiendra à partir de 10 h. 30 la Séance plénière. Sera, en premier lieu, étudié le projet de décision adopté par la Commission I (Doc. trav. No 1). En second lieu sera étudié le projet de Convention sur les successions.

La séance est levée à 19 h. 30.

Séances plénières

Plenary Sessions

Distribués le mercredi 19 octobre 1988

Distributed on Wednesday 19 October 1988

No 2 – Texte soumis à la Séance plénière

Projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort

Les Etats signataires de la présente Convention,
Désirant établir des dispositions communes concernant
la loi applicable aux successions,

On résolu de conclure une Convention à cet effet et
sont convenus des dispositions suivantes:

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

1 La présente Convention détermine la loi applicable
aux successions à cause de mort.

2 La Convention ne s'applique pas:

a à la forme des dispositions à cause de mort;

b à la capacité de disposer à cause de mort;

c aux questions relevant du régime matrimonial;

d aux droits et biens créés ou transférés autrement que
par succession, tels que propriété conjointe de plusieurs
personnes avec réversibilité au profit du survivant, plans
de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.

Article 2

La Convention est applicable même si la loi qu'elle
désigne est celle d'un Etat non contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel
le défunt avait sa résidence habituelle au moment de
son décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité
de cet Etat.

2 La succession est également régie par la loi de l'Etat
dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au

* Le Document de travail No 1 figure dans le tome I. *Matières diverses* et le
Document de travail No 3. *infra*, p. 504.

No 2 – Text submitted to the Plenary Session

**Draft Convention on the Law Applicable to Succession
to the Estates of Deceased Persons**

The States signatory to this Convention,
Desiring to establish common provisions concerning the
law applicable to succession to the estates of deceased
persons,

Have resolved to conclude a Convention for this purpose
and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

1 This Convention determines the law applicable to
succession to the estates of deceased persons.

2 The Convention does not apply to –

a the form of dispositions of property upon death;

b capacity to dispose of property upon death;

c issues pertaining to matrimonial property;

d property rights, interests or assets, created or transferred
otherwise than by succession, such as in joint
ownership with right of survival, pension plans, insurance
contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

The Convention applies even if the applicable law is
that of a non-Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in
which the deceased at the time of his death was habitually
resident, if he was then a national of that State.

2 Succession is also governed by the law of the State
in which the deceased at the time of his death was

* Working Document No 1 appears in tome I. *Miscellaneous matters* and Working
Document No 3. *infra*, p. 504.

moment de son décès, s'il avait résidé dans cet Etat pendant une période d'au moins cinq ans précédant immédiatement son décès. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, si le défunt avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'Etat dont il possédait alors la nationalité, la loi de cet Etat est applicable.

3 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 4

Si la loi applicable en vertu de l'article 3 est celle d'un Etat non contractant et que la règle de conflit de cet Etat désigne, pour tout ou partie de la succession, la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 5

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.

2 Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée. Si d'après cette loi la désignation n'est pas valable, la loi applicable à la succession est déterminée par application de l'article 3.

3 La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition à cause de mort.

4 Pour l'application du présent article, la désignation d'une loi est considérée, sauf précision expresse contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

Article 6

Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats. Toutefois, ce choix ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5, paragraphe premier.

Article 7

1 Sous réserve de l'article 6, la loi applicable selon les articles 3 et 5, paragraphe premier, régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.

2 Cette loi régit:

a la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;

b l'exhérédation et l'indignité successorale;

c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;

habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies.

3 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of that other State applies.

Article 4

If the law applicable according to Article 3 is that of a non-Contracting State, and if the choice of law rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State which would also apply its own law, the law of that other State applies.

Article 5

1 A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation shall be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation must be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

3 The revocation of such a designation by its maker must comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

4 For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died wholly or partially testate or intestate.

Article 6

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate. However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 5, paragraph 1.

Article 7

1 Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

2 This law governs –

a the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b disinheritance and disqualification by conduct;

c any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;

e la validité au fond des dispositions testamentaires.

3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un Etat contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet Etat comme étant soumises à la loi successorale.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 8

Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord, fait par écrit ou résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'accord.

Article 9

1 Lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe premier, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Si, selon cette loi, le pacte n'est pas valide, sa validité sera néanmoins admise si elle l'est par la loi qui, au moment du décès, est applicable à la succession en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe premier. Cette même loi régit alors les effets du pacte et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

Article 10

1 Lorsque le pacte concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe premier, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où le pacte a été conclu.

2 Les effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ses effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois.

Article 11

Les parties peuvent convenir, par une désignation expresse, de soumettre le pacte quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 12

1 La validité au fond d'un pacte successoral valide selon la loi prévue aux articles 9, 10 ou 11 ne peut être contestée pour le motif que la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe premier, considérerait ce pacte comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi prévue aux articles 9, 10 ou 11 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie au pacte et qui, en vertu de la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe premier, a un

d the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e the material validity of testamentary dispositions.

3 Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 8

For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement created in writing or resulting from mutual wills which, with or without consideration, creates, varies or terminates rights in the future estate or estates of one or more persons parties to such agreement.

Article 9

1 Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, are determined by the law which under Article 3 or 5, paragraph 1, would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

2 If under that law the agreement is invalid, it is nevertheless valid if it is valid under the law which at the time of death is the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 5, paragraph 1. The same law then governs the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

Article 10

1 Where the agreement involves the estate of more than one person, the agreement is materially valid only if it is valid under all the laws which, according to Article 3 or 5, paragraph 1, would have governed the succession to the estate of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

2 The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

Article 11

The parties may agree by express designation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State of which the person or any one of the persons whose future estate is involved is a national or in which he has his habitual residence at the time of the conclusion of the agreement.

Article 12

1 The material validity of an agreement valid under the law applicable according to Article 9, 10 or 11 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law applicable according to Article 3 or 5, paragraph 1.

2 However, the application of the law applicable according to Article 9, 10 or 11 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 5,

droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 13

Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions incompatibles ou ne la règlent pas du tout, aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres.

Article 14

1 Quand un trust est créé par disposition à cause de mort, l'application à la succession de la loi prévue par la Convention ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le trust. Réciproquement l'application au trust de la loi qui le régit ne fait pas obstacle à l'application à la succession de la loi qui la régit en vertu de la Convention.

2 Les mêmes règles s'appliquent par analogie aux fondations et institutions similaires créées par disposition à cause de mort.

Article 15

La loi applicable en vertu de la Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certaines entreprises, immeubles ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

Article 16

Lorsque, selon la loi applicable en vertu de la Convention, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition à cause de mort, ni personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

Article 17

Au sens de la Convention, et sous réserve de l'article 4, le terme loi désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

1 Les dispositions du présent article ont pour objet d'identifier la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 En présence de règles en vigueur dans un tel Etat identifiant, dans tous les cas prévus à cet article, l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique. En l'absence de telles règles, les paragraphes suivants du présent article sont applicables.

paragraph 1, has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 13

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.

Article 14

1 Where a trust is created in a disposition of property upon death, the application to the succession of the law determined by the Convention does not preclude the application of another law to the trust. Conversely, the application to a trust of its governing law does not preclude the application to the succession of the law governing succession by virtue of the Convention.

2 The same rules apply by analogy to foundations and corresponding institutions created by dispositions of property upon death.

Article 15

The law applicable under the Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain enterprises, immovables or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

Article 16

Where under the law applicable by virtue of the Convention there is no heir, devisee or legatee under a disposition of property upon death, and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

Article 17

In this Convention, and subject to Article 4, law means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 18

The application of a law determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 19

1 For the purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises two or more territorial units, each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession, the provisions of this Article apply.

2 If there are rules in force in such a State identifying which law among the laws of the two or more units is to apply in any circumstance for which this Article provides, the law of that unit applies. In the absence of such rules the following paragraphs of this Article apply.

3 Lorsqu'il est fait mention d'une loi dans la Convention ou dans la désignation faite par le défunt conformément à celle-ci,

a la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans lequel le défunt avait, au moment déterminant, sa résidence habituelle;

b la loi de l'Etat de la nationalité du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans laquelle, au moment déterminant, le défunt avait sa résidence habituelle et, à défaut d'une telle résidence, la loi de l'unité avec laquelle il avait les liens les plus étroits.

4 Lorsqu'il en est fait mention dans la Convention, la loi de l'Etat des liens les plus étroits signifie la loi de l'unité de cet Etat avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

5 Sous réserve de l'article 6, si le défunt a désigné, conformément à la Convention, la loi de l'unité d'un Etat et si, au moment de la désignation ou de son décès,

a il possédait la nationalité de cet Etat, cette désignation est valable seulement s'il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité ou si, à défaut d'une telle résidence, il avait eu un lien étroit avec cette unité; ou si

b il ne possédait pas la nationalité de cet Etat, cette désignation est valable seulement s'il avait alors sa résidence habituelle dans cette unité ou, dans le cas où il n'avait pas eu alors sa résidence habituelle dans cette unité mais l'avait eu dans cet Etat, il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité.

6 Si, dans le cas de l'article 6, le défunt a désigné pour certains de ses biens la loi d'un Etat, il est présumé, sauf preuve d'une intention contraire, que cette loi est celle de chacune des unités dans laquelle ces biens sont situés.

7 Pour l'application du paragraphe 2 de l'article 3, la période de résidence requise est atteinte lorsque le défunt avait, durant les cinq ans précédant immédiatement son décès, sa résidence dans cet Etat, même si pendant cette période il a résidé dans plus d'une des unités de cet Etat. Lorsque cette période s'est écoulée et que le défunt avait sa résidence habituelle dans cet Etat à ce moment sans avoir de résidence habituelle dans une unité particulière de cet Etat, la loi applicable est la loi de l'unité dans laquelle le défunt avait résidé en dernier lieu, à moins qu'il ait eu à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité de cet Etat, auquel cas c'est la loi de cette autre unité qui s'applique.

Article 20

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de succession, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

Article 21

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les

3 For the purposes of any reference in this Convention, or any designation by the deceased pursuant to this Convention,

a the law of the State of the habitual residence of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State, in which at the relevant time the deceased had his habitual residence;

b the law of the State of the nationality of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State, in which at the relevant time the deceased had his habitual residence, and in the absence of such an habitual residence, the law of the unit with which he had his closest connection.

4 For the purposes of any reference in this Convention, the law of the State of closest connection means the law of that unit of the State with which the deceased was most closely connected.

5 Subject to Article 6, for the purposes of any designation pursuant to this Convention whereby the deceased designates the law of a unit of the State, of which at the time of designation or death

a he was a national, that designation is valid only if at some time he had had an habitual residence in, or in the absence of such an habitual residence, a close connection with, that unit;

b he was not a national, the designation is valid only if he then had his habitual residence in that unit, or, if he was not then habitually resident in that unit but was so resident in that State, he had had an habitual residence in that unit at some time.

6 For the purposes of any designation under Article 6 with regard to particular assets whereby the deceased designates the law of a State, it is presumed that, subject to evidence of contrary intent, the designation means the law of each unit in which the assets are situated.

7 For the purposes of Article 3, paragraph 2, the required period of residence is attained when the deceased for the five years immediately preceding his death had his residence in that State, notwithstanding that during that period he resided in more than one of the units of that State. When the period has been attained, and the deceased had an habitual residence in that State at that time, but no habitual residence in any particular unit of that State, the applicable law is the law of that unit in which the deceased last resided, unless at that time he had a closer connection with another unit of the State, in which case the law of that other unit applies.

Article 20

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Article 21

A Contracting State in which different systems of law or sets of rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts

règles de la Convention aux conflits de lois concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.

Article 22

1 La Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat.

2 Lorsque le défunt avait, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à sa succession, cette désignation y sera considérée comme valable si elle répond aux conditions posées à l'article 5.

3 Lorsque les parties à un pacte successoral avaient, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à ce pacte, cette désignation y sera considérée comme valable si elle répond aux conditions de l'article 11.

Article 23

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, lorsque ces instruments sont applicables seulement aux successions de personnes qui, au moment de leur décès, possédaient la nationalité d'un Etat Partie auxdits instruments ou qui y avaient leur résidence habituelle, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par tous les Etats liés par un tel instrument.

2 Le paragraphe premier du présent article s'applique également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

No 4 – Texte soumis à la Séance plénière (suite du Doc. trav. No 2)

Article 24

1 Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion pourra se réserver le droit:

a d'exclure du champ d'application de la Convention le pacte successoral tel que défini à l'article 8 et, en conséquence, de ne pas reconnaître une désignation faite conformément à l'article 5, si cette désignation n'est pas exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition testamentaire;

b d'exclure l'application de l'article 4;

c de ne pas reconnaître une désignation faite conformément à l'article 5, si cette désignation est faite par une personne qui, possédant au moment de son décès la nationalité de l'Etat ayant fait la réserve et y ayant sa résidence habituelle, ne possédait pas alors la nationalité de l'Etat dont la loi est désignée conformément à l'article 5 [ni y avait sa résidence habituelle];

d de ne pas reconnaître une désignation faite conformément à l'article 5, lorsque

la loi de l'Etat ayant fait la réserve était la loi applicable conformément à l'article 3, si un choix valable n'avait pas été fait conformément à l'article 5, et

l'application de la loi choisie conformément à l'article 5 priverait totalement ou dans une proportion très importante le conjoint ou l'enfant du défunt d'attributions de nature successorale ou familiale auxquelles le conjoint

solely between the laws of such different systems or sets of rules of law.

Article 22

1 The Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after the Convention has come into force for that State.

2 Where at a time prior to the coming into force of the Convention in that State, the deceased has designated the law applicable to his succession, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 5.

3 Where at a time prior to the coming into force of the Convention in that State the parties to an agreement as to succession have designated the law applicable to that agreement, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 11.

Article 23

1 The Convention does not affect any other international instrument to which Contracting Parties are or become Parties and which contains provisions on matters governed by this Convention in so far as such instrument only applies to succession to the estate of persons who at the time of their death were nationals of or had their habitual residence in a State Party to such instrument unless a contrary declaration is made by all States Parties to such instrument.

2 Paragraph 1 of this Article also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between States.

No 4 – Text submitted to the Plenary Session (continuation of Work. Doc. No 2)

Article 24

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession reserve the right –

a to exclude from the scope of the Convention agreements as to succession as defined in Article 8, and therefore not to recognize a designation made under Article 5 if the designation is not expressed in a statement made in accordance with the requirements for a testamentary disposition;

b to exclude the application of Article 4;

c not to recognize a designation made under Article 5 if such designation was made by a person who, being at his death both a national of and habitually resident in the reserving State, is at that time [neither] [not] a national of, [nor habitually resident in.] the State whose law was designated under Article 5;

d not to recognize a designation made under Article 5 if –

the law of the State making the reservation would be the applicable law under Article 3 if there had been no valid choice of law made under Article 5, and

the application of the law chosen under Article 5 would totally or very substantially deprive the spouse or a child of the deceased of an inheritance or family provision to which he or she would have been entitled under the

ou l'enfant auraient eu droit selon les règles impératives de la loi de l'Etat ayant fait cette réserve, et

ce conjoint ou cet enfant possédaient la nationalité de l'Etat ayant fait la réserve ou y résidaient habituellement.

2 Aucune autre réserve ne sera admise.

3 Tout Etat contractant pourra à tout moment retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification du retrait.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 25

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 26

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 28, paragraphe premier.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.

Article 27

1 Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 28

1 La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 25.

2 Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, ou adhérent, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

b pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 27, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans cet article.

mandatory rules of the law of the State making this reservation, and

that spouse or child is an habitual resident or a national of that State.

2 No other reservation shall be permitted.

3 Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 25

The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Sixteenth Session.

It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 26

Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 28, paragraph 1.
The instrument of accession shall be deposited with the depositary.

Article 27

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may alter this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 28

1 The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 25.

2 Thereafter the Convention shall enter into force –

a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 27, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

Article 29

Tout Etat qui devient Partie à cette Convention après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de celle-ci sera considéré comme Partie à la Convention ainsi révisée.

Article 30

1 Tout Etat Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci par une notification adressée par écrit au dépositaire.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification.

Article 31

Le dépositaire notifiera aux Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 26:

- a* les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions visées aux articles 25 et 26;
- b* la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 28;
- c* les déclarations mentionnées à l'article 27;
- d* les réserves et le retrait des réserves prévus à l'article 24;
- e* les dénonciations visées à l'article 30.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le ... 19..., en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

Article 29

Any State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of an instrument revising it shall be considered to be a Party to the Convention as revised.

Article 30

1 A State Party to this Convention may denounce it by a notification in writing addressed to the depositary.

2 The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Article 31

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have acceded in accordance with Article 26 of the following –

- a* the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 25 and 26;
- b* the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 28;
- c* the declarations referred to in Article 27;
- d* the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 24;
- e* the denunciations referred to in Article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the ... day of ... 19..., in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Sixteenth Session.

Distribués le mercredi 19 octobre 1988

Distributed on Wednesday 18 October 1988

No 3 – Proposition des délégations de la Finlande et de la Suisse – Proposal of the delegations of Finland and Switzerland

A l'article 23, paragraphe premier, 7e ligne, remplacer «ou» par «et».

In article 23, paragraph 1, 6th line, replace 'or' by 'and'.

No 5 – Proposition de la délégation de l'Italie

A l'article 23, paragraphe premier, remplacer le texte à la fin de la quatrième ligne par:

«lorsque ces instruments rendent applicables de façon réciproque les seules lois des Etats parties auxdits instruments, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par (tous) les Etats liés par un tel instrument»

ou

«lorsque ces instruments sont applicables de façon réciproque aux seules successions rattachées aux lois des Etats parties auxdits instruments, à moins que etc. ...»

No 6 – Proposal of the delegation of Finland

Replace the text in article 29 by the following:

Article 29

After the entry into force of an instrument revising this Convention a State may only become Party to the Convention as revised.

No 7 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 24, paragraph 1

a to exclude from the scope of the Convention agreements as to succession as defined in Article 8, *in which case it shall not be required* to recognize a designation made under Article 5 if the designation is not expressed in a statement made in accordance with the requirements for a testamentary disposition.

Note

The italicized words reflect Work. Doc. No 99 more accurately so that it is not compulsory to refuse to recognize a designation complying with the requirements for a pacte successoral but not with the requirements for a testamentary disposition.

No 8 – Proposition de la délégation de la France

Article 24

c de ne pas reconnaître une désignation faite, conformément à l'article 5, par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas la nationalité de l'Etat dont la loi est désignée et n'y avait pas sa résidence habituelle, mais possédait alors la nationalité de l'Etat qui a fait la réserve et y avait sa résidence habituelle.

No 9 – Proposal of the delegation of the United Kingdom

Article 24, paragraph 1

c not to recognize a designation made under Article 5 if such designation was made by a person who, being at his death both a national of and habitually resident in the reserving State, is *no longer either a national of, or habitually resident in*, the State whose law was designated under Article 5.

Note

This clarifies the position in more logical manner.

No 10 – Proposition du Secrétariat – Proposal of the Secretariat

A ajouter à l'article 24, paragraphe 3

Cependant un Etat, en retirant une réserve qu'il a faite en vertu du paragraphe 1, *a, c* ou *d*, peut, déclarer qu'il considérera comme valable une désignation faite conformément à l'article 5 antérieurement à la date d'entrée en vigueur du retrait.

Add to article 24, paragraph 3

However, a State withdrawing a reservation which it has made according to paragraph 1(*a*), (*c*), or (*d*), may declare that it will consider valid a designation made in compliance with Article 5, made prior to the date at which the withdrawal takes effect.

No 11 – Proposal of the delegation of the United States

Article 24

Amend to read as follows:

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare –

a that the Convention shall not apply to agreements as to succession as defined in Article 8, and therefore not to a designation made ...

b that it will exclude the application of Article 4;

c that it will not be obliged to recognize ...

d that it will not be obliged to recognize (rest of Article 24 unchanged).

Comment

Any reservation must be made at the time of ratification, etc., and it is not usual, in Hague Conventions or others, merely to reserve the right to make reservations for exercise at some indefinite later time.

Article 30

Amend article 30(1) to read:

1 A State Party to this Convention may denounce it or Chapter III of the Convention by a notification in writing addressed to the depositary.

Comment

It was our impression that the proposal in Work. Doc. No 97 put forward by the United Kingdom and United States delegations had been accepted later on October 19, subject only to drafting changes.

The reasons for the proposal were contained in Work. Doc. No 97, and discussed in Commission II.

No 12 – Proposition de la délégation de la République fédérale d'Allemagne

Article 23

Substituer au paragraphe 1:

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par (tous) les Etats liés par un tel instrument.

2 (aucun changement).

No 13 – Proposition des délégations de la France et du Royaume-Uni – Proposal of the delegations of France and the United Kingdom

Article 24

c qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas ou plus la nationalité de l'Etat dont la loi a été désignée, ou n'y avait pas ou plus sa résidence habituelle, mais possédait alors la nationalité de l'Etat qui a fait la réserve et y avait sa résidence habituelle.

Article 24

c that it will not recognize a designation made by a person who, at the time of his death, was no longer either a national of, or habitually resident in, the State whose law he had designated, but at that time was a national of and habitually resident in the reserving State.

Procès-verbal No 2

Minutes No 2

Séance du mercredi 19 octobre 1988 (matin)

Meeting of Wednesday 19 October 1988 (morning)

Extrait du Procès-verbal No 2* Extract of Minutes No 2*

Mr. Schultsz (Président de la Seizième session) ouvre alors la discussion sur le texte conventionnel; le titre de la Convention, le préambule, le titre du chapitre I, l'article premier, l'article 2, le titre du chapitre II, l'article 3 et l'article 4 sont adoptés en l'absence de remarques des délégations. L'article 5 fait l'objet d'une remarque du Délégué irlandais.

Mr Keane (Ireland) queried whether the difference between the English version of article 5, paragraph 4, which stated 'a designation of the applicable law' and the French version, which stated '*la désignation de la loi*' was material. After a brief discussion, it was decided that the differences were necessary because of the structures of the two languages. In each text the meaning was the same.

Le Président constatant l'accord de toutes les délégations, déclare l'article 5 adopté, et propose de passer à l'étude de l'article 6, adopté dans sa teneur en l'absence de remarques. Le Président ouvre alors la discussion sur l'article 7.

Mr Talpis (Canada) queried whether the phrase 'provision by a court or other authority' in article 7, paragraph 2(a) had the same sense as the French phrase '*les attributions prélevées ... par une autorité judiciaire ou par une autre autorité*'. It was explained that the problem of rendering the English word 'provision' by a suitable French expression had considerably exercised the Drafting Committee and the Special Commission. It had finally been concluded that '*attributions prélevées*' was the closest possible translation.

Mr Siqueiros (Mexico) noted that the English text of article 7, paragraph 2(a), referred to 'heirs, devisees and legatees', while the French text referred simply to '*héritiers et légataires*'. He asked whether this difference was due to the lack of any civil law equivalent of devisees. This explanation of the difference was confirmed. It was necessary to use the three English words to cover the whole range of ideas expressed by the two French words.

* N'est reproduit ici que la partie du Procès-verbal ayant trait au projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort. Le début de ce Procès-verbal et le Procès-verbal No 1 figurent dans le tome I. *Matières diverses*.

Only the part of the Minutes dealing with the draft Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons is reproduced here. The beginning of these Minutes and Minutes No 1 appear in tome I. *Miscellaneous matters*.

Le Président, constatant l'accord de l'ensemble des délégations, déclare *l'article 7 adopté*, et demande que lecture soit faite du *titre du chapitre III* et de l'article 8. Le titre du chapitre est *adopté* en l'absence de remarque des délégations, tandis que l'article 8 lui-même fait l'objet de mises au point par les délégations néerlandaise et italienne.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) wondered whether the use of the term 'created in writing' in the English text of article 8 had any special meaning and differed from the French text which said simply '*fait par écrit*'. It was agreed that this expression was somewhat unusual in English, but the question of the appropriate wording of the English text had given rise to considerable discussion in the Drafting Committee, and it had been concluded that the French and English texts corresponded in meaning and were expressed in the best way.

Mr Waters (Canada) further confirmed that he would explain the reasons for this difference in the Report on the Convention (see the discussion in Minutes No 14 and Minutes No 16).

M. Picone (Italie) demande une explication concernant la question de la nécessité d'un écrit. Il rappelle que, tout au long des travaux sur la présente Convention, il avait été admis que le chapitre III ne s'appliquerait qu'aux pactes successoraux écrits; or, il est étonné de constater que le texte actuel de l'article 8 permet l'application du chapitre III à un testament mutuel oral. Il se demande si cette solution a été clairement voulue, ou s'il ne s'agit pas là d'une simple conséquence arbitraire de la formulation unitaire des deux dispositions séparées dans l'article 6 du Document de travail No 81, concernant d'une part le testament mutuel, d'autre part le pacte successoral. Il craint, en tout cas, que la formulation actuelle ne soit source d'ambiguïté. Il souligne d'autre part que la délégation allemande avait fait remarquer antérieurement que le testament mutuel n'était pas nécessairement un accord, mais un ensemble de déclarations unilatérales.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) précise que sur le second point évoqué par le Délégué italien, il avait été satisfait de la proposition du Rapporteur de se borner à noter cette indication au Rapport. Sur la nécessité d'un écrit, il estime que la Commission II a décidé de considérer qu'exceptionnellement la nécessité d'un écrit pouvait ne pas s'imposer pour un testament mutuel et qu'il n'est pas possible de revenir sur ce point.

M. Picone (Italie) se dit satisfait de la réponse allemande.

Le Président, en l'absence d'autres remarques, déclare *l'article 8 adopté* et introduit la discussion sur l'article 9.

M. von Overbeck (Suisse) souhaite voir expliquée au Rapport la façon dont doivent être réglées les questions soulevées dans le cas où une partie à un pacte successoral devant fournir, en vertu de ce pacte, des prestations entre vifs, le pacte est privé de validité par la loi applicable au moment du choix, mais devient valable en vertu de la loi applicable au moment du décès. En toute hypothèse, il demande de bien prendre note que la délégation suisse déclare s'abstenir sur l'article 9.

M. Lagarde (France) précise que la délégation française s'abstient aussi sur ce texte.

Le Président, en l'absence d'autres remarques, déclare *l'article 9 adopté*. Il passe à l'étude de *l'article 10*, qui est *adopté* sans commentaire.

The President asked that *articles 11, 12, 13, the title of Chapter IV, articles 14, 15, 16, 17 and 18* be read aloud. After each had been read, he invited comments from the delegates. Each article was discussed and certain drafting changes were proposed and accepted. The President then declared the articles *adopted*. He then asked that article 19 be read aloud.

M. Voulgaris (Grèce) se demande si l'article 19, paragraphe 6, tel qu'il est rédigé ne risque pas de créer une certaine confusion chez l'interprète. L'expression utilisée en français: «pour certains de ses biens» et en anglais «*to particular assets*» pourrait être précisée.

Le Secrétaire général répond à M. Voulgaris que la formule reprise ici dans le paragraphe 6 de l'article 19 est celle qui a été utilisée à l'article 6 de la Convention. Il faut maintenir la logique du texte et dès lors que l'article 6 a été précédemment adopté, il pense qu'il ne faut faire aucun changement maintenant au paragraphe 6 de l'article 19.

Mr Waters (Canada) said that he would ensure that this point was clearly stated in the Report.

The President declared *article 19 adopted*. He then asked that *articles 20 and 21* be read aloud. He invited comments on these articles and, following the discussion, declared that they were *adopted*. He asked that article 22 be read aloud.

Mme de Magalhães Collaço (Espagne) voudrait avoir une précision sur le texte anglais. Elle remarque que dans ce texte figure le terme «*there*». Elle ne voit pas d'équivalent à ce terme dans le texte français. Elle se demande de plus si cela signifie que la désignation ne sera valide que dans cet Etat.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) signale que d'une part, le terme «*there*» dans le texte anglais trouve son équivalent dans le «*y*» du texte français et que d'autre part, cette référence signifie seulement que la désignation sera valide dans l'Etat ayant ratifié la Convention. Mais, naturellement, cette désignation sera aussi valide dans tous les Etats contractants.

M. Lagarde (France) déclare que l'article 22 pose une règle de droit transitoire destinée à régler les problèmes qui peuvent éventuellement se poser dans un Etat qui vient de devenir Partie à la Convention. Il pense donc que le «*y*» dans le texte français et le «*there*» dans le texte anglais sont nécessaires.

Le Président, après ces observations, déclare *l'article 22 adopté*.

La séance est levée à 13 h.

Procès-verbal No 3

Minutes No 3

Séance du mercredi 19 octobre 1988 (après-midi)

Meeting of Wednesday 19 October 1988 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h. sous la présidence de M. Schultsz (Pays-Bas), Président de la Seizième session.

Le Président constate l'existence de trois Documents de travail principaux relatifs à l'article 23. Le Document de travail No 3 (proposition finno-helvétique), Document de travail No 5 (proposition italienne), Document de travail No 12 (proposition allemande). Il donne la parole à la délégation suisse, afin qu'elle explique sa proposition.

M. von Overbeck (Suisse) explique que l'article 23, tel qu'adopté au cours des débats de la veille, ne correspond pas au but poursuivi officiellement par la Commission, tel qu'il ressort tout au moins des discussions précédant son adoption. En effet, l'objet de ce texte est de restreindre en quelque sorte le champ d'application des autres conventions concurrentes. Or, un exemple lui semble bien montrer que le résultat n'est pas atteint avec la disposition actuelle: il suppose que le Danemark soit Partie tant à la Convention de La Haye qu'à la Convention nordique, tandis que la Suède est Partie seulement à la Convention nordique. Avec l'article 23 actuel un Français qui a sa résidence habituelle au Danemark verra sa succession régie par la loi désignée par la Convention nordique si le juge danois est saisi; il en serait de même, si le juge suédois était saisi. Pour que le juge danois applique la Convention de La Haye, il faudrait que le Français, par exemple, habite en Allemagne. Il lui paraît clair, dès lors, que l'article 23 élimine pratiquement l'application de la Convention de La Haye par le juge danois. Il note alors que la proposition finno-helvétique remplace la solution alternative de l'article 23 par la solution cumulative concernant la nationalité et la résidence habituelle. Il reconnaît pourtant que certains Etats sont liés par des conventions particulières qui s'appliquent à leurs nationaux, quel que soit l'endroit où ils se trouvent; il accepterait, en conséquence, de délaissier le système cumulatif retenu par sa proposition, en supprimant la référence à la résidence habituelle au Document de travail No 3.

M. Picone (Italie) souligne d'abord qu'il aurait préféré pour sa part une des solutions proposées par le Comité *ad hoc* dans le Document de travail No 89 de la Commission II, mais qu'il s'est sciemment limité à rédiger une solution alternative à celle retenue par l'article 23 du Document de travail No 2, afin de rester dans les limites de ce qui avait été décidé la veille (essentiellement sur la question de la primauté de la Convention de La Haye sur d'autres conventions d'application universelle). En ce qui concerne la rédaction des deux branches de l'alternative proposée par sa délégation, il demande aux délégués de les lire avec une certaine flexibilité: en par-

ticulier, il affirme n'être pas contre la possibilité de biffer, dans la première branche de l'alternative, les mots «de façon réciproque» (qui sont néanmoins fréquemment utilisés par les Conventions de La Haye pour marquer le caractère universel d'une convention), ou de substituer dans la deuxième branche de l'alternative, au mot «rattachée», le mot «soumise». Sur le fond, M. Picone explique d'abord que les raisons qui l'ont conduit à refuser la version actuelle de l'article 23 tiennent au fait que cet article, en faisant référence aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont ou seront parties, prévoit que la Convention de La Haye ne déroge pas aux seules autres conventions applicables à des personnes qui, au moment de leur décès, possédaient la nationalité d'un Etat partie à ces conventions, ou résidaient dans un Etat partie à ces conventions. Cette limitation produit des effets peu raisonnables: étant donné que les autres conventions prévoient ou peuvent prévoir d'autres critères de rattachement afin de rendre applicables les lois des Etats contractants (domicile d'origine, *professio juris* effectuée par un national ou par un résident habituel au seul moment de la désignation, *lex rei sitae*, etc.), la conséquence de cette réglementation est que les autres conventions précédentes ou postérieures pourront, dans plusieurs cas, être pour partie en accord avec la Convention de La Haye et pour partie en contradiction avec elle. Cela donne lieu à des difficultés très sérieuses pour les praticiens et soulève même pour les Etats contractants de grandes complications, étant donné que la primauté de la Convention de La Haye sur les dispositions contraires des autres conventions est fixée maintenant d'une façon automatique (contrairement à ce qui était prévu dans le Document de travail No 89).

En ce qui concerne l'autre point substantiel de la proposition italienne, M. Picone explique avoir posé entre parenthèses le mot «tous» (par rapport aux Etats liés par d'autres conventions), étant donné que, dans le cas d'une convention multilatérale, il est fort possible que seuls quelques Etats parties à une convention précédente deviennent Parties à la Convention de La Haye, et que ces derniers Etats pourraient bien déclarer vouloir être liés par la nouvelle Convention de La Haye en ce qui concerne leurs rapports réciproques et les rapports avec les autres Etats parties à la nouvelle Convention. Ils resteraient au contraire évidemment liés par l'ancienne Convention aux autres Etats parties à cette Convention qui n'ont pas ratifié la nouvelle Convention de La Haye.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) présente le Document de travail No 12. Il reconnaît qu'il pourrait se satisfaire du Document de travail No 5, mais estime la proposition allemande plus soutenable, car conforme aux textes des dernières conventions d'application mondiale, comme, par exemple, l'article 20 de la Convention de La Haye sur la loi applicable au régime matrimonial, l'article 19 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Le but de sa proposition n'est pas de permettre que toutes les conventions puissent déroger au présent texte, mais que certaines conventions bilatérales puissent exister en même temps que la Convention de La Haye.

M. Voulgaris (Grèce) précise que la délégation de son Pays se sent rassurée par le courage de la proposition de la délégation allemande (Doc. trav. No 12). En effet, il craint que les solutions qui sont présentées dans les Documents de travail Nos 3 et 5, ainsi que la solution de l'article 23 du projet, ne soient pas fondées du point de vue du droit international public, et notamment du droit des traités. Il craint que malgré les efforts très louables

des auteurs de ces documents, efforts qui voudraient répondre à des besoins particuliers sur le plan des conflits de traités, les solutions adoptées ne soient pas juridiquement fondées, parce que, toujours selon lui, ces solutions sont des «*res inter alios acta*»; il considère que les propositions qu'il critique ont essayé de résoudre un conflit de conventions par des critères utilisés en matière de conflits de lois (de droit privé); il craint que les solutions soient différentes de celles présentées par les Documents de travail Nos 3 et 5 et le texte du projet en matière de conflit de conventions. Or, elles risquent de devenir lettre morte dans le cas où de tels conflits surgissent entre la Convention actuelle et d'autres conventions auxquelles sont également Parties les Etats ayant contracté la présente Convention. Compte tenu de ces constatations, il préfère suivre la solution proposée par la délégation allemande, solution qui a déjà été adoptée auparavant et qui est plus sûrement fondée.

M. Picone (Italie) fait remarquer que, contrairement aux observations du Délégué grec, la règle générale de droit international public veut que si deux Etats ratifient entre eux une nouvelle convention sur une matière déjà réglée par une précédente convention bilatérale, posant des règles incompatibles, ce soit la deuxième convention qui prévale et opère comme une abrogation de la première. La même solution prévaut entre Etats faisant partie d'une convention multilatérale, dans les limites déjà indiquées lors d'une précédente intervention (c'est-à-dire dans les limites du respect des positions des Etats tiers). Si une convention multilatérale, comme la Convention de La Haye décide en général de ne pas déroger aux conventions bilatérales (ou multilatérales) existantes, cela n'a guère de rapport avec des obligations découlant du droit international public, mais devrait s'apprécier comme une volonté d'auto-limitation poursuivie pour des raisons de courtoisie ou de politique législative sur lesquelles, reconnaît-il, on peut évidemment avoir des opinions divergentes.

Le Président constate que M. Philip soutient la proposition finno-helvétique, que celle de la délégation italienne est soutenue par M. Boggiano, tandis que MM. Duchek et Voulgaris soutiennent la proposition allemande. Il propose aux délégués de se prononcer sur le Document de travail No 12.

Par un vote de 17 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Canada, Chili, Chine, Chypre, Danemark, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Luxembourg, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Tchécoslovaquie, Venezuela), 5 voix contre (Argentine, Belgique, Espagne, Finlande, Suède) et 8 abstentions (Australie, Etats-Unis, Israël, Italie, Japon, Portugal, Royaume-Uni, Suisse), la proposition contenue dans le Document de travail No 12 est acceptée, sous réserve de la mention du mot «tous», au sujet de laquelle le Président propose aux délégués de se prononcer maintenant.

Il demande donc aux délégués de préciser s'ils souhaitent voir le mot «tous» biffé de l'article 21 tel qu'il résulte du Document de travail No 12.

Par un vote de 13 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Belgique, Chili, Chypre, Etats-Unis, Finlande, France, Irlande, Mexique, Pologne, Royaume-Uni, Tchécoslovaquie), 12 voix contre (Autriche, Canada, Danemark, Espagne, Grèce, Hongrie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suède, Suisse, Venezuela) et 5 abstentions (Australie, Chine, Israël, Italie, Japon), la décision de biffer le mot «tous» est acceptée. L'article 23 est donc adopté.

Mr Philip (Denmark) wished to make it clear that he felt this was an unusual decision. It meant that by ratification of the present Convention those States would denounce another reciprocal convention without having to denounce it in the matter provided by the latter Convention. He reserved the right of his Government not to regard article 23, paragraph 1, as having this effect.

Mr Savolainen (Finland) disagreed with the interpretation of Mr Philip. He considered that the wording of article 23 did not affect in any way existing or future treaties, and that it was acceptable under public international law. The manner in which a State party to a convention should denounce it depended on the terms of that convention. The recent vote was of no influence in this respect.

Le Président propose aux délégués de passer à l'étude de l'article 24. Il donne la parole au Délégué américain.

Mr Pfund (United States of America) introduced the United States proposal contained in Working Document No 11, explaining that he was not happy with the expression 'may reserve the right to exclude', since this suggested that a State was not actually going to exclude the matters listed in article 24 at the time the reservation was made. It was true that this wording had been used in previous Conventions (the Products Liability Convention, the Access to Justice Convention, the Agency Convention and the Trusts Convention) but a different wording would be preferable.

The Secretary General pointed out that Article 21 of the Sales Convention used wording which resolved the problem noted by Mr Pfund. Article 21 read 'Any State may ... make any of the following reservations ...'. There was a general consensus that this wording, with consequent amendments of the introductory words of sub-paragraphs *a*, *b*, *c* and *d*; would be preferable and would also maintain consistency between different Hague Conventions.

Le Président donne alors la parole à la délégation du Royaume-Uni pour présenter le Document de travail No 7.

Mr Hayton (United Kingdom) introducing Working Document No 7 explained that the wording used in that Working Document was intended to capture the idea accepted by delegates in relation to Working Document No 99. Thus non-recognition of the designation made under article 5, if that designation was not expressed in a statement made in accordance with the requirements for testamentary dispositions, was made facultative rather than mandatory.

In view of the fact that this amendment was felt to be too complex and too difficult to express in a clear manner, Mr Hayton was happy to withdraw the proposal and leave article 24, paragraph 1(*b*), as it was in Working Document No 4.

Mr Savolainen (Finland) wished it to be made clear that a reservation under article 24, paragraph 1(*a*), did not impose an international obligation *not* to recognize a designation, but simply left the Contracting State free to determine whether such a designation should be recognized or not.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) noted a suggestion made by the Netherlands delegation to clarify the wording of article 24, paragraph 1(*c*).

Since there was no disagreement over the fact that clarification was desirable, and since there were proposals to this effect by the United Kingdom delegation and the French delegation, the **President** requested these two delegations to formulate a concrete joint proposal for consideration.

Mr van Rijn van Alkemade (Netherlands) sought clarification of the scope of the reservation in article 24, paragraph 1(d). It was his understanding that non-recognition of a designation made under article 5, where the conditions listed in paragraph 1(d) were complied with, was nevertheless only possible where the spouse or child were dependent on the inheritance. This was not made clear by the wording of that sub-paragraph.

Mr Edwards (Australia) felt that the words 'totally or very substantially deprive', were a sufficient indication of the purpose of that reservation. It was furthermore agreed by delegates that the question when the mandatory rules of the law of the State making the reservation would require payment to be made to the spouse or child must be a matter of the applicable substantive law and could not be dealt with in article 24, paragraph 1(d). Note was made of the need to clarify in the Report the purpose of this sub-paragraph. Mr Edwards emphasized that it was his intention that proper provision should be made for the ordinary family.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) introduced the proposal of the Secretariat contained in Working Document No 10. This proposal was intended to provide a validating rule so that a State withdrawing a reservation it had made according to paragraph 1(a), (c) or (d) could decide to recognize a *professio juris* which had been made before that withdrawal of the reservation became effective. It was a facultative provision; if a State was opposed to recognizing such a *professio juris* it could refuse to do so.

M. Picone (Italie) se déclare défavorable à la proposition contenue dans le Document de travail No 10 pour deux raisons: tout d'abord, il s'oppose à ce qu'en général les clauses finales prévoient des hypothèses trop particulières; ensuite, il craint que la proposition en vienne à remettre en cause, de façon très dangereuse, des positions acquises par les personnes privées avant la date d'entrée en vigueur du retrait d'une réserve. Il se demande en tout cas si la discussion relative au Document de travail No 10 ne devrait pas conduire à réfléchir sur le contenu de l'article 22, en limitant le champ d'application de la «validation» qui y est prévue au seul cas où la désignation de la loi applicable à la succession par un défunt effectuée selon l'article 5, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans un Etat, concerne une loi applicable au moment de la mort, c'est-à-dire au moment où la Convention est au contraire déjà entrée en vigueur dans l'Etat concerné.

Mr van Loon (First Secretary at the Permanent Bureau) agreed that it was not possible [within the framework of the Convention] to deal with every possibility that might arise. He was prepared to withdraw the proposal, but it was felt that in view of the favourable comments of a number of delegations the matter should be put to the vote.

Le Président demande aux délégations de passer au vote sur la proposition contenue dans le Document de travail No 10.

Par un vote de 9 voix contre (Belgique, Canada, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Portugal), 8

voix pour (Argentine, Australie, Etats-Unis, France, Israël, Luxembourg, Royaume-Uni, Suisse) et 12 abstentions (République fédérale d'Allemagne, Autriche, Chili, Chine, Chypre, Danemark, Japon, Pays-Bas, Pologne, Suède, Tchécoslovaquie, Venezuela), la proposition contenue dans le Document de travail No 10 est rejetée.

Le Président poursuit la discussion en demandant la lecture du Document de travail No 13 qui contient une proposition préparée par la France et le Royaume-Uni. Après cette lecture, il demande aux délégués s'ils désirent faire des observations.

Mme de Magalhães Collaço (Portugal) voudrait faire une demande au bénéfice des pays qui adopteront la proposition de réserve telle qu'elle figure au Document de travail No 13, mais dont la langue maternelle n'est pas le français. Elle souhaiterait dans un strict souci de clarification que le texte soit un peu précisé. Ainsi on dirait: «qu'il ne reconnaitra pas une désignation faite par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas ou ne possédait plus la nationalité de l'Etat dont la loi a été désignée ou n'y avait pas ou n'y avait plus sa résidence habituelle, mais possédait alors, etc.».

M. Lagarde (France) déclare que la formulation suggérée par Mme de Magalhães Collaço alourdit certainement un peu le texte en français. Mais, cela n'est pas grave et, au contraire, devrait être admis si cela doit arranger les délégations dont la langue maternelle n'est pas le français.

Mr Duchek (Austria) said that he had difficulty in understanding the structure of the formula used in the proposal for article 24(c) in Working Document No 13. One of the requirements for the application of this rule was that the deceased at the time of his death had been a national of the reserving State. If that was so, it would mean that he could not have been a national of another State. He therefore wondered why it was necessary to add to the clause the stipulation that the testator was no longer a national of another State. Questions of dual nationality were not to be entertained at this point. As to the habitual residence requirement (to be read cumulatively with that of nationality), the same question applied. He suggested that there was no need to mention that the testator was no longer habitually resident in some other State. Therefore he proposed that there be a deletion in the second and third lines of the clause of the expression: 'was no longer either a national of or habitually resident in the State whose law he had designated'.

M. von Overbeck (Suisse) désire appuyer ce qui a été dit par M. Duchek. Il souhaite comme lui biffer la référence faite à la résidence habituelle.

Le Président, pour répondre à M. Duchek et à M. von Overbeck, leur demande si le problème n'est pas le même en ce qui concerne la nationalité.

M. von Overbeck (Suisse) répond que la question se pose en des termes différents dans la mesure où le *de cuius* a nécessairement perdu sa résidence habituelle, mais pas nécessairement sa nationalité.

M. Pirrung (République fédérale d'Allemagne) considère qu'il faut absolument garder dans le texte l'idée selon laquelle la réserve ne s'applique que lorsqu'il y a eu un changement. Il faut exprimer qu'au moment de la désignation il avait une autre résidence habituelle. Il pense que la formulation actuelle du texte est la meil-

leure dans la mesure où rien n'a été dit dans la Convention sur la possibilité pour une personne d'avoir une double résidence habituelle. Pour lui, la prudence conduit à maintenir le texte actuel, car il permet d'éviter les difficultés d'interprétation.

Mr Hayton (United Kingdom) agreed that Mr Pirrung had made an important point. He stressed the need to take care so as not to emphasize logic to such an extent that the Convention became too concisely expressed to be understood by the ordinary lawyer in a little town. The basic concept was that a testator could make a designation of the law of his nationality or of his habitual residence at the time of the designation. He felt that the formula expressed in the draft reflected that intention and added that the Convention ought to recall the American judge who once said that 'the life of the law has not been logic but experience'.

Mr Duchek (Austria) said that Mr Pirrung had explained why it was necessary to have a reference to the State of nationality or habitual residence at the time of the designation. He thought that it went without saying that a testator was not free to make *any* designation but only that of the law of the State of which he was a national or habitually resident. The meaning here was that the reserving State would not recognize a designation of the law of the State where, at the time of the designation, the person concerned was a national or habitually resident if, at the time of death, the deceased was a national of or habitually resident in the reserving State. The idea was perfectly correct, but the manner in which it had been presented was both illogical and potentially misleading.

Mr Scoles (United States of America) said that he would have preferred that the reference to a prior State had only included the State of nationality. He hoped that care would be taken so as not to imply the possibility that a person might have two habitual residences. Although the Commission had skirted the question of dual nationality, not expressly denying its potential to exist, he suggested that it be clearly indicated in the Report that no inference was to be taken here that a person could have more than one habitual residence.

M. Lagarde (France) déclare qu'il ne verrait personnellement aucun inconvénient au changement proposé par M. Duchek. Mais il tient à préciser que si la délégation française a rédigé de cette manière la proposition du Document de travail No 13, c'est parce qu'elle a fait preuve d'un certain *fair-play*. M. Lagarde avait pris conscience de la réticence, que suscitait la proposition telle qu'elle avait été rédigée dans le Document de travail No 64. Dans la rédaction du Document de travail No 13, il a fallu tenir compte de cette réticence et c'est pourquoi a été clairement mentionné dans le texte qu'il fallait, pour que la réserve s'appliquât, une coupure avec l'Etat dont le défunt avait désigné la loi. M. Lagarde tenait à faire cette mise au point, mais il précise qu'il est, pour sa part, évidemment d'accord avec la suggestion de M. Duchek, qui permettrait à sa délégation d'obtenir plus que ce qui lui avait été auparavant accordé.

Mr Waters (Canada) thought it would be very unwise to attempt to draft a provision at this point in time. He thought the matter was relatively clear and added that he hoped recourse might be made to the Report in which he would provide an explanation.

M. Picone (Italie) souligne qu'une formulation plus simple de la réserve prévue au Document de travail No 13

pourrait être facilement tirée du Document de travail No 64 proposé antérieurement par les délégations française et italienne. Cette formulation du Document de travail No 64 pourrait être reprise à condition toutefois de remplacer à la dernière ligne le mot «ou» par le mot «et» («ne possédait pas la nationalité de l'Etat qui a fait la réserve et n'y avait pas sa résidence habituelle»).

Le Président déclare que le Document de travail No 64 a été retiré et il ne veut pas rouvrir la discussion sur ce point.

Il invite alors les délégués à voter sur la proposition du Document de travail No 13 sans y inclure la modification proposée par M. Duchek. Le vote s'effectue à main levée. Le Président constate qu'une évidente majorité est pour le maintien de la formulation actuelle.

Il déclare cette proposition adoptée.

Le Président demande alors la lecture de l'ensemble des dispositions de l'article 24 de la Convention. Après cette lecture, il ouvre la discussion.

Mr Siqueiros (Mexico) requested that a note be made of the opposition of the Mexican delegation to the way in which sub-paragraph *a* of paragraph 1 had been drafted. He would instead have preferred to see the two premises kept separate.

M. Voulgaris (Grèce) dit que sa délégation se rallie également à la remarque présentée par la délégation mexicaine et précise que c'est la raison pour laquelle il a demandé la parole en soulevant un point d'ordre. En effet, selon lui, il y a eu une erreur qui consistait à croire que la réserve présentée dans le Document de travail No 99 de la Commission II était une réserve indépendante de celle déjà existante dans l'avant-projet à l'article 20. D'autres délégations ont été induites en erreur, erreur due au fait que la formulation du Document de travail No 99 et les termes qui y étaient utilisés ne laissaient pas entendre qu'il s'agissait d'une réserve devant fonctionner cumulativement avec la réserve déjà admise sur les pactes successoraux. M. Voulgaris considère d'ailleurs que ces deux questions, pactes successoraux (article 8) et *professio juris* (article 5) ne présentent pas de lien entre elles pour que l'une de ces réserves (article 5, etc.) soit la conséquence de l'autre, comme ceci apparaît dans le texte actuel.

C'est pourquoi la délégation grecque tient à exprimer son opposition à cette conjonction des deux réserves à l'intérieur de l'article 24 du paragraphe 1 *a*, de même qu'elle tient à dire que sa non-opposition à une telle version de cette réserve lors des travaux de la Commission II est également le produit de cette erreur.

M. von Overbeck (Suisse), parlant en tant que Président de la Commission II, tient à dire que M. Hayton avait expliqué très clairement sa proposition contenue dans le Document de travail No 99 et qu'il avait lui-même beaucoup insisté sur ce point. Selon lui, les délégations qui ont commis une erreur ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes.

The President declared *article 24 adopted*. He then invited the delegates to consider the provisions of Chapter V on the Final Clauses of the Convention. He asked that *article 25* be read aloud, and following discussion, declared this article *adopted*. He then requested that *article 26* be read aloud.

M. Lagarde (France) se demande pourquoi au paragraphe 1 de l'article 26 est faite une référence à l'article 28. Il se demande si l'on ne pourrait pas adopter la solution qui avait été retenue dans la Convention sur l'accès à la justice.

Le Secrétaire général adjoint indique que si dans la Convention sur l'accès à la justice avait été retenue une autre solution, c'était pour le motif que certains Etats qui avaient participé aux travaux n'étaient pas encore Membres de la Conférence. La solution devait être donc différente, de façon à permettre à ces Etats, qui n'étaient pas encore Membres de la Conférence, de pouvoir ratifier rapidement la Convention sur l'accès à la justice.

The President declared *article 26 adopted*. He then asked that articles 27 and 28 be read aloud.

M. Montt Dubournais (Chili) voudrait poser une question. Il se demande si l'article 27, paragraphe 1, permet à un Etat de restreindre d'un point de vue géographique le champ d'application de la Convention.

Le Président répond que c'est exactement le sens de la clause figurant à l'article 27, paragraphe 1, que de permettre la limitation du champ d'application géographique de la Convention.

Mr Dyer (First Secretary at the Permanent Bureau) informed the delegates that this sort of situation had arisen in Canada regarding a similar provision in the Child Abduction Convention. In the first instance, four Canadian provinces had ratified the Convention. Subsequently, each of the other Canadian territorial units had come to ratify the Convention until the point at which all had become Parties. Therefore he proposed that it would indeed be possible to restrict the geographical scope of the Convention to a part of a country divided into different territorial units.

M. Mountt Dubournais (Chili) voudrait savoir si, lorsqu'au paragraphe premier de l'article 27, on utilise l'expression «l'Etat peut faire toute modification», cela veut dire qu'il peut non seulement élargir le champ d'application géographique de la Convention, mais aussi le restreindre.

Le Secrétaire général déclare qu'en effet l'Etat peut restreindre le champ d'application de la Convention. Mais s'il y a une restriction, les dispositions de l'article 30 relatif à une dénonciation s'appliqueront.

The President declared *articles 27 and 28 adopted*. He then invited the delegates to consider article 29 in conjunction with the proposal contained in Working Document No 6. He asked Mr Savolainen to explain this proposal.

Mr Savolainen (Finland) explained that the proposal was simply a drafting amendment which had been suggested in an attempt to clarify the meaning of article 29. It was his understanding that this reference, as outlined in Working Document No 4, had only been made in one previous Hague Convention, that on Sales. In his opinion, there might have been a better choice of language and he suggested that the provision, as it stood, was contrary to the principles of the law of treaties. A State expressing the will to be bound by Convention No 1 would instead become bound by Convention No 2. If it had been the intention in article 29 that, once the revising instrument had entered into force, it would no longer be possible to accede to the old instrument, this ought to have been said without ambiguity.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) asked Mr Savolainen whether the text of the present proposal was the same as that in the Finnish document which had been submitted regarding the Convention in general.

Mr Savolainen (Finland) responded that it was.

Mr Pirrung (Federal Republic of Germany) expressed the view that the proposal in Working Document No 6 was the correct solution and ought to be adopted. He mentioned that a similar problem had been dealt with in the Montreal Conference on Air Terrorism. The provision in the Sales Convention had however led to certain problems.

The President agreed that this formulation was more precise than that in Working Document No 4 and avoided problems of public international law. If there were no objections, he declared *article 29 adopted* as amended by Working Document No 6. He then asked that article 30 be read aloud and invited the delegation of the United States to present its proposal outlined in Working Document No 11.

Mr Pfund (United States of America) explained that the proposal was to amend the language in article 30, paragraph 1, as outlined in Working Document No 11. It was to be left to the Drafting Committee whether or not to delete the commas after the words 'it' and 'Convention'.

The President expressed the view that the amendment was an improvement on the previous draft of article 30, and was therefore acceptable. He then asked that a French version of the text be drafted.

Le Secrétaire général adjoint donne une version de ce que pourrait être le texte en français: «tout Etat Partie à cette Convention peut la dénoncer, ou dénoncer seulement son chapitre III, par notification écrite adressée au dépositaire».

The President declared *article 30, as amended, adopted*. He then asked that article 31 be read aloud.

Mr Hara (Japan) suggested that the means of becoming Party to the Convention outlined in sub-paragraph a could be divided into two categories: first, ratifications, acceptances and approvals and, secondly, accessions. He proposed that these two groups be considered in separate paragraphs.

M. von Overbeck (Suisse) déclare que la formule utilisée dans l'actuelle Convention est celle qui avait été adoptée dans la Convention sur le trust.

Le Secrétaire général adjoint pense que M. von Overbeck fait une erreur. Pour le trust, il y avait bien une distinction entre les signatures, ratifications, acceptations et approbations d'une part, et les adhésions et objections aux adhésions d'autre part.

M. von Overbeck (Suisse) présente ses excuses pour cette inadvertance. Mais il rappelle que s'il y avait une distinction dans la Convention sur le trust c'est parce qu'il y avait des possibilités d'objections aux adhésions. Un tel système n'est, en revanche, pas prévu dans l'actuelle Convention et, par conséquent, la distinction ne lui semble pas justifiée.

Le Président, constatant qu'il n'y a plus d'autres observations sur l'article 31, le déclare *adopté*. Il invite maintenant les délégués à voter sur l'ensemble de la Convention.

Par un vote de 28 voix pour (République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada,

Chine, Chypre, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Venezuela), aucune voix contre et 1 abstention (Chili), la Convention est adoptée.

Le Président félicite et remercie tous ceux qui ont participé à l'élaboration de ce texte magnifique.

Le Secrétaire général précise que la séance de clôture aura lieu le lendemain à 11 heures, dans la grande Salle d'audience du Palais de la Paix.

La séance est levée à 18 h. 30.

Convention

CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX SUCCESSIONS
À CAUSE DE MORT

Les Etats signataires de la présente Convention,
Désirant établir des dispositions communes concernant
la loi applicable aux successions à cause de mort,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont
convenus des dispositions suivantes:

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

1 La présente Convention détermine la loi applicable
aux successions à cause de mort.

2 La Convention ne s'applique pas:

- a à la forme des dispositions à cause de mort;
- b à la capacité de disposer à cause de mort;
- c aux questions relevant du régime matrimonial;
- d aux droits et biens créés ou transférés autrement que
par succession, tels que propriété conjointe de plusieurs
personnes avec réversibilité au profit du survivant, plans
de retraite, contrats d'assurances et arrangements
analogues.

Article 2

La Convention est applicable même si la loi qu'elle
désigne est celle d'un Etat non contractant.

* Pour le texte complet de l'Acte final, voir *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome I, *Matières diverses*.

Article 3

1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel
le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son
décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de
cet Etat.

2 La succession est également régie par la loi de l'Etat
dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au
moment de son décès, s'il avait résidé dans cet Etat
pendant une période d'au moins cinq ans précédant
immédiatement son décès. Cependant, dans des
circonstances exceptionnelles, si le défunt avait, au
moment de son décès, des liens manifestement plus
étroits avec l'Etat dont il possédait alors la nationalité, la
loi de cet Etat est applicable.

3 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi
de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au
moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à
ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat,
auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 4

Si la loi applicable en vertu de l'article 3 est celle d'un
Etat non contractant et que les règles de conflit de cet
Etat désignent, pour tout ou partie de la succession, la
loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa
propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 5

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat
déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La
désignation ne prend effet que si cette personne, au
moment de la désignation ou au moment du décès,
possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa
résidence habituelle.

2 Cette désignation doit être exprimée dans une
déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause
de mort. L'existence et la validité au fond du
consentement quant à cette désignation sont régies par
la loi désignée. Si d'après cette loi la désignation n'est
pas valide, la loi applicable à la succession est
déterminée par application de l'article 3.

3 La révocation par son auteur d'une telle désignation
doit remplir en la forme les conditions de la révocation
d'une disposition à cause de mort.

4 Pour l'application du présent article, la désignation
d'une loi est considérée, sauf précision expresse
contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la
succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il
ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

Article 6

Une personne peut désigner pour régir la succession de
certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats.
Toutefois, cette désignation ne peut porter atteinte à
l'application des règles impératives de la loi applicable
en vertu de l'article 3 ou de l'article 5, paragraphe 1.

Extract from the Final Act
of the Sixteenth Session
signed on the 20th of October 1988*

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION TO
THE ESTATES OF DECEASED PERSONS

The States signatory to this Convention,
Desiring to establish common provisions concerning the
law applicable to succession to the estates of deceased
persons,
Have resolved to conclude a Convention for this
purpose and have agreed upon the following provi-
sions –

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

- 1 This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.
- 2 The Convention does not apply to –
 - a the form of dispositions of property upon death;
 - b capacity to dispose of property upon death;
 - c issues pertaining to matrimonial property;
 - d property rights, interests or assets created or transferred otherwise than by succession, such as in joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

The Convention applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State.

* For the complete text of the Final Act, see *Proceedings of the Sixteenth Session (1988)*, tome I, *Miscellaneous matters*.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

1 Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State.

2 Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies.

3 In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies.

Article 4

If the law applicable according to Article 3 is that of a non-Contracting State, and if the choice of law rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State which would apply its own law, the law of the latter State applies.

Article 5

1 A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation will be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

2 This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

3 The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

4 For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died intestate or wholly or partially testate.

Article 6

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate. However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 5, paragraph 1.

Article 7

1 Sous réserve de l'article 6, la loi applicable selon les articles 3 et 5, paragraphe 1, régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.

2 Cette loi régit :

a la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès, y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt ;

b l'exhérédation et l'indignité successorale ;

c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires ;

d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ;

e la validité au fond des dispositions testamentaires.

3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un Etat contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet Etat comme étant soumises à la loi successorale.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 8

Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord, fait par écrit ou résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'accord.

Article 9

1 Lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Si, selon cette loi, le pacte n'est pas valide, sa validité sera néanmoins admise si elle l'est par la loi qui, au moment du décès, est applicable à la succession en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1. Cette même loi régit alors les effets du pacte et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

Article 10

1 Lorsque le pacte concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où le pacte a été conclu.

2 Les effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois.

Article 11

Les parties peuvent convenir, par une désignation expresse, de soumettre le pacte quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 12

1 La validité au fond d'un pacte successoral valide selon la loi prévue aux articles 9, 10 ou 11 ne peut être contestée pour le motif que la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe 1, considérerait ce pacte comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi prévue aux articles 9, 10 ou 11 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie au pacte et qui, en vertu de la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe 1, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 13

Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions incompatibles ou ne la règlent pas du tout, aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres.

Article 14

1 Quand un trust est créé par disposition à cause de mort, l'application à la succession de la loi prévue par la Convention ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le trust. Réciproquement, l'application au trust de la loi qui le régit ne fait pas obstacle à l'application à la succession de la loi qui la régit en vertu de la Convention.

2 Les mêmes règles s'appliquent par analogie aux fondations et institutions similaires créées par disposition à cause de mort.

Article 15

La loi applicable en vertu de la Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certains immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

Article 7

1 Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

2 This law governs –

a the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b disinheritance and disqualification by conduct;

c any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e the material validity of testamentary dispositions.

3 Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

Article 8

For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement created in writing or resulting from mutual wills which, with or without consideration, creates, varies or terminates rights in the future estate or estates of one or more persons parties to such agreement.

Article 9

1 Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, are determined by the law which under Article 3 or 5, paragraph 1, would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

2 If under that law the agreement is invalid, it is nevertheless valid if it is valid under the law which at the time of death is the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 5, paragraph 1. The same law then governs the effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

Article 10

1 Where the agreement involves the estates of more than one person, the agreement is materially valid only if it is so valid under all the laws which, according to Article 3 or 5, paragraph 1, would have governed the succession to the estates of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

2 The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

Article 11

The parties may agree by express designation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State in which the person or any one of the persons whose future estate is involved has his habitual residence or of which he is a national at the time of the conclusion of the agreement.

Article 12

1 The material validity of an agreement valid under the law applicable according to Article 9, 10 or 11 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law applicable according to Article 3 or 5, paragraph 1.

2 However, the application of the law applicable according to Article 9, 10 or 11 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 5, paragraph 1, has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 13

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.

Article 14

1 Where a trust is created in a disposition of property upon death, the application to the succession of the law determined by the Convention does not preclude the application of another law to the trust. Conversely, the application to a trust of its governing law does not preclude the application to the succession of the law governing succession by virtue of the Convention.

2 The same rules apply by analogy to foundations and corresponding institutions created by dispositions of property upon death.

Article 15

The law applicable under the Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain immovables, enterprises or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

Article 16

Lorsque, selon la loi applicable en vertu de la Convention, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition à cause de mort, ni personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

Article 17

Au sens de la Convention, et sous réserve de l'article 4, le terme loi désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

1 Les dispositions du présent article ont pour objet d'identifier la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 En présence de règles en vigueur dans un tel Etat identifiant, dans les cas prévus à cet article, l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique. En l'absence de telles règles, les paragraphes suivants du présent article sont applicables.

3 Lorsqu'il est fait mention d'une loi dans la Convention ou dans la désignation faite par le défunt conformément à cette Convention,

a la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans lequel le défunt avait, au moment déterminant, sa résidence habituelle;

b la loi de l'Etat de la nationalité du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans laquelle, au moment déterminant, le défunt avait sa résidence habituelle ou, à défaut d'une telle résidence, la loi de l'unité avec laquelle il avait les liens les plus étroits.

4 Lorsqu'il en est fait mention dans la Convention, la loi de l'Etat des liens les plus étroits signifie la loi de l'unité de cet Etat avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

5 Sous réserve de l'article 6, si le défunt a désigné, conformément à la Convention, la loi de l'unité d'un Etat et si, au moment de la désignation ou de son décès,

a il possédait la nationalité de cet Etat, cette désignation est valide seulement s'il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité ou si, à défaut d'une telle résidence, il avait eu un lien étroit avec cette unité; ou si

b il ne possédait pas la nationalité de cet Etat, cette désignation est valide seulement s'il avait alors sa résidence habituelle dans cette unité ou, dans le cas où il n'avait pas eu alors sa résidence habituelle dans cette unité mais l'avait eue dans cet Etat, s'il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité.

6 Si, dans le cas de l'article 6, le défunt a désigné pour certains de ses biens la loi d'un Etat, il est présumé, sauf preuve d'une intention contraire, que cette loi est celle de chacune des unités dans laquelle ces biens sont situés.

7 Pour l'application de l'article 3, paragraphe 2, la période de résidence requise est atteinte lorsque le défunt avait, durant les cinq ans précédant immédiatement son décès, sa résidence dans cet Etat, même si pendant cette période il a résidé dans plus d'une des unités de cet Etat. Lorsque cette période s'est écoulée et que le défunt avait sa résidence habituelle dans cet Etat à ce moment sans avoir de résidence habituelle dans une unité particulière de cet Etat, la loi applicable est la loi de l'unité dans laquelle le défunt avait résidé en dernier lieu, à moins qu'il ait eu à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité de cet Etat, auquel cas c'est la loi de cette autre unité qui s'applique.

Article 20

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de succession, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

Article 21

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits de lois concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.

Article 22

1 La Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat.

2 Lorsque le défunt avait, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à sa succession, cette désignation y sera considérée comme valide si elle répond aux conditions posées à l'article 5.

3 Lorsque les parties à un pacte successoral avaient, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à ce pacte, cette désignation y sera considérée comme valide si elle répond aux conditions de l'article 11.

Article 16

Where under the law applicable by virtue of the Convention there is no heir, devisee or legatee under a disposition of property upon death, and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

Article 17

In this Convention, and subject to Article 4, law means the law in force in a State other than its choice of law rules.

Article 18

The application of any of the laws determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Article 19

1 For the purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises two or more territorial units, each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession, the provisions of this Article apply.

2 If there are rules in force in such a State identifying which law among the laws of the two or more units is to apply in any circumstance for which this Article provides, the law of that unit applies. In the absence of such rules the following paragraphs of this Article apply.

3 For the purposes of any reference in this Convention, or any designation by the deceased pursuant to this Convention,

a the law of the State of the habitual residence of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State in which at the relevant time the deceased had his habitual residence;

b the law of the State of the nationality of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State in which at the relevant time the deceased had his habitual residence, and in the absence of such an habitual residence, the law of the unit with which he had his closest connection.

4 For the purposes of any reference in this Convention, the law of the State of closest connection means the law of that unit of the State with which the deceased was most closely connected.

5 Subject to Article 6, for the purposes of any designation pursuant to this Convention whereby the deceased designates the law of a unit of the State of which at the time of designation or of his death

a he was a national, that designation is valid only if at some time he had had an habitual residence in, or in the absence of such an habitual residence, a close connection with, that unit;

b he was not a national, the designation is valid only if he then had his habitual residence in that unit, or, if he was not then habitually resident in that unit but was so resident in that State, he had had an habitual residence in that unit at some time.

6 For the purposes of any designation under Article 6 with regard to particular assets whereby the deceased designates the law of a State, it is presumed that, subject to evidence of contrary intent, the designation means the law of each unit in which the assets are situated.

7 For the purposes of Article 3, paragraph 2, the required period of residence is attained when the deceased for the five years immediately preceding his death had his residence in that State, notwithstanding that during that period he resided in more than one of the units of that State. When the period has been attained, and the deceased had an habitual residence in that State at that time, but no habitual residence in any particular unit of that State, the applicable law is the law of that unit in which the deceased last resided, unless at that time he had a closer connection with another unit of the State, in which case the law of the latter unit applies.

Article 20

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

Article 21

A Contracting State in which different systems of law or sets of rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts solely between the laws of such different systems or sets of rules of law.

Article 22

1 The Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after the Convention has entered into force for that State.

2 Where at a time prior to the entry into force of the Convention in that State the deceased has designated the law applicable to his succession, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 5.

3 Where at a time prior to the entry into force of the Convention in that State the parties to an agreement as to succession have designated the law applicable to that agreement, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 11.

Article 23

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les Etats liés par de tels instruments.

2 Le paragraphe 1 du présent article s'applique également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

Article 24

1 Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra faire la réserve:

a qu'il n'appliquera pas la Convention au pacte successoral tel que défini à l'article 8 et, en conséquence, qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5, si cette désignation n'est pas exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition testamentaire;

b qu'il n'appliquera pas l'article 4;

c qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5 par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas ou ne possédait plus la nationalité de l'Etat dont la loi a été désignée, ou n'y avait pas ou n'y avait plus sa résidence habituelle, mais possédait alors la nationalité de l'Etat qui a fait la réserve et y avait sa résidence habituelle;

d qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

- la loi de l'Etat ayant fait la réserve aurait été la loi applicable conformément à l'article 3, si une désignation valide n'avait pas été faite conformément à l'article 5,
- l'application de la loi désignée conformément à l'article 5 priverait 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,
- ce conjoint ou cet enfant possédaient la nationalité de l'Etat ayant fait la réserve ou y résidaient habituellement.

2 Aucune autre réserve ne sera admise.

3 Tout Etat contractant pourra à tout moment retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification du retrait.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 25

1 La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 26

1 Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 28, paragraphe 1.

2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.

Article 27

1 Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 28

1 La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du troisième instrument, de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 25.

2 Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, ou adhérant, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

b pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 27, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans cet article.

Article 29

Après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de la Convention, un Etat ne pourra devenir Partie qu'à la Convention ainsi révisée.

Article 30

1 Tout Etat Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci, ou seulement son chapitre III, par une notification adressée par écrit au dépositaire.

Article 23

1 The Convention does not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.

2 Paragraph 1 of this Article also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.

Article 24

1 Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, make any of the following reservations –

a that it will not apply the Convention to agreements as to succession as defined in Article 8, and therefore that it will not recognize a designation made under Article 5 if the designation is not expressed in a statement made in accordance with the requirements for a testamentary disposition;

b that it will not apply Article 4;

c that it will not recognize a designation made under Article 5 by a person who, at the time of his death, was not or was no longer either a national of, or habitually resident in, the State whose law he had designated, but at that time was a national of and habitually resident in the reserving State;

d that it will not recognize a designation made under Article 5, if all of the following conditions are met

– the law of the State making the reservation would have been the applicable law under Article 3 if there had been no valid designation made under Article 5,

– the application of the law designated under Article 5 would totally or very substantially deprive the spouse or a child of the deceased of an inheritance or family provision to which the spouse or child would have been entitled under the mandatory rules of the law of the State making this reservation,

– that spouse or child is habitually resident in or a national of that State.

2 No other reservation shall be permitted.

3 Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 25

1 The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Sixteenth Session.

2 It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 26

1 Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 28, paragraph 1.

2 The instrument of accession shall be deposited with the depositary.

Article 27

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may alter this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 28

1 The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 25.

2 Thereafter the Convention shall enter into force –
a for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 27, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

Article 29

After the entry into force of an instrument revising this Convention a State may only become Party to the Convention as revised.

Article 30

1 A State Party to this Convention may denounce it, or only Chapter III of the Convention, by a notification in writing addressed to the depositary.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification.

Article 31

Le dépositaire notifiera aux Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 26:

- a* les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions visées aux articles 25 et 26;
- b* la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 28;
- c* les déclarations mentionnées à l'article 27;
- d* les réserves et le retrait des réserves prévus à l'article 24;
- e* les dénonciations visées à l'article 30.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 19..*, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

* La Convention a été signée le premier août 1989 et porte cette date.

2 The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Article 31

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have acceded in accordance with Article 26 of the following –

- a* the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 25 and 26;
- b* the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 28;
- c* the declarations referred to in Article 27;
- d* the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 24;
- e* the denunciations referred to in Article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the day of 19....,* in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Sixteenth Session.

* The Convention was signed on the first of August 1989 and thus bears that date.

Rapport Report

<hr/>			page
Rapport explicatif de M. Donovan W.M. Waters		<i>Article 6</i>	558
		<i>Article 7</i>	562
		<i>Paragraphe 1</i>	564
		<i>Paragraphe 2</i>	564
		<i>Alinéa a</i>	564
		<i>Alinéa b</i>	566
		<i>Alinéa c</i>	566
		<i>Alinéa d</i>	566
		<i>Alinéa e</i>	568
		<i>Paragraphe 3</i>	568
<hr/>			

Table du Rapport

	page	CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES	568
		<i>Article 8</i>	572
INTRODUCTION	528	<i>Article 9</i>	576
LE PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	528	<i>Paragraphe 1</i>	578
		<i>Paragraphe 2</i>	580
		<i>Article 10</i>	580
OBJET ET NATURE DU PRÉSENT RAPPORT	530	<i>Paragraphe 1</i>	580
LES ORIGINES DE LA CONVENTION	530	<i>Paragraphe 2</i>	582
PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA CONVENTION	534	<i>Article 11</i>	582
		<i>Article 12</i>	582
STRUCTURE DE LA CONVENTION	538	<i>Paragraphe 1</i>	582
COMMENTAIRE DE LA CONVENTION	538	<i>Paragraphe 2</i>	582
PRÉAMBULE ET CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION	538	CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES	584
<i>Article premier</i>	540	<i>Article 13</i>	584
<i>Paragraphe 1</i>	540	<i>Article 14</i>	584
<i>Paragraphe 2</i>	540	<i>Paragraphe 1</i>	584
<i>Alinéa a</i>	542	<i>Paragraphe 2</i>	586
<i>Alinéa b</i>	542	<i>Article 15</i>	586
<i>Alinéa c</i>	542	<i>Article 16</i>	590
<i>Alinéa d</i>	544	<i>Article 17</i>	592
<i>Article 2</i>	546	<i>Article 18</i>	592
CHAPITRE II – LOI APPLICABLE	546	<i>Article 19</i>	594
<i>Article 3</i>	546	<i>Paragraphe 1</i>	594
<i>Paragraphe 1</i>	548	<i>Paragraphe 2</i>	596
<i>Paragraphe 2</i>	548	<i>Paragraphe 3</i>	596
<i>Paragraphe 3</i>	550	<i>Paragraphe 4</i>	596
<i>Article 4</i>	550	<i>Paragraphe 5</i>	596
<i>Article 5</i>	552	<i>Paragraphe 6</i>	600
<i>Paragraphe 1</i>	552	<i>Paragraphe 7</i>	600
<i>Paragraphe 2</i>	556	<i>Article 20</i>	600
<i>Paragraphe 3</i>	556	<i>Article 21</i>	600
<i>Paragraphe 4</i>	558		

Explanatory Report by Donovan W.M. Waters		page
	<i>Article 6</i>	559
	<i>Article 7</i>	563
	<i>Paragraph 1</i>	565
	<i>Paragraph 2</i>	565
	<i>Sub-paragraph a</i>	565
	<i>Sub-paragraph b</i>	567
	<i>Sub-paragraph c</i>	567
	<i>Sub-paragraph d</i>	567
	<i>Sub-paragraph e</i>	569
	<i>Paragraph 3</i>	569
Contents of the Report	CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION	569
	<i>Article 8</i>	573
INTRODUCTION	<i>Article 9</i>	577
	<i>Paragraph 1</i>	579
THE PROGRAMME OF WORK UNDERTAKEN BY THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW	<i>Paragraph 2</i>	581
	<i>Article 10</i>	581
THE PURPOSE AND CHARACTER OF THIS REPORT	<i>Paragraph 1</i>	581
THE ORIGINS OF THE CONVENTION	<i>Paragraph 2</i>	583
THE MAIN CHARACTERISTICS OF THE CONVENTION	<i>Article 11</i>	583
	<i>Article 12</i>	583
THE STRUCTURE OF THE CONVENTION	<i>Paragraph 1</i>	583
COMMENTARY ON THE CONVENTION	<i>Paragraph 2</i>	583
PREAMBLE AND FIRST CHAPTER – SCOPE	CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS	585
	<i>Article 13</i>	585
<i>Article 1</i>	<i>Article 14</i>	585
<i>Paragraph 1</i>	<i>Paragraph 1</i>	585
<i>Paragraph 2</i>	<i>Paragraph 2</i>	587
<i>Sub-paragraph a</i>	<i>Article 15</i>	587
<i>Sub-paragraph b</i>		
<i>Sub-paragraph c</i>	<i>Article 16</i>	591
<i>Sub-paragraph d</i>	<i>Article 17</i>	593
<i>Article 2</i>	<i>Article 18</i>	593
CHAPTER II – APPLICABLE LAW	<i>Article 19</i>	595
	<i>Paragraph 1</i>	595
<i>Article 3</i>	<i>Paragraph 2</i>	597
<i>Paragraph 1</i>	<i>Paragraph 3</i>	597
<i>Paragraph 2</i>	<i>Paragraph 4</i>	597
<i>Paragraph 3</i>	<i>Paragraph 5</i>	597
<i>Article 4</i>	<i>Paragraph 6</i>	601
<i>Article 5</i>	<i>Paragraph 7</i>	601
<i>Paragraph 1</i>	<i>Article 20</i>	601
<i>Paragraph 2</i>	<i>Article 21</i>	601
<i>Paragraph 3</i>		
<i>Paragraph 4</i>		
<i>Waters Report</i>	<i>Waters Report</i>	527

	page	INTRODUCTION
Article 22	602	LE PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
Article 23	604	
Article 24	606	1 A sa Quinzième session, tenue en 1984, la Conférence de La Haye de droit international privé a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de la Seizième session, devant avoir lieu en 1988, la question de la loi applicable aux successions à cause de mort.
Paragraphe 1	608	
Alinéa a	608	
Alinéa b	608	
Alinéa c	610	
Alinéa d	612	2 Les travaux préparatoires consistaient en un Questionnaire et Commentaire sur le droit international privé des successions, établis par le Secrétaire général, M. Georges A.L. Droz, et prenant la forme d'un extrait des Actes et documents de la Douzième session tenue en 1972, ainsi qu'en une Mise à jour (1986) du Commentaire, œuvre de M. Hans van Loon, premier secrétaire au Bureau Permanent de la Conférence (Doc. prélim. No 1). Les Gouvernements des Etats suivants: Argentine, Australie, Canada, Chine, Chypre, Etats-Unis d'Amérique, Portugal, Royaume-Uni et Turquie ont présenté des réponses supplémentaires au Questionnaire (Doc. prélim. No 3). Ces documents d'un très grand intérêt ont été suivis en septembre 1986 par une Étude prospective sur le droit international privé des successions (Doc. prélim. No 2) rédigée, une fois encore, par M. Hans van Loon. Pour bien mesurer la tâche qu'entreprenait alors la Commission il convient de se reporter à cette étude de base.
CHAPITRE V – CLAUSES FINALES	614	
Article 25	614	
Article 26	614	
Article 27	614	
Article 28	614	
Article 29	616	
Article 30	616	
Article 31	616	
LA CLAUSE DE SIGNATURE	616	3 Une Commission spéciale a été convoquée et a tenu trois sessions: la première du 17 au 21 novembre 1986, la seconde du 30 mars au 10 avril 1987 et la troisième du 28 septembre au 8 octobre 1987. La Commission a élu Président M. A.E. von Overbeck (Suisse) et désigné M. A. Boggiano (Argentine) comme Vice-président et M. D.W.M. Waters (Canada) comme Rapporteur. MM. von Overbeck, Boggiano et Waters ont rempli ces fonctions pendant toute la durée de la Commission spéciale.
		Ont pris part aux travaux de la Commission spéciale des experts des pays suivants: République fédérale d'Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Danemark, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie et Turquie. Y ont pris part également des observateurs de l'Institut international pour l'unification du droit privé, du <i>Commonwealth Secretariat</i> , de la Commission internationale de l'état civil, de l'Union internationale du Notariat latin, de l' <i>International Bar Association</i> et de l'Association internationale des jeunes avocats.
		4 A la deuxième session de la Commission spéciale un Comité de rédaction a été constitué, avec comme Président M. A. Boggiano (Argentine), comme membres MM. A. Duchek (Autriche), P.G.L. Lagarde (France), A. Philip (Danemark), et comme Rapporteur M. D.W.M. Waters (Canada). Un Comité a été également formé pour s'occuper de la clause relative aux Etats fédéraux; il était présidé par M. E.F. Scoles (Etats-Unis d'Amérique) et avait pour membres Mme A. Borrás Rodríguez (Espagne), et MM. D.J. Hayton (Royaume-Uni) et J.A. Talpis (Canada).
		5 La Commission spéciale a adopté le 8 octobre 1987 un «avant-projet de Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort». L'avant-projet, accompagné d'un rapport, a été soumis aux gouvernements en mars 1988.

Article 22	603	THE PROGRAMME OF WORK UNDERTAKEN BY THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW
Article 23	605	
Article 24	607	1 The Hague Conference on private international law when it met at its Fifteenth Session in 1984 decided to include the law applicable to decedents' estates in its agenda for the Sixteenth Session in 1988.
Paragraph 1	609	
Sub-paragraph a	609	
Sub-paragraph b	611	
Sub-paragraph c	613	
Sub-paragraph d	615	
CHAPTER V – FINAL CLAUSES		
Article 25	615	2 The preparatory work consisted of a Questionnaire and Commentary on Succession in Private International Law drawn up by the Secretary General, Mr Georges A. L. Droz, being an extract from the Acts and Documents of the Twelfth Session of 1972. It was accompanied by an Update to 1986 of the Commentary prepared by Mr Hans van Loon, First Secretary at the Permanent Bureau of the Conference (Preliminary Document No 1). The Governments of Australia, Argentina, Canada, China, Cyprus, Portugal, Turkey, United Kingdom and the United States of America offered additional replies to the Questionnaire (Preliminary Document No 3). These very valuable documents were later followed in September 1986, by a Prospective Study of Succession in Private International Law (Preliminary Document No 2), again prepared by Mr Hans van Loon. This background study should be consulted by all those who wish to understand thoroughly the task which the Commission was then taking up.
Article 26	615	
Article 27	615	
Article 28	615	
Article 29	617	
Article 30	617	
Article 31	617	
THE SIGNATURE CLAUSE		
	617	3 A Special Commission was convened which held three sessions. The first took place between 17 and 21 November 1986, the second between 30 March and 10 April 1987, and the third between 28 September and 8 October 1987. The Special Commission elected as its Chairman Mr A. E. von Overbeck (Switzerland). The Vice-Chairman appointed was Mr A. Boggiano (Argentina), and Mr D. W. M. Waters (Canada) was appointed Reporter. Messrs von Overbeck, Boggiano and Waters served in these offices throughout the period of the Special Commission. Experts participated in the Special Commission from the following countries: Argentina, Austria, Belgium, Canada, Czechoslovakia, Denmark, Federal Republic of Germany, Finland, France, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, Mexico, Netherlands, Norway, China, Poland, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Kingdom and the United States of America. Also participating were observers from the International Institute for the Unification of Private Law, the Commonwealth Secretariat, the International Commission on Civil Status, the International Union of Latin Notaries, the International Bar Association, and the <i>Association internationale des jeunes avocats</i> .
		4 At the second session of the Special Commission a Drafting Committee was appointed. This Committee was presided over by Mr A. Boggiano (Argentina) as Chairman, and included as members Mr A. Duchek (Austria), Mr P. G. L. Lagarde (France), Mr A. Philip (Denmark), and the Reporter, Mr D. W. M. Waters (Canada). A Federal State Clause Committee was also formed with Mr E. F. Scoles (United States) as Chairman, and comprising as members Mrs A. Borrás Rodríguez (Spain), Mr D. J. Hayton (United Kingdom) and Mr J. A. Talpis (Canada).
		5 The Special Commission adopted on 8 October 1987, a 'preliminary draft Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons'. The preliminary draft and a report were submitted to the governments in March 1988.

Les Gouvernements des pays suivants: République fédérale d'Allemagne, Danemark, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, Israël, Italie, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie ont présenté des observations écrites sur ces documents (Doc. pré-l. No 13).

6 La Seizième session de la Conférence a eu lieu à La Haye du 3 au 20 octobre 1988. Elle a désigné comme Président M. J.C. Schultsz (Pays-Bas). Les affaires générales de la Conférence ont été confiées à la Commission I, tandis que la Commission II était chargée d'élaborer une Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort, seule Convention inscrite à l'ordre du jour comme devant être terminée durant la Session. La Commission II a élu Président M. A.E. von Overbeck (Suisse) et Vice-Président M. A. Boggiano (Argentine). M. D.W.M. Waters (Canada) a été prié d'assumer les fonctions de Rapporteur.

Les Etats représentés à la Seizième session étaient plus nombreux qu'à la Commission spéciale, l'Australie, le Chili, Chypre, Israël et le Venezuela ayant envoyé des délégations. Ont ainsi participé à la Session les délégués des Etats suivants: République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Chypre, Danemark, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie et Venezuela. Avaient envoyé des observateurs pour suivre les travaux en matière de successions: l'Institut international pour l'unification du droit privé, le *Commonwealth Secretariat*, l'Organisation des Etats américains, le Conseil de l'Europe, l'Union internationale du Notariat latin, l'*International Bar Association*, l'Association internationale des jeunes avocats, et l'*Inter-American Bar Association*. Les travaux de la Commission ont bénéficié une fois encore de l'apport précieux de leurs connaissances et de leur expérience.

7 Un Comité de rédaction a été constitué, dont le Président était M. A. Boggiano (Argentine), les autres membres MM. A. Duchek (Autriche), P.G.L. Lagarde (France), A. Philip (Danemark) et le Rapporteur M. D.W.M. Waters (Canada).

8 Une Commission sur les clauses fédérales a ensuite été formée: elle se composait de M. E.F. Scoles (Etats-Unis d'Amérique), président, et de Mme A. Borrás Rodríguez (Espagne), MM. D.C. Edwards (Australie), D.J. Hayton (Royaume-Uni) et J.A. Talpis (Canada).

9 La Commission II a tenu dix-neuf séances, et le Comité de rédaction et la Commission sur les clauses fédérales se sont réunis tant que de besoin en dehors de ces séances tout au long de la Seizième session.

Le travail accompli par le Bureau Permanent pendant toute la Session a été un élément indispensable du succès des travaux; MM. J.H.A. van Loon et C.A. Dyer en particulier ont prêté un concours inestimable aux travaux de la Commission, du Comité de rédaction et de la Commission sur les clauses fédérales. Toutes les délégations ont aussi tiré le plus grand profit du travail cohérent et précis des rédacteurs temporaires de procès-verbaux: Mme W.A. Allwood, Mlles M.-C. de Lambertye, S.E. Roberts et K.S. Williams, et MM. P. Blaquier-Cirelli, K. Morrison et P. de Vareilles-Sommières. Étant donné le nombre des délégués, l'exactitude et la patience des services d'interprétation ont été mises à une lourde épreuve, car rien de ce qui était dit ne pouvait être perdu et il était indispensable de saisir toujours les nuan-

ces. C'est cette qualité de service qui a été assurée par Mesdames M. Misrahi et M. Rühl et par MM. P.A. Bosman-Delzons et P. Spitz.

10 Le projet de Convention a été adopté dans sa totalité sans vote contraire et avec une seule abstention à la Séance plénière du 19 octobre 1988; l'Acte final, où figure le projet de Convention, a été signé le 20 octobre 1988.

OBJET ET NATURE DU PRÉSENT RAPPORT

11 Le présent Rapport a pour principal objet d'expliquer les dispositions de la Convention à tous ceux qui ne se trouvaient pas à La Haye au cours de la Commission spéciale et de la Seizième session, et qui voudraient ou qui seraient appelés à bien saisir le sens et l'intention desdites dispositions. On trouvera donc dans le Rapport une explication du texte article par article, précédée d'une analyse des caractéristiques principales de la Convention. Pour mieux dégager le sens, on s'est attaché, à propos de chaque article, à donner une idée du déroulement des délibérations de la Commission II et de la Session plénière finale qui ont abouti au texte tel qu'il est actuellement rédigé. Il est fait parfois référence aux travaux de la Commission spéciale, mais, si l'on s'intéresse exclusivement à l'avant-projet établi par ladite Commission, c'est le Rapport de celle-ci qu'il conviendra de consulter. Alors que ce Rapport constituait aussi une évaluation critique de l'avant-projet à l'intention des Gouvernements, le présent Rapport est essentiellement un document explicatif. Il rend compte d'autre part des conclusions auxquelles la Seizième session est parvenue.

LES ORIGINES DE LA CONVENTION

12 Ce sont les effets de la mobilité toujours plus grande, d'une juridiction à l'autre, enregistrée ces quarante dernières années, de personnes appartenant à tous les groupes d'âges et à toutes les tranches de revenus, qui ont amené la Conférence de La Haye de droit international privé à entreprendre l'étude des successions à cause de mort.

13 Les voyages aériens à bon marché sont devenus chose courante, de sorte qu'il est désormais possible de prendre des vacances au soleil ou à la neige en des lieux qui, autrefois, restaient du domaine du rêve pour l'homme ou la femme ordinaire, dans le même temps que les médias modernes, et surtout la télévision, élargissaient les horizons de tous ceux qui ambitionnaient d'améliorer leurs conditions de vie et celles de leur famille. Le voyageur qui se crée un second foyer dans sa villégiature favorite et le travailleur migrant qui, avec ou sans sa proche famille, acquiert des biens, y compris un logement et des comptes bancaires, dans le pays où il ou elle travaille, sont des personnages désormais familiers. Dans certains pays, une proportion importante des ressortissants ou des résidents habituels émigre temporairement, et parfois pour toujours, vers des territoires ou des rivages étrangers, alors que dans d'autres, des multitudes de personnes se présentent comme immigrants, avides d'obtenir la nationalité du pays d'accueil, ou des emplois de durée déterminée ou indéterminée pour profiter de situations économiques plus favorables.

14 La création du Marché Commun européen s'est traduite par le déplacement de nombreux cadres ou spécialistes, souvent recrutés sous contrat et travaillant dans des pays autres que ceux où ils auraient vécu normalement. De fait, ceux qui aujourd'hui se consacrent aux

The Governments of Denmark, Finland, Federal Republic of Germany, Israel, Italy, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom, and the United States of America offered written comments (Preliminary Document No 13) on the preliminary draft Convention and Report.

6 The Sixteenth Session of the Conference was held at The Hague from 3 to 20 October 1988. It appointed as its President Mr J.C. Schultsz (Netherlands). General affairs of the Conference were entrusted to Commission I, while the preparation of a Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons was entrusted to Commission II. This was the only Convention on the agenda for definitive treatment. Commission II appointed as its Chairman Mr A.E. von Overbeck (Switzerland) and as its Vice-Chairman Mr A. Boggiano (Argentina). Mr D.W.M. Waters (Canada) was invited to act as Reporter.

The number of States represented at the Sixteenth Session was greater than that which had been represented at the Special Commission, because delegations were present from Australia, Chile, Cyprus, Israel and Venezuela. The following countries were represented by delegates: Australia, Argentina, Austria, Belgium, Canada, Chile, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Finland, France, Federal Republic of Germany, Greece, Hungary, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxembourg, Mexico, Netherlands, Norway, China, Poland, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States of America, and Venezuela. The observers participating in the work on succession were from the International Institute for the Unification of Private Law, the Commonwealth Secretariat, the Organization of American States, the Council of Europe, the International Union of Latin Notaries, the International Bar Association, the *Association internationale des jeunes avocats* and the Inter-American Bar Association. They brought to the proceedings once again the valuable contribution of their knowledge and experience.

7 A Drafting Committee was appointed, with Mr A. Boggiano (Argentina) as Chairman. The other members appointed were Mr A. Duchek (Austria), Mr P.G.L. Lagarde (France), Mr A. Philip (Denmark), and the Reporter, Mr D.W.M. Waters (Canada).

8 A Federal State Clauses Committee was then appointed with Mr E.F. Scoles (United States) as Chairman, the other members being Mrs A. Borrás Rodríguez (Spain), Mr D.C. Edwards (Australia), Mr D.J. Hayton (United Kingdom), and Mr J.A. Talpis (Canada).

9 Commission II held nineteen meetings, and the Drafting Committee and Federal State Clauses Committee met as required on numerous occasions throughout the Sixteenth Session between meetings.

The work of the Permanent Bureau throughout the Session was indispensable to the success of the proceedings, and in particular Mr J.H.A. van Loon and Mr C.A. Dyer gave invaluable support to the meetings of the Commission, of the Drafting Committee, and of the Federal State Clauses Committee. All delegations also derived great benefit from the consistent and accurate work of the *ad hoc* Recording Secretaries, Mrs W.A. Allwood, Miss M.-C. de Lambertye, Miss S.E. Roberts, Miss K.S. Williams, and Messrs P. Blaquier-Cirelli, K. Morrison, and P. de Vareilles-Sommières. With such a large gathering of delegates reliance upon the accuracy and patience of the interpretation service was considerable, for nothing that was said could be missed and nuance must always be captured. Such a quality of service

was given by Mrs M. Misrahi, Mrs M. Rühl, Mr P.A. Bosman-Delzons, and Mr P. Spitz.

10 The draft Convention in its entirety was adopted with no contrary votes and one abstention during the Plenary Session of 19 October 1988 and the Final Act, containing the draft Convention, was signed on 20 October 1988.

THE PURPOSE AND CHARACTER OF THIS REPORT

11 This Report is intended primarily to explain the provisions of the Convention to all those who were not present at The Hague during the Special Commission and the Sixteenth Session, and who choose or are called upon to understand the meaning of, and the intention behind, those provisions. As a consequence the Report furnishes an explanation of the text, article by article, having previously described the main characteristics of the Convention. It aims to reveal meaning also by giving some account, when discussing each article, of the course of the deliberations of Commission II and the final Plenary Session which led to the adoption of the chosen language. From time to time reference will be made to the work of the Special Commission, but the Report on that Commission's preliminary draft should be consulted for an exclusive study of that draft. While that Report also constituted a critical assessment of the preliminary draft for the benefit of governments, the present Report is essentially an explanatory document. For the rest it is an account of conclusions reached.

THE ORIGINS OF THE CONVENTION

12 The reasons for the Hague Conference on private international law embarking on the study of succession to the estates of deceased persons lay in the effects of the ever increasing mobility between jurisdictions during the last forty years of people of all income groups and ages.

13 Airline travel at economy prices has become a commonplace, so that vacations can be taken in the sun or the snow in places that formerly could only be imagined by the ordinary man or woman, while the modern media, especially television, has broadened the horizons of all those who seek economic betterment for themselves and their families. The traveller who acquires a second home in the favoured vacation spot, and the migrant worker who with or without his immediate family acquires assets including home and bank accounts in the country where he or she labours, have become familiar. Some countries have a significant number of their nationals or habitual residents leaving temporarily, sometimes permanently, for foreign territories and shores, and other countries have substantial numbers of persons arriving as immigrants seeking ultimate citizenship in the new country, or definite or indefinite periods of employment in the better economic circumstances.

14 The European Common Market has meant that large numbers of professional people are 'on the move'. They are often under contract and working in countries other than those where they would otherwise have lived. Indeed people engaged in business and commerce today,

affaires ou au commerce, en particulier au service de grandes sociétés ou d'organismes et institutions internationales, peuvent avoir à s'installer pour des périodes prolongées dans n'importe quelle partie du monde. Et là où les territoires sont de faible étendue géographique, comme en Europe, le franchissement des frontières et la détention d'avoirs dans des pays différents ont beaucoup plus de chance de se produire.

15 Le résultat de tout cela est que, à mesure que nous approchons de la dernière décennie du vingtième siècle, il est beaucoup plus courant qu'autrefois que des hommes et des femmes ordinaires, sans même parler des riches, décèdent en laissant des biens personnels, des investissements ou des intérêts commerciaux dans plus d'un pays. Les bénéficiaires de leurs testaments peuvent aussi se trouver dispersés dans plusieurs pays, ou encore le *de cuius* meurt intestat alors qu'il possède des parents dans deux ou plusieurs pays. Le conjoint et les enfants en bas âge peuvent, soit accompagner le travailleur migrant dans le pays étranger, soit rester dans son pays d'origine en attendant son retour. Il se pose donc des problèmes, du fait que des avoirs peuvent exister dans un ou plusieurs pays et que des membres de la famille à la charge du voyageur ou du travailleur peuvent se trouver avec lui ou vivre ailleurs au moment où il décède.

16 Le notaire, dans les pays de droit civil, et le *solicitor* ou l'*attorney*, dans les pays de *common law*, doivent faire face à cette situation. Non seulement ils se trouveront en présence de systèmes fiscaux différents, ce qui constituera vraisemblablement l'une des premières préoccupations de la famille du défunt, mais ils découvriront aussi que l'existence d'un testament ou son absence détermine l'entrée en jeu de systèmes juridiques différents et de lois successorales différentes.

17 Certains pays utiliseront un facteur de rattachement, et d'autres un autre facteur, pour déterminer quelle est la loi applicable à la succession. Certains font de la nationalité du défunt le facteur de rattachement, d'autres retiennent le domicile, et l'on peut ainsi aboutir à des résultats très divergents. Prenons par exemple le cas d'un ressortissant mexicain installé en Angleterre, à Londres, et qui possède au moment de sa mort des biens aux Pays-Bas et au Danemark. Aux biens sis aux Pays-Bas, les Pays-Bas appliqueront la loi mexicaine comme loi nationale, tandis qu'aux biens sis au Danemark ce dernier pays appliquera la loi anglaise comme étant la loi du domicile. Supposons maintenant que le patrimoine comprenne une maison à Amsterdam. Les Pays-Bas, Etat «unitariste», appliqueront la loi mexicaine à ce bien, mais le Royaume-Uni est «scissionniste» (c'est-à-dire qu'il applique une loi aux meubles, et une autre - la *lex situs* - aux immeubles), de sorte qu'aux fins de la succession en Angleterre la loi néerlandaise s'appliquera. Arrivé à ce point, le juriste a besoin de savoir si le Royaume-Uni pratique le renvoi en matière successorale et applique en conséquence la loi mexicaine comme loi qui serait appliquée au lieu où se trouvent les immeubles. En plus de ces problèmes de conflit, le juriste doit se rappeler que la notion de «succession», aux Pays-Bas et au Danemark, englobe la dévolution, la transmission et - dans la mesure où cela n'est pas résolu par la loi du dernier domicile, comme aux Pays-Bas - l'administration des biens; en Angleterre elle recouvre seulement la dévolution des avoirs, l'administration et la transmission étant soumises à la *lex fori*.

18 Il est donc clair que, si l'on ne pouvait rien au niveau du conflit de lois pour faire face aux différentes conceptions de la «succession» entre pays de droit civil et pays de *common law*, il était possible de faire quelque

chose en ce qui concerne la diversité des facteurs de rattachement ainsi que l'existence des Etats unitaristes ou scissionnistes. Une approche unifiée dans ces deux domaines simplifierait la liquidation des successions et réduirait en outre les frais et les risques d'erreurs.

19 A la mort d'un membre d'une famille chaque système juridique réglera de façon différente le problème de la subsistance des proches parents; certains systèmes juridiques ne font rien pour la famille, même si le conjoint et les enfants survivants étaient à la charge du défunt, mais la majorité prévoit une forme ou une autre de répartition obligatoire entre les membres de la famille. Le problème est que, parmi ces derniers systèmes, les techniques utilisées pour déterminer le montant à distribuer et les modalités de la distribution diffèrent, de même que la question de savoir qui, au sein de la famille, peut bénéficier de la distribution. En choisissant avec soin le *situs* de ses avoirs, par exemple dans certains des paradis fiscaux, le testateur peut éluder la législation de protection de la famille du système qui s'appliquerait normalement à sa succession. Mais il est probable que la plupart des gens n'agissent pas ainsi; le véritable problème sera que deux systèmes juridiques différents - ou plus - s'appliquent au patrimoine du défunt et que chacun de ces systèmes fait un sort différent à la famille (ou n'en fait aucun).

20 Dans l'état actuel du droit, et donc en dehors de la présente Convention, comment aider le testateur possédant des biens dans le monde entier, ou même dans deux pays seulement, qui souhaiterait éviter ces problèmes à sa famille? La réponse du juriste, qu'il appartienne à un système de droit civil ou de *common law*, consistera à organiser une forme quelconque de «planification successorale» pour le compte de son client. En d'autres termes, il pourra prendre des dispositions pour que les avoirs de son client soient distribués à la génération suivante non seulement à l'occasion du décès du client mais à divers moments et selon diverses modalités tandis que le client est encore en vie. Le juriste et son client, étant à même de choisir avec précision le moment de cette transmission d'avoirs ou de droits entre vifs peuvent ensemble s'organiser pour obtenir les plus grands avantages fiscaux et la meilleure protection de la famille. Il ne s'agit pas seulement de faire en sorte que les membres de la famille reçoivent une proportion raisonnable des biens du défunt; ce qui compte aussi aujourd'hui c'est la façon, et le moment, où chacun reçoit sa part. C'est pourquoi de nombreux praticiens aménagent la situation de leur client de façon telle que très peu de biens soient transmis à son décès. A vrai dire, aujourd'hui, dans les systèmes de *common law*, en raison de la conception de propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant (*joint ownership with right of survivorship*) il est très courant qu'au décès de personnes, même modérément fortunées, peu de mutations se produisent. Une des difficultés est que, en cas de disposition testamentaire, on ne sait jamais à quel moment l'instrument prendra effet. «Nul ne connaît le jour ni l'heure», comme le disent les Ecritures. La composition du patrimoine changera à la suite d'investissements faits durant la vie du testateur; celui-ci, parvenu à l'âge de la retraite, pourra trouver un emploi dans un autre pays; il pourra acquérir une autre nationalité ou une nationalité nouvelle, etc. Les modifications de la législation fiscale, non seulement dans une, mais dans deux ou plusieurs des systèmes intéressés, peuvent être fréquentes, amples et préjudiciables aux projets du testateur. Le juriste ne peut que prévenir le testateur qu'il doit réviser son testament tous les deux ou trois ans à la lumière des circonstances. Il n'est pas jusqu'aux testaments multiples - c'est-à-dire un testament par pays ou ordre juridique

especially those in the employ of large corporations or international agencies and institutions, may find themselves for long periods of time living and making a home in any part of the world. And where countries are geographically small, as in Europe, movement across borders and the owning of assets in different countries are much more likely.

15 The result of all this is that, as we approach the last decade of the twentieth century, it is much more common than it used to be for ordinary men and women, the wealthy aside, to die leaving personal, investment, or business assets in more than one country. Their intended will beneficiaries may also be dispersed throughout a number of countries, or that ordinary man or woman simply dies without a will with next-of-kin similarly living in two or more countries. Spouse and infant children may be accompanying the migrant worker in the foreign country, or they remain in the worker's country of origin awaiting the return of that worker. So there are problems with assets in one or more countries, and family members dependent upon the traveller or the worker, members who may be with him or elsewhere, when death comes to him.

16 The notary in civil law countries, and the solicitor or attorney in common law countries, must deal with this situation. Such a lawyer will not only confront different taxation systems, which is likely to be one of the first concerns of the deceased's family, but he will find the will or intestacy involves him in dealing with different systems of law or different succession laws.

17 Some countries will use one connecting factor, and other countries another, in order to determine which is the applicable law to apply to the succession to the deceased's estate. That is, some countries use the nationality of the deceased as the connecting factor, others the domicile, and very different results can flow from this. For example, suppose a Mexican national who lives and makes his home in London, England, has at his death assets in the Netherlands and Denmark. To the Netherlands assets the Netherlands will apply Mexican law as his national law, and to his Danish assets Denmark will apply English law as his domiciliary law. Now suppose that the assets include a house in Amsterdam. The Netherlands, being a 'unitarist' State, would apply Mexican law to this asset, but the United Kingdom is a 'scissionist' State (*i.e.*, it applies one law to movables, and another law – the *situs* – to immovables) and therefore for English succession purposes the law of the Netherlands applies. At this point the lawyer needs to know whether the United Kingdom applies *renvoi* in matters of succession, and consequently would apply Mexican law as the law which the *situs* would apply. In addition to these conflict problems the lawyer must recall that the concept of 'succession' in the Netherlands and Denmark means the devolution, the transmission and – to the extent that this is not dealt with by the law of the last domicile, as is the case in the Netherlands – also the administration of assets; in England it means only the devolution of assets, administration and transmission being subject to the *lex fori*.

18 It is clear, therefore, that, while nothing could be done at the conflict of laws level to deal with the differing concepts of 'succession' between the civil law and common law countries, something could be done about

the diversity of connecting factors and also the existence of both unitary and scissionist States. A single approach in both these areas would both simplify the winding up of deceased persons' estates and also reduce costs and the chances of error.

19 On the death of a family member each legal jurisdiction will have a response to the issue of provision for the immediate family; some jurisdictions will do nothing for the family, even though the surviving spouse and children be dependents of the deceased, but the majority do have some compulsory distribution among family members. The trouble is that among the latter jurisdictions techniques of determining the quantum and modus of distribution differ, as well as decisions as to who within the family should qualify for distribution. By choosing carefully the *situs* for his assets, such for instance as some of the tax havens, the testator can avoid the family protection laws of the system that would otherwise apply to his estate on death. But it is probable that most people do not fall into this category; the real problem will be that two or more different systems of law apply to the deceased's world assets, and each of those systems (if it provides at all) provides differently for the family.

20 As the law stands, without this Convention, can anything be done for the testator with worldwide assets or even assets in two countries who wishes to avoid these problems for his family? The response of the lawyer in both civil and common law jurisdictions is to embark upon some form of 'estate planning' for his client. That is, he can arrange for the distribution of the client's assets to the next generation of the family not only on the occasion of the client's death but at various times and in various ways during the continuing lifetime of the client. Since the lawyer and the client can select precisely the time for this *inter vivos* transfer of assets or of interests in assets, they can together ensure that the maximum tax advantages and provision for the family come about for the client. Family provision and protection is not only a matter of ensuring that family members have a reasonable quantum of the deceased's assets; provision and protection today are also concerned with the way in which, and the time at which, each acquires his or her share. For these reasons many practitioners so situate their clients that very little property passes on the client's death. Indeed, in common law jurisdictions today, because of the concept of joint ownership with right of survivorship, it is a familiar occurrence for persons even of modest possessions to die with little passing on the death. One of the difficulties is that one never knows with a testamentary disposition when the instrument is going to take effect. 'No man knoweth the number of his days', as holy writ has it. Assets within the estate will change through investment during the testator's lifetime, he may take employment or his retirement in another country, and/or he may acquire another or a new nationality. Changes in tax laws, not only in one but the two or more jurisdictions involved, can be frequent, far-reaching and deleterious to the plans of the testator. All that the lawyer can do about this is warn the testator to have his will reviewed every two or three years in the light of the circumstances that then exist. Even multiple wills – that is, a will for each country or jurisdiction in which there are assets – can be overtaken by events.

où des avoirs existent – qui ne puissent être frappés d'obsolescence.

21 S'il était possible de déterminer lors de la rédaction du testament la loi ou les lois qui le régiront au décès du testateur, les donations entre vifs et dispositions testamentaires dans les systèmes de *common law*, les pactes successoraux et testaments dans les systèmes de droit civil, pourraient être harmonisés. Cela faciliterait beaucoup la planification des successions de personnes disposant d'un patrimoine international. Il est peu probable que les problèmes fiscaux en seraient beaucoup allégés, chaque système ayant vraisemblablement ses propres législations et réglementations fiscales, mais l'on pourrait faire en sorte que la famille bénéficie d'un maximum d'avantages au décès du testateur, parce que le juriste saurait quelle loi ou quelles lois régiraient la succession.

22 Telles étaient les circonstances, et les questions que l'on agissait, au moment où la Commission spéciale s'est réunie pour la première fois en novembre 1986.

PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA CONVENTION

23 La Convention répond aux problèmes évoqués plus haut en apportant des changements aux règles sur le choix de la loi applicable. Elle ne dit rien des questions de compétence judiciaire; la Commission spéciale et la Seizième session ont estimé l'une et l'autre que le problème de la compétence judiciaire est suffisamment complexe pour qu'il soit préférable d'en remettre l'examen à une autre occasion. La question figure en fait à l'ordre du jour de la Conférence comme pouvant être examinée à l'avenir. La Convention ne renferme pas non plus de dispositions au sujet de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers.

Ce que fait la Convention, c'est de promouvoir l'unité en mettant fin à la scission, et en introduisant un seul facteur de rattachement objectif pour la désignation de la loi. Elle introduit également un choix limité de la loi pour les testaments et les pactes successoraux.

24 La Convention met fin à la scission en adoptant une attitude «unitariste», c'est-à-dire en appliquant une loi unique aux biens meubles et immeubles compris dans la masse successorale. Bien que de nombreux Etats soient d'ores et déjà unitaristes, quelques Etats relevant de la tradition de droit civil ainsi que les Etats de la *common law* – la scission est de pratique générale dans les pays de *common law* – appliquent le principe de la scission. Bien des gens, y compris des spécialistes du conflit de lois, considèrent que le facteur de rattachement du *situs* est pratiquement inévitable dans le cas des immeubles, mais il est largement reconnu dans les systèmes «scissionnistes» que la règle du *situs* prête à de sérieuses critiques. Du fait que le *situs* l'emporte, qu'il y ait ou non testament, des injustices involontaires peuvent se produire dans la répartition entre proches parents du patrimoine international du défunt. En outre la distinction qu'on peut faire entre meubles et immeubles, et la façon dont les uns peuvent devenir les autres, rendent la scission beaucoup moins défendable qu'à l'époque de la fortune foncière et de la rente. De fait, il est intéressant de rappeler que, dès ses premières sessions, la Commission spéciale s'est félicitée du passage à la position unitariste dans la Convention et n'est jamais revenue sur cette attitude.

Toutefois la Convention ne pouvait qu'adopter un sens du mot «succession» accepté par tous les Etats et, puisque les systèmes de *common law* estiment que seule la dévolution relève à proprement parler de la *lex succes-*

sionis, la Convention a été contrainte de faire sienne cette définition. Les Etats contractants doivent obligatoirement appliquer les dispositions de la Convention à tout ce qui relève de la *dévolution des biens* (article 7), mais la transmission et l'administration de l'actif successoral peuvent être soumises aux règles de la Convention dans le cadre des règles de conflit du for, si le for en décide ainsi. Bien entendu, ce choix volontaire de l'Etat contractant du for n'entraîne aucune obligation pour les autres Etats contractants. Etant donné la définition ample de la «succession» en droit civil, ce n'est néanmoins qu'avec le temps qu'on saura ce qu'il restera de scission dans l'administration de la succession dans les systèmes de droit civil qui appliquent aujourd'hui le principe de la scission mais qui auront ratifié la Convention. Les Etats de *common law* ratifiant la Convention abandonneront entièrement la scission dans leur conception de la «succession».

25 La principale disposition unificatrice de la Convention consiste en une formule (article 3) qui détermine l'unique loi applicable à la succession. La Commission II, comme la Commission spéciale avant elle, a pris grand soin de forger une solution de compromis acceptable, aussi bien pour les Etats qui sont en faveur de la nationalité du défunt (que celui-ci ait testé ou non) comme facteur de rattachement en matière de succession, que pour ceux qui préfèrent le domicile du *de cuius*. C'est un point sur lequel un accord est difficile, parce que la nationalité, comme fait aisément vérifiable, signifie pour ses partisans une administration notariale fiable et peu coûteuse de la succession quand les tribunaux n'interviennent pas, alors que le domicile, pour ceux qui prônent celui-ci, est une notion souple et sensible permettant de découvrir le centre véritable de la vie de la personne dont la succession est en cause. Pour les défenseurs du domicile (ou de la résidence habituelle, si l'on adopte le terme retenu de préférence par les Conventions de La Haye) la nationalité est arbitraire, et trop souvent elle ne correspond pas du tout au lieu où le *de cuius* a établi son foyer. Pour les partisans de la nationalité, en revanche, le domicile (ou la résidence habituelle) est un facteur de rattachement «faible» parce qu'il oblige à passer au crible des éléments de preuve concernant la vie, sinon les intentions, du *de cuius* et que ce processus tendrait à susciter des controverses et des actions en justice.

26 L'article 3 est au cœur de la Convention; le facteur de rattachement objectif qui détermine la loi régissant la succession constitue la disposition générale essentielle de la Convention, et s'applique que le défunt ait laissé ou non un testament. L'article 3 est étayé par l'article 5 qui franchit un pas de plus et laisse au testateur un choix limité quant à la loi qui régira sa succession. C'est le facteur de rattachement subjectif. Contrairement à ce qu'il advient en matière contractuelle ou sous l'empire de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (la Convention sur le trust), le testateur n'a pas la possibilité de désigner n'importe quelle loi; son choix est limité à la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle. La Conférence a reconnu que ces deux facteurs de rattachement sont ceux qui, à l'exclusion des autres (le domicile mis à part), sont employés aujourd'hui à des fins successorales et, comme le principe d'une *professio juris* en matière testamentaire représente une innovation pour presque toutes les juridictions (à l'exception notable de la Suisse), on a estimé qu'il était à la fois sage et pratique de limiter à ces deux-là le choix des testateurs. Les deux facteurs mettent en relief «l'appartenance» du *de cuius*, comme il convient étant donné la nature personnelle et familiale de la succession. Un

21 If it were possible to determine at the time of execution of the will the law or laws that are to govern that will on the death of the testator, *inter vivos* and testamentary dispositions in common law jurisdictions, and *pactes successoraux* and wills in civil law jurisdictions, could be harmonized. Estate planning for persons with an international estate, that is, would be much assisted. It is not likely that tax considerations would be any easier since each jurisdiction is likely to have independent tax laws and rules, but it would be possible to ensure that the maximum asset advantage adheres to the family on the testator's death because the lawyer knows what law or laws are going to apply to the estate.

22 These were the circumstances, and the questions that were circulating, when the Special Commission first met in November 1986.

THE MAIN CHARACTERISTICS OF THE CONVENTION

23 The Convention responds to these problems by introducing changes as to choice of law rules. It does not make any reference to issues concerning jurisdiction; the Special Commission and the Sixteenth Session were both of the view that jurisdiction is sufficiently complex that it had to be left to another occasion. The subject does in fact appear on the agenda of the Conference as a possible topic for the future. Nor does the Convention make any provision for the recognition and enforcement of foreign judgments.

What the Convention does is aim to produce *unity* by ending scission, and by introducing a *single objective connecting factor* for choice of law. It also introduces a limited *choice of law* for wills and *pactes successoraux*.

24 The Convention terminates scission by taking a 'unitarist' position, *i.e.*, it applies one law to both movables and immovables in the deceased's estate. Though many States today already are unitarist, a few States of the civil law tradition as well as the common law States – scission is general to the common law jurisdictions – follow the scission principle. Many people, including authors on the conflict of laws, regard the connecting factor of situs in the case of immovables to be practically inevitable, but it has been widely recognized in the scissionist jurisdictions that the rule of the situs is open to serious criticism. Since situs governs for the purposes of both testacy and intestacy, unintended injustice can occur in the distribution among close family of the deceased's international estate. Also the arguable distinction between movables and immovables, and the ease with which one can be converted into the other, make scission today much less defensible than in the days of land and interest on bonds. Indeed, it is interesting that the proposed move to the unitarist position by the Convention was welcomed in the early sessions of the Special Commission, and never questioned again.

However, the Convention was only able to adopt a meaning for 'succession' which was agreed by all States, and, since common law jurisdictions regard devolution alone as properly governed by the *lex successionis*, the Con-

vention had perforce to adopt this definition. It is mandatory that Contracting States apply the provisions of the Convention to the subject-matter that falls within the *devolution of assets* (Article 7), but the transmission and administration of estate assets may be made subject to the rules of the Convention as part of the conflict rules of the forum, if the forum chooses. Of course, any such voluntary act by the forum Contracting State does not impose any obligation upon any other Contracting State. Given the broad civil law definition of 'succession', however, only time will tell how far scission in the administration remains in those civil law jurisdictions that do now follow the scission principle but who ratify the Convention. Ratifying common law States will abandon it entirely within their understanding of 'succession'.

25 The main unifying provision of the Convention is a formula (Article 3) which determines the sole law that is to apply to the succession. Commission II, like the Special Commission before it, took great pains to fashion a compromise solution which was acceptable to both those States that support the nationality of the testator or intestate as the connecting factor in matters of succession, and those States that support the domicile of the *de cuius*. This is an issue where agreement is not easy to find, because nationality as an easily ascertained fact means to those who espouse it reliable and inexpensive notarial estate administration where the courts are not involved, while domicile for its proponents means a flexible and sensitive concept with which to discover the real centre of life of the person whose succession is in question. To the advocates of domicile (or habitual residence, to follow the preference of the Hague Conventions) nationality is arbitrary and too often is not at all the place where the *de cuius* has made his home. To those who support nationality, on the other hand, domicile (or habitual residence) is a 'weak' connecting factor because it involves the weighing of evidence concerning the life, if not the intentions, of the *de cuius*, and such a process is thought to lend itself to controversy and appeal to the courts.

26 Article 3 is at the heart of the Convention; the objective connecting factor which determines the law that governs the succession is the basic general provision of the Convention, and applies whether the deceased died with or without a will. Article 3 is supported by Article 5 which goes a stage further and allows the testator a limited choice as to the law which shall govern his succession. This is the subjective connecting factor. Unlike the situation in contract or with the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (the Trusts Convention), however, the testator may not designate any law he wishes; his choice is restricted to the law of his nationality or the law of his habitual residence. These two connecting factors were agreed by the Conference to be those which today to the exclusion of others (save for domicile) are employed for succession purposes, and, since the principle of a *professio juris* for wills is a novel proposition for almost all jurisdictions (Switzerland is a notable exception), it was felt that the limitation of testators to the choice of one or the other was both wise and practicable. Both factors stress a 'belonging' of the *de cuius*, which is appropriate for the personal and family nature of succession. It is also a central aim of the Convention that family protection laws against disinheritance of the sur-

objectif central de la Convention est en outre que les lois protégeant la famille contre l'exhérédation du conjoint ou des enfants survivants soient respectées. Autoriser le testateur à s'écarter en même temps des deux lois qui traduisent son appartenance naturelle reviendrait à encourager une telle exhérédation. La Commission II a estimé toutefois que la Commission spéciale s'était montrée trop restrictive en ne laissant au testateur d'autre option qu'entre la loi de sa nationalité et celle de sa résidence habituelle au moment de son décès. La Commission II s'est laissée convaincre par l'argument que le testateur devrait savoir, au moment où il rédige son testament, quelle loi régira celui-ci, et il ne peut avoir de certitude à ce sujet que s'il a aussi la faculté de désigner la loi de sa nationalité ou de sa résidence habituelle telles qu'elles existent au moment de la rédaction du testament. L'article 5 autorise donc le testateur à choisir entre quatre lois susceptibles de s'appliquer – la nationalité au moment de la désignation ou à celui du décès, ou la résidence habituelle au moment de la désignation ou à celui du décès.

27 Une innovation de la Convention qui pourrait revêtir une réelle importance pratique est la disposition spécifique (article 6) suivant laquelle le testateur peut désigner n'importe quelle loi pour régir la succession de n'importe quel bien particulier de son patrimoine, sous la seule réserve des règles impératives que comporte la loi applicable déterminée par l'article 3 ou l'article 5, paragraphe 1. Ce principe de l'incorporation d'une loi étrangère dans l'acte des parties (la référence à la loi matérielle; *materiellrechtliche Verweisung*) n'est pas nouveau, que ce soit dans les systèmes de droit civil ou dans ceux de *common law*, mais dans certains systèmes son application se limitait apparemment jusqu'ici au domaine des contrats. Bien qu'il s'agisse d'un principe de droit matériel qui, selon certaines délégations, était de toute façon implicite et pouvait être invoqué sans qu'il soit besoin d'en faire mention dans la Convention, il n'y a pas de doute que cette précision donnera satisfaction à ceux qui éprouvent le désir ou le besoin de désigner expressément la loi du *situs* des biens du testateur.

L'incorporation prend d'ordinaire la forme de l'inclusion d'un aspect qui, sinon, serait omis, dans l'*instrument* ou l'accord (ou la disposition) est consigné. Ce n'est pas ce qui est envisagé ici. L'incorporation peut revêtir la forme d'un pacte successoral, d'un instrument testamentaire, ou intervenir dans une succession *ab intestat*. Il y aura succession *ab intestat* lorsque le *de cuius* aura fait un testament pour certains biens sis dans une juridiction déterminée, en désignant conformément à l'article 6 une loi régissant cet acte, mais sera mort *intestat* pour le reste de ses biens situés ailleurs. L'article 3 peut conduire à une autre loi comme loi applicable à l'ensemble de la succession, y compris la désignation en vertu de l'article 6 figurant dans le testament.

A la Commission spéciale plusieurs délégations se sont livrées à un effort concerté pour persuader la Commission d'admettre la *lex situs* comme autre loi susceptible d'être désignée, pour la raison qu'aux fins de la planification successorale les testateurs tiennent particulièrement à ce que la loi locale s'applique là où leurs avoirs étrangers sont situés. Les testaments multiples procèdent directement de ce désir de faire appliquer la loi locale aux avoirs locaux. L'administration est alors plus rapide, moins chère, et beaucoup plus à l'abri des erreurs. Les notaires, *solicitors* et *attorneys* sont les mieux à même de connaître leur propre loi locale. La tentative a cependant échoué, tant la majorité tenait à assurer l'unité (c'est-à-dire le fait qu'une loi unique régisse la totalité de la succession), et de nouvelles propositions en faveur du *situs* ont elles aussi été rejetées par des votes majoritaires durant la Seizième session, lorsque

des délégués partisans du *situs* se sont rendus compte que l'on pouvait parvenir au même résultat par application de la doctrine de l'incorporation par référence à la loi matérielle. Une proposition (Doc. trav. No 57) tendant à ce que la Convention consacre expressément cette doctrine dans un article de la Convention (à présent l'article 6) a recueilli les suffrages d'un grand nombre de délégations quand elle a été mise aux voix.

28 Les dispositions générales de la Convention comportent plusieurs articles importants que l'on examinera par la suite, mais il est probablement juste de dire qu'une des caractéristiques principales du nouvel instrument est que la «succession» inclut expressément les pactes successoraux. Cette expression technique est traduite en anglais par «*agreements as to succession*» mais, la notion de pacte successoral étant inconnue en tant que telle dans les systèmes de *common law*, il s'agit là d'une traduction littérale qui ne signifie pas grand chose pour le lecteur anglophone, si ce n'est qu'il s'agit d'arrangements contractuels relatifs à la disposition d'un bien futur au décès de l'auteur de la transmission.

Aux fins de la Convention, il semble que soient inclus: 1) une «disposition à cause de mort» (articles 1.2 a, 1.2 b et 14), c'est-à-dire un acte volontaire de transfert, que ce soit sous forme testamentaire ou sous celle d'un pacte successoral, et 2) le transfert de propriété à cause de mort résultant de la loi quand: a) il n'y a pas d'acte volontaire de ce genre ou b) l'acte volontaire est totalement ou partiellement invalide ou c) la loi oblige à distribuer aux membres de la famille les biens appartenant au défunt.

Le pacte successoral n'était ni défini ni décrit dans l'avant-projet de Convention, mais la Seizième session a estimé qu'une clause générale descriptive s'imposait (article 8), et elle a pensé aussi que la «disposition à cause de mort» qui, on s'en souviendra, comprend la disposition par pacte successoral, doit être soigneusement distinguée des dispositions entre vifs ne pouvant pas être considérées comme des dispositions à cause de mort. Cette distinction n'a rien de facile. Non seulement il existe de grandes différences entre les systèmes de droit civil quant à la substance des pactes successoraux autorisés, mais, dans les systèmes de *common law*, on trouve plusieurs institutions juridiques, d'une très grande importance pratique, dans lesquelles l'acte de disposition (par opposition à un accord) se produit entre vifs créant immédiatement un véritable titre de propriété et, à la mort du disposant, le bénéficiaire est simplement envoyé en possession. Ces institutions ne sont pas considérées dans les systèmes qui les connaissent comme des «dispositions à cause de mort». Ce n'est qu'après bien des efforts que la Commission a pu parvenir à un accord sur un texte excluant de la Convention tous les actes qui ne sont pas des «dispositions à cause de mort» et ce texte constitue à présent l'article 1.2 d.

Il était courageux de s'attaquer à l'inclusion des pactes successoraux dans la Convention, même si, aux yeux de certaines délégations, l'entreprise semblait prendre trop de temps et si le sujet eût justifié une Convention distincte. En revanche, la majorité des délégués a été convaincue par l'argument qu'une Convention sur le choix de la loi applicable aux transmissions successorales ne pouvait laisser de côté les pactes successoraux, même si, dans bien des systèmes de droit civil, ces pactes sont totalement ou partiellement interdits. En les visant dans la Convention, on aboutit à une plus grande unité de la loi successorale et le praticien pourra plus efficacement aider son client à disposer de son patrimoine. En particulier on évitera ainsi que les bénéficiaires des pactes successoraux ne prétendent abusivement recueillir un nouvel avantage au décès de l'auteur du pacte.

viving spouse or children be honoured, and to allow the testator to depart from both of those laws which reflect his natural association would be to encourage such disinheritance. However, Commission II felt that the Special Commission had been too restrictive by permitting the testator the law of his nationality or habitual residence at death only. Commission II was persuaded by the argument that the testator should be able to know when he makes his will what law will govern it, and that he can only be assured of this if he may also choose the law of his nationality or of his habitual residence as that nationality or habitual residence is at the time of the execution of his will. Article 5 therefore allows the testator to choose one of four potentially applicable laws – nationality at the time of designation or death, or habitual residence at the time of designation or death.

27 A novel feature of the Convention which may well become of real practical significance is the specific provision (Article 6) that the testator may designate any law to govern the succession to any particular assets in his estate, subject only to the mandatory rules of the applicable law as determined under Article 3 or Article 5(1). This principle of incorporation of a foreign law into the parties' instrument (the substantive law reference: *materiellrechtliche Verweisung*) is not new either to civil law or to common law jurisdictions, but in some jurisdictions its application hitherto has apparently been restricted to contract. Though it is a substantive law principle which some delegations would have said was in any event impliedly capable of invocation without mention of it in the Convention, there is no doubt that it will serve the purpose of those who wish or need expressly to designate the law of the situs for assets of the testator located there.

Incorporation usually means the inclusion of otherwise omitted matter in an *instrument* of agreement (or disposition). That is not the meaning here. The incorporation may take the form of an agreement as to succession, a testamentary instrument, or an intestacy. An intestacy will arise when the deceased has made a will for particular assets in a particular jurisdiction, designating therein, under authority of Article 6, a law to govern that particular act, but as to the remainder of his assets, which are elsewhere, he dies intestate. Article 3 may lead to another law as the applicable law governing the succession as a whole including the Article 6 designation included in the will.

During the Special Commission several delegations made a concerted effort to persuade that Commission to permit the *lex situs* as another law that might be designated, because for estate planning purposes testators are particularly anxious to have the local law apply in that place where their foreign assets are located. Multiple wills are a direct product of this desire to have local law apply to local assets. Administration is then more swift, more inexpensive, and much more likely to be free of error. Notaries, solicitors and attorneys know best their own local laws. The effort, however, was not successful, so keen was the majority of delegations to secure unity (*i.e.*, a single law governing the whole of the succession), and renewed situs proposals at the Sixteenth Session were again being rejected by majority votes when it was realized by a number of pro-situs del-

egates that that position was attainable through the doctrine of incorporation by substantive law reference. A proposal (Work. Doc. No 57) that the Convention expressly adopt this doctrine as an article of the Convention (now Article 6) received overwhelming support from the delegations when it was put to a vote.

28 The general provisions of the Convention contain several articles that are significant and will later be fully discussed, but it is probably fair to say that a main feature of the Convention is that 'succession' expressly includes *pactes successoraux*. This term of art is translated in English as 'agreements as to succession', but, since the concept of *pacte successoral* is unknown as such in common law jurisdictions, that is a literal translation which cannot convey very much to the English reader except that these are contractual arrangements involving the disposition of future property at the time of the death of the transferor.

'Succession' is neither defined nor described in the text of the Convention. For the purposes of the Convention it would appear to include (1) a 'disposition of property upon death' (Articles 1(2)(a), 1(2)(b) and 14), *i.e.*, a voluntary act of transfer whether in testamentary form or that of an agreement as to succession, and (2) the transfer of property upon death that occurs by provision of law, when (a) there is no such voluntary act, or (b) the voluntary act is wholly or partly invalid, or (c) the law compels the distribution of assets belonging to the deceased to family members.

The *pacte successoral* also was not defined or described in the preliminary draft Convention, but the Sixteenth Session thought some broadly descriptive clause was necessary (Article 8), and it was also of the opinion that 'disposition of property upon death', which, it will be recalled, includes the disposition that is made by way of a *pacte successoral*, had to be carefully distinguished from other dispositions including those which are known in common law terminology as '*inter vivos* dispositions'. This is by no means an easy task. Not only in civil law jurisdictions is there diversity between jurisdictions as to the substance of permissible *pactes successoraux*, but in common law jurisdictions there are several legal institutions, of very considerable significance in practice, where the dispositive act (as opposed to an agreement) is *inter vivos* giving rise to immediate full property rights and it is possession rights only that vest in the transferee on the transferor's death. These institutions are not regarded in their home jurisdictions as 'dispositions of property upon death'. It was only after much effort that the Commission was able to agree on language that embraces the exclusion from the Convention of all dispositive acts which are not dispositions of property upon death, and that language is now contained in Article 1(2)(d).

To tackle the inclusion within the Convention of *pactes successoraux* was a courageous act, if to some delegations it seemed a time-consuming venture and one which justified treatment in a separate convention. On the other hand the majority of delegates agreed with the argument that a Convention on choice of law for succession transmissions could not ignore *pactes successoraux*, even if in many civil law jurisdictions they are totally or partly prohibited. By bringing them within the Convention a more complete unity of law in matters of succession was achieved, and the practitioner could more effectively assist his property-disposing client. In particular it could be ensured that those who gain by reason of *pactes successoraux* do not also take again unfairly on the death of the agreement transferor.

29 En résumé donc, la présente Convention vise à harmoniser les règles sur le choix de la loi applicable en matière successorale, pour protéger les perspectives d'héritage des proches parents du défunt, pour simplifier et rendre moins coûteuse la répartition des avoirs du défunt sis dans plusieurs pays et, dans la mesure du possible, pour aider le testateur à organiser une répartition ordonnée de ses biens à son décès (c'est-à-dire à planifier sa succession). La Convention met donc fin à la scission, elle introduit un seul facteur de rattachement objectif à travers une échelle de lois applicables, elle permet une *professio juris* limitée mais importante en matière de disposition testamentaire et elle répond au souci de planification successorale en permettant d'incorporer aux testaments la loi étrangère pour régir des avoirs situés dans d'autres juridictions que celle de la loi normalement applicable.

On a fait observer au cours de la Seizième session que le droit exprime la vie plutôt que la logique. La Convention recherche une cohérence logique quand elle poursuit jusqu'au bout ses efforts en faveur de l'unité, particulièrement manifestés dans l'article 4, mais l'unité signifie aussi que le testateur ou l'auteur d'un pacte successoral se voie limité aux lois de protection familiale des pays ou des juridictions avec lesquels ses rapports sont vraisemblablement les plus étroits, à savoir son pays ou son système juridique de nationalité ou de résidence habituelle. En l'occurrence, la logique et la vie vont de pair. La logique conduit la Convention à rejeter le *situs* comme troisième loi éventuellement applicable, malgré ses attraits pour le testateur qui se préoccupe d'organiser sa succession, parce que le *situs* réintroduirait la scission; la vie amène néanmoins la Convention à permettre expressément l'incorporation de la loi étrangère (*materiellrechtliche Verweisung*), bien que cette doctrine puisse être regardée comme introduisant un élément scissionniste dans la Convention. La doctrine laisse toutefois subsister les règles impératives de la loi applicable, préservant ainsi la possibilité de faire respecter les règles de protection de la famille avec lesquelles le testateur ou l'auteur du pacte ont le lien le plus étroit. La logique est en faveur d'un facteur de rattachement, subjectif ou objectif, au moment du décès, lorsqu'il s'agit de testaments, et de la date de la rédaction lorsqu'il s'agit de pactes successoraux. La vie autorise un autre facteur de rattachement – celui de la date de rédaction dans le cas des testaments et du décès dans le cas des pactes successoraux – lorsqu'une seule succession est en jeu. La vie et la logique se conjuguent pour produire un compromis raisonnable, un accommodement rationnel des objectifs et des considérations qui jouent un rôle en la matière.

STRUCTURE DE LA CONVENTION

30 La Convention est divisée en cinq chapitres. Le premier a trait à son champ d'application. Il souligne ce que la Convention vise à faire, à savoir déterminer la loi applicable aux successions à cause de mort, et précise ensuite les questions connexes qui ne sont pas incluses dans la Convention. Pour finir il affirme l'application universelle de la Convention.

31 Le deuxième chapitre concerne la loi applicable, et les règles de désignation de cette loi qui permettent de découvrir dans toute situation de fait quelle est cette loi, ou quelle loi peut être choisie. En d'autres termes, il vise les successions *ab intestat* et les cas dans lesquels le défunt n'a désigné aucune loi ou n'a fait aucune désignation valable; il concerne aussi les cas dans lesquels le testateur a désigné une loi ou désire en désigner une.

Sont également prévues la situation particulière dans laquelle la loi applicable est celle d'un Etat non contractant, et celle où le testateur désire incorporer dans son testament les dispositions d'une loi autre que la loi applicable. Pour finir, et pour en terminer avec ce qui constitue le cœur de la Convention, le Chapitre II énumère les matières relevant de la succession qu'un Etat contractant a l'obligation de soumettre à la loi applicable (ou à une autre loi valablement incorporée). Il autorise en outre l'Etat contractant (bien qu'aucune autorisation ne soit vraiment nécessaire) à soumettre, par la voie de ses propres règles de conflit de lois, d'autres matières considérées par lui comme relevant de la succession à la loi applicable prévue par la Convention.

32 Le troisième chapitre porte exclusivement sur les pactes successoraux ou «successions contractuelles». Il précise ce qui constitue un tel pacte aux fins de la Convention et règle ensuite la question de la détermination de la loi applicable à tous les pactes, aussi bien lorsque les parties ne font aucun choix que lorsqu'elles désignent ou entendent désigner une loi. Pour finir, il protège les droits de la famille sur la succession du défunt en empêchant les doubles prétentions injustifiées et en faisant en sorte que ceux qui ne sont pas parties à de tels pactes ne se voient pas privés de leurs droits en conséquence de ceux-ci.

33 Le quatrième chapitre comprend les dispositions «générales» ou d'utilité immédiate de la Convention. Ces articles embrassent toute une gamme de sujets en matière de conflit de lois, et expliquent comment le Chapitre II – chapitre central – et les premier et troisième chapitres de la Convention doivent prendre effet quand les questions posées dans le quatrième chapitre se présentent. Sont envisagés dans la Convention les décès simultanés, l'existence de trusts dans des testaments ou des pactes, les régimes successoraux particuliers auxquels certaines catégories spéciales de biens sont soumises par la loi de leur situation, les droits des Etats sur les biens vacants, le renvoi, l'ordre public, la loi applicable dans des Etats comportant deux ou plusieurs territoires (ou unités) où des lois successorales différentes s'appliquent ou connaissant deux ou plusieurs statuts personnels, les accords transitoires sur l'entrée en vigueur de la Convention dans un Etat, le rapport entre la présente Convention et d'autres instruments, et les réserves autorisées à l'applicabilité de parties de la Convention.

34 Le cinquième et dernier chapitre se rapporte aux prescriptions et facilités diplomatiques concernant la signature, la ratification, l'acceptation ou l'approbation de la Convention par les divers Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé et l'adhésion de nouveaux Etats membres. Le chapitre traite aussi des modalités d'entrée en vigueur de la Convention, de la notification aux Etats membres des mesures prises par les autres Membres pour mettre en œuvre la Convention, et comporte des dispositions relatives à la dénonciation de la Convention par les Etats qui y sont Parties.

COMMENTAIRE DE LA CONVENTION

PRÉAMBULE ET CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

35 Le titre de la Convention, le deuxième alinéa du préambule et le paragraphe 1 de l'article premier emploient les mêmes termes: «la loi applicable aux successions à cause de mort». Le titre précise l'objet de la

29 In summary then this Convention is concerned with harmonizing the choice of law rules of succession, to protect the inheritance expectations of the deceased's immediate family, to simplify and render less costly the distribution of the deceased's assets when they are in several jurisdictions, and, where possible, to assist the testator's orderly distribution of his assets upon death (*i.e.*, estate planning). The Convention therefore ends scission, it introduces a single objective connecting factor through a scale of applicable laws, it permits a limited but significant *professio juris* for testamentary dispositions and it concedes to estate planning concerns the opportunity for foreign law to be incorporated into wills in order to govern estate assets in jurisdictions other than that of the otherwise applicable law.

It was remarked during the Sixteenth Session that the law is a reflection of life rather than logic. The Convention pursues logical consistency when it carries through its efforts to secure unity, something which is particularly evident in Article 4, but unity also means restricting the testator and the maker of a *pacte successoral* to the family protection laws of the countries or jurisdictions with which he is probably most closely associated, namely, his country or jurisdiction of nationality or of habitual residence. Here logic and life go hand in hand. Logic leads the Convention to reject *situs* as a third possible applicable law, despite its attractiveness to the testator whose interests are estate planning, because *situs* reintroduces scission; life leads the Convention nevertheless to permit by express provision the incorporation of foreign law (the *materiellrechtliche Verweisung*), though that doctrine might be said to introduce a scissionist element in the Convention. However, the doctrine does leave in place the mandatory rules of the applicable law which thus maintains the enforceability of the family protection rules most closely associated with the testator or agreement maker. Logic favours a connecting factor, whether subjective or objective, as of the time of death, where wills are concerned, and as of the date of execution, where *pactes successoraux* are concerned. Life allows an alternative connecting factor as of the execution date in the case of wills, and as of death in the case of *pactes successoraux* when only one estate is involved. Life and logic combine to produce a reasonable compromise, a rational accommodation, of aims and considerations.

THE STRUCTURE OF THE CONVENTION

30 The Convention is divided into five chapters. The first is concerned with the scope of the Convention. It emphasizes what the Convention aims to do, namely, determine the law applicable to succession to decedents' estates, and then it makes clear what related issues are not included within the Convention. Finally, it describes the universal application of the Convention.

31 The second chapter is concerned with the applicable law, and the choice of law rules which allow one to discover in any fact situation what that law is, or what law may be selected. In other words, it covers intestacy and those circumstances where the deceased has made no choice of law or no valid choice, and it also covers the situation where the testator chooses a law or wishes to choose a law. It provides for a particular situation

where the applicable law is that of a non-Contracting State, and for the situation where the testator wishes to incorporate into his will the provisions of a law other than the applicable law. Finally, thus completing the core of the Convention, this chapter sets out those matters within the subject of succession that a Contracting State is obligated to submit to the applicable law (or to a validly incorporated other law). It also authorizes the Contracting State (though no authorization is really necessary) by way of its own conflict of law rules to submit other matters, which that State considers to be matters of succession, to the applicable law under the terms of the Convention.

32 The third chapter is exclusively concerned with *pactes successoraux* or 'agreements as to succession'. It describes what constitutes such an agreement for the purposes of the Convention, and it then provides for the determination of the applicable law for all such agreements, both where the parties make no choice and where they do select or wish to select such a law. Finally, it protects the entitlements of the family to inherit the deceased's property by preventing those who would unfairly claim twice from doing so, and those who are strangers to such agreements from losing their entitlements as a consequence of an agreement.

33 The fourth chapter consists of the 'general' or immediate support provisions of the Convention. These articles cover a variety of topics in the conflict of laws, and explain how the core Chapter II and the first and third chapters of the Convention are to take effect when the questions posed in this chapter arise. The topics covered in this Convention include simultaneous deaths, the existence of trusts in wills or agreements, particular successorial rules of the State where certain special categories of assets are situated, State rights to *bona vacantia*, renvoi, *ordre public*, the applicable law within States with two or more areas (or units) where different succession laws apply or with two or more personal systems of law, transition agreements on the Convention coming into force in any State, relationship of this Convention with other conventions, and permitted reservations to the applicability of parts of the Convention.

34 The fifth and final chapter contains the diplomatic requirements and facilities in connection with the signing, ratification, acceptance or approval of the Convention by the several Member States of the Hague Conference on private international law and in connection with the accession by non-Member States. The chapter also covers under this heading the manner of carrying into force of the Convention, notification of Member States of the acts of other Members in implementing the Convention, and provisions for denunciation of the Convention by States Parties to it.

COMMENTARY ON THE CONVENTION

PREAMBLE AND FIRST CHAPTER – SCOPE

35 The title of the Convention, the second paragraph of the preamble, and paragraph 1 of Article 1 are uniform in the language they employ – 'the law applicable to succession to the estates of deceased persons'. The

Convention, le préambule déclare que les Etats participants désirent établir des dispositions communes dans ce domaine et le paragraphe 1 de l'article premier indique que la Convention fournit aux juges ou aux praticiens le moyen de déterminer la loi applicable dans chaque cas d'espèce.

36 Le paragraphe 2 de l'article premier spécifie les matières (validité formelle, capacité et questions relevant du régime matrimonial) et les transactions et transferts (article 1.2 d) qui sont entièrement exclus du champ d'application de la Convention. La Commission II tenait à ce que l'effet de l'exclusion expresse d'une transaction ou d'un transfert du cadre de la Convention soit parfaitement compris. Toute matière exclue expressément ne doit pas être considérée comme relevant de la Convention. Toutefois un Etat contractant (ou un système juridique d'un tel Etat) a naturellement la faculté d'adopter les articles de la Convention *comme faisant partie de ses propres règles de conflit* dans toute matière – à son choix – ne relevant pas de la Convention. L'article 7.3 le souligne. En revanche, un Etat ne lie pas les autres Etats contractants lorsqu'il décide d'appliquer la Convention à des questions non comprises dans l'article 7.2. Ces questions englobent les questions couvertes par l'article 1.2, à savoir la validité formelle, la capacité, les aspects liés aux régimes matrimoniaux, et les «droits et biens» visés à l'article 1.2 d.

37 Si la Convention est muette sur une question telle que l'interprétation des testaments ou des pactes successoraux, cela signifie simplement qu'elle ne prévoit rien à leur sujet. Si un Etat contractant, par la voie parlementaire ou judiciaire, venait à décider qu'une telle question relève de sa propre conception de la succession, il lui serait alors loisible de la soumettre à la loi applicable en vertu de la Convention, en invoquant s'il le souhaite l'article 7.3 comme l'y autorisant.

La Commission II a débattu assez longuement de la question du sens à attribuer à un testament ou pacte successoral particulier et des problèmes qu'elle soulève. C'est là un excellent exemple de la signification à attacher au silence de la Convention, car certaines délégations, pour des raisons qui seront expliquées plus loin, souhaitaient l'inclusion d'une disposition expresse. Dans les pays de *common law*, où dans chaque cas le texte est «*construed*» et les termes de technique juridique «*interprétés*» pour déterminer le sens qu'on entendait leur donner, le moment retenu aux fins de la *construction* est celui de la rédaction de l'instrument. La question que l'on se pose est la suivante: quelle était la situation du testateur, telle qu'il la connaissait, au moment où il rédigeait son testament? Les délégués des pays de *common law* tenaient à ce que la Convention ne les oblige pas à appliquer en matière de *construction* la *lex successionis* au moment du décès. Mais il est rapidement apparu à la Commission, après les interventions d'un certain nombre de délégations, que les systèmes juridiques adoptent des approches très variées pour ce qui est de l'«*interprétation*» du sens des instruments. Certains systèmes considèrent qu'il s'agit d'un problème de simple fait et n'adoptent aucune règle juridique s'imposant à leurs tribunaux; d'autres estiment que la question met en jeu aussi bien les faits que l'interprétation de «*règles de droit*». En réalité, la plupart des pays de droit civil considéreraient que c'est la «*succession*» qui est en cause et appliqueraient en conséquence à tout aspect doctrinal leur loi successorale au moment du décès. La conclusion à laquelle la Commission est parvenue a été que la détermination de l'intention du testateur ou celle du sens d'un pacte successoral se prête à une telle diversité de

qualifications et d'approches qu'il vaut mieux laisser chaque système appliquer la solution qui est actuellement la sienne – et la Convention ne renferme donc aucune disposition sur ce sujet.

38 Il existe un lien étroit entre l'article premier, en particulier son paragraphe 2, et l'article 7, en particulier son paragraphe 3, de sorte qu'il convient de prendre simultanément en considération ces deux dispositions dans le commentaire. La Commission II pensait que le tribunal ou autre autorité compétente de l'Etat contractant se poserait deux questions: 1) quelles sont les matières expressément couvertes par l'article 7.2? 2) sur quelles matières la Convention garde-t-elle le silence? Le commentaire de l'article 7 approfondira ces sujets. Qu'il suffise de dire pour le moment que les questions de procédure, de fiscalité, d'insolvabilité des successions, de même que leur administration, sortent manifestement du cadre de la Convention, mais la Convention n'en dit rien. De toute évidence il n'est pas souhaitable que le Rapport, et encore moins le texte lui-même, cherchent à énumérer les matières qui demeurent en dehors de la Convention. On risquerait de donner l'impression qu'un sujet non cité pourrait, de quelque manière, y être inclus. Pour cette raison aussi l'approche des deux questions citées ci-dessus paraît indiquée.

Article premier

Paragraphe 1

39 Le terme «*succession*» n'est pas défini dans la Convention. Son sens et sa portée aux fins de la Convention deviennent clairs si l'on se reporte à l'article 7.2 qui énumère et détaille cinq sujets sous les lettres *a à e*. Ces sujets concernent la *dévolution* des successions et on verra qu'ils ne comprennent pas la transmission des biens faisant partie de la masse successorale ni l'administration de la succession.

L'expression «*successions à cause de mort*» vise tous les types de successions, testamentaires ou non, ou faisant suite à un pacte successoral. Il s'ensuit que la Convention s'applique au cas où la succession est partiellement testamentaire et partiellement *ab intestat*, et au cas d'un défunt qui a conclu un pacte successoral mais dont la succession, en dehors de cela, est entièrement testamentaire ou *ab intestat*, ou partiellement testamentaire et donc partiellement *ab intestat*. Relève également de la Convention le cas de la succession d'une personne déclarée judiciairement décédée; s'il s'agit par exemple d'une personne disparue et présumée morte. La renonciation ou le rejet d'un testament ou d'un pacte par le bénéficiaire, que ce soit ou non à la suite d'une disposition de la loi locale en matière de régime matrimonial, n'entre pas dans le cadre de la «*succession*» au sens de ce terme dans la Convention. Des explications complémentaires seront données par la suite (voir le paragraphe 77, *infra*).

La succession ou, dans le texte anglais, *the estate of a deceased person*, s'entend de tous les biens appartenant au défunt ou sur lesquels celui-ci avait des droits à son décès.

Le paragraphe 1 spécifie que l'objet de la Convention est de «*déterminer la loi applicable*».

Paragraphe 2

40 Ce paragraphe énumère les sujets et décrit les biens qui sont expressément exclus de la Convention ainsi qu'il a été expliqué précédemment.

title describes what subject the Convention is addressing, the preamble states that the States participating wish to establish common provisions on the subject, and paragraph 1 of Article 1 states that the Convention provides means for the judge or the practitioner to work out which is the applicable law in the circumstances of the case.

36 Paragraph 2 of Article 1 describes those subjects (formal validity, capacity, and matrimonial property) and those property transactions and dispositions (Article 1(2)(d)) which are excluded entirely from the scope of the Convention. Commission II was anxious that the effect of the express exclusion of a subject or a transaction or property disposition from the Convention should be clearly understood. Excluded subject-matter is expressly not to be regarded as brought within the Convention. However, a Contracting State (or a jurisdiction within that State) may of course adopt the Convention's articles *as part of its own conflict rules* on any matter it thinks fit that is not within the Convention. Article 7(3) emphasizes this. On the other hand such a State does not bind other Contracting States when it chooses to apply the Convention to matters outside Article 7(2). Those matters include the Article 1(2) subjects, namely, formal validity, capacity, matrimonial property issues, and the 'property rights, interests or assets' described in Article 1(2)(d).

37 It follows that, if the Convention is silent on an issue, such as it is on the interpretation or construction of the meaning of wills and agreements as to succession, then the Convention simply makes no provision for that issue, and, again should a Contracting State either through its legislature or its courts decide that the issue falls within its own concept of succession, it can then apply the applicable law under the Convention to that issue, involving, should it wish, Article 7(3) as an authorization in the text to that end.

The meaning of the language employed in any particular will or succession agreement, and the problems this raises, were discussed at some length by Commission II. It is a good example of the significance of a silence in the Convention, because some delegations, for reasons to be explained, wanted the matter referred to in the text. In common law countries, where in each case linguistic phraseology is 'construed' and legal terms of art are 'interpreted' in order to determine intended meaning, the time looked to for construction is the moment of execution of the instrument. The question asked is this: what were the circumstances of the testator, known to him, at the time he made his will? Common law delegates were anxious not to be required by the Convention to apply the *lex successionis* at the time of the death for matters of construction. However, it soon became apparent to the Commission, as a number of delegations spoke, that there is a variety of approaches taken by legal systems to the 'interpretation' of meaning in instruments. Some jurisdictions regard the issue as one simply of fact and make no rules of law to bind their courts, others see the issue as involving both fact and the 'interpretation' of rules of law. Indeed, most civil law countries would see the whole matter as involved with 'succession', and would therefore apply to any doctrinal matter their law of succession at the death. The conclusion to which the Commission came was that the question of determining the testator's meaning, or the meaning of an agreement as to succession, was subject to so much diversity of classification and approach that each jurisdiction was best left to its existing solution – and the Convention therefore remains silent.

38 The relationship between Article 1, in particular paragraph 2, and Article 7, in particular paragraph 3, is close, and the two articles with commentary should be taken into consideration at the same time.

Commission II had in mind that the court or other authority in the Contracting State would proceed by asking two questions: (1) what matters are expressly covered under Article 7(2)?; and (2) on what matters is the Convention silent? Commentary to Article 7 will pursue these questions further. Suffice it to say at this point that questions of procedure, fiscal concerns, and the insolventcy of estates, together with the administration of estates, clearly fall outside the Convention, but are matters on which the Convention remains silent. It is obviously undesirable even for the Report, let alone the text, to attempt to list the subject-matter that falls outside the Convention. The impression may be given that a topic not mentioned may therefore in some way be included. For this reason also the approach of the two questions, above, recommends itself.

Article 1

Paragraph 1

39 The word 'succession' is not defined in the Convention. Its meaning and scope for the purposes of the Convention is discovered by consulting Article 7(2) which lists and details five subjects in letters *a* to *e*. These subjects concern *devolution* of the estates of deceased persons, and will be seen not to include the transmission of assets in the estate or the administration of the estate.

'Succession to the estates of deceased persons' refers to all forms of succession, whether through testacy or intestacy or as a consequence of an agreement as to succession (*pacte successoral*). It follows that the Convention covers a situation where there is partial testacy and partial intestacy, and the circumstance where the deceased has entered into an agreement as to succession, but otherwise dies wholly testate or intestate, or partly testate and therefore partly intestate. Also included is the situation where succession occurs to the estate of a person who is judicially declared to be dead; for instance, where that person is missing presumed dead. Renunciation or disclaimer by the beneficiary of a will or agreement, whether or not this act occurs further to the provision of the local matrimonial property law, is not within the subject-matter of 'succession' as that term is employed by the Convention. This is further explained later (see *post* paragraph 77).

The 'estate' of a deceased person, in the English text, means all the property owned by the deceased or in which he has a proprietary interest at his death.

This paragraph makes clear that the purpose of the Convention is to 'determine the law applicable'.

Paragraph 2

40 This paragraph contains the subjects and describes the property expressly excluded from the Convention, as previously explained.

Alinéa a

41 La Convention exclut de son champ d'application les problèmes de validité formelle (ou de forme), mais en fonction de la conception que se fait de la «forme» l'Etat contractant. La «validité au fond» étant incluse aux fins de la Convention en tant qu'aspect de la «succession» en vertu de l'article 7.2e, la validité formelle est par conséquent expressément exclue.

La *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires* donne la réponse de la Conférence de La Haye en ce qui concerne les testaments. C'est au for qu'il appartient de décider si la question peut être qualifiée comme une question de validité formelle ou de validité au fond.

Les mots «disposition à cause de mort» (et leurs correspondants anglais «*disposition of property upon death*») sont utilisés afin que l'alinéa recouvre à la fois le testament et le pacte successoral. D'autres Conventions de La Haye emploient les termes «disposition testamentaire», mais cette expression, non seulement n'englobe pas le pacte successoral, mais suppose aussi l'existence d'un testament écrit, ce qui, dans beaucoup de pays de droit civil, évoque immédiatement l'idée d'un testament notarié. La présente Convention ne se préoccupe pas de savoir si le testament est écrit ou verbal; les deux sont visés (et il appartient au for de décider en vertu de ses propres règles si un testament verbal est valable). «Disposition à cause de mort» exclut la disposition *inter vivos* avec effet de droit réel immédiat; c'est à la mort du disposant et non par rapport à tout autre moment que la disposition (ou la mutation) se réalise. C'est là une distinction très importante, parce que, tandis qu'un pacte successoral n'entraîne de disposition ni d'obligation de disposer qu'au moment du décès, un cas très courant en *common law* est celui des dispositions, faites habituellement sous la forme d'un *trust*, dans lesquelles le titre de propriété naît entre vifs, et seule la possession est transmise au décès du disposant. Cette situation a été évoquée plus haut (paragraphe 28) et est rappelée ici. De même, dans les pays de *common law*, si X rompt une stipulation de transmission à Y à sa mort (celle de X) en cédant la propriété dont il s'agit à un tiers alors qu'il (X) est encore en vie, le bénéficiaire de la stipulation, Y, a le droit d'intenter une action en dommages et intérêts contre X. Cette situation est connue sous le nom de «violation anticipée» (*anticipatory breach*). Dans aucun des cas mentionnés, celui du *trust* ou celui de ladite stipulation, n'existe en *common law* une «disposition à cause de mort» (*disposition of property upon death*).

Alinéa b

42 La «capacité de disposer» est la capacité de rédiger un testament ou tout autre instrument testamentaire et celle de conclure un pacte successoral. Elle comprend aussi la capacité de faire une *professio juris*, que ce soit dans un instrument testamentaire ou par voie de «déclaration» (article 5.2) sous toute forme non testamentaire. En vertu de l'article 11 les parties à un pacte successoral peuvent «convenir, par une désignation expresse» de faire un choix d'une loi applicable. La question de la capacité pour convenir de faire ce choix est, elle aussi, exclue de la Convention.

L'exclusion s'étend à la capacité générale, c'est-à-dire au cas d'une personne déclarée judiciairement «incapable» pour aliénation ou autre inaptitude mentale, ou à celui d'une personne mineure. Elle s'étend aussi à la personne qui ne jouit pas d'une pleine capacité, telle que la femme mariée – là où cette situation existe encore –

et s'applique en outre, semble-t-il, à une incapacité spécifique, comme celle qui interdit aux membres d'une congrégation religieuse de tester.

43 En revanche les questions d'erreur, de fraude, de contrainte ou de captation ne sont pas des questions de capacité au sens strict; il s'agit de vices du consentement. Le testateur peut être capable au sens qui vient d'être indiqué, mais, parce qu'il est dans l'erreur, ou a été trompé ou physiquement forcé de signer (contrainte), ou a succombé aux pressions d'une personne, telle qu'un prêtre, médecin, juriste ou parent présent auprès de lui (captation) il n'a pas en fait l'intention de faire librement une ou plusieurs des libéralités stipulées dans son testament. La même distinction peut être appliquée à la conclusion d'un pacte successoral. Si le consentement fait défaut de la part du testateur ou d'une partie à un pacte, le testament ou le pacte est ou sera déclaré invalide. Toutefois, il appartient au for de qualifier la question et de déterminer si les vices de consentement doivent être considérés comme des problèmes de «capacité» en un sens plus large défini par le for (ce qui fait qu'ils tomberont en dehors de la Convention – article 1.2b), ou comme des problèmes de consentement relevant de la loi applicable en vertu de la Convention (article 7), de la loi régissant la validité formelle du testament ou du statut personnel.

Le même problème de qualification se pose pour les personnes affectées par des maladies telles que la démence sénile ou la maladie d'Alzheimer, par les effets de l'alcool ou des stupéfiants, ou dont les facultés mentales sont atteintes pour d'autres causes, situation qui peut être temporaire ou permanente, et alors que les tribunaux n'ont pas déclaré ces personnes mentalement incapables. En règle générale de telles déficiences mentales, restant en deçà d'une incapacité judiciairement reconnue, seraient qualifiées de problèmes de consentement.

44 La capacité de disposer est également exclue de la Convention pour la raison que la capacité est toujours appréciée au moment où le testament est rédigé ou le pacte conclu. Une désignation est néanmoins validée en vertu de l'article 5.1 à deux moments possibles, à savoir le moment de la désignation ou celui du décès; de même un pacte successoral concernant le patrimoine d'une seule personne peut également être validé soit à la date du pacte soit à la date du décès. Si la capacité de disposer n'était pas exclue, d'autres problèmes de conflit pourraient surgir, simplement parce que la capacité doit exister au moment de la rédaction du testament ou de la conclusion du pacte.

Alinéa c

45 Les droits sur les biens matrimoniaux et toutes les questions de toute nature relevant du régime matrimonial sont expressément exclus du champ d'application de la Convention. En d'autres termes, que des droits naissent au titre d'un régime matrimonial pendant la vie du *de cuius* ou qu'il s'agisse de droits à des montants ou parts fixes déterminés par les tribunaux, mais uniquement à la dissolution du mariage (en l'occurrence par le décès du *de cuius*), ces droits sortent du cadre de la Convention. Il en découle que la Convention ne s'applique pas lorsqu'une décision judiciaire attribue des biens appartenant au *de cuius* et faisant partie de sa succession au conjoint survivant en tant que propriété matrimoniale à laquelle le survivant a droit *ès qualité*.

Bien que la Seizième session ait adopté cette position, et que l'exclusion totale et expresse de la Convention ne prête à aucun doute, la question a donné lieu à des débats considérables et même exhaustifs. Il s'agissait de

Sub-paragraph a

41 The Convention excludes formal validity (or form) from its scope, but as the Contracting State understands the concept of 'form'. Since 'material validity' is included as an aspect of 'succession' in Article 7(2)(e) for the purposes of the Convention, formal validity is therefore excluded expressly.

The *Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions* is the Hague Conference's response as to wills. The forum decides as an act of characterization whether the issue is one of formal or material validity.

'Disposition of property upon death' is primarily following the neat French phrase '*disposer à cause de mort*', but both phrases are employed in order that the sub-paragraph embrace both the will and the agreement as to succession. Other Hague Conventions employ the words 'testamentary disposition', but not only does this phrase fail to include the agreement, it also assumes a will in writing. To many civilians it would immediately suggest a notarial will. This present Convention is not concerned with whether the will is written or oral; both are included (and it is for the forum to decide under its own rules whether an oral will is valid). 'Disposition of property upon death' excludes *inter vivos* dispositions having immediate proprietary effect; it is upon the death of the person so disposing, and not in any respect at any earlier time, that the disposition (or transfer) takes place. This is a very important distinction, because, while a *pacte successoral* gives rise to a disposition and also an obligation to dispose only upon the death, the common law is very familiar with dispositions, usually by way of a trust, where the property right arises *inter vivos*, and merely the right to possession arises on the disposer's death. This was previously said (paragraph 28), and is here underlined. It is also the case in common law jurisdictions that, if X breaches an agreement to transfer to Y on his (X's) death and does so by transferring the property in question to a third party during X's lifetime, the beneficiary of the agreement, Y, is entitled to bring an action for damages against X in the latter's lifetime. This is known as 'anticipatory breach'. In neither of these cases, the trust or the agreement, is there in common law terms 'a disposition of property upon death'.

Sub-paragraph b

42 'Capacity to dispose' embraces the capacity to make a will or any other testamentary instrument, and the capacity to enter into an agreement as to succession. 'Capacity to dispose' also covers the capacity to make a *professio juris*, whether that choice be made in a testamentary instrument or by way of a 'statement' (Article 5(2)) in any non-testamentary form. Under Article 11 the parties to an agreement as to succession may 'agree by express designation' on a choice of law. The question of capacity to agree on this choice of law is also expressly excluded from the Convention.

Exclusion extends to general capacity, that is, the capacity of a person who has been declared 'incapable' by judicial decree because of insanity or other mental inability, and a person who is under the age of majority. It would also extend to the particular person, such – where it still exists – as the married woman who may have less

than full capacity, and it would also appear to apply to specific capacity, such as the inability of members of a religious community to make wills.

43 On the other hand questions of mistake, fraud, duress or undue influence are not matters of capacity in a strict sense; they are matters of consent (*vices de consentement*). In these instances the testator may have capacity in the sense discussed above, but because he is mistaken or deceived or physically compelled to sign (duress), or he is overborne by the pressures of a person, such as a priest, doctor, lawyer, or an attendant relative (undue influence), he does not in fact freely intend one or more of the benefactions which his will confers. The same distinction can be made in the case of the making of an agreement as to succession. If consent is lacking on the part of the testator or party to an agreement then the will or agreement is or will be declared invalid. However, it is for the forum to characterize the issue, and to determine whether *vices de consentement* are to be regarded as 'capacity' issues, in a broader sense of that term as defined by the forum (and therefore fall outside the Convention, Article 1(2)(b)), or as consent issues falling under the applicable law determined by the Convention (Article 7), the law governing the formal validity of the will, or the personal law.

The same task of characterization arises with regard to persons who are suffering from illness, such as senile dementia or Alzheimer disease, from the effects of alcohol or drugs, or from other mentally impairing factors, a condition which may be temporary or permanent, but who have not been declared mentally incompetent by judicial decree. Generally such mental impairment, short of judicially decreed mental incompetence, would be characterized as issues of consent.

44 Capacity to dispose is also excluded from the Convention because capacity is always judged at the time when the will is made or the agreement concluded. A designation is validated under Article 5(1), however, at alternate times, namely, time of designation or death, and an agreement as to succession, where only one person's estate is involved, can also be validated either at the date of the agreement or at the date of death. Without exclusion other conflict problems might occur, just because capacity must exist at the time of the making of the will or the conclusion of the agreement.

Sub-paragraph c

45 Matrimonial property rights and all issues of any kind concerning matrimonial property are expressly excluded from the scope of the Convention. This means that whether rights arise in the lifetime of the deceased under a regime, or they are rights to fixed shares or amounts determined by judicial decree but only on the termination of the marriage (in this instance by death of the deceased whose estate is in question), such rights are outside the Convention. It follows that the Convention does not cover the situation where a judicial decree awards assets in the ownership and estate of the deceased spouse to the surviving spouse as matrimonial property to which the survivor is entitled as such.

Though the Sixteenth Session took this position, and there is no doubt about the total degree of express exclusion from the Convention, there was considerable, indeed exhaustive, discussion on this subject. The ques-

savoir si la Convention devait prévoir soit une règle de conflit soit une règle de fond, à propos du déséquilibre des avantages que peuvent obtenir le conjoint survivant et les enfants du conjoint décédé parce que, dans un système quelconque, la loi régissant les régimes matrimoniaux et la loi successorale seraient mal harmonisées sur le fond. C'est un problème qui se pose manifestement dans de nombreux pays, et diverses propositions ont été soumises à la Commission II. Personne n'a nié que des injustices puissent ainsi se produire, non seulement pour les couples mariés qui se déplacent d'une juridiction à une autre (dont la loi sur les régimes matrimoniaux diffère), mais aussi pour ceux qui restent établis dans la même juridiction pendant toute leur vie conjugale. Au niveau des conflits de lois le dépeçage entre le régime matrimonial et la loi successorale peut en lui-même produire des résultats injustes.

Toutefois, les délégations étaient partagées sur le point de savoir si la Convention devait essayer de résoudre ce problème indubitable. Certaines étaient fermement d'avis que la Convention devrait reconnaître un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux de l'Etat contractant, pour permettre au juge d'ajuster la répartition des biens produite par les régimes matrimoniaux et la loi successorale de cet Etat-là, et dans la mesure où un tel ajustement s'imposerait en bonne justice. D'autres seraient allés plus loin et auraient accordé au juge cette faculté discrétionnaire, quelle que soit l'origine de l'injustice. On a cité par exemple les libéralités faites par le défunt au cours de sa vie et l'incidence des trusts entre vifs. En revanche la majorité des délégations a paru convaincue par l'argument suivant lequel, parmi les pays et systèmes juridiques, la diversité est très grande en matière de régimes matrimoniaux: étant donné cette diversité, les effets réciproques des lois régissant ces régimes et des lois successorales ne constituent pas un domaine dans lequel la Convention puisse utilement intervenir. En réalité, la Convention risquerait de soulever des difficultés supplémentaires si elle contenait des dispositions à cet égard. On a estimé au demeurant que c'était là un problème que les systèmes juridiques peuvent résoudre et résolvent effectivement à leur manière. C'est ainsi que la délégation française a fait à la Commission un exposé très intéressant des techniques d'ajustement, de compensation et autres procédés utilisés en France et que la délégation du Royaume-Uni a indiqué que l'Angleterre, en tant que pays de *common law*, accorde à ses tribunaux de très larges pouvoirs pour examiner les libéralités entre vifs et les effets d'une répartition effective ou potentielle des biens matrimoniaux lorsqu'ils sont amenés à pourvoir aux besoins du conjoint survivant et de la famille à la mort du défunt.

On a relevé que la Commission pouvait 1) exclure de la Convention les lois relatives aux régimes matrimoniaux, 2) donner priorité à la loi successorale applicable ou à la loi régissant les régimes matrimoniaux ou 3) adopter une règle qui lui soit propre. Une des délégations a fait valoir que, si le principe de l'unité qui préside à la Convention devait être efficace, les solutions ne devaient pas être laissées à chaque Etat individuellement. On a également examiné dans quelle mesure les articles 6 et 15 de la Convention pourraient éventuellement entraîner des déséquilibres injustes entre les héritiers. Cependant, tout en décidant de ne pas exclure expressément de la Convention la coordination des lois régissant les régimes matrimoniaux et des lois successorales, la Seizième session a rejeté diverses propositions écrites tendant à traiter du rapport entre les unes et les autres dans la Convention et a décidé de conserver l'exclusion telle qu'elle est à présent conçue.

Alinéa d

46 Cet alinéa n'existait pas dans l'avant-projet de Convention, car la Commission spéciale, tout en reconnaissant la nécessité d'améliorer encore l'article, avait essayé, dans ce qui était alors l'article 9, d'exclure les accords donnant naissance à des droits de propriété durant la vie de toutes les parties intéressées. Au cours des travaux de la Commission II, il a été décidé d'intégrer pleinement le Chapitre III, Successions contractuelles, dans le corps de la Convention, ce qui a permis au Comité de rédaction (Doc. trav. No 69) de recommander de transférer l'article d'exclusion du Chapitre III au Chapitre I, Champ d'application de la Convention. Par la suite l'article 1.2d a été constamment et régulièrement perfectionné jusqu'à ce qu'on aboutisse au texte actuel vers la fin des travaux de la Commission II.

Le texte commençait ainsi: «[La Convention ne s'applique pas aux ... d] biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, ni aux plans de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.» (Doc. trav. No 69). Ce texte a été remplacé par: «aux biens ou droits créés ou transférés par contrat ou autrement que par succession, tels que biens et droits possédés conjointement...» (Doc. trav. No 80). En d'autres termes, les cinq premières lignes du Document de travail No 69 n'étaient pas suffisamment larges pour comprendre les transactions entre vifs et certaines délégations tenaient beaucoup à les exclure de la Convention.

Les termes du Document de travail No 80 ont été conservés dans le Document de travail No 85, mais, lors de l'examen de ce dernier, on a estimé que ces termes étaient ambigus, les exceptions «par contrat» aux accords n'ayant pas la clarté voulue pour faire la distinction qu'il s'agissait d'exprimer, et, dans le texte anglais, on pouvait difficilement dire que les «assets» «arise». Le Document de travail No 103 a changé l'ordre des deux premiers mots (trois en anglais) et le texte actuel est paru dans le Document de travail No 2 de la Session plénière.

Néanmoins, tandis que certaines délégations déclaraient que les types de transactions entre vifs qui faisaient l'objet de la discussion étaient inconnus dans leur système, d'autres considéraient que, malgré les changements de rédaction déjà mentionnés, certains doutes subsistaient pour les Etats qu'ils représentaient quant à la validité future des transactions pouvant intervenir entre le public et les banques, compagnies d'assurances et autres institutions financières. Cela tenait au fait que l'article 1.2d n'était pas suffisamment détaillé, et ces délégations ont proposé d'exclure spécifiquement les transactions en question. Néanmoins, et bien que cette suggestion n'ait pas été retenue, l'intention claire et évidente de ce texte est que toutes les transactions avec les institutions financières de toute espèce sont désormais expressément exclues par l'alinéa d. Pour dissiper tout doute à ce sujet, cela signifie que, par exemple, les comptes bancaires multiples – alimentés par une personne qui conserve des droits sur le compte sa vie durant, alors qu'une autre, X, est désignée comme pouvant prélever le solde au décès de la première – sortent du cadre de la Convention, celle-ci n'ayant aucun effet sur l'exécution des obligations des institutions financières.

Il convient de souligner que le mot «interests», employé dans le texte anglais, ne signifie pas seulement ou ne vise pas seulement les «equitable interests», expression familière dans le système de *common law*. Les «property rights» désignent un ou plusieurs droits de cette nature, susceptibles d'être créés ou cédés autrement que par

tion was whether the Convention should provide either a conflicts rule or a substantive rule to deal with the imbalance of benefits that may befall the surviving spouse and the children of the deceased spouse as the result in any jurisdiction of the ill-matched substance of the matrimonial property law and the succession law. This is a problem evidently experienced in many jurisdictions, and a number of proposals were put before Commission II. No one denied that injustices can thereby come about, not only to those married couples who move from one jurisdiction to another (the matrimonial property laws of each being different), but to those who remain within the same jurisdiction all their married lives. At the conflicts of law level the *dépeçage* between the matrimonial property law and succession law may itself produce injustices of result.

However, delegations were divided as to whether the Convention should attempt to deal with this undoubted problem. Some delegations were decidedly of the view that the Convention should confer a discretion upon the court of the Contracting State, enabling the judge to adjust the property distribution produced by his matrimonial property and succession laws where and to the extent that equitable adjustment is needed to produce fairness. Others would have gone further and given the judge such a discretion, however the injustice results.

For example, gifts by the deceased in his lifetime and the impact of *inter vivos* trusts were cited. On the other hand, the majority of delegations appeared persuaded by the arguments that among the countries and jurisdictions there is a very large amount of diversity in matrimonial property laws, and that, given this diversity, the interrelationship of those laws with succession laws was not something which the Convention could usefully assist. Indeed, the Convention might give rise to added difficulties, were it to contain provisions on the subject. In any event, it was felt, this is a problem which jurisdictions can and do deal with in their own way. For instance, the French delegation gave a most interesting presentation to the Commission describing the adjustment, compensation, and other techniques employed in France, and the United Kingdom delegation reported that England as a common law country gives its courts extensive powers to look into *inter vivos* gifts and the effects of actual or potential marital property distributions when making provisions for the surviving spouse and family on the death of the deceased.

It was noted that the Commission could (1) exclude matrimonial property laws from the Convention, (2) give priority to the applicable succession law or to the matrimonial property law, or (3) devise a rule of its own. It was also a reflection made by one delegation that, if the unity principle behind the Convention was to be effective, solutions should not be left to each individual State. The impact of Articles 6 and 15 of the Convention in possibly producing unjust imbalances among heirs was also canvassed. However, while deciding not expressly to exclude the co-ordination of matrimonial property laws and succession laws from the Convention, the Sixteenth Session rejected a number of written proposals bringing the relationship of the two into the Convention, and decided to leave the exclusion as it is now worded.

Sub-paragraph d

46 This sub-paragraph did not exist in the preliminary draft Convention, because the Special Commission, though recognizing that the article needed further refinement, attempted in then Article 9 to exclude the agreements giving rise to property rights during the lifetime of all the parties involved. During Commission II the decision was made to integrate Chapter III, Agreements as to Succession, fully into the body of the Convention, and as a consequence the Drafting Committee (Work. Doc. No 69) was able to recommend moving the exclusion article out of Chapter III into Chapter I, Scope of the Convention. Thereafter Article 1(2)(d) was consistently and continuously refined until the present text was reached towards the close of Commission II. The text commenced as: '[The Convention does not apply to ... d] assets or interests owned jointly with right of survivorship, or to pension plans or insurance contracts, or arrangements of a similar nature.' (Work. Doc. No 69). This was changed to: 'interests, property rights or assets, arising under or transferred by contract or otherwise than by succession, such as in joint ownership ...' (Work. Doc. No 80). In other words the first five lines of Working Document No 69 were insufficiently comprehensive of the *inter vivos* transactions that some delegations were very anxious to see excluded from the Convention.

The language of Working Document No 80 was retained in Working Document No 85, but when Working Document No 85 was under discussion it was felt that that language was ambiguous because 'contract' exceptions to 'agreements' lacked the necessary clarity as to the intended distinction, and it was observed that 'assets' can hardly be said to 'arise'. Working Document No 103 changed the order of the first three nouns, and the text, as it now is, appeared in Working Document No 2 of the Plenary Session.

Nevertheless, while some delegations stated that their systems knew nothing of the kinds of *inter vivos* transactions that were under debate, other delegations considered that, despite the language changes already mentioned, there continued to be some doubt for their States as to the possible future validity of transactions entered into by members of the public with banks, insurance companies and other financial institutions. This was because of the lack of greater particularity in Article 1(2)(d), and these delegations proposed that the transactions in question be specifically excluded. However, though that was not done, it is the clear and evident intention of the text that all transactions with financial institutions of all kinds are now expressly excluded by sub-paragraph d. To put the matter beyond any possible doubt, this means that, for instance, multiple banking accounts – where the payor retains an interest for his life, and X is earmarked as the one to take the balance on the payor's death – are outside the Convention, and that financial institutions in the performance of their undertakings are not affected by the Convention.

It must be underlined that the word 'interests' does not mean or necessarily refer only to 'equitable interests', a term familiar in the common law system. 'Property rights' cover the one or more such rights that may be brought into existence or disposed of other than by way of succession, while an 'interest' refers to any recog-

succession, tandis qu'un «*interest*» vise toute combinaison reconnue de «*property rights*» pouvant être créés ou transférés dans ces conditions.

La difficulté essentielle qui s'est posée à la Commission était que le pacte successoral est une notion de droit civil et que la *common law* n'envisage ce domaine que sous l'angle des dispositions testamentaires et non testamentaires. Voir le paragraphe 92, *infra*. Dans les systèmes de *common law* il existe diverses solutions de remplacement du testament (*will substitutes*) ou transmissions non testamentaires qui constituent des dispositions entre vifs, et qui présentent une importance financière de plus en plus grande dans tous les pays développés appartenant à la *common law*. Il s'agit du trust entre vifs, des comptes bancaires conjoints avec réversibilité au profit du survivant, de l'assurance-vie avec désignation d'un bénéficiaire qui touche les montants stipulés dans la police au décès de l'assuré (lequel paye les primes), et de comptes de pension prévoyant le versement d'une annuité conjointe au pensionné et au survivant (*joint lives and survivor annuity*) avec réversion au profit de ce dernier si le pensionné prédécède. Il existe un cinquième «*will substitute*» qui est celui de l'occupation commune (*joint tenancy*) (normalement entre époux et concernant l'habitation conjugale) avec droit du survivant à la totalité. Aucun de ces procédés n'entraîne de «disposition à cause de mort» ni ne doit être considéré comme le faisant. L'article 1.2*d* vise à recouvrir tous ces succédanés de testament et à souligner que la Convention ne les concerne en aucune manière. Bien sûr, l'article 1.2*d* ayant un domaine très vaste couvrant toutes dispositions autres que celles à cause de mort, y compris des libéralités, de telles libéralités peuvent donner lieu à une obligation de rapport ou de réduction ou de prise en compte dans le calcul des pactes héréditaires selon la loi applicable en vertu de l'article 7.2*c*. Nonobstant la Convention ne détermine alors en aucune manière leur validité, leurs effets ou l'extinction de ces effets.

Article 2

47 La Commission spéciale avait conclu sans trop de difficulté que la Convention devait être de portée universelle, et c'est ce qui ressortait de l'avant-projet. La Seizième session a maintenu cette décision. Il en résulte que la Convention s'applique, que la loi applicable en vertu de la Convention soit ou non celle d'un Etat contractant.

C'est la Convention elle-même, comme le soulignait le Document de travail No 7, et non la loi régissant la succession, qui détermine que la loi d'un Etat non contractant peut être applicable si l'article 3 la désigne. De plus, comme la Convention elle-même fait rentrer dans son cadre les lois des Etats non contractants, l'auteur d'un testament, d'un pacte successoral ou d'une déclaration peut désigner la loi d'un Etat non contractant comme loi applicable en vertu de l'article 5.1.

Le Document de travail No 7, où figurait une proposition de la délégation française, a été adopté par la Commission II, et sa substance est reprise dans l'article 2 de la Convention. Il a été examiné en liaison avec l'article 4 actuel (voir les paragraphes 57 à 59, *infra*).

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

48 Ce chapitre précise comment la loi applicable doit être déterminée et les conséquences de cette détermination. L'article 4 applique dans un cas particulier les règles de conflit de la loi applicable quand cette dernière est celle d'un Etat non contractant, et l'article 7 énumère

les matières qui doivent être régies par la loi applicable (en dehors des cas où, pour certains biens spécifiés par le testateur, celui-ci a désigné une autre loi en vertu de l'article 6 et sous réserve de ses conditions). D'autres aspects qui ne sont pas énumérés à l'article 7.2 peuvent être soumis par le for au régime de la loi applicable si le for en tant qu'Etat contractant qualifie ces autres aspects de questions successorales.

Comme on l'a vu plus haut à propos des caractéristiques de la Convention (voir les paragraphes 25 et 26, *supra*), l'article 3 introduit le facteur objectif pour la détermination du droit applicable et l'article 5 le facteur de rattachement subjectif. Ce dernier est subjectif en ce qu'il dépend du choix du testateur; le premier est objectif parce que la Convention le prévoit en l'absence d'un choix ou d'un choix valide, ou quand le choix est simplement partiel comme prévu à l'article 6.

Aux termes de l'article 3 les circonstances de fait considérées sont toujours celles qui existent «au moment [du] décès» et jamais à un autre. Cela est à opposer à ce que prévoit l'article 5.1 (facteur de rattachement subjectif) et l'article 9 (pactes successoraux n'intéressant qu'une succession).

Article 3

49 Dans son avant-projet la Commission spéciale avait prévu un facteur de rattachement objectif qui, à une importante exception près, est demeuré plus ou moins inchangé. La texture délicate de l'article 3 est le fruit d'un compromis, mais le compromis lui-même est suffisamment convainquant, de sorte que la Commission II n'y a apporté qu'un seul changement. Celui-ci consiste dans l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article (voir paragraphe 53, *infra*).

Il importe de noter que l'exception prévue à l'article 3.2 n'autorise que la loi de la nationalité. Cela, comme on le verra, est à opposer à l'article 3.3 où le membre de phrase introduit par «à moins que» admet que l'Etat avec lequel le défunt aurait eu des liens plus étroits soit n'importe quel autre Etat. La raison de cette différence est que l'article 3 dans son ensemble prévoit toute une échelle de lois et que l'article 3.3 est considéré comme la dernière référence ayant trait aux cas marginaux. Lorsque l'article 3.3 est invoqué, c'est que les paragraphes 1 et 2 de l'article 3, n'ont pas apporté de réponse à la question posée. Aussi l'article 3.3 est-il plus large que précis, la précision caractérisant les paragraphes antérieurs du même article.

50 Trois facteurs de rattachement sont employés dans la formule consacrée par l'article 3, qui prévoit un seul de ces facteurs pour chacune des situations successivement envisagées. Les trois lois correspondantes sont la loi de la nationalité, la loi de la résidence habituelle et celle des «liens les plus étroits».

Au paragraphe 2 de l'article l'exception fait appel à la loi de la nationalité si celle-ci fournit le lien le plus étroit, mais au paragraphe 3 le membre de phrase introduit par «à moins que» fait référence à n'importe quelle loi à condition qu'elle ait des liens plus étroits avec le défunt. Au paragraphe 3, par conséquent, le lien le plus étroit est utilisé comme un facteur de rattachement indépendant.

51 La nationalité n'a guère besoin de définition ni de description et, comme la résidence habituelle, elle n'en reçoit aucune dans la Convention. La Commission spéciale et la Commission II ont estimé l'une et l'autre que ces termes techniques n'avaient pas à être explicités dans la Convention. Il incombe au for de décider si le défunt possède une nationalité (ou est apatride) et, au

nized combination of property rights that may be so created or transferred.

The essential difficulty which confronted the Commission was that the *pacte successoral* is a civil law concept, and the common law approaches this area in terms solely of testamentary and non-testamentary dispositions. See further paragraph 92, *post*. In common law jurisdictions there is a number of so-called 'will substitutes' or non-testamentary transfers of assets that constitute *inter vivos* dispositions, and they are of ever greater financial significance in all common law developed countries. They are the *inter vivos* trust, joint bank accounts where the survivor takes the balance, life insurance and the designation of a beneficiary to take the benefits of the policy on the death of the insured (and payor of the premiums), and pension provision accounts where the designated beneficiary takes the benefit of the account proceeds, by way of a joint lives and survivor annuity, in the event of the prior death of the pensioner. There is a fifth 'will substitute' and that is the joint tenancy (typically spousal and concerning the matrimonial home) with right of the survivor to take the whole. None of these devices gives rise to a 'disposition of property upon death', and should not be understood to do so. Article 1(2)(d) is designed to be embracive of these will substitutes, and to underline that the Convention is not concerned with them in any way. Of course, Article 1(2)(d) having a very broad scope covering all *inter vivos* dispositions including gifts, such gifts may give rise to an obligation to restore or account when determining the shares of beneficiaries under the law applicable under Article 7(2)(c). But even so the Convention does not in any way determine the validity of such gifts nor their effect or the extinction of those effects.

Article 2

47 The Special Commission concluded without too much difficulty that the Convention should be universal in its scope, and this was reflected in the preliminary draft text. The Sixteenth Session maintained this decision. As a result the Convention applies whether or not the law applicable under the Convention is that of a Contracting State.

It is the Convention itself, as Working Document No 7 underlined, not the law governing the succession, which determines that the law of a non-Contracting State, if designated by Article 3, may be the applicable law. Moreover, since the Convention itself brings the laws of non-Contracting States within the scope of the Convention, the maker of a will, a *pacte successoral*, or a declaration, may designate the law of a non-Contracting State as the applicable law under Article 5(1).

Working Document No 7, a proposal of the French delegation, was adopted by Commission II, and its substance appears in Article 2 of the Convention. It was discussed against the background and merits of what is now Article 4 (see paragraphs 57-59, *post*).

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

48 This chapter sets out the means by which the applicable law is to be determined, and the consequences of that determination. Article 4 in one particular circumstance applies the choice of law rules of the applicable law when the latter is that of a non-Contracting State,

and Article 7 lists matters which are required to be governed by the applicable law (unless for certain assets in the estate – the assets being decided upon by the testator – that testator has selected another law under authority of, and subject to the conditions of, Article 6). Other matters not listed in Article 7(2) may be subjected by the forum to the governance of the applicable law if the forum as a Contracting State characterizes those other matters as matters of 'succession'.

As previously stated in outline (see, *supra*, paragraphs 25-26), Article 3 puts in place the objective factor for determining the applicable law, and Article 5 the subjective connecting factor. The latter is subjective in that it is the testator's choice; the former is objective because it is put in place by the Convention in the absence of a choice or a valid choice, or when there is a mere partial choice under Article 6.

Under Article 3 the factual circumstances are always those 'at the time of [the deceased's] death', never at any other time. This is to be contrasted with Article 5(1) (the subjective connecting factor) and Article 9 (agreements as to succession and where only one estate is involved).

Article 3

49 The Special Commission in its preliminary draft of the Convention provided an objective connecting factor which, subject to one important exception, remains very much as it was then designed. Article 3 is a delicate fabric resulting from a compromise, but the compromise itself is sufficiently persuasive that Commission II made only one change to it. The change is the exception; it is contained in paragraph 2 of the article (see paragraph 53, *post*).

It is important to note that the exception in Article 3(2) only lets in the law of the nationality. This should be contrasted, as will be shown, with Article 3(3) where the 'unless' clause allows the more closely connected State to be any other State. The reason for the difference is that Article 3 as a whole provides a scale of laws and Article 3(3) was seen as an ultimate reference for the marginal case. When Article 3(3) is invoked, Articles 3(1) and 3(2) have failed to supply an answer to the question in hand. For this reason Article 3(3) is more comprehensive than precise, precision being a feature of the earlier paragraphs of the article.

50 Three connecting factors are employed in the formula that is Article 3, and the formula provides a single connecting factor for each of the sequence of situations described. The three are the law of the nationality, the law of the habitual residence, and the law of 'more close connection'.

In paragraph 2 of the article the exception invokes the law of the nationality if it is the closer connection, but in paragraph 3 the reference in the 'unless' clause is to any law provided it is more closely connected with the deceased. In paragraph 3, therefore, closer connection is used as an independent connecting factor.

51 Nationality hardly needs definition or description, and, like habitual residence, it receives neither from the Convention. The Special Commission and Commission II were both of the view that these words of art should not be delineated in the Convention. It is for the forum to decide whether the deceased has a nationality (or is a stateless person), and, should it determine that the

cas où il conclut que le défunt n'avait aucune nationalité à son décès, s'il est possible et nécessaire de lui en attribuer une. La Convention ne donne pas une règle spécifique pour les cas de double nationalité, la Commission II estimant que cette question aussi devait être abandonnée au for. En fait l'article 3.1 fournit bel et bien une règle pour le cas où une personne ayant deux nationalités décède en ayant sa résidence habituelle dans le pays d'une de ses nationalités – ce qui répondra sans doute à la plupart des situations de double nationalité (voir aussi paragraphe 61, *infra*). Néanmoins, pour répondre à une proposition tendant à ce que la Convention traite expressément de l'apatridie et de la double nationalité, en particulier aux fins de l'article 3.2, il a été souligné que les Conventions de La Haye laissent traditionnellement ces deux questions au for. Il peut être utile de se reporter à cet égard aux Conventions des Nations Unies sur la double nationalité et l'apatridie.

Pour ce qui est de la résidence habituelle, la pratique, dans les Conventions de La Haye, est désormais de préférer cette expression au terme «domicile», entaché d'indubitables bizarreries, telles que la réapparition du domicile d'origine. Alors que le «domicile» dépend avant tout de l'intention du *de cuius*, pour déterminer la résidence habituelle un poids plus égal est attribué à toute une série d'éléments. La résidence habituelle est essentiellement l'endroit auquel appartient le *de cuius*. Une personne ne peut avoir qu'une résidence habituelle, parce que c'est le centre de sa vie, le lieu auquel elle est le plus intimement associée par son style de vie. Pour déterminer quel est ce lieu, sa famille et ses liens personnels sont des éléments particulièrement importants. L'intention semble jouer un rôle plus discret comme élément de la résidence habituelle qu'elle ne le fait traditionnellement à propos du domicile; c'est pourquoi les juristes habitués à travailler avec le domicile comme facteur de rattachement hésitent à lui trouver un équivalent dans la «résidence habituelle», mais acceptent celle-ci pour finir comme solution de remplacement possible. La résidence habituelle est une présence physique régulière, d'une certaine durée, et une association nettement plus forte que la résidence «ordinaire», dont le *de cuius* peut posséder une ou plusieurs. Toutefois, les espoirs et les plans manifestes du *de cuius* sont aussi des éléments que peut légitimement prendre en considération celui qui est appelé à déterminer l'Etat de résidence habituelle.

Les «liens plus étroits» avec une loi apparaissent lorsqu'on examine les mêmes éléments en vue de découvrir si le centre de la vie personnelle et familiale du *de cuius* se trouvait en un lieu plutôt qu'en un autre. Là encore les considérations qui interviennent sont la nationalité du défunt, l'endroit où réside sa proche famille, ses liens personnels, la nature et la situation de son travail ou de ses affaires, le caractère permanent de son lieu de résidence (son foyer apparent), l'endroit où ses biens personnels se trouvent principalement situés, ses déplacements et les raisons de ces derniers.

Paragraphe 1

52 Si la nationalité et la résidence habituelle du défunt (le *de cuius*) coïncident au moment de son décès, la loi de l'Etat dont il s'agit est la loi applicable. Par exemple, un testateur, au moment de son décès, résidait habituellement dans l'Etat A et en avait la nationalité. L'Etat A est le for et c'est un Etat contractant. A sa mort le testateur possédait des biens dans l'Etat B, Etat contractant, et d'autres dans l'Etat C, non contractant. Cinq pour cent de ses avoirs se trouvaient dans l'Etat A. La loi de l'Etat A est la loi applicable. La réponse est la même si le défunt a rédigé un testament mais n'a pas

désigné de loi ou ne l'a pas désignée valablement ou s'il est mort intestat. On voit que le facteur de rattachement du paragraphe 1 conduit directement à l'Etat A, indépendamment du point de savoir si le défunt possédait des biens dans un autre Etat.

Si l'Etat A avait été un Etat non contractant, et que le for s'était trouvé dans l'Etat B (Etat contractant), la loi de l'Etat A eût encore été la loi applicable.

Il convient de noter que l'article 3.1 s'applique non seulement lorsque la nationalité et la résidence habituelle du *de cuius* ont toujours coïncidé, mais aussi, à l'autre extrême, lorsqu'un ressortissant installé toute sa vie à l'étranger retourne dans le pays de sa nationalité et y acquiert la résidence habituelle juste avant sa mort.

Le paragraphe 1 fournit une règle pour de nombreux cas de double nationalité, voir paragraphe 51, *supra*.

Paragraphe 2

53 Ce paragraphe et le paragraphe 3 concernent les cas où la nationalité et la résidence habituelle au moment du décès n'indiquent pas le même Etat.

Le paragraphe 2 prévoit que lorsque le défunt avait résidé dans un Etat pendant une période ininterrompue de cinq ans précédant immédiatement son décès, et y résidait habituellement à sa mort, la loi dudit Etat sera la loi applicable. Ceci veut dire que, aux fins de cet article, les cinq années de résidence habituelle débutent au moment où la résidence sans restriction (celle-ci étant à déterminer par le for) commence. Toutefois, même si ces conditions sont remplies, il existe des «circonstances exceptionnelles», et s'il peut «manifestement» être établi que le défunt avait «des liens plus étroits» avec l'Etat dont il possédait la nationalité, la loi de sa nationalité sera la loi applicable. Dans ses débats la Commission II a considéré cette exception comme une «clause de dérogation» à ne faire jouer que dans des circonstances véritablement inhabituelles.

Par exemple le défunt, à son décès, était ressortissant de l'Etat F, mais avait résidé sans interruption pendant six ans dans l'Etat E. Bien que les cinq premières années de cette résidence ne permettent pas de déterminer avec certitude s'il était ou non résident de l'Etat E, il ne fait pas de doute qu'il l'était au moment de son décès. La loi de l'Etat E est la loi applicable. Mais imaginons maintenant que d'autres circonstances soient à prendre en considération. Bien que le défunt ait vécu dans l'Etat E pendant cette période, c'est néanmoins son activité professionnelle dans l'Etat E qui l'a initialement conduit à s'y installer et à y rester. Il n'a aucun lien culturel avec l'Etat E et ne peut aucunement être considéré comme étant intégré dans cet Etat. Il conserve des relations d'affaires avec sa première patrie, l'Etat F, pays de sa nationalité, ses enfants vont à l'école dans l'Etat F, et quand il aura terminé son contrat il retournera dans cet Etat. Un tribunal peut fort bien conclure en l'occurrence que l'application de la solution prescrite par la première phrase de l'article 2 est inadéquate, et que la loi de l'Etat de sa nationalité présente avec lui «des liens plus étroits» que la loi de l'Etat E.

Il convient d'observer que, si l'Etat F n'était pas l'Etat de la nationalité du défunt mais néanmoins celui avec lequel il aurait eu les liens qui ont été évoqués, la loi de l'Etat E serait la loi applicable. Il n'existe aucune «clause échappatoire». La Commission II a examiné très soigneusement cette situation et a pris sa décision de propos délibéré pour maintenir l'équilibre entre la nationalité et la résidence habituelle dans cet article.

deceased was without a nationality at his death, whether a nationality can and should be deemed to be his. The Convention does not give a specific rule for dual nationality, Commission II being of the opinion that this too is a matter that should be left to the forum. In fact Article 3(1) does provide a rule for the case where a dual national dies habitually resident in the country of one of his nationalities, and this will probably meet most of the dual nationality situations (see also paragraph 61, *post*). However, in response to the proposal that the Convention expressly deal with the questions of dual nationality and statelessness, particularly for the purposes of Article 3(2), attention was drawn to the fact that Hague Conventions have traditionally left these two issues to the forum. Reference to the United Nations Conventions on dual nationals and stateless persons may usefully be made.

So far as habitual residence is concerned, it has become the practice of Hague Conventions to prefer this term to 'domicile' with its admitted oddities like revival of the domicile of origin. While 'domicile' is predominantly a question of the intent of the *de cuius*, habitual residence is determined by a more equal weighting of a range of elements. Essentially it is the place of belonging of the *de cuius*. A person can have only one habitual residence, because it is the centre of his living, the place with which he is most closely associated in his pattern of life. For the purpose of determining this place, his family and personal ties are particularly important elements. Intention appears to play a more muted role as an element in habitual residence than it traditionally has done in domicile, and this is why lawyers who are accustomed to working with domicile as a connecting factor hesitate before accepting the term, habitual residence, as an equivalent, but finally accept it as a possible alternative. It is a regular physical presence, enduring for some time, and a clearly stronger association than 'ordinary' or 'simple' residence, of which the *de cuius* may have had two or more. However, the manifest hopes and plans of the *de cuius* are also elements that may be legitimately considered by the person who would have to know which State is the habitual residence.

'More close connection' of a law is discovered by examining these same elements with a view to discovering whether the centre of the personal and family life of the *de cuius* was in one place more than another. Once again the considerations are his nationality, the location of his immediate family, his personal ties, the nature and location of his employment or business, the permanence of his place of residence (his apparent home), the principal situs of his personal assets, and his journeying and the reasons for the same.

Paragraph 1

52 If the nationality and habitual residence of the deceased (the *de cuius*) are the same at the death, the law of that State is the applicable law. For example, a testator at the date of his death was habitually resident in, and a national of, State A. State A is the forum and a Contracting State. At his death the testator had assets in State B, a Contracting State, and other assets in State C, a non-Contracting State. Five per cent of his assets at death were in State A. The law of State A is the applicable law. The answer is the same whether the deceased made a will but no choice or valid choice of law,

or he died intestate. It will be seen that the connecting factor in paragraph 1 leads straight to State A: it is irrelevant that the deceased had assets in another State.

Had State A been a non-Contracting State, and the forum had been in State B (a Contracting State), the law of State A would again be the applicable law. It should be noticed that Article 3(1) applies not only in cases where the nationality and the habitual residence of the *de cuius* have always coincided, but at the other extreme where a national, who has made his home abroad for all his previous life, goes to his country of nationality and acquires an habitual residence there just prior to his death.

Paragraph 1 provides a rule for many cases of dual nationality: see paragraph 51, *supra*.

Paragraph 2

53 This paragraph and paragraph 3 are concerned with situations where the nationality and habitual residence on the date of death do not point to the same State. Paragraph 2 provides that where the deceased has been resident in a State for five continuous years preceding his death, and he dies habitually resident in that State, the law of that State is the applicable law. This means that for the purpose of this article the five years of habitual residence commence from the time when unqualified residence (to be determined by the forum) began. However, where though the above is satisfied there are 'exceptional circumstances' and it can 'manifestly' be established that the deceased was 'more closely connected' with his national State, the law of his nationality is the applicable law. In its discussions Commission II conceived of this exception as an 'escape clause' to be used in genuinely unusual circumstances.

For example, the deceased at his death was a national of State F, but he had been resident continuously for six years in State E prior to his death. Though the first five years of that residence were markedly equivocal as to whether the deceased was or was not habitually resident in State E, there is no doubt at his death that that place was then his habitual residence. The law of State E is the applicable law. However, let it now be imagined instead that there are other circumstances to be considered. Though the deceased lived in State E during that period of time, nevertheless it was his business in State E which led to his being there in the first place and in remaining there. He has no cultural links with State E and cannot in any way be said to be integrated in that State. He has business ties with his first homeland, State F, the country of his nationality, his children go to school in State F, and upon completion of his contract will return to that State. A court might very well conclude in this case that the application of the solution prescribed by the first sentence of Article 2 is inappropriate, that the law of his national State was 'more closely connected' with him than the law of State E.

It should be noticed that, if State F were not the State of the deceased's nationality but nevertheless the place with which he had had the same associations, the law of State E is the applicable law. No 'escape clause' is available. Commission II considered this situation very carefully, and made its decision deliberately in order to maintain the balance of nationality and habitual residence within the article.

54 Lorsqu'à sa mort le défunt est ressortissant d'un Etat mais réside dans un autre Etat sans y avoir sa résidence habituelle ou sans que cette résidence ordinaire ait duré cinq ans ou cinq ans ininterrompus avant sa mort, la loi de la nationalité s'applique. Toutefois, si l'on peut démontrer à l'aide des éléments de preuve dont on dispose qu'au moment de sa mort le défunt avait «des liens plus étroits» avec tout autre Etat, c'est la loi de cet Etat qui sera la loi applicable.

Nous prendrons tout d'abord des exemples d'application de la loi de la nationalité, et montrerons ensuite comment ce résultat peut être modifié par la clause «à moins que». Par exemple, le défunt était à sa mort ressortissant de l'Etat G et résident – résident ordinaire – de l'Etat H. Il n'avait pas sa résidence habituelle dans l'Etat H lors de son décès. Le nombre d'années de sa résidence ordinaire dans l'Etat H est sans pertinence, et la loi de l'Etat G est la loi applicable. Supposons maintenant que, comme il arrive souvent dans les pays d'immigration, le défunt soit mort peu après son arrivée dans l'Etat H, mais en y ayant sa résidence habituelle. Si moins de cinq ans se sont écoulés, le paragraphe 2 ne s'appliquera pas et, en vertu du paragraphe 3, la loi de la nationalité, c'est-à-dire la loi de l'Etat G, sera la loi applicable. Comme autre possibilité, supposons que le défunt ait passé une première année dans l'Etat H (pays d'immigration) puis soit retourné pendant un an dans le pays de sa nationalité pour s'occuper d'un vieux parent, laissant pendant ce temps sa femme, ses enfants et son foyer dans l'Etat H. Il y retourne ensuite et y meurt au bout de quatre ans, après y avoir établi sa résidence habituelle. La première année et les quatre années supplémentaires ne peuvent s'ajouter pour arriver au chiffre nécessaire de cinq. La loi applicable sera celle de l'Etat G, l'Etat de sa nationalité. Nous pouvons supposer, pour plus de crédibilité, qu'à sa mort le défunt ne pouvait pas encore prétendre à la nationalité de l'Etat H; qu'il est mort, par exemple, intestat, encore jeune, à la suite d'un accident du travail.

La Commission spéciale et la Commission II ont examiné ces deux situations et les résultats qui en découleraient, ce qui explique la disposition commençant par «à moins que». Comme on l'a vu précédemment, la Seizième session tenait à préserver, dans tout cet article, l'équilibre entre la nationalité et la résidence habituelle comme facteurs de rattachement bien connus, mais, à cette occasion, et étant donné la nature du paragraphe 2, il n'était pas possible de retomber sur la résidence habituelle comme loi correspondant aux «liens plus étroits» qui pouvaient exister à d'autres égards. C'est pourquoi la disposition «à moins que» fait appel aux «liens plus étroits» avec un autre Etat et avec sa loi. Dans chacun des trois exemples précédents, s'il est possible de dire, d'après les éléments dont on dispose (liens personnels et familiaux, etc. ainsi qu'on l'a vu plus haut) que le défunt a des liens plus étroits avec l'Etat H qu'avec l'Etat G, la loi de l'Etat H est la loi applicable.

Qu'arrive-t-il, toutefois, s'il y a deux lois (ou plus) qui présentent des «liens plus étroits» avec le défunt à sa mort que la loi de sa nationalité? Par exemple, le *de cuius* quitte l'Etat de sa nationalité, l'Etat I, situé en Europe septentrionale pour vivre sous le doux climat de la Méditerranée. Il établit son foyer dans l'Etat J, où le rejoignent sa femme et son plus jeune enfant qui se trouvent encore dans son pays d'origine. Il s'intègre à l'Etat J et y construit pour finir la maison de ses rêves. Cependant, c'est un écrivain, et son éditeur exerce son activité dans l'Etat K, en Amérique du Nord. La personne dont nous parlons rend souvent visite à son éditeur dans l'Etat K, et y possède un pied-à-terre où il fait de

longs séjours, et lui et sa femme y ont de nombreux amis dans les milieux littéraires et artistiques. A son décès il n'a pas de famille dans l'Etat I, où il n'allait jamais. Il semblerait qu'il existe «des liens plus étroits» avec soit l'Etat J, soit l'Etat K. La Convention n'emploie pas les termes «les liens *les plus* étroits», mais c'est le sens qu'il faut lui attribuer dans l'exemple qui vient d'être donné. Telle était l'intention de la Commission II.

55 Les mots «loi de l'Etat», employés dans les trois paragraphes de l'article 3, doivent, lorsqu'ils sont utilisés à propos d'un Etat fédéral ou d'un Etat où coexistent deux ou trois systèmes juridiques ou encore des zones où des lois successorales différentes s'appliquent, être interprétés conformément aux articles 19 et 20.

56 L'article 3 peut également ne s'appliquer qu'à une partie des avoirs formant la succession. Cette situation résultera de l'application de l'article 6 et l'on y reviendra dans le commentaire de cet article.

Article 4

57 Cet article prévoit que, si la loi rendue applicable par l'article 3 est la loi d'un Etat non contractant et que les règles de conflit de la loi de ce dernier renvoient à la loi d'un second Etat non contractant, qui accepte ce renvoi, alors la loi de ce deuxième Etat non contractant s'applique. Il s'agit d'un renvoi au deuxième degré. Par exemple, le for, Etat contractant, applique l'article 3; la loi de la nationalité du défunt est celle qui ressort de cet article, et la nationalité du *de cuius* conduit à l'Etat L. Celui-ci est un Etat non contractant et, en vertu de ses règles de conflit, renverrait le sort de toute la succession au domicile du *de cuius*. Ce domicile, d'après l'Etat L, est l'Etat M, autre Etat non contractant. En vertu de ses règles l'Etat M acceptera le renvoi et appliquera son droit interne. Aux termes de la Convention la loi de l'Etat M est donc valable et exécutoire pour cette succession parmi tous les Etats contractants.

Il a été souligné lors des débats de la Commission II, où cet article a pris forme, que ledit article ne s'applique en aucune autre circonstance que celles qui y sont spécifiées. Autrement dit, si l'Etat M, dans l'exemple qui a été fourni, devait renvoyer la question à l'Etat N, cela ne rentrerait pas dans le cadre de l'article 4 et la loi de l'Etat N ne serait pas reconnue comme s'appliquant valablement d'après la Convention. Il ne peut pas y avoir de renvoi à un Etat supplémentaire; et cela que cet Etat soit contractant ou non contractant. En second lieu, si l'Etat M devait renvoyer la question à l'Etat L (produisant ainsi un renvoi circulaire), cela aussi sortirait du cadre de l'article 4 (voir paragraphe 58, *infra*). Dans ces deux exemples (nouveau renvoi et renvoi en retour) l'article 4 ne s'applique simplement pas.

58 L'article 4 s'applique néanmoins – et il convient de le noter – même lorsque la loi applicable en vertu de la Convention est celle d'un Etat non contractant qui renverrait la question à un autre Etat non contractant pour seulement une partie de la succession ou des avoirs qui la composent. Par exemple, et c'est là le cas le plus commun et le plus probable, l'Etat L comme Etat non contractant dont la loi est la loi applicable en vertu de l'article 3 suit le principe de la scission. La scission est également adoptée par l'Etat M, auquel renvoie l'Etat L. Etant donné que les immeubles faisant partie de la succession du défunt se trouvent dans l'Etat M, la loi de l'Etat L renvoie la question de ces immeubles à l'Etat M, qui accepte le renvoi et leur applique sa propre loi. Toutefois, l'Etat L appliquerait sa propre loi aux biens meu-

Paragraph 3

54 Where the deceased dies a national of a State, but is resident in another State at his death without having an habitual residence there or without that ordinary residence having endured for five years or five continuous years prior to his death, the law of the nationality applies. However, if it can be shown from the evidence that the deceased at his death was 'more closely connected' with any other State, the law of that State is the applicable law.

We will first take instances of when the nationality law would apply, and then show how that result may be changed by the 'unless' clause. For example, the deceased died a national of State G, and a resident – ordinary or simple residence – of State H. He was not habitually resident in State H at his death. The number of years of his ordinary residence in State H is irrelevant, the law of State G is the applicable law. Alternatively, let it be supposed, as commonly occurs in immigration countries, that the deceased died shortly after his arrival in State H, but with an habitual residence in State H. If that short period is less than five years, paragraph 2 will not apply, and under paragraph 3 the law of his nationality, State G, applies. As another alternative, let it be supposed that the deceased spent a first year in State H (his immigrant country), and then returned for a year to his country of nationality in order to care for an elderly parent, leaving his spouse, children, and new home in State H for this time. Thereafter he returned to State H, but after four years died in State H, being then habitually resident there. The one year and the four years cannot be added together to make the necessary five. The applicable law will be the law of State G, his nationality. We may assume, in order to add credibility, that the deceased when he died was not yet eligible to obtain the nationality of State H; he died, for instance, intestate, a younger man, in an industrial accident.

The Special Commission and Commission II considered both these alternative situations and the results that would come about, and this explains the provision of the 'unless' clause. The Sixteenth Session, as previously noted, was anxious throughout this article to maintain a balance between nationality and habitual residence as familiar connecting factors, but on this occasion, because of the nature of paragraph 2, it was not possible to fall back on the habitual residence as the law of otherwise 'more close connection'. Consequently the 'unless' clause invokes the 'more close connection' with any other State and its law. In each of the above three examples if the deceased can be said on the evidence (looking to personal and family ties, etc., as previously discussed) to be more closely connected with State H than State G, the law of State H is the applicable law.

What happens, however, if there are two laws (or more) which are 'more closely connected' with the deceased at his death than the law of his nationality? For instance, the *de cuius* leaves his national State, State I, in northern Europe to live in the gentle climate of the Mediterranean. He sets up his home in State J, where he is joined by his wife and youngest child who is still living at home. Here he becomes part of the community and builds himself ultimately the home of his dreams. However, he is an author, and his publisher carries on business in State K in North America. He often visits his publisher in State K, and has a *pied à terre* there where he spends long periods of time and he and his wife have

many friends in authorship and the arts. He has no family in State I at his death, and never goes there. It would seem there is a 'more close connection' with either State J or State K. The Convention does not employ the term, the closest connection, but that is what it must be interpreted to mean in the example just given. That was Commission II's intention.

55 The words 'law of the State', in all three paragraphs of Article 3, when used in relation to a federal country or a country with two or more systems of law or with areas having different succession law rules, are to be interpreted in accordance with Articles 19 and 20.

56 It is also possible for Article 3 to apply to part only of the estate assets. This will happen as a consequence of the operation of Article 6, and will be dealt with in the commentary on that article.

Article 4

57 This article provides that, if the law made applicable by Article 3 is the law of a non-Contracting State, and that law's choice of law rules would refer to the law of a second non-Contracting State, which would accept the reference, then the law of that second non-Contracting State shall apply. This is a *renvoi* to the second degree. For example, the forum, being a Contracting State, applies Article 3; the law of the nationality of the deceased is intimated by that article, and the nationality of the *de cuius* leads to State L. State L is a non-Contracting State, and under its choice of law rules would refer the governance of the whole estate to the domicile of the *de cuius*. The domicile, according to State L, is State M, another non-Contracting State. State M under its rules will accept the reference, and apply its internal law. Under the Convention the law of State M for this estate is therefore valid and enforceable among all Contracting States.

It was emphasized in the debates of Commission II, wherein this article originated, that the article does not apply in any other circumstances than those specified in the article. That is to say, if State M in the example given were to refer the matter to State N, that would not be within the scope of Article 4 and State N's law would not be recognized as validly applied by the Convention. There cannot be a reference to yet a further State; and this must mean whether that further State be a Contracting or a non-Contracting State. Secondly, if State M were to refer the matter back to State L (creating a circular reference), that also would be outside Article 4 (see paragraph 58, *post*). In both these instances (reference further on and reference back) Article 4 simply does not apply.

58 However, Article 4 does apply – and this should be noted – even when the applicable law under the Convention is that of a non-Contracting State which would refer the matter on to another non-Contracting State so far only as part of the estate or its assets is concerned. For example, the likely most common example, State L as the non-Contracting State whose law is the applicable law under Article 3 follows the principle of scission. Scission is, also, the law adopted by State M, to which State L refers. Since the immovables in question in the deceased's estate are situated in State M, the law of State L refers the matter of those assets to State M which accepts the reference and applies its own law to the immovables. However, State L would apply its own law to the movables in the estate. The forum will there-

bles compris dans la succession. Le for appliquera donc la loi de l'Etat M aux immeubles (article 4) et la loi de l'Etat L aux meubles de la succession.

L'article doit être considéré conjointement avec l'article 17 qui traite le renvoi de la manière désormais familière dans les Conventions de La Haye, c'est-à-dire en l'excluant. L'article 4 est une exception à la règle de l'article 17, qui ne va pas plus loin que le deuxième Etat non contractant. Si la loi du premier Etat non contractant (Etat L) est la loi applicable en vertu de la Convention, et renvoie la question à la loi d'un autre Etat non contractant (Etat M) qui renvoie elle-même à la loi de l'Etat L, c'est cette dernière loi qui s'applique. Ce n'est pas à cause de l'article 4, dont les effets sont épuisés après le renvoi à l'Etat M. La loi de l'Etat L s'applique parce qu'elle est la loi applicable selon l'article 3. L'article 4 sert à reconnaître l'harmonie qui peut exister entre les Etats L et M. Si cette harmonie n'existe pas (parce que les Etats L et M ne s'accordent pas sur l'application de la loi de l'Etat M), l'article 4 n'a plus aucun rôle à jouer.

59 L'article a été vivement débattu au sein de la Commission II. Certaines délégations voulaient écarter l'article 17 de manière à permettre aux Etats contractants d'arrêter leur attitude sur le renvoi selon leurs propres méthodes et dans les délais qui leur conviennent, en particulier dans ce domaine de la succession où traditionnellement le renvoi joue un grand rôle. En revanche, d'autres délégations étaient totalement opposées au renvoi et désiraient s'en tenir à la solution désormais habituelle dans les Conventions de La Haye. Ces délégations étaient particulièrement préoccupées de ce que l'article 4 alors envisagé autorisait un renvoi partiel. On a pu voir, dans l'exemple ci-dessus concernant la scission, que l'on aboutissait dans ce cas à un renvoi partiel. Les délégations opposées au renvoi ont estimé que l'unité recherchée par la Convention était délibérément détruite lorsque l'article 4 entrait en jeu.

L'approche adoptée dans l'article 4 a prévalu, semble-t-il, parce que la plupart des délégations – dont une majorité substantielle appuyait le projet d'article – y ont reconnu le souci de ne pas détruire l'unité là où elle existe déjà. Si deux Etats non contractants peuvent parvenir à l'unité entre eux sur la loi qui doit s'appliquer, pourquoi détruire cette unité au nom d'une Convention qui recherche précisément celle-ci? On a estimé aussi que, à mesure que des Etats plus nombreux deviendraient parties contractantes, le recours à l'article déclinerait; entre-temps les Etats seront attirés par l'extension ainsi donnée à la Convention. De bonnes relations seront établies.

L'idée d'étendre le principe de l'article 4 de circonstances propres à l'Etat non contractant et mettant en jeu le facteur de rattachement objectif au facteur de rattachement subjectif (article 5) n'a obtenu aucun appui. Lorsque le testateur a désigné sa loi applicable, donner effet à celle-ci en même temps qu'à ses règles de conflit pourrait en réalité mettre en échec les attentes du testateur.

Article 5

60 Cet article permet de faire une *professio juris*. Voir le paragraphe 26 ci-dessus où l'article est décrit comme représentant une «caractéristique principale» de la Convention. L'article 5 doit également être examiné en conjonction avec l'article 6, l'un et l'autre se rapportant à la désignation de lois devant régir des questions de «succession» au sens de la Convention.

A première vue les paragraphes 1 et 4 de l'article 5 semblent se contredire. Le paragraphe 1 prévoit qu'une per-

sonne peut désigner une loi (sur quatre possibles) comme loi applicable régissant «l'ensemble de sa succession» et le paragraphe 4 que, «pour l'application du présent article», la désignation concerne «l'ensemble de la succession», mais seulement «sauf précision expresse contraire». La Commission II était parfaitement consciente de cette contradiction apparente et en a débattu longuement, mais l'explication en est parfaitement rationnelle. Le paragraphe 1 est la première et la principale disposition relative à la *professio juris*. Il énonce le principe essentiel de la Convention, à savoir qu'un choix entre les lois indiquées peut être fait pour régir la succession à l'ensemble du patrimoine du défunt lors de son décès. Il importe peu qu'il ait fait ou non un testament: le choix d'une loi régissant sa succession est valable en vertu de la règle de conflit de l'article 5 de la Convention. Le paragraphe 1 ayant dégagé les lois dont une peut être désignée, les paragraphes 2 et 3 portent sur les modalités de création et de révocation de la désignation. Le paragraphe 4 consiste en une règle obligatoire d'interprétation, complétant le paragraphe 1, qui exige du point de vue de la preuve que la loi désignée régisse «l'ensemble de la succession» aux fins de celle-ci, et cela que le défunt ait fait ou non un testament pour l'ensemble de son patrimoine ou, à titre de troisième possibilité, pour une partie de celui-ci. La restriction «sauf précision expresse contraire du défunt» fait référence à l'article 6, qui autorise le défunt à incorporer aux fins de sa succession les lois d'un ou plusieurs autres Etats ou territoires pour régir la succession de certains de ses biens ou de biens spécialement désignés, sous réserve des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 5.1. Tel étant le rôle des paragraphes composant l'article 5, et le rapport de cet article avec l'article 6, il s'agit maintenant d'examiner le sens et l'application de chacun des paragraphes de l'article 5.

Paragraphe 1

61 Ce paragraphe habilite le propriétaire du patrimoine à choisir une loi parmi quatre. Il peut désigner la loi de sa nationalité au moment de la désignation ou à celui de son décès, ou celle de sa résidence habituelle au moment de la désignation ou à celui de son décès. A la différence de l'article 3, l'article 5 n'impose aucune période de résidence avant qu'une personne soit autorisée à choisir la loi de sa résidence habituelle. A la seule condition que la résidence habituelle puisse être établie, si la loi désignée est celle de la résidence habituelle au moment de la désignation, cette désignation est valable. Toutefois, et mise à part l'application éventuelle de l'article 6, aucune autre loi n'est acceptée. On examinera par la suite le changement par le testateur de la loi qu'il a désignée. Comme on l'a vu plus haut, la Commission II a examiné de très près, et au vu de plusieurs propositions figurant dans des Documents de travail, si la loi du *situs* devrait aussi pouvoir être désignée, mais a rejeté pour finir toutes les propositions faites dans ce sens.

Sur le point de savoir si l'on ne pouvait désigner la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle qu'au seul moment du décès, ou bien au moment de la désignation, ou encore à l'un ou l'autre de ces moments, la Commission spéciale avait estimé que seul le moment du décès pouvait être retenu. Au sein de la Commission la majorité était d'avis que la question de la «succession» se pose au moment du décès, que des problèmes de conflit mobile peuvent surgir si l'on accepte le moment de la désignation et que, si l'objectif était d'obtenir la plus grande unité possible parmi les Etats contractants, il fallait qu'il n'y ait qu'un seul moment pour les successions testamentaires et les successions *ab intestat* parmi ces Etats. A la Commission II un changement d'attitude

fore apply the law of State M to the immovables (Article 4), and the law of State L to the movables in the estate.

This article should be read together with Article 17 which represents the now familiar response of the Hague Conventions to *renvoi*, which is to exclude it. Article 4 is an exception to the Article 17 rule. It operates only to the extent of reaching to the second non-Contracting State. If the law of the first non-Contracting State (State L) is the applicable law under the Convention, and it refers the matter in question to the law of another non-Contracting State (State M), but the law of State M refers the issue back to the law of State L, the law of State L applies. This is not because of Article 4 which is *functus* once it has referred the issue to State M. The law of State L applies because that is the applicable law under Article 3. The object of Article 4 is to recognize the harmony that may exist between State L and State M. If no harmony exists (States L and M do not agree that the law of State M applies), then Article 4 has no further role to play.

59 There was keen debate in Commission II on this article. Some delegations wished to see Article 17 removed and Contracting States be given the opportunity to develop their *renvoi* response in their own several ways and in their own time, particularly in this area of succession where traditionally *renvoi* has played a significant role. On the other hand other delegations were totally opposed to *renvoi*, and wished to maintain the now usual Hague response. Particularly were these delegations concerned that the then proposed Article 4 allowed a partial *renvoi*. It will be seen from the scission example, above, that partial *renvoi* in those circumstances is the outcome. Anti-*renvoi* delegations considered that the unity aimed for by the Convention was deliberately destroyed in the circumstances where Article 4 came into effect.

The approach taken by Article 4 prevailed, it would seem, because most delegations – and a substantial majority of delegations supported the proposed article – recognized it as an attempt not to destroy unity where it already exists. If two non-Contracting States are able to reach a point where there is unity between them as to which law shall apply, why destroy that unity in the name of the Convention which proclaims unity as its object? It was also felt that, as more States become Contracting States, the use of the article will decline; meanwhile, States will be attracted by the ‘out-reach’ of the Convention as here demonstrated. Good relations will be created.

Support for the idea that the principle of Article 4 should be extended from objective connecting factor circumstances involving the non-Contracting State to the subjective connecting factor (Article 5) as well, was not forthcoming. Where the testator has chosen his applicable law, to give it effect together with that law’s choice of law rules might actually be to defeat the testator’s expectations.

Article 5

60 This article enables a *professio juris* to be made. See, *supra*, paragraph 26, for a description of the article as a ‘main characteristic’ of the Convention. Article 5 should also be considered together with Article 6, for both are concerned with the designation of laws to govern matters of ‘succession’ under the Convention.

At first sight Article 5, paragraphs 1 and 4, may seem to be contradictory. Paragraph 1 provides that a person

may designate one of four laws to be the applicable law governing ‘the whole of his estate’, and paragraph 4 states that ‘for the purposes of this Article’ the designation governs ‘the whole of the estate’ but only ‘in the absence of an express contrary provision’. Commission II was well aware of and discussed at length this apparent contradiction, but it has a perfectly rational explanation. Paragraph 1 is the first and primary provision as to the *professio juris*. It sets out the main principle of the Convention, namely, that a choice between the stated laws may be made to govern the succession to all the deceased’s assets at his death. It does not matter whether he dies testate or intestate, the selection of a law to govern his estate is valid by force of the conflict rule of Article 5 of the Convention. Paragraph 1 having identified the laws one of which may be designated, paragraphs 2 and 3 are concerned with the mode of creation and revocation of the designation. Paragraph 4 is a binding rule of construction (or interpretation), complementing paragraph 1, which requires as a matter of evidence that the designated law is to govern ‘the whole of the estate’ for succession purposes, whether the deceased dies wholly testate, wholly intestate, or as a third possibility partly testate and partly intestate. The qualification ‘in the absence of an express contrary provision by the deceased’ is a reference to Article 6 which permits the deceased to incorporate into his succession the laws of one or more other States or jurisdictions to govern the succession to particular (or specified) assets in his estate, subject to mandatory provisions of the law applicable under Article 5(1).

That being the function of the paragraphs within Article 5, and the relationship of that article with Article 6, the task is now to examine the meaning and operation of each of the paragraphs in Article 5.

Paragraph 1

61 This paragraph empowers the estate owner to designate one of four laws. He may designate either the law of his nationality at the time of designation or of his death, or the law of his habitual residence at the time of designation or of his death. In this article, unlike Article 3, no residence period is required before a person may choose his habitual residence law. Provided only that habitual residence can be established, if the habitual residence at the time of designation is chosen, the designation is valid. Subject to the operation of Article 6, however, no other law is permitted. Change by the testator of his designated law is discussed later. As was earlier mentioned, Commission II considered very closely, and against the background of a number of working document proposals, whether the law of the situs should be another permitted designation, but finally rejected all the proposals made.

As to whether the designation might be of the nationality or habitual residence law at the time of death only, or of designation or either death or designation, the Special Commission had taken the view that the time of death was alone tolerable. It was felt by the majority in that Commission that the issue of ‘succession’ arises at the death, that problems might arise if the time of designation were permitted, and that, if maximum unity among Contracting States was to be obtained, there must be a single time for both testamentary and intestate successions among those States. Commission II revealed a shift in the majority’s viewpoint, and the most liberal position (Work. Doc. No 3) was early adopted which permits the *de cuius* to designate his nationality law or

de la majorité s'est produit et l'on en est venu à adopter rapidement la position la plus libérale (Doc. trav. No 3) qui autorise le *de cuius* à désigner la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle au moment où il procède à la désignation, ou encore la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle au moment de son décès. Une considération qui a joué est que la désignation adoptée dans la Convention pour les pactes successoraux est celle de la loi à la date du pacte, et une autre que des changements de résidence habituelle en particulier peuvent intervenir sans que le *de cuius* en soit conscient. Mais la cause essentielle du changement d'attitude semble avoir été que l'on s'est rendu compte que, si la date de désignation était admise, le *de cuius* pourrait organiser librement ses dispositions matrimoniales et sa succession, en sachant quelle loi s'appliquerait dans chaque cas et en pouvant faire en sorte que la même loi s'applique dans les deux cas. Dans l'ordre normal des choses, une désignation de la loi qui sera la loi de la nationalité ou la loi de la résidence habituelle (particulièrement de cette dernière) à la date de son futur décès n'est pas la plus favorable à une bonne planification de la succession du *de cuius*. C'est là une raison pour laquelle les dispositions entre vifs, réservant le cas échéant les droits du disposant sa vie durant, jouissent d'une telle popularité et sont utilisées de plus en plus à la place des dispositions testamentaires dans les juridictions de *common law*. Quand l'on tient compte aussi des considérations fiscales, la préférence pour les transmissions entre vifs ne fait que s'accroître.

Il importe de noter que, en désignant la loi d'une de ses nationalités en vertu de l'article 5.1, une personne ayant plusieurs nationalités peut écarter toute question concernant laquelle de ses nationalités devrait être prise en considération afin de déterminer la loi applicable. Ce sera la loi de la nationalité ainsi désignée par cette personne.

62 Il convient ici de dire un mot de certaines particularités. Le paragraphe 1 n'oblige pas le *de cuius* à faire une déclaration du genre: «La loi de l'Etat N, qui est mon Etat national au moment où je rédige cette déclaration écrite, devra régir ma succession.» Il peut exprimer son choix de cette manière s'il le désire, et la plupart des praticiens conseilleront à leur client d'utiliser une telle formulation parce qu'elle exprime avec précision les intentions du déclarant. Toutefois le texte du paragraphe semble garantir que, dès lors que le *de cuius* indique clairement si c'est la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle qu'il choisit, et si ce choix s'applique au moment de la désignation ou au moment du décès, la désignation sera effective. Bien qu'il soit préférable de désigner la loi de l'Etat choisi en citant le nom de cet Etat pour que la désignation soit tout à fait claire, le paragraphe 1 n'en fait pas une obligation. Pourvu que l'on sache clairement quelle loi le *de cuius* a désignée, cela suffit.

Un exemple montrera comment le paragraphe joue. Si l'intéressé déclare: «Je choisis la loi de ma nationalité pour régir ma succession», et possède une nationalité au moment de la désignation, mais une autre à son décès, on ne saura pas laquelle il désigne. Supposons qu'au moment de la désignation la loi de sa nationalité considère ces dispositions comme valides, le for ne peut pas l'en faire profiter et applique la loi de sa dernière nationalité. Il n'a simplement pas indiqué avec précision quelle loi, de quel Etat, il entendait choisir. La désignation est invalide et la loi selon l'article 3 prévaut. A titre de confirmation ce résultat est non moins inévitable si l'on suppose que les deux lois – des deux nationalités – tiennent les dispositions pour valides.

En fait il est peu probable qu'une personne capable lais-

sera sa désignation antérieure en l'état si elle change de nationalité, bien que le testateur ne puisse jamais ignorer qu'une perte de capacité signifie que le testament et une désignation faite ne sont plus révocables; mais il est possible d'imaginer que ce problème se pose quand la désignation est celle de la résidence habituelle. La résidence habituelle n'est pas une résidence ordinaire (ou simple), et, dans la grande majorité des cas, elle a peu de chances de susciter des problèmes, mais il peut arriver qu'une personne récemment installée dans la juridiction déclare en être un résident habituel ou y être domiciliée; il est hautement improbable qu'un tribunal puisse admettre cette prétention sur la base des faits. Néanmoins, si cette personne fait la déclaration suivante: «La loi de ma résidence habituelle régira ma succession», elle ne pourra pas profiter du fait que, bien qu'elle n'ait pas eu sa résidence habituelle dans ce pays au moment de la désignation, elle la possède à son décès. La désignation est invalide; elle n'indique pas une loi comme loi choisie, et ce serait encore le cas si l'intéressé avait été d'abord résident habituel du premier pays, puis résident habituel du dernier pays. Un *de cuius* qui prend sa retraite «au soleil» peut continuer à se considérer comme faisant partie de l'Etat d'où il vient, mais posséder tellement de liens personnels et familiaux avec le nouvel Etat que celui-ci sera sa résidence habituelle selon la loi. Dans sa désignation, on doit voir clairement quelle loi il a choisie, et il doit être résident habituel de l'Etat dont il a choisi la loi.

Cependant, il est à noter que la loi du for peut contenir des règles en dehors du domaine de la Convention qui rendent les dispositions des deux exemples donnés néanmoins valides. Par exemple, selon une règle d'interprétation traditionnelle des pays de *common law*, une disposition testamentaire doit être interprétée comme si elle avait été faite au moment de la mort. Par conséquent, dans ces pays une disposition même si elle ne précise pas que la nationalité ou la résidence habituelle est celle du moment de la mort ou celle du moment de la désignation sera toujours interprétée comme si elle avait été faite au moment de la mort.

Une autre situation encore peut se présenter concernant l'article 5.1. Il est concevable que le *de cuius* ne spécifie pas la «nationalité» ou la «résidence habituelle» pour identifier la loi de l'Etat qu'il a désignée, mais se contente de faire référence à la loi d'un certain Etat. Il peut écrire par exemple: «Je désigne la loi de l'Arcadie pour régir ma succession.» L'Arcadie n'est pas l'Etat de sa nationalité ni celui de sa résidence habituelle au moment de la désignation, mais il y a sa résidence habituelle à son décès. A condition que le for puisse considérer sa désignation comme «exprimée», le paragraphe 1 fait bénéficier le *de cuius* de toute ambiguïté qui peut exister entre les moments de la désignation et du décès.

63 Les désignations ne doivent pas être faites à la légère, et il y a évidemment avantage à prendre conseil d'un spécialiste, en particulier quand il s'agit d'une institution aussi nouvelle que celle-ci. Il ne faut jamais laisser s'écouler trop de temps avant de réexaminer un testament, mais la désignation de la loi applicable constitue désormais un autre cas dans lequel le réexamen revêt une haute importance. Par exemple, un testateur désigne dans ses dernières volontés la loi de l'Etat N, Etat de sa nationalité, pour régir sa succession. Vingt ans plus tard, ayant résidé habituellement depuis bien des années dans un Etat voisin, il décède sans avoir modifié son testament d'il y a vingt ans. La loi applicable reste la loi de l'Etat N.

64 Le *de cuius* spécifie en vertu du paragraphe 1 quelle loi de quel système régira sa succession. Il ne désigne pas la loi de l'Arcadie, telle qu'elle existe en substance

his habitual residence law at the time of designation, or his nationality law or habitual residence law at the time of his death. One consideration entertained was that the designation adopted in the Convention for *pactes successoriaux* is the law as of the date of the agreement, and another was that changes in habitual residence in particular might occur without the *de cuius* realizing what had occurred. But the primary cause of this shift of opinion seems to have been the realization that, if the date of designation were permitted, the *de cuius* might plan his matrimonial property arrangements and his provisions for succession to his estate freely, knowing which law will apply to each and being able to have the same law apply to both. In the nature of things a designation of the law that will be the nationality law or the habitual residence law (particularly the latter) on his eventual date of death is not conducive to the best estate planning for the *de cuius*. This is one reason why *inter vivos* dispositions, with perhaps the reservation of life interests to the disposer, are so very popular and increasingly used in lieu of will disposition in the common law jurisdictions. When taxation considerations are also taken into account, the preference for *inter vivos* transfer becomes even more marked.

It is important to note that by designating the law of one of his or her nationalities under Article 5(1) a person with more than one nationality can eliminate any question as to which of his or her nationalities should be taken into account in order to determine the applicable law. It will be the law of the nationality so designated by that person.

62 Some particularities should be given. Paragraph 1 does not require of the *de cuius* that he state something like, 'The law of State N, being my national State at the time of my making this written statement, is to govern my succession.' He can state his choice in that way, if he wishes, and most practitioners will instruct their clients to use wording like this because it is precise as to what is intended. However, the wording of the paragraph seems to ensure that, as long as the *de cuius* makes it clear whether it is the nationality law or the habitual residence law he is choosing, and whether it is the chosen law at the time of the designation or at the time of his death, that designation will be effective. Though it is preferable that he designate the law of the chosen State by the name of that State, because this makes the designation paramouly clear, paragraph 1 does not make that requirement. Provided it is clear which law he is designating, that is enough.

An example will show how the paragraph operates. If he says in his statement that 'I elect the law of my nationality to govern my succession', and he has one nationality at the time of making the designation, but another at the time of his death, there is a problem as to which he is choosing. Let it be supposed that the law of his nationality at the time of designation would regard those dispositions as valid. The forum cannot give him the benefit of the situation and apply the law of the last nationality. He has simply not made it clear which State's law he intended to choose. The designation is invalid and the Article 3 law will apply. That result is confirmed as inevitable if one assumes alternatively that both laws of nationality would regard the provisions as valid. In actual fact it is unlikely that a capacitated person will

do nothing about his earlier designation when he changes his nationality, though the testator can never overlook the fact that loss of capacity means that the will and a designation are no longer revocable, but it is possible to imagine this problem arising with designation of the habitual residence. Habitual residence is not ordinary (or simple) residence, and it is not likely in the great majority of cases to provide problems, but it can happen that a person recently arrived in the jurisdiction declares himself to be an habitual resident or domiciliary of the jurisdiction, when a court is most unlikely to uphold that opinion on the facts. Nevertheless, such a person, making a designation to the effect that 'the law of my habitual residence shall govern my succession', may derive no advantage from the fact that, though he did not have the habitual residence of that jurisdiction at the time of designation, he did have it at the time of his death. The designation is invalid; it does not point to a chosen law, a result which would follow even if he were an habitual resident first of the former jurisdiction and then successively of the latter jurisdiction. A *de cuius* who retires to the sunbelt may continue to think of himself as part of the State from which he has come, but have so much by way of personal and immediate family ties with the new State that this is his habitual residence in law. In his designation it must be clear which law he has chosen, and he must be an habitual resident of the State whose law he has chosen.

However, it should be noted that the law of the forum may possess rules not within the scope of the Convention, but which render the above two examples nevertheless valid and effective. For instance, in common law jurisdictions it is a traditional rule of construction of meaning that a testamentary disposition speaks from death. Consequently in those jurisdictions the statement containing the designation may be understood to refer to the nationality or habitual residence at the death of the *de cuius*, though his language did not make it clear whether he intended the time of the designation or the time of his death.

Yet another situation may arise concerning Article 5(1). It is conceivable that the *de cuius* does not specify the choice of his 'nationality' or of his 'habitual residence' to identify the law of the State he has chosen, but his statement refers merely to the law of a certain State. For example, he writes, 'I designate the law of Arcady to govern my succession'. The State of Arcady is not his nationality or his habitual residence at the time of the designation, but at his death it is his habitual residence. Provided the designation can be found by the forum to be 'express', paragraph 1 gives the benefit of any ambiguity as between the times of designation and death to the *de cuius*.

63 Designations are not to be made lightly, and professional advice is obviously an advantage, particularly for an institution like this which is so new. Long passages of time should never be allowed to pass before a will is reviewed, but applicable law designation is now another instance of where review is very important. For instance, a testator designates in his will the law of State N, his nationality, to govern his succession. Twenty years later, habitually resident for many years in a neighbouring State, he dies leaving the will of twenty years ago as his last will and testament. The law applicable remains the law of State N.

64 The *de cuius* designates under paragraph 1 the law of which *jurisdiction* is to apply to govern his succession. He does not designate the law of Arcady, as that law

au moment de la désignation ou à celui de son décès. Si la loi de l'Arcadie est la loi applicable, et quels que soient les termes de sa désignation, la loi matérielle de l'Arcadie qui régira sa succession sera la loi en vigueur à son décès. Il en résulte que, si l'Etat d'Arcadie, au moment de la désignation, considèrerait (par exemple) le testament comme invalide en raison d'un vice de consentement, mais a changé sa loi matérielle au moment du décès du *de cuius* de telle sorte que le testament est désormais valide, le testament bénéficiera de cette validité selon les termes du paragraphe 1 de l'article 5.

Paragraphe 2

65 Ce paragraphe traite de questions relatives à la forme de la désignation et à l'existence d'un consentement véritable de la part de son auteur. La première phrase exige que la désignation soit « exprimée » dans une « déclaration », et il résulte de cette formulation neutre que la désignation peut être faite dans un testament ou autre acte testamentaire, dans un pacte successoral ou dans une déclaration dont la teneur se limite à la désignation de la loi applicable régissant la succession. Autrement dit, la déclaration ne dispose de rien, contrairement à ce que l'on attendrait d'un testament, pas plus qu'elle ne constitue ni n'enregistre un pacte successoral. La Commission spéciale et la Commission II ont l'une et l'autre débattu du degré de clarté qu'il conviendrait d'exiger dans l'expression d'une désignation. La désignation tacite ou implicite est rejetée par la Convention, mais la Seizième session a finalement conclu qu'il y avait peu de différence entre une désignation « clairement exprimée » ou simplement « exprimée », puisqu'on exige seulement que le juge, le notaire ou le *solicitor* ou *attorney* n'ait aucune difficulté à constater qu'une désignation a été faite. Les mots « exprimée dans une déclaration » visent à énoncer cette idée; la « déclaration », semble-t-il, peut être verbale si la loi régissant la validité formelle le permet. Si les règles de conflit du for comprennent la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, la validité formelle des testaments et codicilles sera appréciée en fonction de la Convention mais, pour ce qui est des pactes successoraux et des Etats n'ayant pas adopté la Convention de La Haye susmentionnée, les règles de conflit du for décideront de la loi régissant la forme. Comme on l'a déjà vu, c'est au for qu'il appartient d'apprécier le sens de la « validité formelle ».

La Commission II a également discuté de l'emploi des termes « à cause de mort » dans le texte français pour désigner tous les types de dispositions déployant leurs effets lors du décès du *de cuius*. On a été ainsi conduit à adopter en anglais les mots « *dispositions of property upon death* » (souligné par nous), expression plus large que « *testamentary dispositions* », et qui amène en conséquence à se demander comment les juridictions qui décideront de formuler une réserve à propos des pactes successoraux devront interpréter l'article 5.2. La Commission a estimé qu'il était bien préférable de conserver la formulation large (« *disposition of property upon death* ») et que les appréhensions des Etats qui voudraient faire des réserves étaient apaisées par les termes de la réserve au Chapitre III (prévue à l'article 24.1a). La question de savoir si les préoccupations des Etats qui dénoncent le Chapitre III sont également dissipées par la réserve, sera examinée dans le commentaire sur cet article. Il convient donc de noter que l'article 5, paragraphes 2 et 3, vise toutes les dispositions à cause de mort, qu'elles se présentent sous la forme de testaments ou de

pactes successoraux. D'où l'importance qui s'attache aux exclusions expresses de l'article premier, ce qui fait que le présent article doit être aussi considéré conjointement avec l'article premier.

66 Il importe de noter que, bien que « l'existence et la validité au fond » du testament ou du pacte (ou de toute autre disposition à cause de mort), pour ce qui concerne l'entendement ou le consentement du *de cuius* lorsqu'il fait une désignation, soient régies par la loi désignée, elles n'englobent pas la validité au fond de la *professio juris* elle-même. La loi applicable désignée n'a pas le pouvoir de refuser de reconnaître la validité au fond de la désignation du *de cuius* qui respecte les termes de la Convention, et cela que la loi applicable soit celle d'un Etat contractant ou non contractant. La *professio juris* est matériellement valide en vertu de la Convention elle-même.

Le paragraphe 2 de l'article 5 touche à des questions comme l'erreur, la fraude, la contrainte ou la captation qui mettent toutes en cause la libre volonté du *de cuius* quand il a effectué la désignation. La question posée à la loi désignée est celle-ci: la désignation était-elle un acte volontaire de la part du *de cuius*? Cela correspond à la solution appliquée par l'article 10 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, où une distinction est faite entre la possibilité pour une partie de faire un choix et la validité du choix effectué; la Commission II a considéré qu'il convenait de suivre ce précédent dans la présente Convention.

Dans certains systèmes de droit civil un codicille à un testament ne peut renfermer que des dispositions mineures et n'a donc pas à revêtir une forme notariée. Il appartiendra à l'Etat contractant en tant que for de décider si un codicille non notarié, représentant une « disposition à cause de mort », peut être considéré comme un véhicule acceptable pour une désignation, ou s'il est à rejeter pour quelque chose d'aussi important que le choix de la loi applicable à l'ensemble de la succession.

Paragraphe 3

67 La révocation d'une désignation doit 1) être faite par l'auteur de la désignation et 2) revêtir une forme agréée par la loi indiquée par les règles de conflit de for pour la révocation d'une disposition à cause de mort. Le paragraphe englobe manifestement les révocations faites par l'auteur de la désignation comme, par exemple: a) l'incorporation d'une clause de révocation dans un testament ultérieur; b) la rédaction d'un instrument totalement incompatible avec un instrument testamentaire antérieur, mais qui ne révoque pas expressément celui-ci; c) dans certains systèmes le fait pour le testateur de brûler, déchirer ou détruire de toute autre manière un testament (d'où les mots « en la forme » plutôt que « formelle »), et d) un instrument révoquant un pacte successoral antérieur comportant des dispositions à cause de mort.

Il convient toutefois de noter que le paragraphe n'exclut pas d'autres modalités de révocation, par exemple en vertu de la loi (« *ex lege* »).

Les règles de conflit du for relatives aux conditions de forme conduiront à déterminer si une révocation peut revêtir le caractère d'un acte de l'auteur ou se produire par l'effet de la loi. Si la révocation peut avoir l'un ou l'autre caractère, le for pourra aussi dire si un tel acte ou un tel effet s'est produit dans un cas particulier. On peut bien entendu soutenir que le mariage et le divorce sont des actes du *de cuius*, s'inscrivant dans un contexte particulier et qui ont des connotations juridiques. Dans certains systèmes juridiques le mariage révoque un tes-

substantively is at the time of designation or of his death. If the law of Arcady is the applicable law, whatever language of designation he uses the substantive law of Arcady that will apply to govern his succession will be that which prevails at his death. It would follow that, if the State of Arcady at the time of designation would regard the will as invalid (by way of example) for reasons of lack of consent, but the State of Arcady has changed its substantive law by the time of the death of the *de cuius* so that the will would then be valid, the benefit of that validity is accorded to the will under the language of paragraph 1 of Article 5.

Paragraph 2

65 This paragraph deals with issues concerning the form of the designation and the existence of the designation maker's real consent to the making of a designation. The first sentence requires the designation to be 'expressed' in a 'statement', and it is provided via this neutral language that the designation may be made in a will or other testamentary act, in a *pacte successoral*, or in a declaration whose sole content is the designation of an applicable law to govern the succession. That is, the declaration disposes of nothing, as a will would be expected to do, nor does it constitute or record any agreement as to succession. The Special Commission and Commission II were both involved in discussion over what degree of clarity should be required for the expression of a designation. The implied designation is rejected by the Convention, but the Sixteenth Session finally concluded that whether the designation had to be 'clearly expressed' or be 'expressed' made little difference, since all that is being said is that the judge, the notary or the solicitor or attorney must have no difficulty in seeing that a designation was made. 'Expressed in a statement' is intended to have that meaning; the 'statement', it would appear, may be oral if the law governing the formal validity will permit that. If the forum conflict rules incorporate the *Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*, the formal validity of wills and codicils will be assessed in light of the Convention, but, as to *pactes successoraux* and States where the last mentioned Hague Convention has not been adopted, the conflict rules of the forum will decide what law governs form. The meaning of 'formal validity' is, as previously noted, for the forum.

Commission II also discussed the utilization of '*à cause de mort*' in French to embrace all types of disposition having their force and effect on the death of the *de cuius*. It necessitated the adoption of the phrase in English 'dispositions of property upon death' (emphasis supplied), a term which is more embracing than 'testamentary dispositions', and gives rise to a consequent question as to what interpretation those jurisdictions which decide to make a reservation on *pactes successoraux* should put upon Article 5(2). The Commission decided that it was much preferable to retain the comprehensive phrase ('dispositions of property upon death'), and the apprehensions of reserving States on Chapter III are met in the terms of the Chapter III reservation (Article 24(1)(a)). Whether the concerns of Chapter III denouncing States are also met by the reservation is discussed in the commentary on that article. It should therefore be noted that Article 5, paragraphs 2 and 3, make reference to all dispositions of property upon death, whether in the form of wills or agreements as to succession. Hence the importance attaching to the ex-

press exclusions of Article 1, and why this article also should be read together with Article 1.

66 It is important to note that, though the 'existence and material validity' of the will or agreement (or any other disposition upon death) concerning the understanding and consent of the *de cuius* to what he is doing in making a designation is governed by the law chosen, 'existence and material validity' does not include the material validity of the *professio juris* itself. The chosen applicable law has no power to refuse material validity to the choice of the *de cuius* who adheres to the terms of the Convention, whether the applicable law is that of a Contracting or of a non-Contracting State. The *professio juris* is materially valid by the authority of the Convention.

Paragraph 2 of Article 5 is concerned with issues such as mistake, fraud, duress and undue influence, all of which attack the free willingness of the *de cuius* in entering upon the designation. The question asked of the chosen law is this: was the designation a voluntary act on the part of the *de cuius*? This is the solution of Article 10 of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*, where distinction is drawn between the permissibility of party choice of law and the validity of the particular choice, and Commission II thought the precedent should be followed in the present Convention also. In some civil law jurisdictions a codicil to a will is permitted to contain only minor dispositions, and therefore need not be in a notarial form. Whether a codicil in other than notarial form as a 'disposition of property upon death' can be regarded as an acceptable vehicle for a designation, or it should not be available for so significant a matter as a designation of the applicable law for the whole estate, is for the Contracting State as the forum to decide.

Paragraph 3

67 Revocation of a designation must (1) be made by the maker of the designation, and (2) be in a form approved by the law referred to by the conflict rules of the forum for the revocation of a disposition of property upon death. Clearly included within the paragraph are revocations by act of the maker, as, for example, (a) the incorporation of a revocation clause in a later will, (b) the execution of an instrument which is wholly incompatible with an earlier testamentary instrument, but which does not expressly revoke that earlier instrument, (c) in some jurisdictions the burning, tearing or other physical destruction of the will by its maker (hence the words 'as to form' instead of 'formal'), and (d) a revocatory instrument of an earlier agreement as to succession disposing of property upon death.

However, it should be observed that the paragraph does not exclude revocation by other occurrences, such as operation of law (*ex lege*).

The conflict rules of the forum as to the requirements for form will lead to a determination as to whether a revocation may take the character of an act by the maker or an occurrence by operation of law. If the revocation may be of either character, the forum will also have an answer as to whether such an act or operation has occurred in any particular instance. It is clearly arguable that marriage and divorce are each acts of the *de cuius* in a particular setting having legal connotations. In some jurisdictions marriage revokes a will, and in some juris-

tament et, dans certains, il en va de même pour le divorce. La Commission II a examiné la question de la révocation *ex lege*, et une proposition a été présentée, puis retirée, pour dire que la validité matérielle de la révocation *ex lege* serait soumise à la loi désignée. Il est cependant apparu que l'on n'a connaissance d'aucun cas où la révocation *ex lege* ait affecté une *professio juris* contenue dans un testament, et la Convention ne dit donc rien de ce problème. Dans ces conditions, si des questions se posent, le for décidera comment il convient d'y répondre. Quant à savoir s'il y a révocation de la clause de désignation de la loi, l'expérience montrera peut-être qu'il est fait référence à la *lex successionis*, ou éventuellement au régime matrimonial ou au statut personnel du *de cuius*. Les systèmes juridiques peuvent régler ce problème de bien des manières.

Le paragraphe 3 n'exige pas que la révocation soit «exprimée», comme le faisait le paragraphe 2 pour la désignation, et l'absence de cette précision dans le paragraphe 3 s'explique par le fait que bien des systèmes juridiques admettent la révocation tacite d'une disposition à cause de mort, et que la Convention prévoit cette possibilité. Ce qui ne veut pas dire, semble-t-il, que la Seizième session ait entendu nier que des problèmes analogues à ceux que soulèveraient des désignations tacites puissent être posés par les révocations tacites; il s'agit simplement de la reconnaissance de règles existantes.

La révocation s'effectue conformément aux termes de la Convention et est donc autorisée par celle-ci. Les dispositions auxquelles la Convention s'applique sont les mutations qui se produisent au décès du *de cuius* et non pas auparavant. En conséquence, et en supposant que le disposant conserve sa capacité, l'instrument de disposition est révocable par la ou les parties intéressées (unilatéralement s'il s'agit de testaments, bilatéralement ou multilatéralement s'il s'agit de pactes successoraux) jusqu'au moment de leur décès. De la sorte, et c'est ce qui résulte implicitement de la Convention, une désignation est révocable et une nouvelle désignation peut être faite aussi souvent que le testateur ou les parties au pacte successoral le désirent.

Un pacte successoral peut-il contenir une clause autorisant les parties à modifier d'un commun accord la loi applicable désignée en vertu de l'article 5.1? Les parties prévoient que, pour donner effet à cette clause du pacte, elles révoqueront la désignation et désigneront immédiatement une autre loi. Il semble que rien dans la Convention n'invalide une telle clause, si toutefois la Convention permet de substituer une autre loi à la loi applicable. La redésignation peut aussi se produire avant le décès de la personne dont la succession est en cause ou, si deux ou plusieurs successions sont intéressées, avant le premier décès de ceux dont les successions sont en cause.

Paragraphe 4

68 C'est là une règle d'interprétation (ou de *construction en common law*) complétant le paragraphe 1. Elle a été introduite par la Commission II de manière à bien marquer que, dès lors qu'une désignation est faite, elle vaut pour l'ensemble de la succession, même en cas d'intestat partiel. Par exemple, si un testateur désigne dans ses dernières volontés la loi de l'Etat P comme devant régir sa succession et dispose de tout son patrimoine par son testament, mais que plus tard l'un de ses légataires décède avant lui et qu'aucun autre légataire ne soit substitué, de sorte que la succession sera partiellement *ab intestat* lors du décès du testateur, la loi de l'Etat P continuera à régir l'ensemble de la succession. Une désignation faite en forme testamentaire n'a pas seulement effet pour la partie de la succession couverte par le testament.

Pour prendre un autre exemple: un *de cuius* peut faire une déclaration désignant la loi qui régira sa succession, ne jamais faire d'acte de disposition devant prendre effet à son décès et mourir, bien entendu, intestat pour l'ensemble de sa succession. La loi désignée régira l'ensemble de cette succession *ab intestat*.

Bien que le *de cuius* puisse avoir plus d'une loi applicable à la fois pour régir ses biens à son décès (par exemple la loi de sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte successoral pour régir celui-ci, et la loi de sa résidence habituelle au décès pour régir un testament ultérieur), on peut se demander, en présence de deux désignations, si les deux prennent effet, ou si la plus récente révoque la plus ancienne. La loi indiquée par le paragraphe 3 de l'article 5 décidera si, par sa forme, la dernière désignation satisfait aux exigences de validité formelle d'une révocation, mais c'est la loi applicable en vertu du paragraphe 1 de l'article 5 qui déterminera si, pour ce qui est de la validité au fond, une désignation ultérieure révoque une désignation précédente, quels que soient les instruments (testament, pacte successoral ou déclaration) employés dans les deux cas. Voir, à propos de la dualité de lois applicables, le paragraphe 95, *infra*.

Les mots «sauf précision expresse contraire du défunt» ont déjà été expliqués (voir le paragraphe 60, *supra*). Ils tiennent compte du fait que le *de cuius* peut choisir une autre loi dont les dispositions régiront certains biens compris dans la succession; dans cette mesure, la loi désignée en vertu de l'article 5.1 ne régira pas «l'ensemble de sa succession» (paragraphe 1). Par exemple, une personne rédige un testament et conclut plus tard avec une autre personne un pacte successoral dans lequel il désigne la loi de l'Etat Q, Etat de sa résidence habituelle, comme devant régir la totalité de sa succession. Cette désignation ne régira pas seulement le pacte successoral mais constituera la *lex successionis* pour le testament antérieurement rédigé. Plus tard encore, le testateur rédige un autre testament (son troisième) dans lequel il révoque une partie de son second testament, laisse les biens en cause (immeubles sis dans l'Etat R) à une autre personne, et désigne la loi de l'Etat R pour régir la succession aux immeubles spécifiés dans le second testament. Cette incorporation de la loi de l'Etat R se fonde sur l'article 6 (dans le contexte de la présente Convention; sinon on pourrait la tenir pour implicite), et le présent paragraphe (paragraphe 4 de l'article 5), règle d'interprétation, prend en compte l'existence de l'article 6 dans sa clause «sauf précision expresse ...».

Article 6

69 Bien qu'il ait pris beaucoup de temps, l'article 6 a joué le rôle d'un catalyseur à la fin de la première semaine de la Seizième session. Il complète l'édifice du Chapitre II, Loi applicable, chapitre où se trouve l'essence de la Convention, qui commence par un compromis subtilement équilibré et cherche ensuite le même accommodement dans la structure de l'article 5.1. L'article 6 marque l'aboutissement d'un effort prolongé accompli par un nombre important de délégations pour faire reconnaître la *lex situs* comme troisième loi applicable possible, en plus des lois de la nationalité et de la résidence habituelle. Dans l'ensemble, la position adoptée par ces délégations était que les testateurs dont les biens sont répartis entre deux ou plusieurs juridictions désirent invoquer la loi locale pour les avoirs locaux, parce que c'est leur propre loi que les juristes locaux connaissent le mieux; tout le processus d'administration devient alors plus rapide, plus fiable et moins coûteux. Les testaments multiples sont populaires dans les systèmes de *common law* précisément pour cette raison. Des son-

dictions divorce also revokes a will. Commission II discussed the matter of revocation *ex lege*, and a proposal was initially put forward, later to be withdrawn, that the material validity of the revocation *ex lege* should be subject to the chosen law. However, it appeared that there is no known instance where revocation *ex lege* has affected a *professio juris* in a will, and the Convention has therefore remained silent on the matter. In these circumstances, were questions to arise, the forum will decide how they shall be answered. As to whether there is a revocation of the choice of law clause, experience may show that reference is made to the *lex successionis*, or perhaps to the matrimonial law or the personal law of the *de cuius*. There is a variety of ways in which the jurisdictions might handle this matter.

This paragraph makes no requirement that the revocation be 'expressed', as paragraph 2 requires the designation to be 'expressed', and the absence of this language in paragraph 3 is explained by the fact that many legal systems allow implied revocation of a disposition upon death, and the Convention provides for implied revocation. This would not appear to be a denial by the Sixteenth Session that problems of a similar nature to those that would be posed by implied designations could not arise with implied revocations; it is merely a recognition of existing rules.

Revocation is made under the terms, and therefore by authority, of the Convention. The dispositions to which the Convention applies are those transfers of assets that occur at the death of the *de cuius* and not before. Consequently, and assuming the disposer retains his capacity, the instrument of disposition is therefore revocable by the party or parties (unilaterally in the case of wills, bilaterally or multilaterally in the case of *pactes successoraux*) until the moment of death. As a result, and the Convention implies this, a designation is revocable and a new designation may be made as often as the testator or the parties to the succession agreement desire.

May a *pacte successoral* include a term authorizing the parties by consent to change the Article 5(1) designated applicable law? They intend, and so provide, that in exercising the term in the *pacte* they will revoke the designation and at once re-designate another law. It would seem that there is nothing in the Convention to invalidate such a term, provided any change of the applicable law is to another law also permitted by the Convention. The re-designation must also occur before the death of the person whose estate is involved, or, where two or more estates are involved, before the first death among the persons whose estates are so involved.

Paragraph 4

68 This is a rule of construction (or interpretation in civil law terms) complementing paragraph 1. It was introduced by Commission II in order to make it clear that once a designation is made it covers the whole estate even though that estate be partly testate and partly intestate. For instance, if a testator in his will designates the law of State P to govern his succession, and disposes of all his assets in that will, but later one of his legatees predeceases him leaving a situation where no other legatee takes by way of substitution, so that there is partial intestacy on the testator's death, the law of State P will continue to govern the whole succession. It is not the case that a designation in a testamentary form extends to that part of the estate only which is testate. By way of another example a *de cuius* may originate a statement

making a choice of law to govern his succession, never make a dispositive act to take effect upon death, and die, of course, intestate as to his entire estate. The chosen law will govern that whole intestate succession.

Though the *de cuius* may have more than one applicable law at a time to govern his assets at death (e.g., the law of his habitual residence at the time of the agreement to govern his *pacte successoral*, and the law of his habitual residence at death to govern his later executed will), there might be a question when two such designations occur as to whether both can take effect, or the later designation revokes the earlier designation. The law pointed to by paragraph 3 of Article 5 will make the decision whether the form of the later designation meets the requirements for formal validity of a revocation, but the applicable law under paragraph 1 of Article 5 will determine whether as a matter of material validity a later designation revokes an earlier designation, in whatever instrument (i.e., will, *pacte successoral*, or declaration) either designation is made. See further on two applicable laws, paragraph 95, *post*.

The words 'in the absence of an express contrary provision by the deceased' were explained earlier (see paragraph 60, *supra*). They provide for the fact that the *de cuius* may choose another law, the provisions of which are to govern particular assets within the estate, and to that extent the law chosen under Article 5(1) will not govern 'the whole of his estate' (paragraph 1). For example, a testator makes a will and later enters into a *pacte successoral* with another in which he designates the law of State Q, his habitual residence, to govern his entire succession. This designation will not only govern the *pacte successoral*, but constitute the *lex successionis* to the earlier drawn will. At a yet later date the testator executes another will – his third will – in which he revokes part of his second will, leaves the property in question (immovables in State R) to another person, and designates the law of State R to govern the succession to the immovables devised by the second will. The authority to make this incorporation of the law of State R is Article 6 (in the context of this Convention; otherwise it might be said to be implied), and this paragraph (4 of Article 5), the interpretational rule, is acknowledging the existence of Article 6 in its 'absence of' clause.

Article 6

69 Article 6, though it was demanding of time, emerged as a catalyst at the end of the first week of the Sixteenth Session. It was the final bond in the structure of Chapter II, The Applicable Law, the core of the Convention, a chapter which begins with a finely balanced compromise and thereafter seeks to continue the accommodation in the structure of Article 5(1). Article 6 was the outcome of a protracted effort of a significant number of delegations to secure recognition of the *lex situs* as a third possible applicable law, in addition to the laws of the nationality and of the habitual residence. Their position in the main was that testators with assets in two or more jurisdictions want to invoke the local law for local assets, because lawyers know best their local law, and the whole process of administration is consequently quicker, more reliable, and less expensive. Multiple wills are popular in common law jurisdictions for this reason. Soundings in their own jurisdictions demonstrated to certain delegations that some concession to the *situs* law as part of the *professio juris* was necessary if

ges opérés dans leur propre pays démontraient à certaines délégations que des concessions étaient nécessaires sur la loi du *situs* comme élément de la *professio juris* pour que la Convention ait vraiment des chances d'être ratifiée. Leurs adversaires étaient tout aussi fermes dans leur opposition au *situs*. En premier lieu, disaient-ils, la scission resurgirait alors que l'un des objets essentiels de la Convention était de produire un droit unifié; en second lieu, la protection de la famille, autre objectif de la Convention, serait en fait compromise, car rien n'empêcherait des gens sans scrupules de transférer leurs avoirs dans des Etats où la protection de la famille est inexistante.

De même qu'à la Commission spéciale, cependant, la majorité des délégations n'a pu se rallier à la reconnaissance de la loi du *situs*, et toute une série de propositions, dont chacune était légèrement moins ambitieuse que la précédente et s'efforçait d'attaquer le sujet sous un nouvel angle, ont été abandonnées (Doc. trav. Nos 5, 27, 41, 42, 43). Pour finir, au cours d'un débat sur une proposition très remaniée visant à permettre que des lois distinctes régissent des avoirs particuliers, à condition qu'il s'agisse soit de la loi de la nationalité, soit de celle de la résidence habituelle au décès, et qu'en outre les règles de protection de la famille de la loi généralement applicable l'emportent, il est apparu aux tenants des deux écoles qu'une sorte de solution existait déjà (Doc. trav. No 44). C'était la *materiellrechtliche Verweisung* ou référence à la loi matérielle, doctrine qui, comme plusieurs délégations l'avaient relevé, pouvait déjà être invoquée en vertu de la loi existante. Une personne qui, en vertu de la Convention, était habilitée par l'article 5.1 à faire une *professio juris* pourrait aussi faire une référence à la loi matérielle.

70 La référence à la loi matérielle est aussi connue comme l'incorporation de la loi étrangère. Alors que l'article 5.1 introduit la référence à une loi désignée par une partie, l'article 6 consacre expressément dans la Convention l'incorporation d'une loi ou de lois désignées. La loi de l'article 3 ou de l'article 5.1 est la loi applicable en ce sens qu'elle est la loi supérieure ou dominante, et la loi ou les lois de l'article 6 sont incorporées dans l'instrument matériel (par exemple un testament) ou la notion juridique (par exemple celle de contrat) qui est régie par la loi dominante. Dans le cas du contrat, l'incorporation de la loi étrangère «suppose une loi appropriée différente de celle à laquelle il est fait référence et tire sa validité des dispositions de la loi appropriée... non pas de règles de conflit du for» (*International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, *Private International Law*, ch. 24 (*contracts*), par. 25 (p. 13)). Dans l'article 6, la Commission II a seulement entendu reconnaître la référence à la loi matérielle. D'où la suppression, dans le Document de travail No 85 du Comité de rédaction, de l'exigence d'une application par analogie des paragraphes 2 et 3 actuels de l'article 5. Par suite, bien que l'article 6 se trouve dans la Convention, et bien que la loi applicable en vertu des articles 3 ou 5.1 doive accepter une référence à la loi matérielle, il semblerait que l'incorporation, telle qu'elle a été décrite, «tire sa validité des dispositions» de la loi de l'article 3 ou de l'article 5.1. La validité ne découle pas des règles de conflit du for.

Comme l'article 6 le spécifie, toute désignation faite en vertu de cet article est sans préjudice de l'application des règles impératives de la loi des articles 3 ou 5.1. C'est là l'élément essentiel de la doctrine de la référence à la loi matérielle: les règles impératives de la loi dominante ou supérieure doivent l'emporter sur toute loi étrangère incorporée à l'institution, en l'occurrence la disposition à cause de mort. Il en découle que toutes les

règles impératives de la loi incorporée doivent céder le pas aux règles impératives de la loi dominante, et c'est cette dernière qui détermine quelles sont les règles impératives.

La référence à la loi matérielle ne se limite en aucune façon à des références au *situs*. Les dispositions de n'importe quelle loi étrangère à la loi dominante peuvent être introduites (ou incorporées), sous réserve, bien entendu, des règles impératives de la loi dominante, et n'importe quel nombre de lois étrangères peut être incorporé aux mêmes conditions. Il n'y a pas non plus de limite quantitative. La loi ou les lois incorporées peuvent en fait régir quatre-vingt-dix-neuf pour cent des actes envisagés par l'institution ou la notion juridique invoquée, mais ce n'est pas là une objection valable, pour autant que les règles impératives de la loi dominante l'emportent.

71 Dans la présente Convention l'incorporation est expressément autorisée pour régir la succession «de certains [des] biens [du défunt]». Il y a de fortes chances qu'on se servira surtout de cet article pour permettre à la loi locale, loi du *situs*, de s'appliquer à des avoirs situés dans des juridictions autres que le lieu principal de l'administration de la succession, lequel, dans bien des cas, sera lui-même la résidence habituelle ou le foyer «national» du défunt. Cette limitation à «certains biens» de la succession aura donc en fait une portée réduite. Une chose est cependant claire. Puisque la doctrine de la référence à la loi matérielle elle-même n'impose aucune limite à la matière qui peut être assujettie aux dispositions de la loi incorporée, l'article 6 autorise une référence à la loi matérielle pour toutes sortes de biens, meubles ou immeubles. De plus, la Convention ayant un large champ d'application qui comprend aussi bien les successions *ab intestat* que les «dispositions à cause de mort», la portée de la référence à la loi matérielle est de ce fait aussi ample que le champ d'application de la Convention elle-même. Rien n'indique que la Seizième session ait entendu assortir de conditions quelconques l'application de la doctrine.

72 Dans les exemples suivants on s'efforcera de démontrer le fonctionnement de l'article 6.

	loi principale	précision expresse contraire (art. 5.4)	résultat
1. testament	loi principale de l'Etat A (art. 5.1)	loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat B et les biens sis dans l'Etat C	lois de l'Etat B et de l'Etat C applicables** (art. 6)
2. pacte successoral	loi principale de l'Etat D (art. 11)	loi subsidiaire pour les biens couverts par testament dans l'Etat E	loi de l'Etat E applicable** (art. 6)
3. succession <i>ab intestat</i>	loi principale de l'Etat F (art. 3) (aucun testament n'a jamais été fait pour toute la succession)	testament et loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat G; pacte pour certains biens, mais non pour tous les biens <i>ab intestat</i> sis dans l'Etat H	lois de l'Etat G et de l'Etat H applicables** (art. 6)
4. testament	loi principale de l'Etat J (art. 3) (testament invalide pour incapacité selon la <i>lex fori</i>)	loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat K (le testateur ne serait pas incapable selon la loi de l'Etat J)	testament invalide (art. 1.2 b. <i>juncto lex fori</i>)*
5. intestat partiel	loi principale de l'Etat L (art. 5.1) (succession testamentaire et <i>ab intestat</i>)	loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat M	loi de l'Etat M applicable** (art. 6)

* L'invalidité de la référence à la loi matérielle est entraînée par l'invalidité du testament dans le for, résultant de l'incapacité du testateur selon la *lex fori*.

** Sous réserve des règles impératives de la loi principale.

the Convention was to have a real chance of ratification. Their opponents were equally persuaded that situs could not be conceded. In the first place scission would return, and it was one of the central objects of the Convention to produce a unified law, and in the second place it meant that the protection of the family, another object of the Convention, would in fact suffer, because the unscrupulous could site their assets in States with no family protection laws.

As was the case in the Special Commission, however, the majority of the delegations were not persuaded to agree to the situs law recognition position, and proposal after proposal, each slightly less ambitious than its predecessor and exploiting yet another window on the subject, fell by the wayside (Work. Doc. Nos 5, 27, 41, 42, 43). Finally, during debate on a very modified proposal to allow separate laws to govern particular estate assets, provided those laws are either the nationality law or the habitual residence law at death, and provided also the family protection laws of the generally applicable law prevail, it became apparent to both schools of thought that a solution (of sorts) was already in hand (Work. Doc. No 44). This was the *materielle rechtliche Verweisung* or substantive law reference, a doctrine which as noted by several delegations was already capable of being invoked under existing law. A person who under the Convention had the Article 5(1) right to make a *professio juris* would also be able to make a substantive law reference.

70 Substantive law reference is otherwise known as incorporation of foreign law. Whereas Article 5(1) introduces a party reference to a chosen law, Article 6 expressly adopts into the Convention incorporation of a chosen law or of chosen laws. The Article 3 or Article 5(1) law is the applicable law in the sense of the dominant or superior law, and the Article 6 law or laws are incorporated into the substantive institution (*e.g.*, a will) or legal concept (*e.g.*, a contract) which is governed by the dominant law. In the context of contract, for instance, the incorporation of foreign law 'presupposes a proper law different from that to which the reference is made and derives its validity from the provisions of the proper law, ... not from the conflict rules of the forum' (*International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, Private International Law, Ch. 24 (Contracts), para. 25, p. 13). It was not the intention of Commission II to do other in Article 6 than recognize a substantive law reference. Hence the deletion from the Drafting Committee's Working Document No 85 of the required application by analogy of what are now paragraphs 2 and 3 of Article 5. Therefore, despite the existence of Article 6 in the Convention, it would appear that, though the applicable law under Articles 3 or 5(1) must accept a substantive law reference, the incorporation, as described above, 'derives its validity from the provisions of' the Article 3 or 5(1) law. The validity is not derived from the conflict rules of the forum.

As appears from Article 6, any designation under that article is without prejudice to the application of the mandatory rules of the Article 3 or Article 5(1) law. This is the central feature of the substantive law reference doctrine; the mandatory rules of the dominant or superior law must prevail over any foreign law which is incorporated into the institution, in this instance the disposition of property upon death. It follows that any mandatory

rules of the incorporated law must give way to the mandatory rules of the dominant law and the dominant law determines what are those mandatory rules.

The substantive law reference is not restricted in any way to situs references. The provisions of any law foreign to the dominant law may be introduced (or incorporated), subject, of course, to the mandatory rules of the dominant law, and any number of foreign laws may be incorporated, subject to the same qualifications. Nor is there any kind of quantum limit. The incorporated law or laws may in fact govern ninety-nine per cent of the acts contemplated by the particular institution or legal concept invoked, but that is no valid objection, provided the mandatory rules of the dominant law prevail.

71 In the present Convention incorporation is expressly permitted to govern the succession 'to particular assets in [the deceased's] estate'. It is very likely that the predominant use of this article will be to allow the local law, the situs law, to apply to assets situated in jurisdictions other than the principal place of the estate administration, which will itself in many cases be the habitual residence or national home of the deceased. This limitation to 'particular assets in the estate' will not therefore be factually significant. However, one thing is clear. Since the substantive law reference doctrine itself places no limitation on the subject-matter that may be subjected to the provisions of incorporated law, Article 6 permits the substantive law reference to be made for all kinds of assets, whether immovables or movables. Moreover, in view of the fact that the Convention has a broad scope including both intestacy and 'dispositions of property upon death', this would make the scope of substantive law reference as broad as the scope of the Convention itself. There was no evidence that the Sixteenth Session intended any qualification upon the operation of the doctrine.

72 The following examples will attempt to demonstrate how Article 6 operates.

	Main Law	Express contrary Provision (Art. 5(4))	Result
1 Will	Main law. of State A (Art. 5(1))	Subsidiary law for assets in State B. and assets in State C	Laws of State B and State C applicable ⁹⁹ (Art. 6)
2 <i>Pacte successoral</i>	Main law. of State D (Art. 11)	Subsidiary law for will assets in State E	Law of State E applicable ⁹⁹ (Art. 6)
3 Intestacy	Main law. of State F (Art. 3) (no will ever made for whole estate)	Will and subsidiary law for assets in State G; <i>pacte</i> for particular assets, but not all intestate's assets in State H	Laws of State G and State H applicable ⁹⁹ (Art. 6)
4 Will	Main law. of State J (Art. 3) (the will invalid under <i>lex fori</i> for incapacity)	Subsidiary law for assets in State K (law of State J would not hold the testator incapacitated)	Will invalid (Art. 1(2)(b) <i>juncto lex fori</i>) ⁹⁸
5 Partial intestacy	Main law. of State L (Art. 5(1)) (testate and intestate estate)	Subsidiary law for assets in State M	Law of State M applicable ⁹⁹ . (Art. 6)

⁹⁸ The invalidity of the substantive law reference is brought about by the invalidity of the will in the forum, due to the testator's incapacity under the *lex fori*.

⁹⁹ Without prejudice to the application of the mandatory rules of the main law.

73 L'article 6 lui-même indique simplement qu'une personne peut «désigner» et l'on a signalé plus haut que l'article 5 ne s'applique pas par analogie à l'article 6, parce que ce dernier est une référence à la loi matérielle, et non une règle de conflit de lois. Toutefois l'article 5.4 spécifie que la loi de l'article 5.1 («pour l'application du présent article») régira l'ensemble de la succession «sauf précision expresse contraire». Cela signifie que, si le for décide qu'une prétendue référence à l'article 6 n'est pas «expresse» (il y a tout lieu de croire que dans la plupart des cas ce sera parce que la référence ne spécifie pas qu'elle s'applique aux biens ou à certains biens situés en un endroit précis), une désignation de la loi en vertu de l'article 5.1 régira aussi ces biens particuliers. Ou encore, la prétendue désignation aux fins de l'article 6 constituera une nouvelle loi selon l'article 5.1, remplaçant la loi autrement désignée selon cet article. En d'autres termes, il n'y aurait pas de désignation effective en vertu de l'article 6.

La situation est en revanche différente si l'ensemble de la succession est *ab intestat*, sauf pour certains biens ayant fait l'objet d'un testament. Si le testateur rédige un testament, mais uniquement pour les avoirs qui se trouvent en un lieu autre que son pays de nationalité ou de résidence habituelle, et ne fait pas de déclaration «expresse» (c'est-à-dire précise) spécifiant que la loi désignée ne régira que les biens se trouvant en ce lieu, la loi désignée peut devenir une loi selon l'article 5.1 (si les conditions de l'article 5.2 sont remplies) pour l'ensemble de la succession. Si les conditions de l'article 5.2 ne sont pas remplies, alors ou bien la loi désignée régira cependant les biens dont il s'agit (pour des raisons expliquées ci-après), ou bien la loi selon l'article 3 s'appliquera à toute la succession.

On voit que l'exigence de la «précision expresse contraire» ne s'applique pas si la loi principale (dominante ou supérieure) est la loi selon l'article 3. Il ne subsiste que l'exigence d'une «désignation» en vertu de l'article 6, ce qu'on peut raisonnablement interpréter comme signifiant que, si le testateur rédige un testament disposant uniquement de ses biens dans une juridiction particulière (par exemple le *situs*), et désigne aussi dans ce testament une loi (sans spécifier que la désignation ne concerne que ce testament), l'intention implicite est que la désignation ne vise que ce testament lorsque, comme c'est ici le cas, le reste de la succession est *ab intestat*. Et il ne semble y avoir aucune raison convaincante de ne pas donner effet à la référence à la loi matérielle, sous réserve bien entendu des règles impératives de la loi selon l'article 3, quand le *de cuius* laisse à son décès un testament disposant du reste de son patrimoine, mais que ce testament est invalide. S'il en est bien ainsi, et il semble que tel soit le cas, alors le for peut tenir pour suffisamment établi que la loi de l'article 6 régira les avoirs ayant fait l'objet de dispositions testamentaires, et la loi de l'article 3 le reste de la succession.

Il est clair que, l'article 6 n'étant pas une règle de conflit, les questions quant à ce qui constitue une «désignation» aux fins de cette disposition devront être résolues par la loi selon l'article 5.1, ou, en l'absence d'une telle loi, par la loi de l'article 3. Il a déjà été fait état (voir le paragraphe 70, *supra*) des rôles respectifs du for et de la loi prévue aux articles 3 ou 5.1 en vertu des termes de la Convention.

Article 7

74 Cet article concerne le sens du terme «succession». Il en éclaire la signification pour la totalité de la Convention, bien entendu, mais c'est par rapport aux articles 3, 5 et 6 qu'il revêt une importance particulière. Chacun

de ces articles traite de la désignation d'une loi devant «régir la succession»; l'article 7.2 énumère les questions de droit matériel qu'un Etat contractant doit considérer comme relevant de la Convention, et l'article 7.3 confirme ensuite qu'aux fins de ses propres règles de conflit de lois un Etat contractant peut inclure toute question, non visée à l'article 7.2, dans le cadre de la «succession» aux fins de la Convention. L'article 7.3 reconnaît le droit d'un Etat contractant à agir ainsi, mais bien entendu un Etat contractant ne peut imposer aux autres Etats contractants sa définition plus large de la «succession». Autrement dit, la Convention n'oblige pas les autres Etats contractants à reconnaître l'application des dispositions de la Convention à des questions qui sortent du cadre de celle-ci.

Il ne faut cependant pas oublier que le for déterminera le sens des termes employés dans les articles 1.2 et 7.2, tels que «capacité» (article 1.2*b*), «régime matrimonial» (article 1.2*c*) et «validité au fond» (article 7.2*e*). Seule la «succession à cause de mort» est partiellement explicitée dans la Convention, y compris, par inférence, la «disposition à cause de mort» (article 1.2*a* et article 1.2*b*).

La difficulté qui s'est présentée à la Commission spéciale et à la Commission II tenait aux manières très différentes dont les pays de droit civil et les pays de *common law* comprenaient la «succession». Les pays de droit civil (et certaines unités territoriales faisant partie d'un Etat, comme le Québec) y incluent la dévolution, la transmission et l'administration (dans la mesure où cette dernière n'est pas régie par la loi procédurale du for). Les pays de *common law* (et certaines unités territoriales d'un Etat, comme l'Angleterre et le pays de Galles) y comprennent seulement la dévolution; la transmission et l'administration sont soumises à la loi du for. Il existe aussi des différences importantes de qualifications entre les systèmes; une question peut être considérée comme matérielle par certaines, et procédurale par d'autres. La distinction entre les régimes matrimoniaux et la loi successorale ne suit aucune ligne de partage reconnue et l'on peut en dire de même de la distinction entre contrat de mariage et succession.

La Commission spéciale a donc décidé d'énumérer les matières essentielles que tous les systèmes considéreraient comme faisant partie de la succession; ce serait la liste «positive». Les autres questions, également reconnues par certains systèmes juridiques comme relevant de la succession, font partie de la «zone grise» (article 7.3). Celle-ci comprend les questions de fond qui peuvent être additionnellement incluses dans la «succession» selon les systèmes juridiques. La Commission spéciale a reconnu qu'une grande partie des matières qualifiées de successorales par les systèmes de droit civil sont omises de l'article 7.2, et que cela constitue une limitation sévère à l'harmonisation produite par la Convention, en particulier entre Etats contractants de droit civil. On a néanmoins considéré qu'il y avait le plus grand avantage à réaliser l'harmonie dans le domaine de la dévolution: aussi l'article 7.2 énumère-t-il les questions dont l'inclusion est obligatoire en vue de parvenir à ce résultat.

La Seizième session a ratifié ces jugements, et très peu de changements ont été apportés à l'avant-projet de la Commission spéciale. Le paragraphe 1 appelle l'attention sur les désignations des articles 3 et 5.1 (la loi applicable) et de l'article 6 (la loi ou les lois subsidiaires pour certains biens). Chacune de ces désignations doit «régir la succession». Le paragraphe 2 contient une liste définitive des questions de droit matériel qui *doivent* être considérées comme relevant de la «succession». Le paragraphe 3 rappelle aux Etats contractants que chacun d'eux

73 Article 6 itself merely says that a person may 'designate', and it was earlier noted here that Article 5 does not apply by analogy to Article 6 because Article 6 is a substantive law reference, not a conflict of laws rule. However, Article 5(4) states that the Article 5(1) law ('for the purposes of this Article') will govern the succession to the whole estate 'in the absence of an express contrary intent'. This means that, if the forum rules that a would-be Article 6 reference is not 'express' (in most cases, one suspects, it would be because the reference does not particularize that it is to apply to assets or the particular assets in the particular situs only) an Article 5(1) law designation would also govern those assets or particular assets. Alternatively, the would-be Article 6 designation constitutes a new Article 5(1) law, replacing the otherwise designated Article 5(1) law. In other words, there would be no effective Article 6 designation.

A different situation arises on the other hand if there is an intestacy of the 'whole estate', save for a will disposing of particular assets. If the testator makes a will but only for his assets in a situs other than his place of nationality or habitual residence, and does not make an 'express' statement (*i.e.*, does not make it clear) to the effect that the chosen law is to govern the assets in that situs only, that chosen law may become an Article 5(1) law (if its making satisfies Article 5(2)) for the whole estate. If the making does not satisfy Article 5(2), then either the chosen law will nevertheless govern the particular assets (for reasons next explained) or the Article 3 law will apply to the whole estate.

It will be seen that the requirement of 'express contrary provision' does not apply if the main (dominant or superior) law is an Article 3 law. There is now merely the requirement under Article 6 of a 'designation'. This can reasonably be understood to mean that, if the testator makes a will disposing of assets in a particular jurisdiction only (*e.g.*, the situs), and in that will he also designates a law (but not making it clear the designation is for that will only), there is an implied intention that the designation shall be for that will only where, as is here the case, he is intestate with regard to the remainder of his estate. And there seems no persuasive reason for denying effect to the substantive law reference, subject to the mandatory rules of the Article 3 law, of course, when the *de cuius* dies with a will disposing of the remainder of his assets, but that will is invalid. If that is correct, and it seems it must be, then the forum may hold that there is sufficient evidence that the Article 6 law is to govern the testate assets, and the Article 3 law will then govern the remainder of the estate.

It is clear that, because Article 6 is not a conflict rule, questions concerning what is a 'designation' for the purposes of that section have to be decided by the Article 5(1) law, or in the absence of such a law the Article 3 law. Reference was made earlier (see paragraph 70, *supra*) as to the respective roles of the forum and the Article 3 or Article 5(1) law further to the terms of the Convention.

Article 7

74 This article is concerned with the meaning of 'succession'. It supplies the meaning of 'succession' for the whole Convention, of course, but it is particularly in relation to Articles 3, 5 and 6 that it is important. Each

of those articles deals with the designation of a law to 'govern the succession'; Article 7(2) describes the substantive legal topics that a Contracting State must regard as falling within the scope of the Convention, and Article 7(3) goes on to confirm that, for the purposes of its own conflict of law rules, a Contracting State may bring any topic not included within Article 7(2) within the scope of 'succession'. Article 7(3) recognizes the right of any Contracting State to do this, but of course a Contracting State cannot impose its broader definition of 'succession' upon other Contracting States. That is, the Convention does not require other Contracting States to recognize the application of the Convention's provisions to subject-matter that is outside the Convention.

However, it should not be overlooked that the forum will determine the meaning of the terminology in Articles 1(2) and 7(2), such as 'capacity' (Article 1(2)(b)), 'matrimonial property' (Article 1(2)(c)), and 'material validity' (Article 7(2)(e)). Only 'succession to the estates of deceased persons' (Article 1(1)) is in part delineated in the Convention, as including, *e.g.*, by inference the 'disposition of property upon death' (Article 1(2)(a) and Article 1(2)(b)).

The difficulty faced by the Special Commission and Commission II was that there is a considerable diversity of understanding between civil law and common law countries as to the meaning of 'succession'. Within that concept civil law countries (and units within a State, like Québec) include devolution, transmission and administration (to the extent that the latter is not governed by the procedural law of the forum). Common law countries (and units within a State, like England and Wales) include devolution only; they assign transmission and administration to the law of the forum. There are also significant differences between jurisdictions as to classifications; a topic may be classified as substantive in some jurisdictions, and procedural in others. The distinction between matrimonial property law and succession has no agreed line, and the same is true of the distinction between the marriage contract and succession.

The Special Commission therefore decided to list 'core' matters that all jurisdictions would regard as succession; this would be the 'positive' list. Other matters, also recognized by some jurisdictions as succession matters, fall within the 'grey area' (Article 7(3)). The so-called 'grey area' is made up of those substantive topics which may additionally be included within 'succession', depending on the jurisdiction. The Special Commission recognized that for civil law jurisdictions a large terrain of what in their classification constitutes succession is omitted from Article 7(2), and that this is a severe limitation upon the harmonization that the Convention is able to produce, in particular as between civil law Contracting States. Nevertheless, it was felt to be a considerable advantage to have harmony in the area of devolution, and Article 7(2) mandates the itemized topics with harmonization in view.

The Sixteenth Session adhered to these judgments, and very little change was made to the Special Commission's preliminary draft. Paragraph 1 directs attention to the designations of Articles 3 and 5(1) (the applicable law) and of Article 6 (the subsidiary law or laws for specified assets). Each of those designations is to 'govern the succession'. Paragraph 2 lists a definitive list of substantive law topics that *must* be regarded as falling within 'succession'. Paragraph 3 is a reminder to Contracting States that each *may* bring in further succession topics (other

peut ajouter d'autres questions successorales (autres que celles de l'article 1.2) et par conséquent placer ces questions pour ses propres besoins sous l'empire de la Convention.

Paragraphe 1

75 Ce paragraphe attire avant tout l'attention sur les articles qui déterminent la loi applicable à l'ensemble de la succession. Le paragraphe ne fait pas seulement mention des articles 3 et 5, qui sont de vraies règles de conflit, mais également à l'article 6 qui est une référence de droit matériel. Ceci s'explique par le fait que, dans les limites des règles impératives de la loi applicable en vertu des articles 3 ou 5, la loi de l'article 6 désignée par le *de cuius* «régira», elle aussi, «la succession» (l'article 7.2 s'applique). Les articles 3, 5.1 et 6 s'appliquent ensemble à tous les biens faisant partie de la succession, à toutes les dispositions testamentaires et aux pactes successoraux.

C'est le seul article de la Convention qui fasse référence au principe unitaire. Ce principe suppose notamment qu'une juridiction qui, jusque là, n'a appliqué que sa propre loi pour les immeubles sis dans ladite juridiction, devra appliquer une loi étrangère en vertu de la Convention. Cela pose l'exigence de la preuve de la loi étrangère.

La Convention ne traite pas de la preuve de la loi étrangère, et les observations ci-après doivent seulement servir à guider les pays (surtout de *common law*) qui, comme Etats contractants, abandonneront l'application de la *lex situs* en matière foncière. La preuve de la loi étrangère est laissée par implication au for, et celui-ci établira ses propres règles pour l'administration de cette preuve. La chose est d'une importance particulière pour les immeubles qui sont soumis, aux fins de l'article 7.2, à une loi applicable selon les articles 3 ou 5.1. La Convention ne dit rien de la preuve que, par exemple, les organismes publics et les assureurs du *situs* doivent exiger pour être sûrs que les règles matérielles de la loi applicable ont été valablement établies au regard de l'article 7.2. Bien entendu, celui qui a reçu un bien en toute bonne foi est souvent déjà protégé en vertu de la loi généralement acceptée dans les systèmes de droit. Rien dans la Convention ne restreint le pouvoir du *situs* de protéger le tiers bénéficiaire en pareil cas. L'acheteur de bonne foi et qui n'a pas été averti acquerra toujours sur les immeubles un titre d'une valeur certaine. Toutefois, les Etats appliquant déjà le principe d'unité exigent normalement une attestation notariée au sujet des dispositions de la loi étrangère, et ils se contentent de ce document. Le notaire certifie les droits à l'héritage dans son système de droit. Le *situs* pourrait exiger aussi que l'attestation soit établie sous forme notariée devant un consul de l'Etat du *situs* résidant dans l'Etat étranger, ce qui permettrait certainement de l'enregistrer et en outre de bénéficier d'une protection en vertu des lois du *situs* en matière d'enregistrement. Une décision judiciaire de l'Etat de la loi étrangère, établissant la loi régissant l'héritage dans cet Etat, serait probablement plus coûteuse et plus dilatoire qu'une attestation notariée, mais l'on pourrait y avoir recours en dernier ressort dans les cas difficiles. Voir à ce propos 65 *Texas Law Review* 585 (1987).

Paragraphe 2

Alinéa a

76 Ce premier alinéa vise à déterminer quelles sont les personnes ayant vocation à l'héritage, ce qu'elles héritent et dans quelles conditions, s'il y a lieu. Lesdites

personnes viendront à la succession en qualité d'héritiers ou de légataires et, dans le système de *common law*, comme héritiers ou *testamentary beneficiaries of realty (devisees) or personalty (legatees)*. Par «parts respectives» il faut entendre la proportion de la succession ou les biens particuliers en faisant partie auxquels l'héritier ou le légataire a droit; la «part» comprend la réserve, la légitime ou le *forced share entitlement* dans la mesure où celui-ci ne porte pas sur des biens particuliers. «Les charges qui leur sont imposées [c'est-à-dire aux héritiers et légataires] par le défunt» visent les conditions ou obligations personnelles auxquelles le défunt subordonne le droit particulier à succéder, c'est-à-dire celles qu'il impose au bénéficiaire concourant à la succession en vertu du testament ou du pacte successoral. «Les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès» concernent les droits à des biens particuliers ou à une quotité des biens constituant une «réserve» (c'est-à-dire une part imposée par l'autorité étatique) ou à la maison familiale, là encore indépendamment des termes du testament ou du pacte, et que le défunt ait ou non laissé un testament.

Toutefois, cet alinéa place l'accent sur les titulaires de pareils droits, qui sont ainsi les héritiers privilégiés venant à la succession.

«Les attributions prélevées par une autorité judiciaire» visent le pouvoir d'un tribunal ordinaire, dans les systèmes de *common law*, ou d'un tribunal administratif dans certains autres systèmes, de prendre des décisions discrétionnaires en matière d'héritage. En dehors des Etats-Unis, où, dans la plupart des systèmes, le conjoint survivant a droit, de par la loi, à un tiers de la succession du défunt, on peut citer les mesures de protection de la famille existant dans la grande majorité des systèmes de *common law*, qui jouent le même rôle que la réserve ou la «légitime» dans les systèmes de droit civil. Quels que soient les termes du testament et même, dans certains systèmes, s'il n'y a pas de testament, l'autorité judiciaire ou [d']autres autorités» attribueront des biens faisant partie de la succession – modifiant ainsi la succession testamentaire ou l'ordre, et la quotité dans la succession *ab intestat* – aux membres de la famille proche, actuelle ou ancienne du défunt, ou aux personnes à sa charge. Certains systèmes font entrer dans cette catégorie un ancien conjoint ou la personne qui vivait maritalement avec le défunt au moment du décès (ou qui avait vécu avec lui dans le passé) ainsi que leurs enfants. Les tribunaux des Etats contractants (ou des unités territoriales de ces Etats) habitués aux réserves comme moyens de protection de la famille devront exercer leur pouvoir d'appréciation si ce procédé est celui adopté par la loi applicable.

L'alinéa a ne vise pas à exclure les dispositions d'urgence qui peuvent être prises par l'exécuteur ou l'administrateur dans certains pays pour faire face aux besoins urgents de certaines personnes, par exemple le conjoint et les enfants survivants. Dans ces pays cet aspect de l'administration de la succession sort du cadre de l'article 7.2. Toutefois, ainsi que la Commission II l'a relevé, ces dispositions d'urgence entraîneraient une obligation de rapport pour les bénéficiaires, et relèveraient donc à ce titre de l'alinéa c. En revanche, lorsqu'un droit de succession est remplacé par une pension alimentaire, celle-ci paraîtrait tomber sous le coup de l'alinéa a. Les pensions alimentaires et d'entretien dues en vertu d'un accord de séparation ou d'une décision judiciaire, et celles dont le versement doit se poursuivre après le décès du débiteur, donnent, en cas de non-paiement, naissance à une créance du bénéficiaire sur la succession du redevable. Les créances sur la succession sortent manifestement du cadre de cet alinéa et de l'article 7.2 dans son ensemble.

than Article 1(2) matters) and thereby subject those topics for its own purposes to the control of the Convention.

Paragraph 1

75 This paragraph directs primary attention to the articles that determine the applicable law to the whole of the estate. It refers not only to Articles 3 and 5, which are true conflict rules, but also to Article 6 which is a substantive law reference. The reason is that, to the extent that the mandatory provisions of Articles 3 and 5 so permit, an Article 6 law designated by the *de cuius* may also 'govern the succession' (Article 7(2) applies). Together Articles 3, 5(1) and 6 apply to all the assets in the estate, and to all testamentary dispositions and all *pactes successoraux*.

This is the only article in the Convention which refers to the unity principle. This principle implies among other things that a jurisdiction which has hitherto applied only its own law with regard to immovables within that jurisdiction will under the Convention have to apply a foreign law. This poses the requirement of proof of foreign law.

The Convention does not deal with proof of foreign law, and the following remarks are introduced solely for the guidance of those jurisdictions (mostly common law) which as Contracting States will be abandoning the application of the *lex situs* to land and interests in land. Proof of foreign law is left implicitly to the forum, and the forum will draw on its own rules for that purpose. This is particularly important for immovables that are subject for Article 7(2) purposes to an applicable law under Article 3 or 5(1). The Convention makes no provision regarding the proof that, for example, public offices and title insurers within the situs are to require in order that they may be sure the substantive Article 7(2) law of the applicable law has been correctly established in evidence. Of course, a *bona fide* transferee is often already protected under generally accepted law in all jurisdictions. Nothing in the Convention interferes with the power of the situs to protect the third party transferee. The purchaser in good faith without notice will always acquire a good title to immovables. However, States already applying the unity principle usually require and are satisfied with a notarial certificate as to the provisions of the foreign law. The notary certifies the heirship rights in his jurisdiction. The situs could require also that the certificate be notarized before a consul of the situs State resident in the foreign State, and this would surely render the certificate recordable plus giving protection under the recording statutes of the situs. A court order in the foreign law State, declaring the heirship law of that State, is likely to be more costly and creative of delays than notarial certification, but would be available as a last resort in a difficult case. See further 65 *Texas Law Review* 585 (1987).

Paragraph 2

Sub-paragraph a

76 This first sub-clause is concerned with the ascertainment of the *persons* who are entitled to inherit, what it is they inherit, and on what terms, if any. They will take

as heirs or legatees, and in the common law system as heirs or testamentary beneficiaries of realty (devisees) or personalty (legatees). 'Respective shares' means the quantum of the estate, or particular assets from the estate, to which the heir, legatee or devisee is entitled; 'share' would include the *réserve*, '*légitime*', and forced share entitlement, to the extent that that entitlement does not relate to specific assets. 'Obligations imposed upon them [*i.e.*, the heirs, devisees and legatees] by the deceased' would refer to conditions or personal duties which the deceased attaches to the particular right of inheritance, that is, imposed on the described beneficiary taking under the will or *pacte successoral*. 'Other succession rights arising by reason of death' refers to rights to specific assets or a quantum of assets under the concept of 'forced shares' (*i.e.*, shares dictated by State authority) and homestead, again regardless of the terms of the will or *pacte* and whether the deceased dies testate or intestate.

However, this sub-paragraph is emphasizing the persons who have such rights, and who are thus enforced heirs or inheritors to the deceased's estate.

'The provision by a court or other authority' refers to the power of the court in common law jurisdictions, or of an administrative tribunal in some other jurisdictions, to make inheritance awards at the discretion of the court or tribunal. Outside the USA, where in most jurisdictions there is a statutory right of the surviving spouse to one-third of the deceased's estate, this is the approach of the great majority of common law jurisdictions to family protection, and takes the place of reserve and '*légitime*' in civil law jurisdictions. Regardless of the terms of the will and, in some jurisdictions also, where there is an intestacy, the 'court or other authority' will award assets from the estate, thus varying the testate succession or the order and quantum of intestate succession, to persons in the immediate or one-time close family of the deceased or who were dependents of the deceased. Some jurisdictions include a former spouse, and the cohabitee at the death of the deceased (or a past cohabitee) and issue of such cohabitation relationships. Courts in Contracting States (or in units of such States), which are familiar with fixed proportions as the modus of family provision, will be called upon to exercise this judicial discretion if such is the modus adopted by the applicable law.

This sub-paragraph is not intended to include emergency provision which may be made by the executor or administrator in some jurisdictions for the relief of need in the case of certain persons, *e.g.*, the surviving spouse and children. In those jurisdictions this is a facet of estate *administration* which lies outside Article 7(2). However, as Commission II noted, such emergency provisions would be the subject of an accounting by the recipients, and therefore for the purpose of accounting fall under sub-paragraph c. Where alimentary provision for persons is in lieu of or by way of a succession right, however, it would seem to fall within paragraph a. Unpaid alimony and maintenance, whether the obligation to make payment arises from a separation agreement or from a court order, and alimony and maintenance awards or settlement obligations which are to continue after the death of the obligated person, would give rise to a creditor claim by the unpaid person against the deceased obligated person's estate. Creditor claims clearly fall outside this sub-paragraph, and Article 7(2) as a whole.

Alinéa b

77 Cet alinéa vise les personnes qui seraient normalement bénéficiaires de la succession, mais qui, pour les raisons indiquées, perdent le droit d'hériter. L'«exhérédation» s'applique à toute circonstance dans laquelle le bénéficiaire (c'est-à-dire toute personne qui, à un titre quelconque, «succède» au patrimoine du défunt, que ce soit ou non en vertu d'un testament ou à la suite d'un pacte successoral) est privé de la succession qu'il aurait recueillie normalement. L'«exhérédation», dans l'alinéa b, concerne la privation forcée du droit d'hériter. «L'indignité successorale» s'applique au bénéficiaire qui, par exemple, attente à la vie du *de cuius* ou se fait le complice d'une telle action. Dans les systèmes de droit civil un héritier peut être exclu de la succession pour cause d'indignité. Il en sera ainsi, par exemple, s'il s'est rendu coupable de cruauté envers le défunt ou a essayé d'empêcher le testateur de rédiger, de modifier ou de révoquer son testament, ou, agissant de mauvaise foi, a dissimulé ou altéré le testament.

Le refus, la renonciation et le choix contraire – l'exhérédation volontaire – ne sont pas visés dans cet alinéa. Celui-ci exclut également l'option ouverte à l'héritier, d'accepter la succession ou d'y renoncer. Voir à ce sujet le paragraphe 39, *supra*. Cette question a été longuement débattue par la Commission II, et l'avis général a été que, de nombreux systèmes juridiques voyant ici un cas d'administration des biens plutôt que de succession, il valait mieux l'exclure de la «liste positive» de l'article 7.2. Les délégations ont noté que ce phénomène intervient le plus souvent après le décès, c'est-à-dire après la succession; même si la renonciation se produit pendant la vie du *de cuius*, et est valide dans le système de droit compétent, de toute évidence elle n'est cependant pas considérée comme une question de succession.

Quelle serait néanmoins la situation s'il y avait litige sur le point de savoir si, en cas de refus d'un membre d'une certaine catégorie de légataires ou de successibles, les parts des autres membres de la même catégorie sont augmentées, ou si l'Etat a la faculté de revendiquer la part de l'intéressé? Cette question entre-t-elle ou non dans le cadre de la Convention? Les «parts» sont expressément mentionnées à l'article 7.2 a et le droit d'appréhension de l'Etat fait l'objet de l'article 16. Il semblerait donc que ce soit l'acte de refus, de renonciation ou de choix contraire qui ne rentre pas dans le cadre de la Convention, alors que les conséquences d'un tel acte, si elles relèvent de l'article 7.2, seront soumises à la Convention.

Alinéa c

78 Le but de cet alinéa est de soumettre à la loi applicable, dès lors qu'un bénéficiaire qualifié est reconnu ou a droit à une part de la succession ou à des biens successoraux, toutes les questions sur le point de savoir si, dans quelles circonstances et jusqu'à quel point ce bénéficiaire a l'obligation de rapporter. Pour permettre de déterminer à quoi il a droit lors de la liquidation de la succession, l'intéressé peut être tenu d'indiquer les libéralités qu'il aura obtenues du défunt durant la vie de celui-ci, et de rapporter lesdites libéralités et autres attributions du défunt aux héritiers ou autres légataires testamentaires. Le droit, pour l'administrateur de la succession, de dédommager les héritiers réservataires, peut raisonnablement être considéré comme relevant de cette notion du rapport. Les dispositions obligeant à puiser dans les avoirs du for compensent les pertes résultant pour la famille des politiques non protectrices ou moins

protectrices d'autres lois, par exemple celle du *situs*, et empêchent les personnes qui recueillent des biens dans le for de s'enrichir au mépris des dispositions protectrices de la loi applicable. L'alinéa ne concerne que les questions relatives au calcul de la masse successorale aux fins de la distribution aux bénéficiaires.

Le Rapport relatif à l'avant-projet de Convention (paragraphe 38) indiquait que les «libéralités excessives», au sens de cette expression dans les pays de droit civil, n'obligeaient pas le donataire à faire rapport. Il semble bien néanmoins que l'obligation de restituer ou de rembourser, ou de faire imputer l'excédent sur une partie de ce que le donataire recevrait normalement, rentre effectivement dans le cadre de la Convention. A titre d'exemple d'une question qui relèverait de l'alinéa, un fils peut avoir reçu des sommes importantes de son père durant la vie de ce dernier pour l'aider dans ses affaires ou dans sa profession, et dans son testament le père, veuf, répartit également son patrimoine entre ses trois enfants. La loi applicable (ou celle de l'article 6, s'agissant de «certains biens»), déterminera si et dans quelle mesure le fils doit rendre compte de ce qu'il aura reçu sa vie durant au moment où la part de chaque enfant sera calculée.

Les libéralités auxquelles ce paragraphe se réfère peuvent être des libéralités qui, pour le reste, tombent en dehors de la Convention parce qu'elles sont exclues par l'article 1.2 d. Ceci dépendra de la question de savoir si, premièrement, la loi applicable demande leur rapport dans le cas en espèce et, deuxièmement, si la disposition en l'espèce faite par le *de cuius* durant sa vie doit être qualifiée comme «libéralité».

La loi applicable déterminera aussi la validité d'une clause du testament obligeant un bénéficiaire à rapporter des dons que le testateur lui aurait fait quand il était en vie.

Toutefois, dans l'hypothèse où l'auteur d'une donation entre vifs n'aurait pas eu à rapporter en vertu de la *lex successionis* telle qu'elle existait au moment de la libéralité, mais devait le faire en vertu de la *lex successionis* au décès du donateur, on aurait là un problème né d'un changement de la loi. La Convention laisse aux règles de conflit du for le soin de se prononcer sur les effets d'un changement de substance de la loi. Si la donation n'était pas un pacte successoral en vertu de la *lex successionis* au moment de la rédaction du pacte, mais l'était devenue en vertu de la *lex successionis* lors du décès «pertinent», un autre problème se poserait. Dans cette hypothèse, cependant, la Convention s'appliquerait si une seule succession était en jeu et si aucune désignation ou désignation valide n'avait été faite (article 9.2); le rapport serait dans ce cas exigé. La *lex successionis* effective est la loi applicable en vertu de la Convention.

Alinéa d

79 Cet alinéa concerne des questions relatives à la liberté de tester et à des droits de succession qui, comme on l'a dit (paragraphe 76, *supra*), sont déterminés par la loi ou par des mécanismes juridiques, et constituent des droits que le testateur n'a pas le pouvoir de dénier. L'accent est mis sur le caractère inaliénable d'une partie de la masse successorale ou de biens déterminés entrant dans cette masse. Il est clair que l'intention n'est pas de préserver les droits des créanciers, qui ne font pas partie de la «liste positive», mais de couvrir des points comme celui de savoir quelle part de la succession le défunt est libre d'attribuer à son gré, et les tentatives qu'il fait – au cours de sa vie comme dans son testament ou dans des pactes successoraux – pour éluder la réserve, la lé-

Sub-paragraph b

77 The emphasis of this sub-paragraph is upon persons who would be the beneficiaries of the estate of the deceased, but who for reasons set out in the sub-paragraph lose the right of inheritance. 'Disinheritance' refers to any circumstance under which the beneficiary (using that term to embrace any person who in whatever capacity 'succeeds' to the estate of the deceased, whether on testacy or intestacy or by way of a *pacte successoral*) is deprived of the succession he would otherwise have enjoyed. 'Disinheritance' in this sub-paragraph refers to forcible deprivation of inheritance rights. 'Disqualification by conduct' includes such circumstances as the beneficiary who criminally takes the life, or aids and abets the taking of the life, of the deceased. In civil law jurisdictions an heir may be excluded from the succession on the grounds that he is unworthy to succeed to the deceased. This will be so, for instance, because he has been guilty of cruelty towards the deceased, or he has sought to hinder the testator in making, varying or revoking his will, or he has in bad faith concealed or tampered with the will of the deceased.

Disclaimer, renunciation, and election against the will – disinheritance by choice – is not included within the sub-paragraph. The sub-paragraph also excludes the option of the heir to accept or renounce the succession. See for a further reference paragraph 39, *supra*. It was discussed at length by Commission II, and the consensus was that, since many jurisdictions consider this subject as a matter of administration of the estate rather than of succession, it is better excluded from the 'positive list' of Article 7(2). Delegations noted that it is a phenomenon that most often occurs after the death, that is, after the succession; even if renunciation occurs during the lifetime of the *de cuius*, and is valid in the jurisdiction, it still is not clearly seen as a matter of succession.

What would be the position, nevertheless, if a dispute were to arise as to whether disclaimer by a member of a class of testate beneficiaries or intestate heirs causes an increase in the shares of the other members of the class, or gives the State the right to claim the share? Does this fall within or outside the Convention? 'Shares' are expressly mentioned in Article 7(2)(a), and the claim of the State is the subject-matter of Article 16. It would seem, therefore, that it is the *act* of disclaimer, renunciation or election which is not included within the Convention, while the consequences of the act, should they fall within Article 7(2), will be subject to the Convention.

Sub-paragraph c

78 The purpose of this sub-paragraph, once a qualified beneficiary is established or entitled to a share or to assets in the estate, is to render subject to the applicable law of succession all questions concerning whether, and, if so, in what circumstances and to what extent the beneficiary has to account or has to restore or to reimburse. For the purposes of the determination of what the beneficiary is to receive from the estate, he may be required to list, for the benefit of the deceased's estate, gifts received from the deceased during his lifetime, and to bring into account, or restore or reimburse, such gifts or other lifetime transfers by the deceased to the beneficiary, or other legacies in the will. The right of the estate administrator to compensate those with family inheritance entitlements can reasonably be understood to fall within this notion of accounting. Provisions requiring compensation out of assets in the forum makes up

for that which is lost to the family by non-protective or less protective policies of other laws, *e.g.*, in the situs, and prevents those persons who would take forum assets, while defeating protection provision under the applicable law, from being so enriched. The sub-paragraph is solely concerned with issues involving the calculation of the size of the deceased's estate for the purposes of distribution to beneficiaries.

The Report on the preliminary draft Convention (paragraph 38) stated that 'excessive gifts', as that term is understood in civil law jurisdictions, do not result in the donee being liable to account. Nevertheless, the position appears to be well taken that the obligation to restore or to reimburse, or to have the excess imputed to a portion to which the donee is otherwise entitled, does indeed fall within the Convention. As an example of an issue that would fall within the sub-paragraph, a son may have received substantial sums from his father during the father's lifetime to assist the son in his business or chosen profession, and in his will the father, a widower, divides his estate equally between his three children. The applicable law (or the Article 6 law in the case of 'particular assets') will determine whether, and, if so, to what degree the son must account for his lifetime receipts when the quantum of each child's share is being determined.

The gifts referred to in this paragraph may include gifts to which the Convention does not otherwise apply because they are excluded by Article 1(2)(d). This will depend on whether, first of all, the applicable law requires accounting for, or reimbursement of such gifts in the relevant case, and, secondly, on whether the relevant disposition made by the deceased during his lifetime is to be characterized as a 'gift'.

The applicable law would also determine the validity of a clause in the will requiring a beneficiary to bring into account gifts made by the testator during the testator's lifetime.

However, if the donee of an *inter vivos* gift would not have had to account under the *lex successionis* as that law was at the time of the gift, but is required to account by the *lex successionis* as it is on the death of the donor, there is a problem because of a change in the law. The Convention leaves to the conflict rules of the forum the effect of a change in the substance of the law. If the gift is not a *pacte successoral* under the *lex successionis* at the time of execution of the agreement, but is such a *pacte* under the *lex successionis* at the date of the relevant death, another problem arises. In this instance, however, the Convention applies if only one estate is involved and no designation or valid designation was made (Article 9(2)), and it requires an accounting. The actual *lex successionis* is the applicable law under the Convention.

Sub-paragraph d

79 This sub-paragraph is concerned with issues involving freedom of testation, and succession rights which, as was previously said (paragraph 76, *supra*), are determined by law or by legal process, these being rights which the testator by his will cannot deny. The emphasis is upon the inalienability of a portion of the estate property, or specific assets within the estate. It clearly is not intended to cover creditors' rights, which are not covered in the 'positive list', but it does cover issues as to what part of the estate the deceased is free to distribute to whom he will, and attempts by the deceased – in his lifetime or by his will or agreements as to succession – to avoid reserve, *légitime*, forced shares, or judicial discretionary allocation of assets to immediate fami-

gitime, les parts obligatoires, ou les attributions discrétionnaires à la famille proche décidées par les tribunaux. La disposition s'applique par exemple au cas où, durant sa vie, le défunt a répondu à une publicité émanant d'un paradis fiscal (d'un Etat non contractant) l'invitant à y déposer des biens dans le cadre d'un plan de placement et à tourner ainsi la législation protégeant la famille dans sa juridiction nationale. On suppose ici, bien entendu, que les autres biens du défunt restent soumis au contrôle du for d'un Etat contractant.

Il est clair que les questions afférentes aux régimes matrimoniaux seront déterminées par la loi appropriée régissant ces questions et que c'est après cela seulement que l'importance de la masse successorale disponible sera connue. La Convention concerne cette masse successorale disponible. Il est également clair que la question de savoir si des droits de douane, les droits sur le logement familial et autres titres de cette nature relèvent de la «succession» ou des régimes matrimoniaux est une question qu'il appartient au for (s'agissant d'un Etat contractant) de régler; il en va de même pour les conventions de divorce et de séparation attribuant au conjoint les biens de l'un des époux lorsque celui-ci prédécède.

Alinéa e

80 Cet alinéa porte uniquement sur la validité au fond (essentielle) des dispositions testamentaires, le Chapitre III traitant de la validité au fond des pactes successoraux. En l'occurrence, donc, l'expression «dispositions à cause de mort» est impropre. Le for définit la validité au fond et, ainsi qu'on l'a vu (paragraphe 43, *supra*), les problèmes de vice du consentement peuvent être qualifiés de problèmes de capacité au sens large, relevant de la loi applicable en vertu de l'alinéa e ou de la loi personnelle.

Paragraphe 3

81 On a déjà expliqué (paragraphe 74, *supra*) que ce paragraphe sert surtout à compléter dans la Convention la structure «tripartite» dont s'inspire l'article. Le paragraphe 1 constitue le lien entre les articles 3, 5.1 et 6 d'une part et l'article 7 de l'autre. Le paragraphe 2 énumère les éléments «positifs», c'est-à-dire les questions qu'un Etat contractant a l'obligation de considérer comme relevant de la «succession». Et le paragraphe 3 fait ressortir que la liste de ces questions donnée au paragraphe 2 est effectivement exhaustive.

Une autre raison de l'existence du paragraphe 3 est qu'il permet aux tribunaux et autres autorités des Etats dont les constitutions prévoient l'applicabilité directe des dispositions automatiquement exécutoires des traités d'appliquer les règles de conflit de la Convention à des questions successorales sortant du cadre de la Convention, sans avoir besoin d'y être expressément autorisés par le pouvoir législatif.

Ainsi qu'il a été expliqué, il existe une «zone grise» de questions pouvant faire l'objet d'une introduction volontaire dans le cadre de la Convention. La Convention n'envisageant la «succession» que sous l'angle de la dévolution, il est clair que toute matière qu'un Etat de droit civil qualifie de transmission ou d'administration peut être soumise à la Convention par cet Etat, mais seulement pour ce qui concerne son territoire.

C'est sous cet angle – fallait-il se placer dans le cadre de l'article 7.2, ou rester dans la zone «facultative» ou «grise»? – que la Commission II a débattu de l'interprétation des testaments. La Commission spéciale avait décidé que ce sujet ne pouvait pas être inclus dans l'article 7.2

en raison de la diversité des conceptions entre juridictions et l'avait donc laissé dans la «zone grise» du paragraphe considéré. La Commission II a approfondi la question, mais elle est parvenue à la même conclusion. Une possibilité était de prévoir une exclusion expresse en vertu de l'article premier, une autre une inclusion expresse dans la «liste positive», et la troisième consistait à laisser la question dans la «zone grise» où chaque Etat contractant peut appliquer la solution qui lui paraît convenir.

Des systèmes de droit, appartenant aussi bien à la tradition du droit civil qu'à celle de la *common law*, se seraient certes félicités de l'inclusion dans l'article 7.2, mais il est apparu que leurs opinions différaient sur ce que devrait être la nature de cette inclusion. Pour les pays de droit civil, le sens d'un testament est une question qui peut mettre ou non en jeu l'application de règles légales (les opinions divergeaient à ce sujet), mais qui est déterminée au décès du testateur et est donc nécessairement soumise à la *lex successionis*. Les pays de *common law* adoptent cependant une autre approche. La *common law* considère que l'intention du testateur doit être appréciée en examinant ce que le testateur a dû vouloir dire au moment où il rédigeait son testament. Quand cette intention est claire, le praticien ou le juge de *common law* l'applique aux circonstances de fait au décès du testateur. Les délégations de *common law* s'en seraient tenues à cette dernière tâche – l'interprétation – comme relevant de la *lex successionis*, et entendaient que la première – la «construction» – s'applique au moment de la rédaction et selon la loi alors envisagée par le testateur. Il est également apparu au cours du débat que l'acception du terme «interprétation» diffère elle-même parmi les juristes de différentes origines.

La Commission ne souhaitait aucunement exclure de la Convention la question de l'interprétation des testaments (laquelle diffère des questions qui avaient été exclues), mais elle a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une question pouvant faire partie de la «liste positive». Quelle que soit la nature juridique des règles susceptibles d'être employées pour l'interprétation, la majorité a estimé que c'est là un domaine où le juge recherche simplement quelle était l'intention du défunt et que, moins cette tâche est compliquée, mieux c'est. Un juge devrait pouvoir agir de la manière que préfère son système juridique.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

82 Ce chapitre concerne, non pas le testament unilatéral et révocable, mais 1) la convention entre parties relativement à une succession future (pacte successoral) et 2) les testaments de parties différentes ayant un caractère de réciprocité.

Si l'on considère tout d'abord ces derniers, dans la plupart des systèmes la réciprocité réside dans le fait que chaque testament confère à l'autre testateur un avantage successoral, mais, dans d'autres systèmes, et de manière uniforme dans les pays de *common law*, on trouve l'élément supplémentaire que chaque testateur consent un avantage dans l'espoir qu'une troisième personne bénéficiera des deux testaments (testaments mutuels). Ces testaments peuvent figurer en un seul instrument ou dans deux ou plusieurs instruments distincts. Les expressions «testaments conjoints», «testaments mutuels» et «testaments réciproques» sont employées indifféremment et de manière souvent interchangeable dans les ouvrages sur le sujet et dans les décisions judiciaires. La Commission II s'est heurtée dans une certaine mesure à ce problème.

ly members. This would include a situation where the deceased in his lifetime responds to an advertisement from a tax haven (a non-Contracting State) that he deposit assets in an investment device in the haven, and thereby avoid family protection legislation in his home jurisdiction. It is here supposed, of course, that other assets of the deceased remain subject to the control of the forum in a Contracting State.

It is clear that questions concerning matrimonial property would be determined by the appropriate law governing such questions, and only thereafter would the quantum of the testator's disposable estate be known. The Convention concerns that disposable estate. It is also clear that whether dower rights, homestead rights, and other rights of this kind, pertain to 'succession' or matrimonial property law is for the forum (a Contracting State) to determine, and the same holds true for divorce and separation agreements that allocate assets of one spouse at the death of that spouse to the other.

Sub-paragraph e

80 This sub-paragraph is concerned with the material (or essential) validity of testamentary dispositions only, because Chapter III deals with the material validity of *pactes successoraux*. In this instance therefore the phrase 'dispositions of property upon death' is not appropriate. The forum defines material validity.

Paragraph 3

81 It was previously explained (paragraph 74, *supra*) that this paragraph is introduced into the Convention primarily to complete the 'tripartite' structure of the thinking behind this article. Paragraph 1 is the link between Articles 3, 5(1) and 6 on the one hand and Article 7 on the other. Paragraph 2 lists the 'positives', that is, those topics that a Contracting State must regard as falling within 'succession'. And paragraph 3 underlines that the list in paragraph 2 is indeed definitive of topics that a Contracting State is obligated to regard as 'succession' matters.

Another reason for paragraph 3 is that it allows courts and other authorities in States, whose constitutions provide for the direct applicability of the self-executing provisions of treaties, to apply the conflict rules of the Convention to matters of succession outside the Convention, and do so without express authorization by the legislature.

As previously explained, there is a 'grey area' of topics that are eligible for voluntary introduction into the scope of the Convention. Since the Convention conceives of 'succession' solely as a matter of devolution, it is clear that any matter a civil law State characterizes as transmission or administration may be brought by that State within the Convention, though with effect only within its own borders.

It was in this respect – should it properly be brought within Article 7(2), or should it remain in the 'optional' or 'grey area'? – that the interpretation of wills was discussed by Commission II. The Special Commission had decided that this subject could not be included in Article

7(2) because of the diversity of approach among the jurisdictions to this issue, and had left it in the 'grey area' of this paragraph. Commission II considered the matter at greater depth, but came to the same conclusion. One possible course of action was an express exclusion under Article 1, another was an express inclusion in the 'positive list', and the third was to leave the subject in the 'grey area' where each Contracting State could deal with the matter as it was persuaded.

Though jurisdictions of both the civil law and the common law tradition would have welcomed inclusion in Article 7(2), it became apparent that they had different views on what should be the nature of that inclusion. For civil law countries the meaning of a will is a question which may or may not involve the application of legal rules (there was a difference of opinion on that subject), but it is determined at the death of the testator and is necessarily therefore a matter for the *lex successionis*. However, common law jurisdictions take another approach. The common law regards the meaning of the testator as something that must be judged by looking at what the testator must have meant at the time when he made his will. When that meaning is clear, the common law practitioner or judge applies it to the factual circumstances at the time when the testator died. The common law delegations would have chosen only the latter task – 'interpretation' – as for the *lex successionis*, and been insistent that the former task – 'construction' – is to be determined at the date of execution and the law then intended by the testator. It was also evident in debate that the use of the term 'interpretation' itself differs among lawyers from different backgrounds.

The Commission had no desire to exclude the subject of interpretation of wills from the Convention (this subject was different from the matters that had been excluded), but on the other hand the Commission concluded that it was not a subject that could go into the 'positive list'. Whatever the juridical nature of rules that may be employed in interpretation, the majority felt that it was a matter where the judge was simply looking for the deceased's intention, and the less this task was complicated the better. A judge should be left to do it in the way his system favours.

CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

82 This chapter is concerned, not with the unilateral revocable will, but with (1) the agreement between parties as to a future succession (*pactes successoraux*) and (2) the wills of different parties which are reciprocal.

To speak first of reciprocal wills, reciprocity takes the form in most jurisdictions that each will confers a succession benefit on the other testator, but in other jurisdictions, uniformly so in common law jurisdictions, there is the added element that the conferment of benefit by each testator is in expectation that a third person will benefit from both wills (mutual wills or *testaments mutuels*). Such wills may either be made in one instrument or in two (or more) separate instruments. The terms 'joint wills', 'mutual wills' and 'reciprocal wills' are employed differently and often interchangeably, in the literature and the judgments of courts. Commission II had to contend to some extent with this problem.

Les pactes successoraux comprennent 1) la stipulation unilatérale, autrement dit la promesse gratuite de laisser des biens à une autre personne par disposition à cause de mort et 2) le contrat bilatéral, à savoir la promesse de faire la même chose moyennant contrepartie. La Commission spéciale avait à sa disposition un document sur les pactes successoraux (Doc. prélim. No 11) que le Bureau Permanent avait préparé à sa demande, et ce document est resté à la fin de la Seizième session un précieux document de référence, faisant ressortir entre autres choses la diversité des conceptions qui existent entre les systèmes juridiques, surtout pour ce qui est du droit matériel, mais aussi pour les règles de conflit de lois.

83 Sans le Chapitre III de la Convention les pactes successoraux (en anglais «*agreements as to succession*»; voir le paragraphe 28, *supra*) et les testaments mutuels feraient partie de la «zone grise» de l'article 7.3. Du point de vue de leur acceptabilité et de leur validité, ce seraient des «dispositions à cause de mort» non incluses dans l'article 7.2. Pour ce qui est de la détermination des héritiers et légataires, cependant, c'est-à-dire pour les matières qui relèvent directement de l'article 7.2a, la situation était beaucoup moins claire. La Commission spéciale avait recommandé que la Convention ne garde pas le silence à leur sujet, tant ils font partie intégrante de la loi successorale et présentent une importance pratique dans nombre de systèmes. Il a été décidé en conséquence que la Convention devrait contenir des règles afin de déterminer la loi applicable à ces pactes ainsi qu'aux testaments mutuels, et offrir en outre la possibilité d'une réserve aux Etats contractants qui interdisent le recours aux pactes successoraux, ignorent cette notion juridique particulière ou considèrent que toute disposition conventionnelle sur ce sujet serait pour eux d'un intérêt trop limité. Certains Etats de droit civil (la Norvège et la République fédérale d'Allemagne, par exemple) reconnaissent dans une assez large mesure les pactes; d'autres ne leur font qu'une place restreinte (par exemple la France); d'autres encore (par exemple la Grèce) ne les reconnaissent pas du tout. Dans les pays de *common law* les «arrangements du vivant des intéressés» (*lifetime arrangements*) de cette nature procèdent d'une conception très différente. La doctrine historique des pactes successoraux, ainsi que l'interdiction de ces pactes par le droit romain classique, comme constituant une entrave à la liberté testamentaire, interdiction qui a si fortement influencé le droit successoral dans les systèmes de tradition romaine, en particulier dans les codes des pays latins, sont étrangères à l'histoire et donc aux attitudes contemporaines des pays de *common law*. En revanche, dans chaque Etat, de droit civil ou de *common law*, se pose le problème du traitement des pactes et testaments mutuels construits selon un droit étranger, mais dont les tribunaux du pays intéressé ont à connaître à un titre quelconque.

84 L'avant-projet de Convention ne définissait pas le pacte successoral ni le testament mutuel, mais une description se dégagait de ses dispositions relatives aux règles de conflit. Un pacte successoral est un accord entre deux ou plusieurs personnes créant, modifiant ou révoquant les droits d'une ou plusieurs parties dans la succession future d'une ou plusieurs des autres parties. Les mots déterminants sont «*succeed to the future estate*» ou, comme le dit plus précisément le français, «droits dans la succession future». Pour bien des Etats l'expression «*future estate*» est curieuse; elle n'a guère de sens. En l'espèce il s'agit d'une traduction. Les testaments mutuels ne sont pas forcément en eux-mêmes le résultat d'un accord; en fait, dans certaines juridictions la réciprocité (c'est-à-dire le fait que des avantages sont dévo-

lus d'un testateur à l'autre) suffit à produire les effets d'un accord. Toutefois, s'ils ne manifestent pas en eux-mêmes l'existence d'un accord, il est fréquemment exigé que les testaments mutuels fassent suite à un accord précédemment conclu. A strictement parler, par conséquent, il convient de distinguer les pactes successoraux et les testaments mutuels, et c'est ce que fait la Convention dans son article 8.

En fait, il convient d'évoquer ici les débats de la Commission II sur la définition de l'accord visé par la Convention. L'article 8 de la Convention pallie l'absence d'un article de définition dans l'avant-projet. Il cerne utilement ce qui fait l'objet du chapitre et restreint en outre le champ d'application de la Convention aux accords écrits. La Commission savait que quelques systèmes reconnaissent les accords verbaux, mais elle a estimé que, pour des raisons de preuve, la Convention ne devait pas aller au-delà des accords «faits par écrit». Toutefois ce n'est là qu'une restriction à la portée du Chapitre III. La loi applicable peut en fait décider d'accepter la validité d'un pacte verbal; le pacte (ou accord) verbal n'est simplement pas inclus dans la Convention.

Il importe de reconnaître que les pactes successoraux, c'est-à-dire sur des biens futurs, sont considérés dans la tradition de droit civil comme des dispositions à cause de mort, parce qu'en droit civil, ainsi qu'il était expliqué au paragraphe 13 du Document préliminaire No 11, le contrat créant, modifiant ou révoquant des droits de succession et ces droits eux-mêmes se conjuguent pour faire entrer le pacte lui-même dans le cadre de la Convention comme matière «successorale».

85 L'avant-projet de Convention faisait du facteur de rattachement objectif (article 3) la loi applicable lorsque les parties n'en désignaient aucune. Quand la succession future d'une seule partie est en cause, la loi selon l'article 3 s'applique à cette succession; là où deux ou plusieurs successions sont en cause, la loi selon l'article 3 de chacune de ces successions s'applique, entraînant en l'occurrence un cumul de lois. L'avant-projet autorisait également une *professio juris* en vertu de l'article 5.1 entre la loi de la résidence habituelle ou la loi de la nationalité de la partie dont la succession future était en cause. Là où deux ou plusieurs successions futures sont en cause, les parties au pacte (ou au testament mutuel) peuvent choisir la loi de résidence habituelle ou la loi de la nationalité de l'une des parties. Quant au moment auquel la loi selon l'article 3 ou la loi selon l'article 5.1 doit être déterminée, la Commission spéciale avait envisagé tout d'abord la date du décès, les pactes et testaments mutuels prenant effet lors du décès. Mais elle a estimé pour finir qu'il n'y avait guère de sens à exiger que les parties concluant un accord soient liées par une loi ou des lois qu'elles ne pouvaient connaître (ou qu'au moins certaines ne pouvaient connaître) au moment de l'accord, même si une conception différente (article 5.1) avait été retenue pour les désignations figurant dans des testaments non réciproques ou concernant de tels testaments. Un accord lie ses parties au moment où il est conclu; un testament reste en suspens jusqu'au décès. La Commission spéciale a également décidé que la loi ou les lois applicables devraient régir la validité matérielle, la révocabilité et les effets de l'accord.

86 La Commission II a ouvert ses discussions dans un état d'esprit nettement plus libéral. Dans l'article 5.1 le choix entre la date de désignation ou la date du décès du testateur a été introduit, ce qui a sans aucun doute encouragé la Commission à poursuivre dans la même ligne au Chapitre III. En second lieu, là où la Commission spéciale avait choisi l'approche cumulative lorsque

Pactes successoraux include (1) the unilateral contract, namely, the gratuitous promise to leave property to another by way of a disposition on death, and (2) the bilateral contract, namely, a promise for reciprocal value to do the same thing. The Special Commission had the advantage of a paper on the subject of *pactes successoraux* (Preliminary Document No 11) prepared by the Permanent Bureau at the request of that Commission, and this paper remained at the conclusion of the Sixteenth Session a valuable resource document, demonstrating among other things the diversity of approach to this subject that exists between jurisdictions, particularly in substantive law but also in conflict of law rules.

83 Without Chapter III of the Convention *pactes successoraux* (literally translated as 'agreements as to succession'; see further paragraph 28, *supra*) and mutual wills (*testaments mutuels*) would fall into the so-called 'grey area' of Article 7(3). As to their permissibility and validity, they would be 'dispositions of property upon death' not included in Article 7(2). As to their determination of the heirs and legatees, however, that is matters that directly fall within Article 7(2)(a), the position was by no means so clear. The Special Commission recommended that the Convention could not remain silent on the subject, so integral are *pactes* within the law of succession and of practical importance in a number of jurisdictions. Consequently, it was decided, the Convention should contain rules for the determination of the applicable law governing these agreements and also mutual wills, providing additionally a reserve for those Contracting States which prohibit the use of *pactes successoraux*, which do not know of this particular legal concept, or which regard any Convention's provisions on the subject as too limited in value for them. Some civil law States (*e.g.*, Norway and the Federal Republic of Germany) give a significant recognition to *pactes*, but others a limited recognition only (*e.g.*, France), while others (*e.g.*, Greece) give none. For common law jurisdictions the conceptual approach to 'lifetime arrangements' of this kind has been very different. The historic doctrine of *pactes successoraux*, and also the prohibition of such *pactes* by classical Roman Law as an impairment of testamentary freedom, a prohibition which has so heavily influenced succession law in systems of the Roman tradition, especially the codes of the Latin countries, is no part of the history and therefore of the contemporary attitudes of common law jurisdictions. On the other hand for every State, civil or common, there is the problem of how to deal with *pactes* and mutual wills entered into under a foreign law but which come before the courts of the jurisdiction in one way or another.

84 The preliminary draft Convention did not define a *pacte successoral* or *testament mutuel*, but from its provisions concerning conflict rules a description appears. A *pacte successoral* is an agreement between two or more persons creating, modifying or terminating the rights of one or more of those persons to succeed to the future estate or estates of one or more of the other persons. The crucial words there are 'succeed to the future estate', or as it is more precisely rendered in French, '*droits dans la succession future*'. For many States a 'future estate' is a curiosity as a phrase; it does not mean very much. Here it is a translation. Mutual wills are not necessarily themselves the outcome of an agreement; indeed, in some jurisdictions the fact of reciprocity (*i.e.*, benefits flowing from each testator to the other) is

enough to give rise to the effects of an agreement. However, if not themselves the evidence of an agreement, mutual wills are usually required to be further to an agreement previously concluded. Strictly, therefore, *pactes successoraux* and mutual wills (*testaments mutuels*) should be distinguished, and this the Convention in Article 8 does.

In fact, at this point it is appropriate to mention the work of Commission II in regard to a definition of the agreement with which the Convention is concerned. The Convention's Article 8 remedies the absence of a defining article in the preliminary draft. It usefully encapsulates the subject-matter with which the chapter is concerned, and it also restricts the Convention's concern to agreements in writing. The Commission was aware that oral agreements are recognized by a few jurisdictions, but was of the opinion that the agreement 'created in writing' because of evidentiary considerations is as far as the Convention should go. However, this is merely a restriction on the scope of Chapter III. The applicable law may indeed choose to accept the validity of an oral *pacte*; the oral *pacte* (or agreement) is simply not included in the Convention.

It is important to recognize that agreements as to succession, that is, to future property, are regarded in the civil law tradition as dispositions upon death, because in the civil law, as Preliminary Document No 11 at paragraph 13 explained, the contract which creates, modifies or terminates succession rights and the rights themselves merge together to bring the *pacte* itself within the Convention as a matter of 'succession'.

85 The preliminary draft Convention constituted the objective connecting factor (Article 3) the applicable law when the parties make no choice of applicable law. Where only one party's future estate is affected, that estate's Article 3 law governs; where two or more estates are affected, the Article 3 law of each of these estates governs, thus creating here a cumulation of laws. The preliminary draft also permitted an Article 5(1) *professio juris* between the habitual residence law or nationality law of the party whose future estate is affected. Where two or more parties' future estates are affected, the parties to the agreement (or mutual wills) might select one of those affected parties' habitual residence law or nationality law. As to the time at which the Article 3 law or Article 5(1) law should be determined, the Special Commission first considered the date of death, because *pactes* and mutual wills take effect at the death. However, it concluded that requiring the parties who are making an agreement to be bound by a law or laws which at the time of the agreement they cannot know (at least, for certain) made little policy sense, even if the Commission had taken a different policy viewpoint (Article 5(1)) so far as designations in or for non-reciprocal wills are concerned. An agreement is binding when made; a will is ambulatory until death. The Special Commission also decided that the applicable law or laws should govern the material validity, the revocability, and the effects of the agreement.

86 Commission II commenced its discussions in a markedly more liberal frame of mind. In Article 5(1) the alternative of the date of designation or the date of death of the testator had been introduced, and this undoubtedly encouraged the Commission to entertain the same thoughts in Chapter III. Secondly, where the Special Commission chose the cumulative approach when

deux ou plusieurs lois prévues à l'article 3 étaient en jeu, ainsi qu'aux fins de la validité matérielle, de la révocabilité et des effets de l'accord, la Commission II a suivi un chemin différent. Au départ elle s'est sentie plus attirée par la politique plus libérale consistant à admettre au bénéfice de la Convention le plus grand nombre possible des accords en discussion. En conséquence le cumul a été sérieusement remis en cause et la conception alternative a été adoptée dans plusieurs votes.

87 La Commission II a décidé assez rapidement que, là où il n'y avait qu'une succession en cause, les parties devraient pouvoir bénéficier d'une seconde chance, non seulement quand une loi selon l'article 5.1 a été désignée, mais aussi dans les cas où les parties n'ont désigné aucune loi. Si leur accord n'est pas valide au moment de sa conclusion, il sera néanmoins reconnu comme valide si cette validité existe en vertu de la loi de l'article 3 au moment du décès. La Commission s'est également préoccupée de la loi devant régir les effets, question différente de celle de la validité. Elle a cependant décidé que, comme il s'agit en l'occurrence des effets du contrat sur la succession et que la loi régissant ces effets est à juste titre la *lex successionis*, il est préférable que la validité au fond, l'extinction et les effets soient également soumis à la loi de l'article 5.1 ou à la loi de l'article 3 soit au moment de l'accord soit à celui du décès.

88 Pour ce qui est des accords portant sur deux ou plusieurs successions, la Commission II a considéré que le même choix de lois (date de l'accord et date du décès) devrait s'appliquer. Si l'une ou plusieurs des lois en jeu ne valident pas l'accord au moment où il est conclu, alors il conviendrait de se demander si l'accord est validé par la loi de l'article 3 ou par la loi de l'article 5.1, selon le cas, à la mort de chacune des parties dont la succession est en cause. En d'autres termes, il y aurait cumul des lois pour ce qui est de la validité à la date de l'accord, et un cumul alternatif pour cette validité lors du décès. La difficulté est bien entendu que cette dernière validité ne peut être vérifiée qu'au décès de la dernière des parties dont la succession est en cause. Cela laisse en suspens toute la question de la validité de l'accord jusqu'au décès du dernier intéressé, et certaines délégations éprouvaient des réserves à l'idée de laisser un accord «en l'air» pour une durée qui pouvait être longue.

Il y avait en outre la question de savoir si la validité au fond, la révocation et les effets de l'accord pouvaient encore recevoir le même traitement. La même loi pouvait-elle s'appliquer à ces trois aspects? La validité au fond se rapporte évidemment à la date de la conclusion de l'accord ou, à défaut, à celle du dernier décès; les «effets d'un accord» soulèvent des questions à la fois d'effets contractuels entre les parties (exécution, rupture, etc.) et d'effets sur les successions des parties dont il s'agit. Mais quelle loi doit décider si un effet est contractuel entre les parties ou s'il a un caractère «successoral»?

Le Comité de rédaction, à qui ces questions ont été confiées, a mis en avant une série de possibilités, ce qui a conduit pour finir les délégations à estimer qu'aux fins de la validité au fond, de l'extinction de l'accord et des effets le cumul à la date de l'accord était la seule solution possible. L'approche plus libérale eût certes entraîné l'inclusion d'accords plus nombreux – et contribué ainsi à la réalisation de l'unité – mais les permutations de lois pouvant éventuellement régir la validité au fond, les effets et la révocabilité (ou les circonstances entraînant l'extinction des effets) devenaient bien trop complexes pour conserver un caractère pratique. Le résultat de leur

application était également douteux.

Pour finir, exception faite du paragraphe 2 de l'article 9, déjà mentionné, la Seizième session est revenue à la position adoptée dans l'avant-projet de Convention tel qu'il avait émergé de la Commission spéciale. Cela comprenait une clause de sauvegarde (à présent l'article 12) pour prévenir les abus. Aucune partie à un accord ne peut bénéficier de celui-ci puis en contester la validité au motif qu'il serait invalidé selon la loi de l'article 3 ou de l'article 5.1 qui s'applique au reste de la «succession». En second lieu, aucune personne étrangère à un accord ne peut perdre ses droits inaliénables en vertu de la loi de l'article 3 ou de l'article 5.1 (réserve, légitime, *forced share*, ou droit à l'attribution de biens successoraux par décision de justice) à la suite de l'accord conclu entre les parties. La partie ou les parties dont la ou les successions sont impliquées ne peuvent ainsi faire bon marché des droits d'un étranger à l'accord.

89 La Commission spéciale n'était pas parvenue à une décision tout à fait ferme sur la question de savoir comment les pactes successoraux (et les testament mutuels) devaient être inclus dans le cadre de la Convention. À l'origine elle était consciente de l'hostilité de nombreux Etats à ces pactes, et des grandes différences du droit matériel sur la question entre les Etats qui les reconnaissent. En introduisant le sujet, la Commission spéciale pensait d'abord conserver le Chapitre III comme unité autonome au sein de la Convention, et l'exclusion des dispositions autres que celles «à cause de mort» par la voie d'un article (l'article 9) du Chapitre III traduisait cette manière de voir. Toutefois, ces exclusions étaient en réalité des exclusions de l'ensemble de la Convention. De plus, le Chapitre III de l'avant-projet empruntait lourdement au Chapitre II, et cette approche s'inspirait beaucoup plus de l'intégration que de la séparation. La Commission II pour sa part a décidé que la démarche préférable était celle de l'intégration. En conséquence l'article 9 de l'avant-projet a été absorbé par l'article 1.2 d, et dans tout le texte anglais de la Convention les références aux «*testamentary dispositions*» sont devenues des «*dispositions of property upon death*» (sauf à l'article 7.2 e où le changement n'est pas nécessaire).

Article 8

90 Comme on l'a vu, un pacte successoral doit être «fait par écrit», si l'on entend l'assujettir à la Convention. Cette exigence s'oppose à celle d'une preuve écrite, autre possibilité considérée mais rejetée par la Commission II. Si un accord devait seulement être prouvé par écrit, il pourrait être créé verbalement et l'écrit pourrait faire son apparition à un autre moment. Il lui suffirait d'établir qu'un accord a été en fait conclu au moment allégué. Au contraire, un accord devant être «fait par écrit» signifie précisément que l'accord doit entrer en existence sous la forme d'un document, quel qu'il soit. L'article 8 ne doit pas être compris comme s'appliquant à un accord conclu verbalement, même si l'on dispose d'une preuve écrite de cet accord.

C'est au for qu'il appartient de décider de la loi qui détermine la forme que doit ou peut revêtir l'écrit. La Convention ne fait que déterminer la loi applicable. Ainsi, alors que certains systèmes exigent qu'un pacte successoral revête la forme d'un testament, et d'autres d'un acte notarié, d'autres encore ont des prescriptions différentes. La Convention ne dit rien de la forme de l'accord fait par écrit. La Convention se réfère à la question de forme seulement en relation avec la *professio*

two or more Article 3 laws are concerned, and a cumulative approach for the purposes of material validity, revocability and effects of the agreement, Commission II took a different path. It was initially more attracted by the liberal policy of allowing as many of these agreements as possible to benefit from the Convention. Consequently cumulation came under serious question, and the alternative law approach was adopted in a number of votes.

87 It was an early decision of Commission II that, where only one estate is involved, the parties should have the benefit of a second chance, not merely where an Article 5(1) law has been designated, but in the circumstances where no choice of law has been made by the parties. If their agreement is not valid when it is made, it will nevertheless be recognized as valid if validity exists under the Article 3 law at death. The Commission was also concerned about the law that should govern the effects, which is a different issue from validity. It decided, however, that as the effects of the contract on the succession are the present concern, and the governing law of such effects is appropriately the *lex successionis*, it is preferable that the material validity, the manner of termination, and the effects should also be subject to the Article 5(1) law or the Article 3 law at the date of the agreement or, alternatively, at the date of death.

88 So far as those agreements are concerned where two or more estates are involved, Commission II initially considered that the same alternative laws (time of agreement, and time of death) should apply in these circumstances as well. If one or more of the laws involved does not validate the agreement when it is made then the question would be asked as to whether the agreement is validated by the Article 3 law or the Article 5(1) law, as the case may be, at the death of each of the parties whose estate is involved. In other words, there would be a cumulation of laws for validity purposes at the time of the agreement, and an alternative cumulation for those purposes at the death. The difficulty of course is that validity at death cannot be ascertained until the last of the parties whose estate is involved actually dies. This leaves the whole issue of the validity of the agreement open until the death of the last to die, and some delegations had reservations about leaving an agreement 'in the air' for what may be a prolonged period of time.

There was also the problem of whether material validity, revocation, and the effects of the agreement could any longer be treated in the same way. Could the same law apply to all three issues? Material validity is evidently concerned with the time of making of the agreement or alternatively the moment of the last death; the 'effects of an agreement' raises issues both of contractual effects between the parties (performance, breach, etc.) and effects upon the estates of the parties whose 'succession' is concerned. But which law should decide whether an effect is contractual, as between the parties, or is of a 'succession' character?

The Drafting Committee to whom these issues were assigned reported with a series of possible positions, which ultimately led delegations to the view that cumulation at the time of the agreement for the purposes of material validity, the extinction of the agreement, and the effects, was the only possible solution. Though the more liberal approach would lead to the inclusion of more agreements – and thus assist the move towards unity – the permutations of possible laws that might govern each of the material validity, effects, and revocability (or the circumstances resulting in the extinction of the effects) became far too complex to be practical. The

outcome of their application was also doubtful.

Finally, except for paragraph 2 of Article 9, which has already been mentioned, the Sixteenth Session returned to the policy ideas of the preliminary draft of the Convention as it had come from the Special Commission. This included a saving provision (now Article 12) that prevented abuse. No party to an agreement might take a benefit under the agreement, and then later on contest the validity of the agreement on the grounds that it is invalid under the Article 3 or Article 5(1) law that applies to the rest of the 'succession'. Secondly, no person who was not a party to an agreement might lose his or her indefeasible interest under the Article 3 or Article 5(1) law (*réserve, légitime*, forced share, or right to a judicial award of estate property) as a consequence of the agreement reached between the parties. The party or parties whose estate or estates are affected could not thus bargain away the rights of a stranger to the agreement.

89 The Special Commission was not fully decided as to how *pactes successoraux* (and mutual wills) should be brought into the Convention. Initially it was aware of the hostility of many States to such *pactes*, and of the wide differences between the States that do recognize them as to their substantive law on the subject. When it did introduce the subject the Special Commission was at first minded to keep Chapter III as a self-contained entity within the Convention, and the exclusion from the chapter of dispositions other than 'dispositions upon death' by way of an article (Article 9) within Chapter III reflected that approach. However, these exclusions were properly exclusions from the whole Convention. Moreover, Chapter III in the preliminary draft drew heavily on Chapter II, and this was more an approach based on integration than separation.

Commission II for its part decided that the more desirable approach was integration. Consequently Article 9 of the preliminary draft disappeared into Article 1(2)(d), and references throughout the English text of the Convention to 'testamentary dispositions' became 'dispositions of property upon death' (save for Article 7(2)(e) where the change is not required).

Article 8

90 As has been seen, an agreement as to succession must be 'created in writing' if it is to be subject to the Convention. This should be contrasted with 'evidenced in writing', an alternative requirement which Commission II considered but rejected. If an agreement had only to be proved by a writing, it could be orally created and the writing originated at some other time. All the writing would have to do is establish that an agreement was in fact entered into, and at the time alleged. To the contrary, an agreement which has to be 'created in writing' means precisely that the bringing into existence of the agreement must be by way of a document of some kind. Article 8 is not to be understood as encompassing any orally created agreement, even if proof in writing of its creation is available.

Which law determines the form which the 'writing' must or may take is for the forum to decide. The Convention determines only the applicable law. So while some systems require a *pacte successoral* to be in the form of a will, and others require a notarial writing, yet others have requirements of still another kind. The Convention has remained silent on the subject of the form of the written agreement. The Convention speaks as to form in connection solely with the *professio juris*. If the *pacte*

juris. Si le pacte successoral contient une *professio juris*, l'accord écrit doit revêtir la forme déterminée par le paragraphe 2 de l'article 5.

91 La Commission II a adopté le membre de phrase «fait par écrit ou résultant de testaments mutuels», parce qu'il recouvre des situations assez différentes. Comme on l'a vu plus haut, les testaments mutuels (qui interviennent normalement entre mari et femme, ou entre deux enfants partageant un foyer lorsque la loi applicable admet les testaments mutuels en pareil cas) répondent à des conceptions assez différentes entre pays de droit civil et pays de *common law*, et même dans une certaine mesure entre pays de droit civil. Ils peuvent ou non constituer l'accord en eux-mêmes mais, si tel n'est pas le cas, ils marquent l'aboutissement d'un tel accord. Si l'accord est antérieur, on peut en découvrir des traces dans les testaments, et il arrive souvent que les testateurs n'aient pas couché leur accord par écrit. Certains, naturellement, l'ont fait.

Dans les pays de *common law* les testaments mutuels ne sont qu'un moyen par lequel chaque testateur attribue des biens à l'autre, étant entendu qu'un tiers jouira des biens en question (en même temps que de ceux de l'héritier) à la mort du survivant. Toutefois, bien qu'en ce qui concerne les résultats la *common law* ne diffère pas du «testament de Berlin» de l'article 2269 du Code civil allemand (le *Bürgerliches Gesetzbuch*), la conception en est radicalement différente, et dans bien des pays de droit civil le simple fait de se conférer des avantages mutuels en cas de survie par testament établit la mutualité des testaments, à condition qu'il y ait eu accord préalable pour que chaque testament ait ce résultat. Autrement dit, il n'est pas nécessaire qu'un tiers soit bénéficiaire. Le *Bürgerliches Gesetzbuch* lui-même va encore plus loin. L'article 2270 permet d'exécuter des testaments comme testaments mutuels dès lors qu'ils confèrent des avantages réciproques. L'accord en tant que tel n'est pas indépendamment exigé. L'intention de la Seizième session a été d'inclure tous ces arrangements testamentaires, et de les englober tous dans la formule «ou résultant de testaments mutuels». Dans tous les systèmes les testaments mutuels n'impliquent que les parties à l'accord et la succession de chaque partie est impliquée à l'égal des autres. A la différence de la situation concernant les pactes successoraux, les testaments mutuels, dans les systèmes de droit civil, sont plutôt considérés comme des actes unilatéraux conjugués que comme des accords. La succession de chaque testateur se trouve donc inévitablement mise en jeu et, non moins inévitablement, les non-testateurs restent en dehors de la «mutualité».

92 La distinction entre accords créant, modifiant ou révoquant des droits à la succession d'un participant à l'accord d'une part, et les transactions *inter vivos* comme elles sont connues des systèmes de *common law* d'autre part, peuvent être faites de la manière suivante. L'accord successoral porte sur les avoirs qui constitueront le patrimoine d'une personne actuellement vivante à la mort de cette personne. Il peut en être de même d'une transaction entre vifs. Mais, alors que le pacte donne naissance à un droit futur sur ces avoirs, qui ne se concrétise qu'au moment du décès, la transaction *inter vivos* est complète en elle-même et crée immédiatement un véritable titre de propriété. Les accords examinés ici portent sur les droits existants à une part obligatoire (par exemple la *Pflichtteil* allemande) ou à l'héritage (par exemple la réserve, la légitime, etc.) et les transactions en question donnent naissance à des droits de propriété (ou de possession conditionnelle) dès la conclusion de l'accord ou de l'arrangement, le décès d'une partie à cette transaction étant l'occasion d'une simple

transmission de possession. La différence entre propriété et obligation en droit civil et la propriété créée par une *traditio* ou disposition (en l'occurrence «à cause de mort») sont des éléments du droit civil qui permettent une distinction claire entre le contrat et les successions et que l'on ne peut retrouver dans la conception des systèmes de *common law*. En *common law* la doctrine des *estates* ou des *interests in property* autorise non seulement des accords (et des donations) portant sur des droits de propriété, mais des dispositions qui sont d'ores et déjà complètes, le décès ne représentant que le moment de la réalisation physique. Cette façon de penser imprègne aujourd'hui un nombre considérable de transactions des systèmes de *common law*, et cela qu'elles trouvent leur origine dans des décisions judiciaires ou dans la législation contemporaine. La Seizième session a essayé d'en tenir compte en transférant dans l'article 1.2d l'article 9 de l'avant-projet de Convention. Comme on l'a dit précédemment, l'article 1.2d s'efforce d'exprimer cette distinction d'une manière nécessairement très succincte. L'article 1.2d, on s'en souviendra, exclut ces transactions *inter vivos* du champ d'application de la Convention.

93 Les «droits dans la succession future» visent les droits prenant naissance au décès sur les biens qui constitueront alors le patrimoine du défunt, c'est-à-dire son patrimoine à son décès ou sa succession. Il s'agit ici de droits de propriété, et non pas de créances personnelles sur le patrimoine du défunt, bien que, ces créances constituant en elles-mêmes dans certains systèmes des droits de propriété, la distinction ne soit pas facile à faire dans tous les cas d'espèce. L'article 8 ne vise pas non plus la «succession future» au seul sens technique de «propriété future». Par «succession future» il faut entendre les biens qui constituent le patrimoine du défunt à son décès, et cela que finalement il s'agisse de biens qu'il possédait au moment de l'accord, de biens qu'il ne possédait qu'à sa mort ou des deux à la fois. Aucun système de *common law* n'autorise une personne à avoir un droit de propriété effectif sur des «biens futurs», à moins que la législation du pays intéressé ne l'autorise; on ne peut avoir qu'un droit personnel (contractuel) à recevoir le bien à partir du moment où celui-ci existe. Il n'y a pas d'exception. La situation particulière du bénéficiaire d'un testament entre le décès du *de cuius* et la fin de la période d'administration (c'est-à-dire un droit à des avoirs dont l'existence doit être établie sur une certaine masse) n'est pas envisagée ici. Et en droit français, à titre d'exemple de pays de droit civil, une donation n'est valable que si elle porte sur des biens existants.

Il peut y avoir intérêt à poursuivre l'exemple du droit français. La donation entre époux, donation autorisée de biens présents *et futurs*, constitue une exception délimitée à la règle. Dans la mesure où il s'agit d'une donation de biens existants, c'est une donation entre vifs qui sort du cadre de la Convention (article 1.2d). La Convention s'appliquerait cependant à la donation entre époux comme donation de biens futurs puisque cette donation ne prend effet qu'au moment du décès du donateur (comme elle s'appliquerait à une donation de *common law* si une disposition immédiate à titre gratuit de biens futurs était possible). La donation de biens à venir (article 1084 du Code civil), donation portant sur des biens futurs, présente des caractéristiques hybrides de donation, de contrat et de testament. Il s'agit, dans un contrat de mariage pré-nuptial, d'une donation faite par un parent ou un étranger aux époux et à leurs enfants à naître. Mais cette donation a le caractère d'une deuxième exception à la règle générale du droit français qu'il ne peut y avoir aucune donation présente de biens futurs. C'est également une exception à la règle du Code

successoral contains a *professio juris*, the written agreement must be in the form specified by paragraph 2 of Article 5.

91 Commission II adopted the phrase 'created in writing or resulting from mutual wills', because it is comprehensive of rather different situations. As explained earlier, mutual wills (normally they arise between husband and wife, or two siblings who share a household where the law in question admits mutual wills in these circumstances) are conceived of rather differently as between civil and common law countries, and also to some extent between civil law countries. They may or may not themselves constitute the agreement, but, if they are not the agreement, they are the outcome of such an agreement. Where the agreement was earlier made, some evidence of it may appear from the wills, and very often it is the case that the will makers have not reduced their agreement to writing. Some, of course, have done so.

In common law jurisdictions the mutual wills are merely a vehicle whereby each will maker confers property of his upon the other for that other's benefit on the understanding that a third person shall enjoy the property in question (together with the inheritor's property) upon the survivor's death. However, though as to the results it produces the common law is not different from the so-called 'Berlin will' of Article 2269 of the German Civil Code (the *Bürgerliches Gesetzbuch*), the approach is altogether different, and in many civil law countries the mere conferment of benefit by each will upon the other, should the other be the survivor, constitutes mutuality of wills, provided that an agreement has gone before that each will should do this. That is, no third party need be a beneficiary. The *Bürgerliches Gesetzbuch* itself goes even further. Article 2270 permits wills to be enforced as mutual wills as long as they confer reciprocity of benefits. Agreement as such is not independently required. It was the intention of the Sixteenth Session to include all these testamentary arrangements, and to embrace them all within the language 'or resulting from mutual wills'. Mutual wills in every jurisdiction involve only the parties to the agreement, and each party's estate, his or her 'succession', is also involved. Unlike the situation in *pactes successoraux*, mutual wills in civil law jurisdictions are seen rather as unilateral acts brought together, rather than agreements. The succession to each actor's estate is therefore inevitably involved, and non-actors are equally inevitably no part of the mutuality.

92 The distinction between agreements creating, varying, or terminating rights to succeed to the estate of an agreement participant, on the one hand, and *inter vivos* transactions as known in common law jurisdictions, on the other, could be made in the following manner. The agreement as to succession concerns the assets at death of a living person. An *inter vivos* transaction may do the same. But, whereas the agreement gives rise to a future right to those assets, a right which only comes into existence at the moment of death, the transaction *inter vivos* is complete, giving rise to full property rights at the moment of the transaction. The agreements here in question are concerned with existing rights to a compulsory portion (e.g., the German *Pflichtteil*) or to inherit (e.g., *réserve*, *légitime*, etc.), and the transactions in question give rise to property (or contingent ownership) rights upon the completion of the agreement or arrangement, the death of a party to that transaction being the occasion for the mere passing of possession. The distinction between ownership and obligation in the civil law,

and ownership being created by a *traditio* or disposition (in this instance 'à cause de mort'), are features of the civil law that give rise to a clarity in the distinction between contract and succession which conceptually cannot exist in the common law systems. The common law doctrine of estates (or interests) in property allows not only agreements concerning (and gifts of) property rights, but dispositions which are then and there complete, looking to death merely as the moment of physical finalization. This thinking permeates today a considerable number of transactions in common law systems, whether their origins conceptually lie in judge-made law or in contemporary statute. The Sixteenth Session tried to capture this in moving Article 9 of the preliminary draft Convention to Article 1(2)(d). As previously mentioned, Article 1(2)(d) attempts to express this distinction, necessarily in a very small space. Article 1(2)(d), it will be recalled, excludes these *inter vivos* transactions from the scope of the Convention.

93 'Rights in the future estate' or '*droits dans la succession future*' refers to the rights that arise at the time of the death in the assets that will ultimately make up the property of the deceased, i.e., his estate at death or his succession. The reference is to rights to property, not personal claims against the deceased's estate, though since in some systems such a claim is itself property the distinction in any particular circumstance is not easy to make. Nor does Article 8 refer to 'future estate' in the sense only of the technical term 'future property'. 'Future estate' or 'future succession' means property that makes up the estate of the deceased at his death, whether as events prove it consists of assets he owned at the time of the agreement, assets that he only owned at death, or some assets of each category. No common law system permits a person to have an existing proprietary right in 'future property', unless the particular jurisdiction has authorized it by statute; he can have only a personal (contractual) right to have the property transferred to him when it comes into existence. There are no exceptions. The peculiar situation of a will beneficiary between the death of the *de cuius* and the completion of the administration (which is a right to assets to be ascertained out of an existing whole) is not under consideration. And in French law, as a civil law example, a gift is valid only if it is of existing property.

It may be appropriate to continue with French law as the example. The *donation entre époux*, being a permitted gift of both present and future property, is a deliberate exception to that rule. So far as it is a gift of existing property it is *inter vivos* and falls outside the Convention (Article 1(2)(d)). As a gift of future property, however, the Convention would apply to the *donation entre époux* because this gift takes effect only at the death of the donor (as it would to a common law gift, if it were possible to have an immediate gratuitous disposition of future property). The *donation de biens à venir* (C.C. 1084), a gift of future property, is a hybrid of gift, contract and will characteristics. In an antenuptial marriage contract it is a gift by a relative or stranger in blood to the marrying persons and their future children. But in character it is a second exception to the general rule of French law that there can be no present gift of future property. It is also an exception to the rule of the Civil Code that the *pacte successoral* is prohibited. The Convention clearly applies to a *donation de biens à venir*, unless or to the extent that it is characterized by the

civil prohibant le pacte successoral. La Convention s'applique manifestement à une donation de biens à venir, sauf dans la mesure où le for de l'Etat contractant la qualifie de «question relevant du régime matrimonial» (article 1.2 c), et où, pour cette raison et dans cette mesure, elle sort du cadre de la Convention.

Le sens de la «succession future» peut être éclairé par une autre institution empruntée au droit français. La donation-partage est une donation entre vifs s'accompagnant d'un partage de biens appartenant au parent au moment de la donation; la donation est habituellement faite aux héritiers réservataires et est destinée par le parent donateur à satisfaire les droits réservataires. Toutefois, il s'agit d'une donation de biens existants et la Convention ne s'y applique pas; il n'y a pas de «disposition à cause mort».

Le pacte successoral ou pacte sur succession future représente essentiellement la donation de biens à venir; toutes les institutions de droit civil présentant les mêmes caractéristiques, et quel que soit l'Etat ou l'unité territoriale de l'Etat (par exemple le Québec), sont aussi des pactes successoraux. Mais un Etat contractant de droit civil ne doit pas oublier que toute donation de biens futurs ou tout accord portant sur de tels biens, même s'il peut être qualifié de pacte successoral, sortira néanmoins du cadre de la Convention si l'Etat contractant du for y voit une question de régime matrimonial.

Etant donné qu'en *common law* il n'y a pas d'exception à la règle qu'il ne saurait y avoir disposition de biens futurs que de façon indirecte par contrat prévoyant une contrepartie entre le disposant et le bénéficiaire putatifs, il paraît probable que les juridictions de *common law* concluront rarement qu'une disposition non testamentaire constitue une «disposition à cause de mort». La question qu'on posera cependant est celle de savoir si, dans l'hypothèse suivante, on se trouve en présence d'une «disposition à cause de mort»: le *de cuius* X convient avec Y moyennant contrepartie que X laissera par testament à Y un bien qu'il possède à ce moment («ma maison appelée «*Greengables*» à «*Stow-in-the-Wold*»). X meurt intestat et Y est un étranger par le sang qui survit à X, à qui il a versé la contrepartie promise. Selon le Rapporteur Y fait valoir une créance sur la succession de X, comme on l'a vu par ailleurs dans le présent Rapport. Y exige l'exécution d'une obligation contractuelle précise et, dans les pays qui connaissent l'enregistrement, ce droit, à compter de la date du contrat, sera inscrit comme grevant la maison en question. Un corollaire utile de cette conclusion est qu'aucune distinction n'a besoin d'être faite ni même esquissée entre les biens existants au moment du contrat et les biens qui peuvent exister dans l'avenir. La distinction est simplement celle qui est faite entre les dispositions testamentaires et non testamentaires, distinction bien connue en *common law* depuis le dix-septième siècle. Si H, dans son accord de séparation avec W, s'engage à lui «donner» «les trois quarts de mon patrimoine net à mon décès», il enfreint la règle suivant laquelle il ne peut faire de disposition à cause de mort que sous forme testamentaire. La prétendue «donation» est invalide.

Cela signifie que, pour les Etats de *common law*, le principal intérêt du Chapitre III de la Convention est qu'il régleme d'une manière qui leur est utile, sous une forme internationalement acceptée, la façon dont ils reconnaîtront les pactes successoraux et les désignations de la loi applicable faite par voie de pacte dans les systèmes de droit civil.

Article 9

94 Cet article traite du cas – et il s'agit là des pactes successoraux les plus courants – où une personne, dont les biens présents et futurs sont grevés des réserves, légitimes ou parts obligatoires d'une ou plusieurs autres personnes, conclut un accord avec ces personnes affectant d'une certaine façon lesdits droits. Il se peut aussi que les biens présents ou futurs de l'intéressé ne soient pas grevés de la sorte par les droits des personnes avec lesquelles il conclut un pacte successoral. On a déjà vu l'exemple du veuf âgé et de sa gouvernante. Un droit sur certains biens peut ainsi être créé, ou l'étendue de la créance du détenteur d'un droit légitime à la mort de la personne dont les biens sont grevés peut être modifié, ou encore le droit peut disparaître au moment du décès en échange d'autres avantages. Par exemple, un père peut conclure un accord avec ses deux fils prévoyant que l'un d'eux, en échange de certains biens qui lui sont transférés immédiatement (sous forme de donation), renoncera à ses droits légitimes sur la succession au décès de son père, s'il survit à celui-ci (la donation pouvant être révoquée par le père si le fils prédécède), alors que l'autre fils, s'il survit à son père, jouira au décès de celui-ci de certains avantages stipulés en reconnaissance de ses droits légitimes. Ou encore, la personne dont la succession est en cause est mariée et cette personne conclut un pacte dans le contrat de mariage ou après celui-ci dans lequel il ou elle fait donation à son conjoint de ses biens futurs. Un autre exemple est celui d'un mari qui conclut un accord avec sa femme aux termes duquel elle obtiendra un certain type de biens ou une certaine quotité de ses biens futurs (c'est-à-dire existants à son décès).

95 Puisqu'il est possible de faire une réserve visant le Chapitre III (article 24.1 a), il appartiendra à l'Etat contractant de déterminer si la Convention doit s'appliquer à des situations de cette nature. Dans les pays de droit civil qui reconnaissent les pactes successoraux, et qui par conséquent ne réserveront ni ne dénonceront le chapitre, les situations évoquées ci-dessus relèvent manifestement de l'article 9.1, et la loi applicable en vertu de ce paragraphe (la loi objectivement vérifiée du *de cuius* ou, s'il y a eu désignation, la loi subjectivement affirmée) régira la validité au fond, les effets de l'accord et les circonstances qui entraîneront l'extinction de ces effets.

Par exemple, et bien que dans le droit interne de l'Etat contractant M le père et le fils ne puissent conclure valablement un accord (paragraphe 94, *supra*), le père, ressortissant de l'Etat M, conclut l'accord au lieu de sa résidence habituelle, l'Etat N, où un tel accord est valide. La loi de l'Etat N, en vertu de l'article 3.2 (c'est-à-dire si aucune loi n'a été désignée), est la loi applicable de l'accord (article 9). L'Etat M est tenu de reconnaître la validité de cet accord; il reconnaîtrait probablement aussi la validité du contrat de mariage entre le père et son épouse régi par la loi de l'Etat N. De plus, si le père rédige ultérieurement un testament dans l'Etat M sans désigner de loi pour régir cette disposition testamentaire, la loi selon l'article 3.2, c'est-à-dire la loi applicable au pacte, sera aussi applicable au testament.

Il ne faudrait pourtant pas conclure de cet exemple que la succession d'une personne ne saurait être régie par deux lois applicables. L'article 9 suppose qu'un pacte peut être régi par la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle du *de cuius* au moment où le pacte est conclu, la succession, en dehors de cela, étant régie par la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle du *de cuius* à son décès. Lorsqu'un pacte existe, l'article 7.1 est à prendre avec le Chapitre III de la Convention. Voir

Contracting State forum as a '*question relevant du régime matrimonial*' (Article 1(2)(c)), and therefore for that reason or to that extent it falls outside the Convention.

The meaning of 'future estate' or future succession can be demonstrated by another institution drawn from French law. The *donation-partage* is a gift *inter vivos* and a simultaneous partition of assets owned by the parent at the time of the gift; the gift is usually among those who have *réserve* rights, and is intended by the parent to be in satisfaction of those rights. However, it is a gift of existing property and the Convention does not include it; there is no 'disposition of property upon death'.

The *pacte successoral* or *pacte sur succession future* is essentially the *donation de biens à venir* and all civil law institutions having the same characteristics, whatever the State or unit of the State (e.g., Québec), are also *pactes successoraux*. The caveat the civil law Contracting State must heed is that any gift of, or agreement as to, future property, though classifiable as a *pacte successoral*, will nevertheless fall outside the Convention if it is characterized by the forum Contracting State as matrimonial property.

On the common law side, given the absence of exceptions to the rule that there can be no disposition of future property other than indirectly through a contract for value between the would-be disposer and the would-be donee, it seems likely that common law jurisdictions will rarely find that a non-testamentary disposition nevertheless constitutes a 'disposition of property upon death'. The question that will be asked, however, is whether the following is a 'disposition of property upon death': the *de cuius*, X, contracts with Y for value that X will leave an asset that he then owns ('my house called 'Greengables' at Stow-in-the-Wold') by will to Y. X dies intestate, and Y is a stranger in blood who survives X, having given the promised value. It is the opinion of the Reporter that Y claims as a creditor against the estate of X, as has been said elsewhere in this Report. Y seeks specific performance of a contract, and in registration jurisdictions that right as of the date of the contract will be registered against the house. This conclusion has the useful side result that no distinction need be drawn or attempted between property existing at the time of the contract and property that may exist at some future date. The distinction is merely that between testamentary and non-testamentary dispositions, something which has been familiar in common law jurisdictions since the seventeenth century. If H in his separation agreement with W purports to 'give' W 'three-quarters of my net estate at death', he has breached the rule that he may make no disposition of property upon death other than in testamentary form. The so-called 'gift' is invalid.

This would mean that common law States will find the principal value to them of Chapter III of the Convention is that it usefully regulates for them in an internationally accepted form the manner of recognition to be given by them to the *pactes successoraux*, and the designations of applicable law by *pacte*, of civil law jurisdictions.

Article 9

94 This article deals with the circumstances – and these are the much more usual *pactes successoraux* – where one person, whose present and future property is held by him subject to *réserve* or *légitime* or portion rights of another or others, enters into an agreement with those persons whereby those rights are affected in some way. Alternatively, that one person's present and future property is subject to no such inheritance or portion right of the other or others with whom he enters into a *pacte successoral*. For example, as previously given, the elderly widower and the housekeeper. A right to specific assets may thereby be created, or the extent of the claim of the holder of a *légitime* right at the death of the person whose property is burdened may be modified, or the right at the death may be terminated altogether in return for other benefits. For example, a father may enter into an agreement with his two sons to the effect that one son, in return for certain assets now (a gift), will forego his *légitime* right against his father's estate on the father's death, on the supposition that he will survive his father (the gift being revocable by the father, should the son predecease), while the other at his father's death, if he survives his father, shall have certain described benefits in discharge of his *légitime* right. Alternatively, the person whose estate is affected is a spouse, and that person enters into a *pacte* in the marriage contract or after the marriage that he or she makes a gift to the other spouse of his or her future property. Another example is that of a husband who enters into an agreement with his wife that she shall have a certain type of assets or a quantum out of his future property (*i.e.*, at his death).

95 Because of the reserve to Chapter III that is available (Article 24(1)(a)), it is for the Contracting State to determine whether the Convention is to apply to situations like these. In those civil law jurisdictions that recognize *pactes successoraux*, and therefore do not reserve or denounce the chapter, the above situations clearly fall within Article 9(1), and the applicable law under that paragraph (the objectively ascertained law of the *de cuius*, or, if such has been chosen, the subjectively ascertained law) will determine the material validity, the effects of the agreement, and the circumstances which result in the extinction of the effects.

For instance, though under the internal law of Contracting State M the father and son agreement (paragraph 94 above) could not validly be created, the father, a national of State M, enters into the agreement in his habitual residence, State N, where the agreement is valid. The law of State N under Article 3(2) (*i.e.*, no choice of law has been made) is the applicable law of the agreement (Article 9). State M must recognize the validity of the agreement; it would probably also recognize the validity of a matrimonial agreement between the father and his wife governed by the law of State N. Moreover, if the father later makes a will in State M, designating no law to govern that testamentary disposition, the Article 3(2) law that is the applicable law for the *pacte* will also be the applicable law for the will.

However, the conclusion should not be drawn from this example that a person may not have two applicable laws applying to his estate. Article 9 presupposes that a *pacte* may be governed by the law of the nationality or habitual residence of the *de cuius* at the time of the making of the *pacte*, but the succession is otherwise governed by the law of the nationality or habitual residence of the *de cuius* at the time of his death. Where a *pacte* exists, Article 7(1) must be read together with Chapter III of

le paragraphe 68, *supra*, sur la dualité de lois applicables.

96 Dans les systèmes de *common law*, cependant, la situation est différente. Nul ne peut faire don de biens futurs, ainsi qu'on l'a expliqué précédemment (voir les paragraphes 46 et 93, *supra*). Les biens futurs ne peuvent être l'objet que d'un contrat, c'est-à-dire de l'engagement moyennant contrepartie de transférer un bien quand celui-ci existera. La contrepartie doit être actuelle, ou il peut s'agir d'un mariage en échange de la promesse faite. Chacun des exemples donnés ci-dessus doit pouvoir être qualifié de contrat; autrement dit, les effets sont envisagés entièrement comme des effets contractuels. Si le père ou le mari susvisés vend les biens dont il s'agit pendant la vie des parties, il y aura rupture de contrat.

Par exemple, des parents âgés peuvent convenir avec un enfant que, si celui-ci s'occupe d'eux jusqu'à ce qu'ils meurent tous les deux, la maison qu'ils occupent lui sera laissée dans le testament du survivant. Ultérieurement les deux parents meurent intestats et plusieurs enfants et petits-enfants survivent. L'enfant qui aura fourni ses services et dont les espoirs sont déçus dispose d'une action contractuelle. S'il ne lui est pas possible de prouver l'existence d'un contrat, cet enfant pourra probablement exercer une action pour enrichissement sans cause (demandes quasi contractuelles et demandes de *constructive trust*). L'enfant ayant tenu compte de toute attribution judiciaire éventuelle sur la succession du survivant, il est peu probable qu'un tribunal du pays en question estimerait que son droit à recevoir en tant qu'enfant une part «juste et équitable» du patrimoine des parents en vertu d'une loi de protection de la famille serait modifié s'il obtenait gain de cause dans son action en rupture de contrat ou pour enrichissement sans cause.

En d'autres termes, le statut d'un créancier n'est pas une question de «succession». Il peut certes y avoir une incidence sur la «succession» en ce sens que les biens disponibles pour dévolution aux héritiers et légataires seront de ce fait diminués, mais aucun rapport de l'enfant ne se justifierait et, bien que la question ne soit pas indubitable dans le droit interne de nombreux systèmes de *common law*, il semblerait que les effets de l'«accord» soient entièrement contractuels. Bien que la disposition de la maison dans le testament du parent survivant se réalise au décès de celui-ci, il reste que la disposition n'est pas un acte volontaire créant des droits de succession, mais l'accomplissement par le parent d'un contrat exécutoire (ou le fait pour le parent d'éviter une situation d'enrichissement sans cause).

Dans les systèmes de *common law* des arrangements du genre: «tu auras ma maison en vertu de mon testament, si tu fais pour moi ceci ou cela» sont conclus par des personnes qui sont mal informées légalement. Souvent, il en va de même des testaments mutuels. Un juriste préconisera presque invariablement la constitution d'un trust entre vifs, en prévoyant normalement que les deux parents conserveront la jouissance du bien ou des biens spécifiés leur vie durant, et que l'enfant ou les enfants auront un droit irrévocable à entrer en possession à la mort du survivant. Les *trustees* transféreront alors à l'enfant le titre correspondant. Voir le paragraphe 46, *supra*.

Paragraphe 1

97 La loi applicable soit en vertu de l'article 3 soit en vertu de l'article 5.1, si la personne dont la succession est concernée par l'accord a désigné une loi pour régir sa «succession», déterminera la «validité au fond» du pacte successoral, ses «effets» et «les circonstances en-

traînant l'extinction de ces effets». Les questions de forme, autres que les exigences pour la création de la *pro-fessio juris*, sont de la compétence du for comme on l'a expliqué précédemment (voir les paragraphes 41, 66 et 90, *supra*). Le for déterminera également la signification de la «validité au fond».

Les «effets» de l'accord ont donné lieu à de vives discussions au sein de la Commission II parce que, dans les pays qui autorisent les pactes successoraux, certains des effets du pacte, puisqu'il s'agit d'un accord, ont un caractère contractuel (et sont donc soumis à la loi régissant l'accord en tant que contrat), et d'autres concernent la «succession» du fait qu'ils créent, modifient ou dévient des droits d'héritage inaliénables. Il a été suggéré que les effets entre les parties soient régis par la loi contractuelle et les effets pour les tiers par la *lex successionis*. Or cette distinction ne peut pas toujours être faite; de plus elle reviendrait à consentir à une autre scission. On a estimé en définitive que mieux valait soumettre tous les effets du pacte à la *lex successionis* qui, en vertu de ce paragraphe, est la *lex successionis* de la personne dont le patrimoine est concerné, à la date de l'accord. La même disposition relative aux «effets», conformément à l'article 7.1, s'applique aussi aux testaments mutuels. Néanmoins, dans les systèmes où il existe un rapport de causalité entre l'accord et les testaments mutuels, il faudra distinguer les «effets» qui relèvent de l'accord de ceux qui relèvent de la «disposition à cause de mort». Autrement dit, les testaments mutuels sont de pures dispositions. En tant que testaments ils ne comportent aucun élément d'accord, bien que leur contenu puisse laisser supposer qu'un accord préexistait. En revanche, dans la République fédérale d'Allemagne, où l'élément de l'accord n'existe pas, la validité au fond, les effets et l'extinction sont nécessairement régis par la loi applicable en vertu du Chapitre III.

La Commission spéciale avait prévu la «révocabilité» de l'accord, mais ce terme n'a pas rencontré la faveur de la Commission II. En premier lieu, un testament est révocable en tant qu'acte unilatéral, mais, a-t-on demandé, comment pourrait-il y avoir révocation unilatérale d'un acte bilatéral tel qu'un pacte successoral? On a cependant souligné à l'intention de la Commission qu'en France la révocation d'un pacte peut être non seulement unilatérale, mais que l'autre ou les autres parties au pacte peuvent ne pas en être averties. Dans la République fédérale d'Allemagne, en revanche, les pactes successoraux et les testaments comportant des dispositions réciproques, c'est-à-dire les testaments mutuels, peuvent être unilatéralement révoqués lorsque l'autre partie a été avisée et que, ou bien l'accord comporte une clause autorisant la révocation, ou bien une telle conduite d'une des parties ou d'un bénéficiaire de l'accord qui aurait pour conséquence la perte de leur réserve, justifie la révocation de la part de l'autre. Dans les pays de *common law* les testaments mutuels, comme on l'a dit, représentent la mise en œuvre d'un engagement de ne pas révoquer les testaments rédigés en exécution d'un plan de répartition concerté de chaque succession en faveur du survivant et, sous cette réserve, de tiers. Chacun de ces testaments peut être révoqué par son auteur sans que l'autre en soit informé, mais uniquement tant que l'un et l'autre sont en vie.

La Commission II n'était pas à même d'entreprendre une réforme des droits matériels des Etats membres et, de toute façon, il n'est pas douteux que la loi applicable décide si la révocation peut ou non être unilatérale; on a cependant estimé qu'il pouvait y avoir lieu de revoir le terme «révocabilité», qui soulevait d'ailleurs d'autres difficultés. Il est peut-être clair que la loi applicable détermine ce qu'il faut entendre par «révocation», et

the Convention. See further on two applicable laws, paragraph 68, *supra*.

96 In common law jurisdictions, however, the position is different. No one can donate future property, as previously explained. (See further paragraphs 46 and 93, *supra*.) Future property can only be the subject-matter of a contract, *i.e.*, an agreement for value to transfer when the property comes into existence. Value must be actual value, or marriage in return for the promise. Each of the examples above must be capable of characterization as contracts, and this means the effects are seen entirely as contractual effects. If the father or the husband, above, sells the earmarked assets during the joint lives, a breach of contract has occurred.

For example, elderly parents may agree with a child that, if the child cares for the parents until both parents are dead, the child will be left the parents' then house by the will of the survivor. Following this agreement both parents die intestate survived by a number of children and grandchildren. The disappointed child who has given the services has an action in contract. If no terms of a contract can be proved, he will probably have an action in unjust enrichment (quasi-contractual claims and constructive trust claims). Since consideration was given by the child for any award by the court from the survivor's estate, it is unlikely that a court of that jurisdiction would consider that the entitlement of the child as a child to have a 'just and equitable' amount from the parents' estates under a family protection statute is affected by the successful contractual or unjust enrichment claim.

In other words a creditor's status is not a matter of 'succession'. There may indeed be an impact upon the 'succession' in that fewer assets are thereby available for devolution to the heirs, devisees and legatees, but no accounting by the child would be appropriate, and though the matter is not free from doubt under the internal law of many common law jurisdictions, it would appear that 'the effects of the agreement' are entirely contractual. The fact that the disposition of the house by the surviving parent's will is a disposition that occurs on that parent's death does not alter the fact that the disposition is not a voluntary act creating succession rights, but the performance by the parent of an enforceable contract (or avoidance by the parent of an unjust enrichment situation).

In common law jurisdictions such arrangements as, 'you shall have my house under the terms of my will, if you will do such and such for me', are entered into by persons who are not legally advised. This is often also true for mutual wills. Legal advice will almost invariably result in the creation of an *inter vivos* trust, whose terms would typically be that both parents retain the enjoyment of the specified asset (or assets) during their lives, and the child or children have an irrevocable right to take possession of the assets on the survivor's death. On that death the trustees will then transfer to the child the title to those assets. See further paragraph 46, *supra*.

Paragraph 1

97 The applicable law under Article 3 or, in the event that the person whose estate is involved or affected by the agreement has chosen a law to govern his 'succession', Article 5(1) will determine the 'material validity' of the agreement as to succession, its 'effects', and 'the

circumstances resulting in the extinction of the effects'. Questions of form, other than the requirements for the creation of the *professio juris*, are for the forum, as previously explained (see paragraphs 41, 66 and 90 *supra*). The forum will also determine the meaning of 'material validity'.

The 'effects' of the agreement were a matter of keen discussion by Commission II because in the jurisdictions which permit *pactes successoraux* some of the effects of the *pacte* as an agreement are contractual (and therefore subject to the law governing the agreement as a contract), and others concern the 'succession', creating, varying or terminating indefeasible inheritance rights. A suggestion was made that the effects as between the parties might be governed by contract law, and the effects of the *pacte* upon third parties be governed by the *lex successionis*. However, this distinction cannot always be drawn, and moreover it condones the existence of another scission. In the outcome it was felt that it was better to submit all effects of the *pacte* to the *lex successionis*, which under this paragraph is the *lex successionis* of the person whose estate is affected, as at the date of the agreement. The same 'effects' requirement, as set out in Article 7(1), also applies to mutual wills.

Nevertheless, in jurisdictions where the agreement and mutual wills are respectively cause and outcome, a distinction will have to be made as to those 'effects' which pertain to the agreement aspect and those which pertain to the 'disposition of property upon death'. Mutual wills, that is, are purely dispositions. As wills they contain no element of agreement, though the fact that there was an agreement may be discoverable from the contents of the wills. On the other hand, in the Federal Republic of Germany, where the agreement element does not exist, material validity, effects and extinction are inevitably governed by the applicable law under Chapter III.

The Special Commission had provided for the 'revocability' of the agreement, but this term was not popular with Commission II. In the first place a will as a unilateral act is revocable, but, it was asked, how could there be a unilateral revocation of a bilateral act like a *pacte successoral*? It was pointed out to the Commission, however, that in France a revocation of a *pacte* may not only be unilateral but notice of it be withheld from the other party or parties to the *pacte*. In the Federal Republic of Germany on the other hand *pactes successoraux* and wills with reciprocal provisions, *i.e.*, mutual wills, may be unilaterally revoked in those circumstances where notice has been served on the other party and either the agreement includes a term permitting revocation or such conduct of one party or of the beneficiary of the *pacte* as would result in loss of that person's indefeasible share justifies revocation. In common law countries mutual wills, as has been said, are the implementation of an agreement not to revoke wills made in furtherance of an agreed distribution plan for each party's estate assets in favour of the survivor and subject thereto third parties. These can be revoked each by its maker without notice to the other, but during the joint lives only.

Commission II was not in a position to embark upon changes to the substantive laws of Member States, and in any event there was no doubt the applicable law determines whether or not the revocation may be unilateral, but it was felt nevertheless that the word 'revocability' might be changed. There were further difficulties with the term. It might be clear that the applicable law determines what is meant by 'revocation', and that the

qu'elle peut en réglementer la forme (bien que, comme «disposition à cause de mort», la forme de la révocation soit exclue de la Convention), mais l'on a estimé que le terme «révocabilité» était décidément trop étroit. Le mot «révocation» n'exprime pas comme il convient l'extinction des contrats synallagmatiques et des testaments mutuels. C'est ce qui a amené la Commission à retenir pour finir la formule «les circonstances entraînant l'extinction de ces effets».

Paragraphe 2

98 Bien que la solution choisie dans ce paragraphe, à savoir celle d'une règle en faveur de la validation des pactes successoraux, ait déjà été adoptée par la Commission II, le Comité de rédaction a mis ledit paragraphe entre crochets. Il tenait à ce que la Commission réfléchisse de nouveau à la question. Cependant, à la suite d'un vote partagé (neuf voix contre neuf) la décision antérieure a été maintenue en vertu du règlement de la Conférence de La Haye. Onze délégations se sont abstenues.

Le vote en faveur du présent paragraphe s'explique par le désir de faciliter la reconnaissance de ces pactes. Dans l'hypothèse où la loi applicable (atteinte par la voie de l'article 3 ou de l'article 5.1) à la date de la rédaction de l'accord ne valide pas celui-ci, alors que la loi applicable au moment du décès le ferait, il a paru de bonne politique de donner effet à cette dernière. On a souligné que les gens concluent souvent des arrangements de cette nature (accords entre maris et femmes concernant leurs biens et accords portant sur la succession à des intérêts commerciaux) avant un changement de résidence habituelle, par exemple lors de la retraite, et que de toute façon une seule succession est en cause.

L'attitude opposée correspondait à une position de principe et à une objection pratique. Certaines délégations estimaient que le seul moment auquel la loi applicable à un accord (un contrat) peut être déterminé est la date de l'accord. Ces délégations se préoccupaient aussi du conflit mobile que le paragraphe alors proposé (le paragraphe 2 actuel) susciterait. Le représentant des notaires a fait observer que des accords de cette nature ne devraient être conclus que lorsque la partie ou les parties dont les successions sont en cause, se sont installées à leur nouvelle résidence habituelle. Toutefois, l'objection pratique à l'article 9.2 était qu'un accord invalide au moment de sa rédaction demeure en suspens jusqu'à la mort de la personne dont la succession est en cause. Quelle serait la situation, a-t-on demandé, si l'accord imposait à une partie d'accomplir certains actes durant la vie de toutes les parties à l'accord? Jusqu'à la mort de la personne dont la succession est en cause, nul ne saurait si l'accord serait validé pour finir. On a fait observer qu'une forte pression était ainsi exercée sur cette partie afin qu'elle change sa résidence habituelle de manière à obtenir la validation. A la Session plénière finale la délégation suisse a été l'une des deux délégations qui se sont abstenues dans un vote sur ce paragraphe et elle a souhaité que son abstention soit consignée au Rapport.

Le paragraphe 2 figurant désormais dans la Convention, il convient de répondre aux objections qu'il avait suscitées. Si la loi applicable au moment du décès de la personne dont la succession est en cause validait l'accord, cette même loi devrait nécessairement déterminer quel effet cette validation tardive pourrait avoir sur la situation de la partie qui aurait dû accomplir certains actes avant que ne s'ouvre la succession. La question est de savoir si cette partie innocente qui n'a pas accompli certains actes, doit perdre ses droits à succéder en vertu de

l'accord désormais valide au motif que l'inexécution est une rupture de l'accord. La même loi doit également déterminer si l'inexécution des actes requis à la date du décès de la personne dont la succession est en cause (y compris du fait de l'éventuelle incapacité de celui qui aurait dû accomplir les actes à ce moment) priverait l'accord de la validité au fond qu'il aurait eu sans cela. Le paragraphe 2 soumet comme il sied les effets de l'accord, et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets, à la loi successorale de l'intéressé (la personne dont la succession est en cause) à son décès, si c'est cette loi qui valide matériellement l'accord.

Article 10

99 Alors que l'article 9 vise le cas où le pacte ne concerne que le patrimoine d'une seule personne (et la présente Convention s'occupe uniquement du ou des patrimoines concernés, parce que ce sont ces patrimoines qui posent des problèmes de «succession»), l'article 10 joue lorsque deux ou plusieurs successions sont concernées par le pacte successoral ou par des testaments mutuels.

Paragraphe 1

100 Ce paragraphe prévoit que lorsque deux ou plusieurs successions sont concernées, ce sont les lois de l'article 3 et/ou de l'article 5.1, et uniquement à la date où le pacte a été conclu, qui régissent la succession. Par exemple, un père riche et sa femme ayant sa propre fortune concluent un pacte successoral avec leurs trois enfants, portant sur la légitime qui reviendrait à chaque enfant au décès de chacun des parents. Les lois applicables au moment de la conclusion de l'accord sont les seules qui entrent en ligne de compte.

Bien que la Commission ait auparavant envisagé ici aussi une règle de validation, il est apparu par la suite que des problèmes pratiques sérieux se posent à partir du moment où une ou plusieurs successions sont en cause. Le conflit mobile est plus large, et l'on ignore, jusqu'au décès de la dernière partie dont la succession est en cause, si l'accord sera validé par toutes les lois applicables à la date du décès. Lorsque deux ou plusieurs successions sont concernées, il peut aussi se poser des questions bilatérales de nature contractuelle.

Lorsque le Comité de rédaction a fait rapport à la Commission II et lui a soumis une série de variantes qui auraient permis la validation par l'une ou l'autre loi plutôt qu'une validation cumulative, et lui a indiqué les conséquences qui en résulteraient pour la révocabilité et les effets de l'accord, il est apparu au cours du débat que seule la position cumulative était envisageable. La Commission II en est donc revenue à la validation au fond par l'effet cumulé des lois. Toutefois on a estimé que, si ce type de validation devait être adopté, la révocabilité (ou l'extinction, pour employer le terme actuel) devrait aussi être soumise à la règle cumulative, si l'on ne voulait pas qu'une partie puisse mettre fin à l'accord au nom de toutes les parties parce que l'une des lois de validation aurait permis la révocation. De plus, les effets de l'accord devraient être ceux que toutes les lois applicables en question reconnaissent comme tels.

La solution retenue par la Convention en son état actuel est donc celle de l'effet cumulatif des lois. Toutes les lois applicables, que ce soit en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1 (et ce peut être la loi de l'article 3 pour une partie et la loi de l'article 5.1 pour une autre), de chacune des parties dont la succession est concernée, doivent 1) admettre la validité de l'accord au fond, 2) coïncider quant aux effets, et 3) coïncider quant aux circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

applicable law may rule on the form needed for the revocation (though as a 'disposition of property on death' the form of a revocation is excluded from the Convention), but 'revocability' was really felt to be too narrow a term. Revocation is not the appropriate expression for the termination of both contracts for value, and mutual wills. It was in these circumstances that the Commission finally accepted, 'circumstances resulting in the extinction' of the effects.

Paragraph 2

98 Though the policy adopted in this paragraph, namely, a rule in support of the validation of *pactes successoraux*, had earlier been adopted by Commission II, the Drafting Committee put this present paragraph in square brackets. It was concerned that the Commission should think about this matter again. However, by a tie vote (nine: nine) the earlier decision was maintained under the Hague Conference rules. Eleven delegations abstained from voting.

The vote in favour of the present paragraph was motivated by the desire to facilitate the recognition of these agreements. If the applicable law (reached by Article 3 or Article 5(1)) at the date of execution does not validate the agreement, but the applicable law at the death would have done so, it was felt that allowing the applicable law at the death to have effect was a sound policy. It was noted that persons often make these arrangements (agreements between husband and wife concerning their property, and agreements concerning the succession to business interests) prior to a change of habitual residence, for example, on retirement, and that in any event the succession to only one estate was in question.

The contrary position reflected a point of principle and a practical objection. Some delegations took the view that the only time at which the applicable law of an agreement (a contract) can be determined is the date of the agreement. These delegations were also concerned at the *conflit mobile* which the then proposed paragraph (now paragraph 2) would create. Notarial opinion was offered from the floor that agreements of this kind should only be made once the party or parties whose estates are affected have arrived in their new habitual residence. However, the practical objection to Article 9(2) was that an invalid agreement at the time of execution is kept in suspense until the death of the estate holder in question. What would be the position, it was asked, if the agreement requires of a party that he or she perform certain acts during the lives of all the parties to the agreement? Until the death of the party whose estate is affected, no one knows whether the agreement will ultimately be validated. It was observed that a heavy onus is placed on that party to change his or her habitual residence in order to secure the validation. At the final Plenary Session the Swiss delegation was one of two abstentions from a vote which approved this paragraph, and wished its abstention to be recorded.

Paragraph 2 now being a feature of the Convention, the question posed by the opposition must be answered. It must be the case that, if the applicable law at the date of the death of the estate holder affected would validate the agreement, that law must determine what effect this delayed validation has on the position of the party who was to have performed acts during the lifetime of the person whose estate is involved. The question is whether this innocent non-performing party is to lose his inheritance rights under the now valid agreement, on the

grounds that that non-performance is a breach. That law must also determine whether the non-performance of the required acts at the date of the death of the estate holder (including the possible incapacity of the would-be performer at that time) would preclude the agreement from having a material validity that would otherwise exist.

Paragraph 2 appropriately submits the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects, to the succession law of the estate holder at his death, if it is that law which materially validates the agreement.

Article 10

99 Whereas Article 9 is concerned with the situation where only one estate is affected by the agreement (and it is solely the affected estate or estates with which this Convention is concerned, because those estates involve the issues of 'succession'), Article 10 provides for the situation where two or more estates are affected by the *pacte successoral* or mutual wills.

Paragraph 1

100 This paragraph provides that where two or more estates are involved it is the Article 3 laws and/or the Article 5(1) laws, at the date of the execution of the agreement only, which shall govern the succession. For example, a wealthy father and his independently wealthy wife enter into a *pacte successoral* with their three children concerning the *légitime* each child will have on the death of each parent. The applicable laws at the date of the agreement are alone relevant.

Though the Commission had earlier considered a rule of validation here also, it was realized later that there were serious practical problems once two or more estates are involved. The *conflit mobile* is greater, and one could not know until the last party dies, whose estate is affected, whether the agreement will be validated by all the laws applicable as of the date of death. When two or more estates are affected, there may also be issues of a bilateral contractual nature which arise.

When the Drafting Committee reported back to Commission II with a number of possible alternative proposals for dealing with alternative law validation instead of cumulative law validation, and the impact this would have on revocability and the effects of the agreement, it became clear during discussion that only the cumulative position was possible. Commission II therefore reverted to material validation by the cumulation of laws. However, if validation were to be adopted, it was felt that revocability (or extinction, to take the present term) would also have to be subject to a cumulative laws rule, if one party was not to be free to end the agreement for all the parties because one validating law permitted revocation. Moreover, the effects of the agreement would have to be those which all the applicable laws in question recognized as the effects.

The position under the Convention as it now is, therefore, follows the cumulative laws solution. All the applicable laws, whether under Article 3 or Article 5(1) (and for one party it may be the Article 3 law, for another the Article 5(1) law), of each of the parties whose estates are affected must (1) accept the material validity of the agreement, (2) agree as to the effects of the agreement, and (3) agree as to the circumstances resulting in the extinction (or termination) of the effects.

Le paragraphe 1 traite de la validité au fond, il impose la validité cumulative et spécifie que les lois applicables sont exclusivement celles de la date de l'accord.

Paragraphe 2

101 Ce paragraphe ajoute que les lois déterminées en vertu du paragraphe 1 régissent également de façon cumulative les problèmes des effets et de l'extinction.

Article 11

102 Cet article prévoit une *professio juris* pour les pactes successoraux et les testaments mutuels. Il s'applique évidemment à chacun des testaments mutuels, au nombre de deux ou plus, mais, pour ce qui est des pactes successoraux, il s'applique quel que soit le nombre des successions visées par l'accord. Si un père conclut un pacte avec ses trois enfants adultes au sujet de leur légitime, les quatre parties peuvent choisir soit la loi de la nationalité du père, soit la loi de sa résidence habituelle – dans l'un et l'autre cas à la date de l'accord – pour régir les trois sujets déjà examinés à propos de l'article 9, à savoir la validité au fond, les effets de l'accord et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets. Pour en revenir à l'exemple antérieur des parents riches, si un père riche et une mère possédant sa propre fortune concluent un pacte avec leurs trois enfants adultes au sujet de la légitime de chacun d'eux, les cinq parties peuvent convenir que la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle du père ou de la mère au moment de l'accord régira ces trois questions.

C'est là un progrès très important pour les personnes qui concluent des pactes, ou qui rédigent des testaments mutuels, du fait que les parties à un accord intéressant deux ou plusieurs successions peuvent, au moment où elles concluent cet accord, choisir de ne faire intervenir qu'une seule loi applicable, assurant ainsi la validité de l'accord. Qui plus est, tous les rédacteurs d'accords et de testaments mutuels peuvent ainsi faire en sorte qu'une seule loi régisse chaque succession.

L'article 3 peut entrer en jeu si les parties ne font pas de choix valable, et cela que l'accord porte sur une ou plusieurs successions. Cependant, si une seule succession est concernée, reste la possibilité que, si l'accord n'est pas validé par la loi selon l'article 3 au moment où il est conclu, il le sera par la loi selon l'article 3 à la date du décès du *de cuius*. Toutefois l'absence d'une loi expressément désignée pour valider l'accord, et cela quel que soit le nombre des successions concernées, n'autorise pas les parties à désigner subsidiairement une autre loi, éventuellement la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle du *de cuius* à la date effective de sa mort. La raison en est évidente. Lorsque les parties, en vertu de l'article 11, désignent une loi devant régir leur accord, elles adoptent leurs propres arrangements, et il n'y a pas lieu que la validité de l'accord reste en suspens jusqu'à une date ultérieure. Si les parties ont été mal conseillées ou n'ont consulté personne, elles peuvent se retourner contre leur conseiller ou doivent ne s'en prendre qu'à elles-mêmes. Une validation sous condition suspensive n'est pas à recommander quand les parties ont désigné une loi pour régir l'accord, même s'il n'y a qu'une seule succession en jeu. Une majorité appréciable des délégations ayant pris part au vote sont parvenues à cette conclusion, tout en persistant à soutenir la politique consacrée par l'article 9.2.

Article 12

103 L'effet du premier paragraphe de cet article est qu'aucune personne disposant d'une réserve, d'une légitime, d'un *forced share* ou d'une part attribuée par les tribunaux en vertu de la loi prévue à l'article 3 ou à l'article 5.1 ne puisse, au décès de la ou des personnes dont les successions sont en cause, invoquer la loi ou les lois prévues aux articles 3 ou 5.1 de cette ou de ces personnes à la date de l'accord, et ensuite prétendre qu'en vertu de la loi applicable au décès ou d'une de ces lois l'accord est invalide, ce qui lui permettrait de revendiquer encore la réserve, légitime, etc. Le second paragraphe fait en sorte que ceux qui ne sont pas parties à un tel accord ne perdent pas pour autant – en raison des termes de l'accord et par l'effet des articles 9, 10 ou 11 – leur réserve ou leur légitime en vertu de la loi applicable (la loi prévue à l'article 3 ou à l'article 5.1). L'article constitue en quelque sorte une protection nécessaire contre ceux qui voudraient profiter deux fois de leurs droits successoraux inaliénables, et pour ceux qui seraient indûment privés par d'autres de tous leurs droits.

L'article reste tel qu'il était dans l'avant-projet de Convention, et l'on pourra donc se contenter ici de brèves explications.

Paragraphe 1

104 Les articles 9.1, 10 et 11 précisent que la validité de l'accord au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets, dépendent de la *lex successionis*, déterminée objectivement ou subjectivement, applicable aux successions concernées, «en cas de décès au jour où l'accord a été conclu». Mais supposons que la loi applicable à l'intéressé ou aux intéressés à la date du décès ne considère pas l'accord comme valide au fond. Une partie à l'accord qui a bénéficié d'un avantage à la date de celui-ci au lieu et place de sa légitime, de sa réserve, etc., peut-elle revendiquer sa réserve comme si l'accord n'était pas intervenu? La réponse est bien entendu négative, et l'objet du paragraphe est de veiller à ce que personne ne cherche à exploiter la situation à la date du décès, et tire profit de ce comportement inqualifiable.

Il pourrait aussi être dans l'intérêt d'un légataire universel, n'étant pas lui-même réservataire, de prétendre en vertu de la *lex successionis* en vigueur au moment du décès que l'accord entre vifs est invalide. Le paragraphe l'interdit également.

Dans le Rapport sur l'avant-projet de Convention (Document préliminaire No 12, paragraphe 52), deux exemples de l'application du paragraphe étaient fournis; on pourra utilement s'y reporter.

Paragraphe 2

105 Il est difficile d'imaginer un système juridique dans lequel une personne étrangère à un accord privé verrait ses droits sérieusement affectés par cet accord. La Commission spéciale et la Commission II ont cependant tenu à souligner que rien n'était plus éloigné des intentions de la Convention. Alors que le paragraphe 1 porte sur la substance de la *lex successionis* à la date du décès, le présent paragraphe vise la *lex successionis* à la date de l'accord. La Convention impose aux Etats contractants une obligation selon laquelle, quelles que soient les dispositions de fond de la loi applicable à la date de l'accord (la loi qui valide l'accord) sur les droits des personnes qui n'y étaient pas parties, ces droits – s'il s'agit de

Paragraph 1 deals with material validity, requiring cumulative validity and permitting the applicable laws to be those of the date of agreement only.

Paragraph 2

101 This paragraph adds that the laws determined by paragraph 1 govern also on a cumulative basis the issues of effects and extinction.

Article 11

102 This article provides a *professio juris* for *pactes successoraux* and mutual wills. It obviously applies to every one of the two or more mutual wills, but as to *pactes successoraux* it applies however many estates are involved in the particular agreement. If a father enters into a *pacte* with his three adult children concerning their *légitime* rights, the four parties may choose the law either of the father's nationality or the law of his habitual residence, in either case that law as of the time of the agreement, to govern the three matters already discussed under Article 9, namely, material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects. To revert also to the earlier example of the wealthy parents, if a wealthy father and an independently wealthy mother enter into a *pacte* with their three adult children regarding the *légitime* rights of each, the five parties may agree that the nationality law or the habitual residence law at the time of the agreement either of the father or of the mother shall govern those three matters.

This is a very substantial gain to persons entering *pactes*, and also mutual wills, because the parties to an agreement where two or more estates are involved can choose when making their agreements to have one applicable law only to consider, which means they can ensure the validity of the agreement. Moreover, all makers of agreements and mutual wills by this means can provide that one law governs the succession to each estate.

The failure of the parties to make a valid choice could bring Article 3 into operation, whether one or more estates are involved in the agreement. But, if only one estate is involved, there is yet the further chance that, should the Article 3 law at the time of the agreement not validate the agreement, the Article 3 law at the date of death of the *de cuius* will do so. However, no failure of an expressly designated law to validate the agreement, whatever the number of estates involved in the agreement, permits the parties to designate in the alternative another law, perhaps the nationality law or habitual residence law of the (or a) *de cuius* at the date of his actual death. The reason for this is clear. When under Article 11 the parties choose a law to govern their agreement, they make their own arrangements, and there is no case or need for the agreement to remain in suspense as to its validity until a later date. If they have been ill-advised or taken no advice, the parties have an independent remedy against their advisors or they have only themselves to blame. Suspended contingent validation is not a policy which commends itself in these circumstances where the parties have chosen a law to govern the agreement, even when only one party's estate is involved. A significant majority of voting delegations came to this opinion, while continuing to uphold the policy decision of Article 9(2).

Article 12

103 This article in its first paragraph ensures that no person with *réserve, légitime*, forced share, or judicially determined share rights under the Article 3 or Article 5(1) law *at the death* of the person or persons whose estates are involved should be able to benefit from the Article 3 or Article 5(1) law or laws of that person or those persons *at the date of the agreement*, and then claim that under the law at death or one of those laws the agreement is invalid so that this right to the *réserve* or *légitime*, etc., can still be asserted. Its second paragraph ensures that those who are not party to such an agreement do not nevertheless, because of the agreement terms under authority of Articles 9, 10 or 11, lose their reserve or *légitime*, etc., rights under the applicable law (the Article 3 or Article 5(1) law).

The article is something of a necessary protection against those who would attempt to take their indefeasible inheritance benefits twice, and a support in favour of those who would unfairly be deprived by others of having their inheritance benefit at all. The article remains as it was in the preliminary draft of the Convention, and therefore its provisions need merely be explained on this occasion.

Paragraph 1

104 Articles 9(1), 10 and 11 make it quite clear that the material validity of the agreement, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of those effects, are determined by the *lex successionis*, objectively or subjectively determined, of the estate or estates concerned, 'as if that person [or those persons] had died on the date of the agreement'. But suppose the applicable law of this person or of one of the persons *at the date of death of that person* would not regard the agreement as materially valid. Can a party to the agreement who took a benefit at the time of the agreement in lieu of his *légitime*, forced share, etc., now claim that indefeasible right to a benefit as if the agreement had never happened? The answer, of course, is that he cannot, and this paragraph is there to make sure no one takes advantage of the situation of the agreement as at the date of death, and benefits from this unconscionable conduct.

Alternatively, it might be in the interests of a general legatee, who has not an indefeasible right of his own, to contest under the actual *lex successionis* at the death that the agreement made *inter vivos* is invalid. Again that is prevented by this paragraph.

In the Report on the preliminary draft Convention (Preliminary Document No 12, paragraph 52), two examples were given of the operation of this paragraph, and may usefully be consulted.

Paragraph 2

105 It is difficult to imagine a legal system which would allow a person who is not a party to a private agreement to have his rights affected deleteriously by it. Nevertheless, the Special Commission and Commission II were anxious that it be underlined that such a situation is not intended by the Convention. Whereas paragraph 1 was concerned with the substance of the *lex successionis* as of the date of death, this paragraph is concerned with the *lex successionis* as of the date of the agreement. The Convention makes it binding on Contracting States that, whatever the substantive provisions of the applicable law at the date of the agreement (the law which validates the agreement) as to the rights of persons who were not

droits à une réserve, une légitime, un *forced share*, etc., en vertu de la *lex successionis* à la date du décès de la ou des personnes dont la succession relève de l'accord – conservent tous leurs effets.

Par exemple, supposons que H conclue avec F lors de la dissolution de leur mariage un accord suivant lequel, en échange des biens que F reçoit de H, F et l'enfant en bas âge né du mariage, dont F est la gardienne, abandonneront toute prétention contre la succession de H à son décès. Supposons également que cet accord soit pleinement valable en vertu de la *lex successionis* de H à la date de l'accord de séparation. Cette loi n'empêche pas l'enfant, au décès de H, de revendiquer ses droits réservataires en vertu de la *lex successionis* de H lors du décès. Cela suppose, bien entendu, que la loi applicable lors du décès est différente de celle qui eût été applicable si H était mort au moment de la conclusion de l'accord.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 13

106 C'est là une clause concernant les *commorientes*. Elle ne vise pas cependant à unifier sur le fond les droits internes des Etats contractants quant à la façon dont ils règlent (ou ne règlent pas) la situation lorsque l'ordre de décès d'une ou plusieurs personnes n'est pas connu. L'article envisage les circonstances très précises dans lesquelles des lois différentes s'appliquent à la succession de deux ou plusieurs de ces personnes, lesdites lois apportant des solutions différentes au problème ou n'en apportant aucune.

A la Commission II, on a attiré l'attention sur l'article 2 des dispositions communes annexées à la Convention du Benelux du 29 décembre 1972 sur les *commorientes*, mais cet article constitue une disposition de fond générale et unificatrice pour les *commorientes*, et plusieurs délégations ont jugé préférable de laisser à chaque Etat ou système juridique le soin de résoudre la question à sa guise. En fait, nombreux sont les Etats et les systèmes juridiques qui prévoient déjà des dispositions à cet égard. Il reste cependant l'élément international susmentionné, et la Commission II est parvenue à la conclusion qu'une règle se justifiait. Elle a estimé d'autre part qu'il n'y avait pas lieu de prévoir une disposition dans la Convention pour le cas où les lois successorales des personnes décédées coïncident.

On a reconnu qu'il convenait de faire en sorte qu'aucun des mourants n'hérite de l'autre ou des autres. La difficulté était toutefois d'exprimer cette idée de la façon la plus satisfaisante pour tous les systèmes juridiques sans porter atteinte aux dispositions relatives à la substitution (ou «*anti-lapse*»). La Commission était d'abord en faveur de la rédaction: «chacune de ces personnes sera considérée comme ayant précédé l'autre ou les autres», qui autorisait clairement la substitution d'une autre personne à l'héritier ou au légataire décédé avec les autres. Toutefois, des délégations en sont venues à estimer, lors d'une lecture ultérieure, que ces termes étaient insuffisamment explicites; il n'en ressortait pas qu'aucune des personnes décédant simultanément ne pouvait hériter des autres. En conséquence, le texte actuel de l'article 13 a été adopté.

107 L'application de l'article peut être illustrée comme suit: X et Y sont des frères âgés de 45 ans et 47 ans. X est marié, a deux enfants et réside habituellement dans l'Etat de Fantasia, dont il est aussi ressortissant. Y est

marié sans enfant et, bien qu'également ressortissant de la Fantasia, réside habituellement en Arcadie, dont, dans un pacte successoral, il a désigné la loi comme loi applicable à sa succession. La Fantasia et l'Arcadie sont Etats contractants. Au cours de vacances prises ensemble en Ruritanie, X et Y sont tués dans un accident d'automobile, l'un et l'autre étant morts au moment où la police est arrivée sur les lieux. A part les réserves de l'épouse et des enfants (dans le cas de X), chacun des frères a légué tous ses biens à l'autre. La loi de la Fantasia (loi applicable de X) prévoit que, si un légataire ne survit pas 30 jours au défunt, il ne peut en hériter ni hériter par son intermédiaire. En vertu de la loi de l'Arcadie (loi applicable de Y) les défunts sont réputés avoir précédé par ordre d'ancienneté. X était plus âgé que Y.

X n'aura aucun droit sur la succession de Y, parce qu'en vertu des deux lois applicables il ne peut succéder. En Fantasia il n'a pas survécu plus de 30 jours et en Arcadie il était le plus âgé. La Convention ne s'applique pas de toute façon, les deux lois n'apportant pas de solutions différentes en l'espèce. Elles parviennent l'une et l'autre à la même conclusion, encore que par un chemin différent; il n'y a pas davantage de raison que la Convention s'applique en ce cas que lorsque chaque système juridique non seulement parvient à la même conclusion que l'autre, mais le fait en suivant le même raisonnement (par exemple en présupmant que c'est le plus jeune qui survit).

Les droits de Y sur la succession de X soulèvent des problèmes. En vertu de la loi applicable (article 3) à la succession de X, Y n'a aucun droit parce qu'il n'a pas survécu plus de 30 jours à X, mais, selon sa propre loi applicable, il vient à la succession en tant que légataire parce qu'il était le plus jeune et est censé avoir vécu plus longtemps.

La Convention remplace la loi antérieure de la Fantasia comme de l'Arcadie dans cette situation de conflit de lois. Aucun des frères n'avait de droit de succession sur l'autre. Toutefois, la loi de la Fantasia comporte des dispositions «*anti-lapse*» (substitution de légataire), et comme rien n'indique que X ait été d'une intention contraire, la veuve de Y est subrogée comme légataire à son époux décédé. Dans la loi arcadienne il n'existe pas de disposition «*anti-lapse*». Il n'y a pas de disposition de substitution dans le testament de Y pour le cas où X précéderait. Par conséquent, la succession de Y est dévolue comme si X était précédé et n'avait pas non plus laissé d'épouse ni d'enfants.

Article 14

Paragraphe 1

108 La *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* prévoit que la loi régissant un trust «dont la preuve est apportée par écrit» est la loi choisie expressément ou tacitement par la ou les personnes créant le trust. Si aucune loi n'est désignée, la Convention sur le trust stipule que la loi applicable au trust sera celle avec laquelle le trust présente le lien le plus étroit. Un «trust» aux fins de la Convention sur le trust est décrit à l'article 2 de cette Convention; cette description présente un intérêt considérable pour les Etats qui n'ont pas ratifié ladite Convention mais qui seront Parties contractantes à la Convention actuelle. On notera que la Convention sur le trust vise le trust exprès, qu'il soit privé ou public (c'est-à-dire charitable). Elle concerne également les trusts reposant sur une intention tacite (voir le paragraphe 51 du Rapport sur la Convention relative au trust, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quinzième session*, tome III,

party to the agreement, those rights – if they are rights to a reserve, *légitime*, forced share, etc., under the *lex successionis* at the time of the death of the person or a person whose estate was affected by the agreement – remain enforceable.

For example, suppose H enters into an agreement with W on the termination of their marriage that, in return for property conferred upon her by H, W and the infant child of the marriage, of whom W is to have custody, will forego all claims against the estate of H on his death. Also suppose that that agreement is fully effective under the *lex successionis* of H at the time of the separation agreement. That law does not prevent the child on the death of H from claiming his or her *légitime* rights under H's *lex successionis* on his death. This assumes, of course, that the applicable law at the death is different from that which would have been applicable had H died when the agreement was made.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 13

106 This is a *commorientes* clause. However, it does not attempt to unify internal substantive laws of Contracting States as to their provision (or lack of it) for the circumstances where the order of death between two or more persons is unknown. It is dealing with the very limited circumstances where two or more of those persons have different applicable laws as to their succession, and those laws make different provision for the solution of the problem or make no provision at all.

Attention was drawn in Commission II to Article 2 of the Common Dispositions annexed to the Benelux Convention of 29 December 1972 on *Commoorientes*, but this article is a general unifying substantive law for *commorientes*, and a number of delegations considered that the matter was better left to each State or jurisdiction to solve as it considers appropriate. Indeed, many States and jurisdictions already have provisions to meet the problem. However, there is the international element mentioned above, and Commission II concluded that a rule was merited. It noted that there is no need of a provision in the Convention for those circumstances where the succession laws of the deceased persons are in agreement.

It was agreed that what was wanted was a provision that prevented either or any one of the simultaneously dying persons from inheriting from the other or any other among their number. But how to express that most effectively for all legal systems without upsetting substitution (or 'anti-lapse') provisions was the challenge. At first the Commission favoured 'each of the deceased persons shall be understood to have predeceased the other or others', because it clearly set the scene for the substitution of another person for the heir or legatee who has simultaneously died. However, delegations came to feel on a later reading of the text that this language was insufficiently explicit; it did not say that no simultaneously dying person may inherit from another such person. Consequently, the present language of Article 13 was adopted.

107 An example of the operation of the article might be as follows: X and Y are brothers, 45 and 47 years of age. X is married with two children, and is habitually resident in the State of Fantasia, of which he is also a

national. Y is married without children, and, though also a national of Fantasia, he is habitually resident in Arcadia, which in a *pacte successoral* he has designated as his applicable law for succession purposes. Both Fantasia and Arcadia are Contracting States. While taking a holiday together in Ruritania, X and Y die in a car accident, both being deceased when the police arrive on the scene. Save for provision for the indefeasible rights of spouse and (in X's case) children, each brother has left his estate in totality to the other. Under the law of Fantasia (X's applicable law) it is laid down that, if a legatee does not survive the deceased for 30 days, the legatee does not inherit from or through the deceased. Under the law of Arcadia (Y's applicable law) the deceased persons are presumed to have died in order of seniority of age. X was older than Y.

X's claim against Y's estate will fail, because under both laws X may take nothing. In Fantasia he is not a 30-day survivor, and in Arcadia he was the elder. The Convention does not apply in any event, because the two laws do not provide differently for this situation. Both reach the same conclusion, albeit by way of a different route; there is no more reason for the Convention to apply to these circumstances than when each legal system not only reaches the same conclusion as the other, but each adopts the same reasoning (e.g., a presumption of the younger surviving) as the other.

Y's claim against X's estate presents problems. Under the applicable law (Article 3) of X's succession Y has no claim because he failed to survive X by 30 days, but under his own applicable law he does take as legatee because he was the younger, and is presumed to have lived longer than X.

The Convention replaces the previous law of both Fantasia and Arcadia in these circumstances of a conflict of laws. Neither brother has succession rights to the other. However, the law of Fantasia has 'anti-lapse' provisions (substitution of legatee), and there being no evidence of X's contrary intent, Y's widow is substituted for her deceased husband as legatee. Under the law of Arcadia there are no 'anti-lapse' provisions. There are no substitutionary provisions in Y's will to provide for the event of X's predecease, and therefore Y's estate devolves as if X had predeceased Y, and X had also left no spouse or children.

Article 14

Paragraph 1

108 Under the provisions of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, it is provided that the law governing a trust which is 'evidenced in writing' is the law expressly or impliedly chosen by the person or persons creating the trust. If no law is chosen, the Trusts Convention provides that the applicable law of the trust shall be the law with which the trust is most closely connected. A 'trust' for the purposes of the Trusts Convention will be found described in Article 2 of that Convention, a description which States that have not ratified that Convention, but are Contracting States to the present Convention, will find of considerable value. It will be seen that the Trusts Convention is concerned with express trusts, whether they be private trusts or public (*i.e.*, charitable) trusts. It is also concerned with resulting trusts arising by implied intent (see paragraph 51 of the Report on the Trusts Convention, Hague Conference on private international law, *Proceedings of the Fifteenth Session*, Tome

p. 380-381), mais non les *constructive trusts*. Les trusts sont chose courante dans les testaments rédigés dans les pays de *common law*, et la Convention sur le trust leur est applicable (article 2 de la Convention). La plupart des systèmes juridiques modernes exigeant presque invariablement un testament écrit, il est d'autre part fort probable que l'article 3 («trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit») de la Convention sur le trust sera respecté.

Selon la Convention sur le trust le testament n'est que l'instrument permettant de créer celui-ci; le trust en tant que notion juridique se distingue du testament. Les deux sont traités séparément; la Convention sur le trust indique comment ce dernier doit être traité. Ce traitement séparé signifie que les règles de conflit régissant la validité formelle et matérielle du testament ou autre disposition à cause de mort ne sont pas nécessairement celles qui régiront la validité formelle et matérielle du trust résultant de ladite disposition.

Par exemple, si T, qui réside habituellement en Arcadie, Etat de *common law*, rédige un testament désignant la loi arcadienne comme devant régir sa succession, y fait un certain nombre de legs à des amis et laisse le reste de son patrimoine en trust à sa femme sa vie durant et à ses trois enfants au décès de sa femme, un certain nombre de lois sont virtuellement applicables. La validité formelle du testament sera régie par la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, si l'Arcadie y est Partie contractante, et sa validité au fond par la présente Convention, à supposer que, là encore, l'Arcadie soit un Etat contractant. La validité formelle du trust (le «*trust of the residue*») n'est pas couverte par la Convention sur le trust; cette validité formelle est plutôt celle de l'instrument créant le trust (voir le paragraphe 83 du Rapport de la Convention sur le trust), en l'occurrence le testament. La validité formelle du testament entraînera la validité formelle du trust. Il peut arriver cependant que le reliquat du patrimoine de T se trouve dans l'Etat voisin du Nirvana – Etat de *common law* – et que, dans son testament, T ait désigné des *trustees* qui résident dans cet Etat et ont l'intention d'y administrer le trust. Par suite, malgré sa désignation de la loi arcadienne pour régir sa succession en vertu de la présente Convention, le choix de T ne s'étend pas au trust, si l'Arcadie a ratifié la Convention sur le trust, à moins que l'on ne puisse établir que l'intention de T était que la loi arcadienne régisse également le trust. Comme il n'a pas dit que la loi arcadienne régit autre chose que sa succession, et puisqu'il a désigné des *trustees* du Nirvana pour administrer les biens soumis au trust et situés au Nirvana, il est probable qu'en vertu de l'article 7 de la Convention sur le trust la validité au fond du trust sera considérée comme étant déterminée par la loi du Nirvana.

Cela démontre une fois de plus à quel point il importe que les praticiens qui rédigent pour leurs clients des dispositions à cause de mort veillent à ce que le client en tant que testateur (ou partie à un pacte successoral) précise à quelle fin il exerce la *professio juris*. Est-ce pour la totalité de la «succession», pour un pacte particulier ou pour des testaments mutuels envisagés, pour certains biens sis en un lieu particulier, pour la «succession» et le trust testamentaire? Ce ne sont là que quelques exemples des questions qui peuvent se poser pour le client.

Bien entendu, si le for est un Etat contractant à la présente Convention, mais non à la Convention sur le trust, le for appliquera au trust testamentaire sa propre loi, sa loi interne et ses règles de conflit. C'est en songeant à cette éventualité que l'article 14 prend soin de préciser: «ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour

régir le trust». Il y a là une référence indirecte à la Convention sur le trust et un rappel adressé aux praticiens et aux autorités des Etats qui ont ratifié cette Convention. Le paragraphe 1 de l'article 14 de la présente Convention montre bien en outre que la disposition vaut dans les deux sens, à savoir que l'application de la *lex successionis* de la Convention n'empêche pas d'appliquer une autre loi pour le trust, et que l'application de la loi de la Convention sur le trust régissant celui-ci n'empêche pas d'appliquer à d'autres égards la *lex successionis*.

Si l'on suppose que le for a ratifié les deux Conventions, un autre point est à signaler. Dans les pays de *common law* il n'est pas rare que, dans son testament, le testateur dispose de biens faisant partie de son patrimoine en faveur des *trustees* d'un trust entre vifs existant, afin d'«étoffer» celui-ci. Le trust entre vifs n'est pas, de toute manière, (et mise à part la Convention sur le trust) une «disposition à cause de mort»; il est donc exclu de la présente Convention en vertu de l'article 1.2d. Toutefois le procédé du legs aux *trustees* du trust entre vifs constitue une disposition à cause de mort, et tombe sous le coup des articles 7.2a et e.

Paragraphe 2

109 La Commission spéciale avait recommandé ce paragraphe et le précédent et, à un changement de rédaction près («disposition à cause de mort» dans le nouveau texte), le Chapitre III faisant désormais partie intégrante de la Convention, la Seizième session n'a rien modifié. Les mots «Les mêmes règles», qui figurent au début du paragraphe, veulent dire qu'il n'est pas interdit à un Etat contractant d'appliquer une autre loi, quelle qu'elle soit, aux «fondations et institutions similaires créées par dispositions à cause de mort». La Convention reconnaît dans ce paragraphe que, dans la tradition de la *common law*, le trust n'a pas la personnalité juridique. En revanche, dans le cas où le même résultat est obtenu par la constitution d'une société ou la reconnaissance légale de la personnalité juridique, que ce soit dans des Etats de droit civil ou dans des Etats de *common law*, la Convention, par ce paragraphe, permet à l'Etat contractant d'appliquer à cette personne morale une autre loi que celle qui serait applicable au *de cuius* en vertu de la Convention. En employant les mots «par analogie», la Seizième session n'a pas voulu obliger l'Etat contractant à entreprendre chaque fois une enquête sur le point de savoir si la personne morale en question a les mêmes effets qu'un trust. Elle dit simplement qu'une «institution» au sens français du terme peut être traitée de la même manière qu'un trust. La fondation est distinguée des autres institutions parce que certaines délégations ont estimé à la Commission spéciale que cette précision permettrait à leurs Etats de mieux comprendre l'application qu'on entend donner à ce paragraphe.

Article 15

110 Cet article prévoit que lorsque la *lex situs*, en fonction des politiques économiques, familiales ou sociales dont elle s'inspire, impose un ordre successoral particulier sur des avoirs ou des opérations se trouvant ou s'accomplissant sur son sol, la loi applicable, quand elle diffère de la *lex situs*, cédera le pas à celle-ci dans ce domaine successoral particulier. Par exemple, la loi du *situs* peut disposer que, dans le cas des exploitations agricoles familiales ne dépassant pas une certaine dimension, l'exploitation doit être intégralement transmise dans la lignée mâle du propriétaire. Dans un autre cas la préoccupation ne portera pas tellement sur une lignée particulière, mais sur le fait que, quel que soit le

III, pp. 380-381), but not with constructive trusts. Trusts are very familiar in wills drawn in common law countries, and the Trusts Convention applies to such trusts (Article 2 of the Trusts Convention). Since modern legal systems almost invariably require wills to be in writing, it is also most likely that Article 3 ('trusts created voluntarily and evidenced in writing') of that Convention will be satisfied.

Under the terms of that Convention the will is merely the instrument for the creation of the trust; the trust as a legal concept is distinct from the will. The two are treated separately; the Trusts Convention describes how the trust is to be treated. The separate treatment means that the conflict rules governing the formal and material validity of the will or other disposition of property upon death are not necessarily those which govern the formal and material validity of the trust contained in the disposition upon death.

For instance, if T who is habitually resident in Arcady, a common law State, makes a will, choosing Arcady law to govern his 'succession', and in his will he leaves a number of pecuniary legacies to friends and then the remaining assets of his estate on trust for his wife for her lifetime, and his three children on the wife's death, a number of laws are potentially applicable. The formal validity of the will may be governed by the *Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*, if Arcady is a Contracting State to that Convention, and material validity of the will is governed by this present Convention, assuming Arcady is again a Contracting State. The formal validity of the trust (the 'trust of the residue') is not covered by the Trusts Convention; such formal validity is more a matter of the instrument setting up the trust (see paragraph 83 of the Report on the Trusts Convention), which in this example is the will. The formal validity of the will leads to the formal validity of the trust. However, it may be that the residue of T's estate is physically situated in the neighbouring common law State of Nirvana, and in his will T has appointed trustees who are resident and intend to administer the trust in Nirvana. Therefore, despite his choice of Arcady law to govern his 'succession' under this present Convention, T's choice does not extend to the trust, if Arcady has ratified the Trusts Convention, unless it can be established that he intended Arcady law to govern the trust also. Since he has said nothing about Arcady law governing more than his 'succession', and since he has appointed Nirvana trustees to administer Nirvana-situated trust assets, it is likely that under Article 7 of the Trusts Convention the material validity of the trust will be held to be determined by Nirvana law.

This demonstrates once again how important it is that practitioners drafting dispositions of property on death for their clients do ensure that the client as testator (or party to a *pacte successoral*) makes it clear for what purpose *professio juris* is being exercised. Is it for the whole 'succession', for a particular *pacte* or intended mutual wills, for particular estate assets in a particular situs, for the 'succession' and the testamentary trust? These are but examples of the questions that may arise for the client.

Of course, if the forum is a Contracting State to the present Convention, but not to the Trusts Convention, the forum will apply its own law, its internal law and conflict rules, in dealing with the testamentary trust. It is because of this possible situation that Article 14 is careful to say, 'does not preclude the application of an-

other law to the trust'. It is indirectly referring to, and reminding practitioners and State authorities of, the Trusts Convention for those States that have ratified that Convention. Paragraph 1 of Article 14 of the present Convention makes it clear also that the preclusion operates in both directions, *i.e.*, the application of the Convention's *lex successionis* does not prevent another law for the trust being applied, and the application of the Trusts Convention's law governing the trust does not prevent the *lex successionis* otherwise being applied.

Assuming the forum has ratified both Conventions, another point must be noticed. In common law jurisdictions it is not an infrequent occurrence for the testator in his will to dispose of property in the estate to the trustees of an existing *inter vivos* trust as an addition to the property fund of that trust. The *inter vivos* trust is not in any event (the Trusts Convention apart) a 'disposition of property upon death', and is therefore excluded from the present Convention under Article 1(2)(d). However, the devise or legacy to the trustees of the *inter vivos* trust is a disposition of property upon death, and falls within Article 7(2)(a) and (e).

Paragraph 2

109 The Special Commission commended this and the previous paragraph, and but for one drafting change – 'a disposition of property upon death' is the new language, since Chapter III is now integrated into the Convention instead of being discrete – the Sixteenth Session changed nothing. 'The same rules', words used in the opening of this paragraph, means that the Contracting State is not precluded from applying another law, whatever that State considers that law should be, to 'foundations and corresponding institutions created by dispositions of property upon death'. The Convention recognizes with this paragraph that a trust in the common law tradition does not have a legal *persona*. On the other hand, where the same effect is achieved by incorporation or a statutory grant of *persona*, whether in civil law or common law States, the Convention with this paragraph permits the Contracting State to apply another law than the applicable law of the *de cuius* under this Convention to that *persona*. It was not the intent of the Sixteenth Session with the words 'by analogy' to require the Contracting State to commence an enquiry on each occasion as to whether the *persona* in question does achieve the same effect as a trust. It is merely saying that an *institution* in the French sense may be treated in the same way as a trust. The foundation is singled out among other *institutions* because some delegations to the Special Commission considered that this particularization would make it easier for their States to comprehend the intended application of this paragraph.

Article 15

110 This article provides that where the *lex situs*, with its distinct economic, family or social policies in mind, imposes a special order of inheritance upon particular assets or operations located on its soil, the applicable law, when it is other than the *lex situs*, is to give way to the *lex situs* on that specific area of inheritance. For instance, the situs may legislate that with regard to family-owned farms at or under a given size the farm is to devolve as one unit by way of the male line of proprietor. In another case the concern may be not so much a particular line of descent, but that however the farm is held in ownership, whether by an individual, a company, or a partnership, it shall not be divided whether as

type de propriété, que l'exploitation appartienne à un individu, une société ou une association, elle ne sera divisée, ni comme immeuble ni sous forme de parts ou de droits, pour la raison que deux ou plusieurs personnes pourraient hériter soit de la totalité, soit d'une part chacune, mais restera indivise. Le principe de cet article peut également être étendu à des biens meubles.

L'article présente deux caractéristiques distinctes: il concerne la loi successorale en ce sens qu'il s'agit d'une personne héritant d'une autre, et il contient une règle de conflit de lois. Ce sont là deux caractéristiques que la Seizième session tenait particulièrement à maintenir, et qui se trouvaient déjà dans l'avant-projet de Convention transmis par la Commission spéciale.

111 L'article ne s'applique pas aux dispositions du *situs* concernant, par exemple, la possibilité pour des étrangers de posséder des terrains en bord de mer, sur les frontières de l'Etat ou d'avoir un intérêt dans des entreprises d'importance nationale telles que des entreprises de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, etc. ou des centrales nucléaires. A la Commission spéciale, et à nouveau au cours de la Seizième session, certains délégués ont exprimé le souci de leur gouvernement de voir de tels intérêts protégés, notamment par cet article. La délégation mexicaine en particulier a demandé que la «sécurité nationale» soit ajoutée aux considérations relatives à la «destination économique, familiale ou sociale». Le Gouvernement mexicain attachait une grande importance à cette adjonction. Bien que la Commission eût accueilli avec une très grande sympathie cette préoccupation de la délégation mexicaine, la majorité a estimé qu'en réalité sa place était à l'article 18, comme question d'ordre public. Pour la grande majorité des délégués l'article 15 ne se justifiait que comme règle de loi successorale relative au conflit de lois, et la Commission ne devait pas s'écarter des critères énumérés sans perdre tout contrôle sur la façon dont les tribunaux du monde entier pourraient appliquer l'article dans les années à venir. Il a cependant été décidé que l'intérêt manifesté à ce sujet par le Gouvernement mexicain, qui était animé par un très profond souci d'ordre public, serait souligné dans le Rapport.

L'article n'est pas non plus censé s'appliquer lorsque des biens meubles liés à l'histoire et à la vie de l'Etat ou de ses populations sont soumis dans le *situs* à une règle interdisant les transactions privées. En d'autres termes, l'Etat peut se réserver d'agréer les personnes ou les institutions qui posséderont de tels biens.

112 L'article prévoit que les régimes successoraux particuliers du *situs* s'appliquent aux «immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens», et que les règles elles-mêmes dépendent de la «destination économique, familiale ou sociale» de ces biens. La question est de savoir quel est le sens de ces deux membres de phrase. Le mot «entreprises» vise de vastes opérations comme les activités artisanales, industrielles ou commerciales de firmes ou de sociétés existant, par exemple, en Pologne, dans la République fédérale d'Allemagne et en Belgique, où des groupes de personnes participent à une propriété collective et où la succession s'opère pour ainsi dire par le groupe plutôt que par des individus ou encore des opérations qui sont soumises à un régime spécial pour des raisons commerciales. Si la succession individuelle était autorisée, la notion même d'entreprise serait détruite. Les «immeubles» visent de toute évidence des biens comme les exploitations agricoles familiales, ou des droits sur de telles exploitations restant en deçà de la pleine propriété, lorsque la durée, la nature

et l'importance quantitative de ces droits correspondent à un système successoral particulier. Les «catégories spéciales de biens» concernent par exemple des objets d'intérêt historique, tels que sculptures, tableaux et bijoux appartenant à la famille qui, en vertu de l'acte original de disposition, doivent être transmis de génération en génération en ligne descendante.

Toutefois, ni le présent article, ni une partie quelconque de la Convention ne sont censés s'appliquer à la dévolution de titres de noblesse là où la terre est attachée au titre et transmise avec le titre lui-même. La Convention ne dit absolument rien à ce sujet.

Quant aux mots «destination économique, familiale ou sociale», la Commission n'avait pas l'intention de leur donner une portée virtuelle, tellement large que les tribunaux aient la possibilité de les interpréter comme autorisant la mise en pratique de ce que le *situs* pourrait considérer comme une politique locale opportune. L'intention de la Commission était que ces mots soient strictement interprétés et non pas considérés comme invitant les Etats ou les tribunaux à soumettre au contrôle du *situs* toute matière présentant de vastes connotations économiques, familiales ou sociales. Pour comprendre ce membre de phrase, il faut en revenir aux préoccupations essentielles de la Convention elle-même. La Convention a en vue la protection des droits successoraux inaliénables de la famille, la richesse intéressant la vie des gens quand elle est transmise de génération en génération, s'il s'agit par exemple de petites entreprises, et des considérations sociales telles que le bien-être de certains groupes au sein de la société. Les préoccupations sociales se refléteraient également dans le souci de préserver les normes et valeurs de la société, telles qu'elles s'expriment dans les lois relatives à l'héritage et à la famille. Les considérations économiques, comme nous l'avons vu, sont censées inclure les entreprises dont il a déjà été fait mention, mais là encore c'est de groupes de personnes que se préoccupe la Convention, et dans le contexte de la succession.

La délégation des Etats-Unis, inquiète de l'ampleur potentielle de l'expression «destination économique, familiale ou sociale», a proposé (Doc. trav. No 13) d'employer les mots «*the particular use, occupancy or development of the assets*». Cette rédaction visait à préciser l'objet de l'article mieux que ne le feraient des termes plus abstraits. Elle était recommandée pour la raison qu'elle s'appliquait aux considérations de développement et de protection de l'environnement auxquelles songeait la Commission, d'une manière plus évidente que la phraséologie beaucoup plus large employée dans l'avant-projet. On a cependant objecté que cette formulation impliquait la disparition du mot «entreprise», disparition qu'il convenait de regretter; d'autre part, des délégués ont estimé que le langage de l'avant-projet de Convention correspondait mieux aux intentions de la Convention que la mention de l'usage ou de l'occupation. En conséquence, la rédaction de l'avant-projet de Convention a été maintenue dans le texte final.

113 Deux opinions ont été exprimées pendant la Commission au sujet de la nature des «régimes» successoraux particuliers visés par l'article 15. Selon l'une d'elles, pour être reconnus par les Etats du for, les régimes en question devaient consister en règles impératives, et la délégation des Pays-Bas a encore rétréci le champ de cette reconnaissance en proposant (Doc. trav. No 58) qu'il s'agisse de dispositions devant être appliquées dans l'Etat du *situs* quelle que soit la loi applicable à la succession. On distinguait ainsi, bien entendu, les règles impératives «ordinaires», en quelque sorte, et celles qu'on pouvait qualifier de «super-impératives». L'autre opi-

an immovable or as shares or interests as a consequence of two or more persons being entitled to inherit the whole, or a part each, but devolve as a whole. The policy of the article may also extend to other movables.

The distinct characteristics of this article are two in number: it is concerned with succession law in the sense of inheritance by one person from another, and it provides a conflict of law rule. These were the attributes which the Sixteenth Session was particularly anxious should be kept in place, as they existed in the preliminary draft Convention that had come from the Special Commission.

111 The article does not cover provisions of the *situs* concerning, for instance, the ability of foreigners under the law of the *situs* to own such property as waterfront land, land on State borders, or interests in operations of great concern to the State such as utility supply units and nuclear power stations. Both at the Special Commission and again during the Sixteenth Session some delegates brought to the attention of the assembled company the concern of their governments that such interests should be protected, and in particular by this article. The Mexican delegation requested in particular that the words 'national security' should be added to the words 'economic, family or social' considerations. It was brought to the attention of the Commission that the Mexican Government attached great importance to these words appearing in Article 15. Though there was considerable sympathy in the Commission for these concerns of the Mexican delegation, the majority view was that this was a matter which really had to find expression as a matter of public policy. Again the great majority of delegates were of the opinion that Article 15 was only justifiable as a succession law rule concerned with the conflict of laws and that the Commission could not stray from these criteria without losing all control over the manner in which the article might be applied in years to come by courts around the world. It was decided, however, that this Report should underline the interest of the Mexican Government in this matter as a strongly held public policy view.

The article is also not intended to apply to situations where movables associated with the history and life of the State, or with peoples within the State, are subject to the ruling of the *situs* that they may not be privately traded. That is to say, the State requires that it will approve those persons or institutions which are to be, or become, the owners of such assets.

112 The article requires that the special inheritance regime rules of the *situs* apply to 'enterprises, immovables or special categories of assets', and that the rules themselves be in place because of 'economic, family or social considerations'. The question now arises as to what those two phrases mean. 'Enterprises' is intended to refer to large operations like the artisan, industrial or commercial operations conducted as enterprises or corporations to be found, for instance, in Poland, the Federal Republic of Germany and Belgium where a community of persons enjoy property by membership of the group, and inheritance is by the group, so to speak, rather than by individuals or operations which are otherwise subject to a special regime for commercial reasons. Were individual inheritance to be permitted the conception of an enterprise would be destroyed. 'Immovables' would refer clearly to such assets as family farms, or interests in family farms less than full proprietorship, where the duration of the interest or the nature and quantum of rights attached to the interest reflect a par-

ticular inheritance scheme. 'Special categories of assets' would refer for example to historic articles, such as sculptures, paintings and jewellery within the family which are required by the original act of disposition to pass from generation to generation down the lineal line.

However, it is not the intention that the article or indeed any part of this Convention should apply to the devolution of titles of nobility where land is attached to the title and devolves with the title itself. The Convention is totally silent on this matter.

As to the terms 'economic, family or social considerations', it was not the intention of the Commission that these should imply a wide span of potential meaning which the courts might freely construe as a means of giving effect to what are conceived in the *situs* as desirable local policies. It was the intention of the Commission that the phrase contained here should be strictly construed, and not be regarded as an invitation to States or courts to bring within *situs* control any subject having broad economic, family or social connotations. To understand this phrase one has to return to the fundamental concerns of the Convention itself. The Convention is concerned with the protection of the family's indefeasible inheritance rights, with economic wealth that affects people when that wealth passes from generation to generation, such as in the form of small family businesses, and with social concerns such as the well-being of groups of peoples within society. Social concerns would also be reflected in the attempt of the estate to maintain the standards and values of society as those elements are reflected in laws concerning inheritance and the family. Economic concerns, as we have seen, are intended to embrace the enterprises to which reference was earlier made, but there again the concern of the Convention was with groups of persons in the context of inheritance.

The American delegation, concerned with the potential breadth of the phrase 'economic, family or social considerations', proposed in its stead (Work. Doc. No 13) the language, because of 'the particular use, occupancy or development of the asset'. It was intended with this phraseology to give a more precise focus to the object of the article than the more abstract terminology might accomplish. This alternative language was recommended on the basis that it dealt more obviously with developmental and environmental considerations, which were the concerns of the Commission, than did the more expansive terminology employed in the preliminary draft Convention. However, the view was expressed that this meant the loss of the word 'enterprises', something which was regretted, and otherwise delegates felt that the language of the preliminary draft Convention better suited the intentions of the Convention than the reference to use or occupancy might do. As a result the language of the preliminary draft Convention was retained for the final text of the Convention.

113 Two views were expressed during the Commission as to the nature of the particular inheritance 'rules' to which Article 15 refers. One opinion was that, in order that they be recognized by forum States, the rules in question should be mandatory rules, and the delegation of the Netherlands narrowed this recognition even further when it proposed (Work. Doc. No 58) that they be provisions that must be applied in the State of the *situs* whatever the law applicable to the succession. The distinction drawn here, of course, was between 'ordinary' mandatory rules, as it were, and what might be called 'super-mandatory' rules. However, the alternative opin-

nion était cependant qu'il n'était pas dans l'intérêt de la Convention de qualifier expressément ces règles d'impératives. Les règles impératives du *situs* ont inévitablement pour effet d'écarter les dispositions principales de la Convention, et l'on a estimé qu'il ne fallait pas encourager les autorités des Etats à voir plus de règles impératives qu'il n'était absolument indispensable. Les tenants de cette opinion s'en tenaient en conséquence à l'idée que l'article 15 permet certes aux tribunaux et aux autorités de tenir compte des grandes préoccupations du *situs* au sujet des régimes successoraux particuliers, mais qu'en s'abstenant de qualifier ces derniers d'obligatoires, on laisse entendre au *situs* que les temps et les circonstances changent et que la nature contraignante d'une règle peut changer également. Il s'agit simplement de situations spéciales mettant en jeu des intérêts primordiaux. Cette position, suivant laquelle le caractère des règles visées ne devait pas être spécifié noir sur blanc mais laissé dans un certain vague, l'a emporté à une voix de majorité et le Document de travail No 81 a été retiré. Les partisans d'une règle de conflit claire et nette n'ont pu souscrire à cette manière de voir. En deuxième lecture, cependant, cette décision prise d'abord à une voix de majorité a été confirmée à une majorité écrasante.

Article 16

114 Cet article porte sur le droit de l'Etat d'appréhender les biens de la succession pour laquelle il n'y a ni héritier ni légataire. Deux positions existent quant à la nature de ce droit. Les Etats qui appliquent la théorie du droit régalien, considèrent que, lorsqu'il n'y a ni bénéficiaire désigné par testament ni personne physique héritière en cas de succession *ab intestat*, l'Etat appréhende comme vacants tous les biens situés sur son territoire. Les Etats appartenant à la tradition du droit civil sont partagés: certains adoptent la position contraire suivant laquelle l'Etat devient héritier (*ultimus heres*) lorsqu'il n'y a pas de bénéficiaire testamentaire ni d'héritier physique. Ainsi que le soulignait le Document préliminaire No 7, distribué par le Bureau Permanent pendant la Commission spéciale, ces deux positions peuvent conduire aussi bien à des conflits positifs qu'à des conflits négatifs. Il y a conflit positif quand l'Etat partisan du *situs* et l'Etat partisan de l'*ultimus heres* revendiquent l'un et l'autre la succession. Un conflit négatif existera quand l'Etat X (*ultimus heres*) est le *situs* des biens, mais que X désigne l'Etat Y (droit régalien) comme héritier en dernier ressort. Ni l'un ni l'autre ne revendiquent alors la succession.

115 La Commission spéciale avait envisagé trois solutions possibles: 1) que l'Etat où se trouvent les biens appréhende ceux-ci, 2) que la loi applicable en vertu des articles 3 et 5.1 détermine si la conception du droit régalien ou celle de l'*ultimus heres* doit l'emporter et, 3) que l'Etat où se trouvent les immeubles appréhende ceux-ci, alors que le sort des biens meubles serait déterminé par la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1, selon le cas. Vers la fin de la Commission spéciale la solution adoptée a été de ne retenir ni la solution du *situs* ni celle de la loi applicable, mais d'emprunter une voie se situant entre les deux sans indiquer de préférence. L'article 12 de l'avant-projet de Convention prévoyait en conséquence qu'en l'absence d'héritiers institués par testament ou non l'existence de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1 «ne faisait pas obstacle» à ce que l'Etat du *situs* ou un organe de cet Etat appréhende les biens de la succession. On se rendait compte à la Commission spéciale que des difficultés pouvaient encore se présenter; si l'Etat A, juridiction

appliquant la théorie de l'*ultimus heres*, représente à la fois la loi applicable et le *situs* des biens, et désigne l'Etat B comme héritier en dernier ressort, désignation qui n'est pas acceptée par l'Etat B, lequel est partisan du droit régalien, les avoirs ne seraient revendiqués par aucun des Etats. Cependant, il est apparu à la Commission spéciale que c'était là la meilleure solution d'un point de vue pratique. La Commission a rejeté l'idée que la Convention ne dise simplement rien à ce sujet.

116 A la Seizième session, toute la question a été réouverte du fait de l'introduction de deux documents de travail, l'un émanant de la délégation suisse, l'autre de la délégation espagnole, et recherchant de nouveaux *modi vivendi*. La délégation suisse proposait trois solutions. Selon la première, lorsque la loi applicable acquiert en vertu de son droit régalien et que le *situs* des biens en litige acquiert en tant qu'*ultimus heres*, la loi du *situs* s'appliquera aux biens se trouvant sur son territoire conformément à sa propre théorie d'acquisition, à savoir en tant qu'*ultimus heres*. Lorsque l'Etat du *situs* appartient au système du droit régalien, toutefois, il recueille les biens par droit régalien. Enfin, si les deux Etats appliquent la doctrine de l'*ultimus heres*, la loi applicable déterminera lequel des deux l'emportera. La seconde solution proposée était que lorsque les biens se trouvent dans un Etat autre que celui de la loi applicable, la loi du *situs* régit la succession. La troisième solution était que la loi applicable détermine si le système de l'*ultimus heres* ou celui du droit régalien prévaut. La proposition espagnole était très proche de la troisième proposition suisse. Il a paru évident à la Seizième session qu'il existait encore deux autres solutions, à savoir l'adoption de l'article 12 de l'avant-projet de Convention ou, à défaut, la possibilité de garder le silence sur la question dans le texte final de la Convention.

Au cours du débat il est apparu que, pour la plupart des délégués, la meilleure méthode consistait à adopter l'article 12 de l'avant-projet de Convention. Selon eux, ce qu'il fallait avant tout, c'était une solution essentiellement praticable, et, de ce point de vue, l'article 12 ou la deuxième proposition suisse semblaient être les meilleurs textes. Bien que la proposition relative à la loi applicable (la troisième proposition suisse) ait été vigoureusement défendue comme étant dans la logique de la Convention, la majorité des délégués ont conclu que la décision de la Commission spéciale devait être préférée.

L'effet de cette décision est que, si l'Etat de la loi applicable selon la Convention est différent de l'Etat du *situs*, et si ce dernier se considère comme le mieux placé pour recueillir les biens se trouvant sur son territoire, que ce soit en application de la théorie du droit régalien ou de celle de l'*ultimus heres*, il sera autorisé à le faire. Si en revanche l'Etat du *situs* est disposé, sur la base de la théorie de l'*ultimus heres*, à laisser à la loi applicable le soin de déterminer le sort des biens, l'on dispose là encore d'une solution.

En conséquence, l'article 16 reprend le texte de l'avant-projet de la Commission spéciale à quelques retouches près. Le résultat est que, lorsqu'il n'y a ni légataire ni personne physique au degré successible en vertu de la loi applicable, l'existence de cette loi n'empêche pas la loi de l'Etat du *situs* (autre Etat) de recueillir les biens que personne ne revendique. Toutefois, la formulation de l'article 16 donne à penser que, n'y aurait-il qu'un légataire particulier ayant droit à un seul bien en vertu du testament, cela suffirait à empêcher l'application de l'article 16. Il semble que l'article n'envisage pas cette hypothèse et ne précise pas si un Etat quelconque a le droit de réclamer le reste des biens faisant partie de la succession en déshérence. La délégation belge a signalé

ion expressed was that it would be deleterious to the interests of the Convention that these rules be characterized as mandatory in so many words. Mandatory rules of the situs inevitably result in a setting aside of the main provisions of the Convention, and it was felt that State authorities should not be encouraged to discern mandatory rules more than where it is absolutely essential. This alternative opinion therefore hewed to the line that, while Article 15 gives scope to the courts and authorities for the recognition of compelling concerns in the situs touching particular inheritance regimes, by not describing them as mandatory it suggests to the situs that time and circumstances change and the compelling nature of a rule may change with them. These are simply special situations where there are overriding interests at stake. This alternative view, that the character of the rules referred to should not be described in black and white language, but be deliberately left somewhat vague, prevailed by a single vote majority, and Working Document No 58 was rejected. Those who prefer a conflict rule to be sharp and clear could not accept this alternative view. Later during second reading of the text, however, this earlier one-vote majority decision was confirmed by an overwhelming majority.

Article 16

114 This article is concerned with the right of the State to take for itself those assets in the estate of the deceased to which there is no testate or intestate heir. Two positions exist as to the nature of these rights. States following the theory of the regalian right take the view that, when there is no designated beneficiary under a will and no physical heir to take on intestacy, the State takes as *bona vacantia* all estate assets whose situs is in that State. States of the civil law tradition are divided; some adopt the contrary position that the State takes as an heir (the *ultimus heres*) in those circumstances where there is no testamentary beneficiary and no physical heir. As Preliminary Document No 7, originated by the Permanent Bureau during the Special Commission, pointed out, these two positions can lead to both positive conflicts and negative conflicts. A positive conflict occurs when the State upholding situs and the State upholding *ultimus heres* both claim to be entitled; a negative conflict will exist when State X (*ultimus heres*) is the situs of the assets, but X designates State Y (the regalian right) as the ultimate heir. So neither claims entitlement.

115 The Special Commission considered three possible positions (1) that the State which is the situs of assets should take those assets, (2) that the applicable law under Articles 3 and 5(1) should determine whether the regalian right or the *ultimus heres* approach is to prevail, and (3) that the State of the situs of the immovables should take assets of that description, while the fate of the movables will be determined by the applicable law under Article 3 or Article 5(1), as the case might be. Towards the close of the Special Commission the solution adopted was to take neither the situs position nor the applicable law position, but to take a median path between those two positions without stating a preference. As a consequence Article 12 of the preliminary draft Convention provided that in the absence of a testate or intestate heir the existence of the applicable law under Article 3 or Article 5(1) 'does not preclude' the State, or an agency in that State, being the situs, from claiming estate assets. It was appreciated during the Special Commission that difficulties could still arise; if

State A, an *ultimus heres* jurisdiction, is both the applicable law and the situs of the assets, and it designates State B as the ultimate heir, a designation not accepted by State B which is of the regalian persuasion, the assets would remain unclaimed by any State. However, in practical terms this appeared to the Special Commission to be the best solution obtainable. The Commission rejected the position that the Convention simply say nothing on the subject.

116 At the Sixteenth Session the whole subject was reopened with the introduction of two working papers, one from the Swiss delegation, and the other from the Spanish delegation, seeking new *modi vivendi*. The Swiss delegation proposed three possible solutions. The first provided that when the applicable law acquired by the regalian right and the situs of the disputed assets acquired as *ultimus heres*, the situs law would take assets on its soil according to its own theory of acquisition, namely, as *ultimus heres*. Where the situs State is of the regalian persuasion, however, it would take by regalian right. Finally, if both States adhered to the *ultimus heres* view, the applicable law would determine which State prevails. The second solution proposed was that when assets are situated in a State other than that of the State of the applicable law, the situs law governs. The third solution was that the applicable law would determine whether the *ultimus heres* or the regalian right theory prevailed. The Spanish proposal was very similar to the third Swiss proposal. It was evident to the Sixteenth Session that there were also two other solutions, namely, that Article 12 of the preliminary draft Convention might be adopted, or alternatively the final text of the Convention be totally silent on the subject.

During debate it became apparent that a majority of the delegates were persuaded that Article 12 of the preliminary draft Convention was the preferable approach. It was felt that above all what was required was a solution that was essentially practicable, and for those purposes either Article 12 or the second Swiss proposal commended itself. Although there was strong advocacy of the applicable law proposal (the third Swiss proposal) as the logical course for the Convention to follow, the majority of delegates concluded that the decision of the Special Commission was the approach which ought to prevail.

The effect of this decision is that, if the State of the applicable law under the Convention differs from the State of the situs, and the situs State regards itself as the appropriate party to take the assets on its soil, whether in furtherance of the regalian theory or the *ultimus heres* theory, the situs State is permitted so to do. If on the other hand the situs State is prepared, on the basis of the *ultimus heres* theory, to permit the fate of the assets to be determined by the applicable law, then again a solution has thereby become available.

Article 16 therefore follows the Special Commission's preliminary draft with mere '*toilette*' word changing. The result is that when there is no testate or intestate physical heir under the applicable law, the existence of that law does not prevent the situs State (another State) from taking the assets that are unclaimed by any person. However, the manner in which this proposition is expressed in Article 16 does suggest that, if there is but one special legatee entitled to one asset under the will of the deceased, this is enough to prevent Article 16 from applying. In those circumstances it would seem that the article is silent; it appears to say nothing as to whether any State has the right to claim the remainder of the assets in the estate for which there is no testate or intes-

que les termes de l'article 16 pouvaient être interprétés en ce sens mais, comme la Commission II approchait alors de la fin de ses travaux, le Comité de rédaction n'a pas été en mesure de remanier complètement l'article. Il a cependant été souligné, lors de la Session plénière, qu'il n'entraînait pas dans les intentions de la Seizième session que l'article eût cette signification. L'intention est que, s'il se trouve exister des biens quelconques faisant partie de la succession pour lesquels il n'y ait ni légataire, ni héritier physique au degré successible, l'article 16 sera alors applicable.

Article 17

117 Ainsi que le professeur von Overbeck l'avait souligné dans son Rapport commentant l'article correspondant de la Convention sur le trust de 1984, il est désormais traditionnel que la Conférence de La Haye écarte la doctrine du renvoi. La Commission spéciale avait néanmoins envisagé trois possibilités. La première était d'exclure le renvoi, la seconde d'admettre un renvoi limité et la troisième de laisser le renvoi opérer librement. La deuxième et la troisième solution n'étaient cependant proposées que pour les situations relevant de l'article 3 (loi objective). L'avantage de la première solution est qu'elle correspond à l'approche traditionnelle de La Haye. La deuxième vise à respecter l'harmonie qui peut exister déjà entre Etats sans qu'ait à intervenir la présente Convention, et à cette fin on a proposé que, si l'Etat A, Etat contractant, renvoyait à B, Etat non contractant, pour la *lex successionis* en vertu de l'article 3, mais que ce deuxième Etat renvoyait à C, autre Etat non contractant, lequel acceptait le renvoi, alors celui-ci devrait être reconnu par la Convention. Au cours de la Commission spéciale, plusieurs délégations ont élevé des objections contre la distinction établie par cette proposition entre Etats contractants et non contractants, ce qui a conduit à son rejet. La troisième possibilité, à savoir que la Convention autorise le renvoi dans le domaine de la loi successorale, a été combattue pour la raison que, ce faisant, la Convention perdrait une grande partie de sa capacité à instaurer une loi applicable unifiée. Elle s'en remettrait totalement aux règles de conflit des Etats, contractants ou non contractants. On a également fait valoir que, même dans le domaine de la succession où le renvoi est peut-être le plus familier, cette proposition aboutirait à un abandon total de la politique désormais acceptée à La Haye.

118 Durant la Seizième session la deuxième de ces solutions a été de nouveau présentée, cette fois-ci avec succès. Elle est reprise désormais à l'article 4 de la Convention, qui a été examiné dans le présent Rapport, et l'article 17 de la Convention s'applique sous réserve de l'article 4. La raison pour laquelle cette proposition a triomphé en plénière, après avoir été rejetée, semble être qu'elle constitue une acceptation limitée du renvoi, et consacre en outre les effets d'une certaine harmonie entre Etats.

On a pensé, avec la délégation française, qui a présenté cette proposition franco-italienne, que, à mesure que des Etats toujours plus nombreux deviendraient Parties contractantes à la Convention, l'article 4 tel qu'il existe à présent revêtirait de moins en moins d'importance, et que l'application limitée qui en serait faite au début alors que les Etats contractants seraient en petit nombre, ne soulèverait vraisemblablement pas de problèmes pratiques. Les délégués ont également accepté l'idée que le principe de l'article 4 ne devait pas s'étendre aux désignations en vertu de l'article 5, car une telle extension pourrait aller à l'encontre de ce que recherchait le

testateur en faisant sa désignation. Certes, une désignation de la loi applicable en vertu de l'article 5.1 ne permet pas au *de cuius* de choisir aussi les règles de conflit de lois de la loi ainsi désignée, mais si l'on applique la doctrine traditionnelle de non-renvoi des Conventions de La Haye (voir le paragraphe 119, *infra*), en procédant à la désignation le *de cuius* choisit la loi interne qui a sa préférence. L'intérêt principal de l'article 4, si limitée que soit son application, doit être d'éviter la création de conflits qui n'existeraient pas sans cela. L'importance de l'article 4 en tant qu'exception à la politique traditionnelle de La Haye exprimée par l'article 17 doit être relevée avec une certaine prudence. Il s'agit d'une nouvelle orientation pour la Conférence de La Haye.

119 A la Seizième session, la délégation des Etats-Unis d'Amérique a plaidé à nouveau pour la suppression de ce qui constitue désormais l'article 17. La Convention ne devrait rien dire à ce sujet. Il a été vigoureusement soutenu que, de même qu'entre les états des Etats-Unis d'Amérique, il y a bien des chances qu'internationalement de nombreux systèmes juridiques soumettraient la question des droits d'héritages familiaux au système du pays de la nationalité ou du domicile du défunt. Dans ces conditions, a-t-on dit, le principe dont s'inspirait l'article 4 pouvait en fait recevoir une application générale; les Etats appliqueraient la doctrine du renvoi, chacun à sa manière et selon son propre niveau de développement, pour s'efforcer de respecter les objectifs fondamentaux de la Convention et d'arriver ainsi à l'harmonie recherchée. Cette position a rencontré un certain appui mais, dans l'ensemble, les autres délégations ont craint les effets du silence de la Convention sur la question du renvoi, d'autant que les autres Conventions de La Haye sont très nettes sur son exclusion. Il a été estimé qu'on risquerait de provoquer des problèmes d'interprétation si la Convention ne disait mot de la question. Quant au caractère de l'article qui devrait figurer dans la Convention, les délégués ont voté à une très forte majorité en faveur du maintien de la politique actuelle de la Conférence de La Haye.

120 Le sens de l'expression «règles de conflit de lois» employée à l'article 17 peut être indiqué très succinctement. Il s'agit d'exclure tout renvoi, au premier ou au second degré. L'article 17 oblige à se reporter au droit interne de l'Etat intéressé, abstraction faite de ses règles de conflit de lois. Il convient de noter aussi que la Convention ne dit rien – et ne s'occupe aucunement – des règles de conflits unilatéraux ou internes. Ces règles entrent en jeu, par exemple, lorsque la loi du for prévoit que nul ne peut accomplir tel ou tel acte à moins de résider habituellement dans le for. C'est là une règle d'auto-limitation qui est totalement différente des règles de conflit de lois au sens de celles qui s'appliquent en général au for et aux autres Etats.

Article 18

121 Cette disposition est également bien connue dans les Conventions de La Haye. Elle autorise le for à appliquer ses propres considérations d'ordre public, de préférence à la loi applicable, lorsqu'il y a un conflit entre les deux. En plénière, une retouche a été apportée à la première ligne, pour remplacer les mots «d'une loi» par «d'une des lois». En faisant ce changement la Seizième session tenait à bien montrer que l'exception d'ordre public peut être invoquée tout aussi bien à l'encontre d'une loi déterminée par l'article 3, l'article 5, l'article 6 ou – pour ce qui est des pactes successoraux – par les articles 9, 10 ou 11. Toutefois, et comme par le passé,

tate physical heir. This possible construction of the language of Article 16 was noted by the Belgian delegation, but as Commission II was then in its closing stages it was not possible for the Drafting Committee completely to reword the article. However, it was underlined in the Plenary Session that it was not the intention of the Sixteenth Session that the article should have this meaning. It is intended that, should there be any assets in the estate for which there is no testate or intestate physical heir, Article 16 will thereupon come into operation.

Article 17

117 As Professor von Overbeck observed in his Report commenting upon the counterpart article in the Trusts Convention of 1984, it is now the traditional response of the Hague Conference to exclude the doctrine of renvoi. Nevertheless, the Special Commission considered three possible positions. The first was to exclude renvoi, the second was to admit a limited renvoi, and the third to allow renvoi to occur as it will. However, both the second and third alternatives were proposed for Article 3 (objective law) situations only. The commendation of the first position was that this is the traditional Hague approach. The second approach sought to recognize harmony between States where it already exists without the intervention of the present Convention, and to this end it was proposed that, if State A, a Contracting State, was taken to B, a non-Contracting State, as the *lex successionis* under Article 3, but that State referred on to C, another non-Contracting State, which State accepted the renvoi, the renvoi should be recognized by the Convention. Exception was taken during the Special Commission meeting by several delegations to the distinction which this proposal drew between Contracting and non-Contracting States, and as a consequence it was not adopted. The third approach, namely, that renvoi be permitted by the Convention in the area of succession law, was opposed on the basis that the Convention would thereby lose much of its ability to bring about a unified applicable law. It would have handed over to the conflict rules of States, both Contracting and non-Contracting States, all control over the situation. There was also an expression of the opinion that this proposal, even in the area of succession where renvoi has perhaps been most familiar, constituted a complete abandonment of now accepted Hague policy.

118 During the Sixteenth Session the second of these approaches was put once again before the Session, and on this occasion it was successful. It now appears as Article 4 of the Convention, as which it is discussed in this Report, and Article 17 of the Convention takes effect subject to Article 4. The reason for the success of this proposal at the Plenary Session, thereby reversing the previous rejection, appeared to be that this was a limited acceptance of renvoi, and that it also recognized a harmony between States.

There was agreement with the French delegation, which put forward this French/Italian proposal, that, as more States became Contracting States to the Convention, Article 4 as it now is would become less and less important, and its limited application in the early days of the Convention's life when the number of Contracting States were few seemed likely to provide no practical problems. Delegates also accepted the proposition that the principle of Article 4 should not be extended to Article 5 designations, and they did so for the reason that such an extension might defeat the intentions of the testator in making his designation in the first place.

While it is clear that a choice of the applicable law under Article 5(1) does not permit the *de cuius* to choose also the conflict of law rules of that chosen law, if the traditional no-renvoi doctrine of the Hague Conventions is followed (see further paragraph 119, *post*), by the act of choosing the *de cuius* selects the internal law that he prefers. The prime attraction of Article 4, limited though its application is, must be that it avoids the creation of conflicts that would not otherwise exist. The importance of Article 4 as an exception to the traditional Hague policy expressed in Article 17, should be noted with some care. This is a novel departure for the Hague Conference.

119 At the Sixteenth Session the American delegation renewed its plea for the deletion of what is now Article 17. The Convention should be silent. It was argued forcibly that, as is the position between the states of the United States of America, so is it likely to be the case internationally that many jurisdictions would refer on the issue of family inheritance rights to the nationality or domicile jurisdiction of the deceased. In those circumstances, it was argued, the principle that inspired Article 4 was in fact capable of general application; States would employ the doctrine of renvoi, each in its own way and at its own level of development, in an attempt to apply the basic tenets of the Convention and thereby achieve the harmony desired. Some support for this position was forthcoming, but in the main other delegations were fearful of the effect of the Convention being silent on the issue of renvoi, especially as other Hague Conventions are very clear in excluding renvoi. It was felt that interpretational problems would be invited were the Convention indeed to remain silent on the subject. As for the character of the article that should appear in the Convention, delegates voted overwhelmingly to retain the existing Hague policy.

120 The meaning of 'choice of law rules' in Article 17 can be stated very succinctly. The intention is to exclude all renvoi, whether to the first or second degree. Article 17 requires reference to the internal law of the relevant State without any reference at all to its choice of law rules. It is to be noted also that the Convention makes no reference to, nor has it any concern with, unilateral or internal conflict rules. Such rules arise, for instance, when the law of the forum provides that no person may perform a particular act unless he is habitually resident in the forum. This is a self-limiting rule which is totally different from conflict of law rules in the sense of those which apply generally to the forum and other States.

Article 18

121 This article is another familiar provision in Hague Conventions. It permits the forum to apply its own public policy considerations in preference to the applicable law in the event that there is a conflict between the two. In the Plenary Session a '*toilette*' change was made in the first line, so that the words 'of a law' became 'of any of the laws'. In making this change the Sixteenth Session was anxious that it be made clear the public policy exception may be invoked whether the law in question is that determined by Article 3, Article 5 or Article 6, or – with regard to agreements as to succession – Articles 9, 10 or 11. However, as on previous

la Commission n'encourage nullement les Etats à appliquer à la légère des exceptions d'ordre public. L'application de la loi normalement applicable en vertu de la Convention ne peut être écartée pour des raisons d'ordre public que si ses dispositions sont «manifestement incompatibles» avec celui-ci. C'est en vertu de cet article 18 que les Etats contractants devront formuler d'éventuelles objections pour des motifs de sécurité nationale ou de politique suivie en matière de propriété étrangère des rivages, des terrains frontalières, des entreprises de distribution d'eau, de gaz et d'électricité et autres entreprises présentant une grande importance pour l'économie du pays. Des explications ont déjà été données à ce sujet à propos de l'article 15.

La présence d'exceptions si nombreuses dans les Conventions de La Haye invite les Etats contractants à faire preuve de modération dans la façon dont ils les invoquent, et c'est pour encourager cette modération que l'article 18, pour sa part, vise une «incompatibilité manifeste». Il est clair qu'en faisant un usage trop large de l'article 18, le for pourrait en définitive paralyser la réalisation des principaux objectifs de la Convention.

Article 19

122 C'est la «clause fédérale». De même que dans toutes les autres Conventions récentes de La Haye, cette clause s'applique lorsqu'un Etat national comporte deux ou plusieurs unités territoriales, chacune possédant son propre système de droit ou ses propres règles de droit dans la matière considérée. En l'occurrence cette matière est la loi successorale (paragraphe 1). Toutefois, les Etats fédéraux seraient dans l'erreur s'ils considéraient cette disposition comme une clause purement fédérale. L'article s'applique également aux Etats unitaires, tels que l'Espagne ou le Royaume-Uni, où certaines régions géographiques distinctes possèdent leur propre système de règles, intéressant en l'espèce la succession. Il convient donc d'abord de porter un regard d'ensemble sur l'article. Le caractère du texte actuel est dans une très large mesure celui qu'il possédait dans l'avant-projet de Convention. Les changements ont consisté en un certain réarrangement des paragraphes, quelques retouches de forme. Le paragraphe 2 reconnaît que l'Etat dont il s'agit peut avoir ses propres règles pour désigner l'unité à prendre comme unité de référence dans l'une quelconque des situations prévues par la Convention. L'Etat est donc souverain s'il décide de faire prévaloir sa volonté en introduisant ses propres règles. Le reste de l'article s'applique lorsque aucune règle de cette nature ne gouverne la situation prévue par la Convention – ou lorsque les règles existantes ne sont pas suffisamment larges.

Le paragraphe 3 concerne l'éventualité où la loi prévue à l'article 3, la loi désignée selon l'article 5, ou la loi applicable en raison des articles 9, 10 ou 11, vise la nationalité ou la résidence habituelle du *de cuius*, et qu'il convient de décider ce qu'il faut entendre par la loi de la «nationalité» ou de la «résidence habituelle». Le paragraphe 4 écarte tout doute quant au fait que la mention de l'Etat des liens les plus étroits s'entend de l'unité avec laquelle ces liens existent.

Le paragraphe 5 concerne la situation dans laquelle le *de cuius*, en application de l'article 5, mais sous réserve de l'article 6, a désigné la loi d'une unité territoriale d'un Etat fédéral ou celle d'un Etat unitaire où il existe deux ou plusieurs systèmes successoraux. Il est très important qu'un testateur qui possède la nationalité d'un tel Etat ou qui y a sa résidence habituelle ne soit pas autorisé à choisir n'importe quelle unité territoriale du même Etat si les dispositions applicables en matière successorale

varient beaucoup d'une unité à l'autre. Aux Etats-Unis, par exemple, des états distincts peuvent prévoir des dispositions très différentes quant aux droits de la famille sur les biens du défunt; certaines semblent très généreuses, d'autres accordent fort peu ou rien. Il ne serait que trop facile à un ressortissant ou résident habituel de choisir la loi applicable à sa succession de manière à éviter les dispositions successorales favorables à la famille de l'unité où il habite, ou, s'il n'y habite plus, où s'est déroulée la plus grande partie de sa vie familiale. Aussi l'objet du paragraphe 5 est de faire en sorte que le ressortissant ou le résident habituel d'un tel Etat ait possédé des liens passés ou présents «de la manière prévue à l'article 5» avec la loi de l'unité territoriale qu'il a désignée.

Le paragraphe 6 concerne l'article 6. Il prévoit que la désignation de la loi d'un Etat pour régir certains biens dans le testament ou dans le pacte successoral est présumée se rapporter à l'unité de l'Etat où se trouvent les biens en question. C'est à celui qui alléguerait que la loi d'une autre unité est visée qu'il appartiendrait de l'établir. Le paragraphe 7 envisage le problème qui peut se poser en vertu de l'article 3, paragraphe 2, selon lequel, pour déterminer la loi objective, le lieu où résidait habituellement le *de cuius* à l'expiration des cinq années précédant immédiatement son décès devient pertinent. Le *de cuius* peut avoir résidé dans plusieurs unités de l'Etat en question au cours des cinq années, mais n'aurait acquis de résidence habituelle dans aucune de ces unités durant cette période. Le paragraphe 7 prévoit donc que l'unité de dernière résidence sera celle de la résidence habituelle, sauf s'il est possible d'établir dans un cas d'espèce que le *de cuius* avait à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité du même Etat. En pareil cas, la loi de cette autre unité s'applique.

L'article procède par étapes et chaque paragraphe suit logiquement celui qui précède. Dans chaque espèce, il conviendra d'appliquer successivement les paragraphes 1 à 7, jusqu'à ce que l'on parvienne à la solution du problème. Bien qu'au début les dispositions de l'article paraissent assez complexes, en particulier pour les ressortissants d'Etats unitaires peu au courant de la question des unités territoriales, il ne devrait pas y avoir de difficulté si l'article est appliqué pas à pas.

Paragraphe 1

123 Comme on l'a déjà dit, ce paragraphe indique l'objet de l'article. Il identifie la loi applicable à l'intérieur d'un Etat lorsque, en visant celui-ci, il est possible de faire référence à deux ou plusieurs lois. L'article s'applique lorsque l'Etat comprend «deux ou plusieurs unités territoriales». Autrement dit, il ne s'applique pas lorsque des catégories de *personnes* différentes au sein de l'Etat sont assujetties à des règles ou des systèmes juridiques différents en matière de succession. Il s'agirait alors d'un conflit interpersonnel (prévu par l'article 20). L'article 19 postule à l'intérieur de l'Etat l'existence de zones territoriales ou géographiques qui, en tant que telles, possèdent chacune un système ou un ensemble de règles distinctes. Ce ne sont donc pas les personnes, mais les zones géographiques qui sont visées. Chacune a «son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession». Cela vaut par exemple pour l'Etat qui comprend un système de droit civil et un autre système de *common law*. Le Québec a son propre système de droit à l'intérieur du Canada, lequel, en tant qu'Etat, relève, à cette exception près, du système de *common law*. La Louisiane, aux Etats-Unis, se distingue pareillement des systèmes de *common law* presque purs qui composent ce pays. Toutefois, entre deux territoires

occasions, the Commission was not hereby encouraging States to apply public policy (*ordre public*) exceptions lightly. The application of the otherwise applicable law under the Convention may only be set aside by public policy when that policy is 'manifestly incompatible' with the provisions of the relevant law. It is under this article, Article 18, that Contracting States would have to bring any objection on grounds of national security or political concerns to foreign ownership of waterfront property, border lands, and utilities and other enterprises of great significance to the economy of the jurisdiction. This was previously explained in connection with comment upon Article 15.

So many exceptions in Hague Conventions look to the restraint of Contracting States in the manner in which they invoke those exceptions, and it is to encourage restraint that Article 18, once again, expressly refers to 'manifest incompatibility'. Clearly any extensive use of Article 18 by the forum could ultimately frustrate the achievement of the basic aims of the Convention.

Article 19

122 This is the 'federal State clause'. It provides, in common with all other modern Hague Conventions, for the situation where one national State includes two or more territorial units, each of which has its own legal system, or its own rules of law for the subject area in question. In this instance the subject in question is the law of succession (paragraph 1). However, it is something of a conceit for the federal States to regard this as 'federal State clause' only. The article also applies to those unitary States, like Spain and the United Kingdom, which have distinct geographic areas each with its own system of rules, in this case pertaining to succession.

First, then, one should have a bird's eye view of the article. The present text retains very much the character which it had in the preliminary draft Convention. The change that has taken place is a certain rearrangement of the paragraphs, something of a 'toilette' arrangement. Paragraph 2 recognizes that the State in question may have its own rules for identifying which unit is to be taken as the unit of reference in any of the situations for which the Convention provides. The State is therefore sovereign in these matters if it chooses to make its mind known through the introduction of its own rules. The remainder of the article applies in those circumstances where no such rules or sufficiently comprehensive such rules apply to the situation in question, for which situation the Convention provides.

Paragraph 3 deals with the situation where the Article 3 law, the designated law under Article 5, or the law applicable because of Articles 9, 10 or 11, refer to the nationality or the habitual residence of the *de cuius*, and a decision has to be made concerning which law is meant by 'nationality' and by 'habitual residence'. Paragraph 4 puts beyond question that the reference to the State of closest connection is the unit of most close connection.

Paragraph 5 deals with the situation where the *de cuius*, further to Article 5, but subject to Article 6, has chosen a law of a territorial unit within a federal State or a unitary State with two or more succession systems. It is very important that a testator who has the nationality of, or an habitual residence within, such a State, not be permitted to choose any territorial unit within that State when those units may have very different provisions from each other on family inheritance matters. For

example, in the USA different states make very different types of provision for the family out of the deceased's property; some appear very generous, others make little, if any, provision. It would be all too easy for any national or habitual resident to select his applicable succession law with a view to avoiding family inheritance provisions of the unit within which he lives or with which, if he lives there no longer, much of his life with the family has been associated. For this reason paragraph 5 aims to ensure that both the national, and also the habitual resident, of such a State must have had some past or present personal association 'in the manner described by paragraph 5' with the territorial unit law which he has chosen.

Paragraph 6 concerns Article 6. It provides that the choice of the law of a certain State to govern particular assets of the estate in the will or in the succession agreement is presumed to be a reference to the unit of the State in which the assets in question are situated. It is for the person who alleges that the law of another unit was intended to carry the burden of proof of establishing that fact. Paragraph 7 deals with the problem that can arise under Article 3, paragraph 2, further to which, for the purposes of determining the objective law, the place in which the *de cuius* was habitually resident at the close of five years immediately preceding his death becomes relevant. The *de cuius* may have been resident in a number of units within the particular State over the five year period, but have acquired an habitual residence in none of those units during that period. Paragraph 7 therefore provides that the unit of latest residence shall be the unit of habitual residence, unless it can be shown in a particular case that the *de cuius* had a closer association at that time with another unit of the State. In those circumstances the law of that other unit applies.

The article is built up in stages and each paragraph follows logically on the previous paragraph. In its application to any particular set of facts, the article should be worked through from paragraph 1 to paragraph 7 in sequence, until the solution to the particular question is reached. Though it initially appears difficult to follow, particularly for those from unitary States unaccustomed to the unit problem, there should be no difficulty if the article is taken step by step.

Paragraph 1

123 As already stated, this paragraph points out what the article is aiming to accomplish. It is identifying the law within a State when there are two or more laws to which reference might have been made by the reference to the State. The article applies when there are 'two or more territorial units' within the State. This means that it does not apply when different groups of *persons* within the State are subject to different succession systems of law or rules of law. That is a problem of so-called inter-personal conflict (for which Article 20 provides). Article 19 assumes territorial or geographic areas within the State which as territorial or geographic areas possess in each case a distinct system or set of rules. The reference in other words is not persons, but geographical areas. Such a unit will have 'its own system of law or its own rules of law in respect of succession'. This language would embrace the situation where there is one civil law jurisdiction and another common law jurisdiction making up the State. Québec has its own system of law within Canada, which as a State is otherwise of the common law system. Louisiana in the United States has a similar distinction from the mostly pure common law jurisdictions of that country. However, as between two common law jurisdictions of the United States or of Ca-

de *common law* des Etats-Unis ou du Canada ou de l'Australie, et bien que le système juridique soit le même, les règles de la loi successorale peuvent différer. On a déjà fait mention des divergences entre les états formant les Etats-Unis pour ce qui est des législations protégeant la famille en matière successorale. Un tribunal européen ou sud-américain qui est amené à s'occuper d'unités semblables distingue entre les règles d'une unité et celles d'une autre unité. Il se pose la question de savoir quelle série de règles s'appliquent dans le cas dont il est appelé à connaître.

Paragraphe 2

124 Lorsqu'un Etat a des règles pour déterminer l'unité dont il est question, si des termes tels que «résidence habituelle» ou «nationalité» ont été employés, l'autorité compétente, pour énoncer de telles règles, doit posséder tous les attributs de souveraineté nécessaires à cet effet. Dans un Etat unitaire la question de savoir qui est souverain n'est pas difficile à trancher; le gouvernement de l'Etat unitaire exerce l'autorité de l'Etat lorsqu'il adopte de telles règles. Dans un système fédéral, en revanche, il faut être sûr que l'autorité qui a adopté les règles est compétente pour lier toutes les unités qui constituent l'Etat. Par exemple, au Canada, la Colombie britannique n'a pas le pouvoir souverain d'énoncer des règles sur le point de savoir comment les autres provinces du Canada interpréteront les termes «résidence habituelle» et «nationalité» dans le cas d'une personne qui habite le Canada. Elle peut seulement formuler des règles sur sa propre interprétation et à ses propres fins. Toutefois, si l'autorité fédérale possède, en vertu de la Constitution, le pouvoir d'adopter des règles de cette nature, obligatoires pour toutes les unités, et adopte effectivement de telles règles, la seule question qui subsiste est celle de l'adéquation de ces règles aux faits de l'espèce. Ce n'est que si les règles (à supposer qu'elles existent) ne répondent pas aux circonstances de l'espèce, alors que celles-ci sont couvertes par l'article 19, que celui-ci s'appliquera.

Paragraphe 3

125 En vertu de l'article 3 la loi applicable est celle qui existait à la date du décès du *de cuius* et, en vertu de l'article 5.1, c'est celle qui existait soit à la date de la désignation soit à la date du décès. Aux fins des pactes successoraux, l'article 9 spécifie la loi applicable comme étant celle à la date de l'accord ou, à défaut de validité en vertu de cette loi, à la date du décès. Les articles 10 et 11 visent l'un et l'autre les lois prévues aux articles 3 ou 5.1 à la date de l'accord. Un élément essentiel, aux fins de tous ces articles, est cependant la notion de «résidence habituelle» ou de «nationalité» au sens des articles 3 et 5.1. L'idée qui préside à l'emploi de l'expression «résidence habituelle» dans les Conventions de La Haye est que la définition est autonome et ne traduit pas simplement les conceptions ayant cours là où le problème se pose. On a déjà dit que la Convention ne définit pas la résidence habituelle et qu'elle ne traite pas non plus du problème de la double nationalité.

Mais que signifie la «nationalité» ou la «résidence habituelle» lorsque le défunt avait la nationalité ou la résidence habituelle d'un Etat fédéral ou d'un Etat unitaire comportant deux ou plusieurs unités avec des systèmes ou des ensembles de règles successorales différents? Le paragraphe 3 répond à cette question; il identifie l'unité dont la loi s'appliquera. En vertu du paragraphe 3 a, la «résidence habituelle» signifie la loi de l'unité où le *de cuius* possédait sa résidence habituelle au moment con-

sidéré. En vertu du paragraphe 3 b la «nationalité» signifie la loi de l'unité où le *de cuius* avait sa résidence habituelle au moment considéré. Lorsque le problème est cependant celui de la «nationalité» et que le défunt n'avait pas de résidence habituelle dans une unité quelconque de l'Etat de sa nationalité au moment considéré, le paragraphe 3 b autorise le for à interpréter la «nationalité» comme une référence à la loi de l'unité avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits au moment considéré. Cela signifie, comme le précise le paragraphe 4, que l'on examine les liens que pouvait avoir le défunt avec les unités de l'Etat national, pour arriver à celle avec laquelle ces liens étaient les plus étroits.

Cependant le paragraphe 3 a, c'est-à-dire la disposition qui concerne la résidence habituelle, ne comporte pas cette mention des «liens les plus étroits», et l'on pourrait se demander à quoi la Convention oblige le for lorsque le défunt, au moment considéré, possédait une résidence habituelle dans l'Etat, mais aucune résidence habituelle dans une unité particulière. Par exemple, un Américain peut avoir résidé habituellement au Canada mais s'être constamment déplacé d'une province à une autre comme voyageur de commerce célibataire. On ne peut dire qu'il ait possédé une résidence habituelle dans une province particulière, pourtant, ou bien la loi objective s'applique en vertu de l'article 3, et il faut savoir quelle était sa résidence habituelle puisque, par exemple, il a résidé cinq ans au Canada et y possède sa résidence habituelle au moment de son décès, ou bien la loi selon l'article 5.1 entre en jeu parce qu'il a désigné «la loi du Canada comme celle du pays de ma résidence habituelle». Comme on l'a vu, le paragraphe 3 b concerne cette situation. Toutefois, le seul cas dans lequel l'article 3 peut susciter des problèmes à cet égard est au sujet de la résidence habituelle après cinq années de résidence, problème qui est réglé par le paragraphe 7 de l'article 19. Ce qui paraît avoir été laissé de côté est la désignation selon l'article 5.1 de l'Etat en tant qu'Etat de résidence habituelle. Le voyageur de commerce américain célibataire vivant au Canada qui a désigné «la loi du Canada comme celle de mon Etat de résidence habituelle» ne sera certainement pas réputé avoir fait une désignation valable, de sorte que la loi objectivement déterminée en vertu de l'article 3 s'appliquera.

Paragraphe 4

126 Ce paragraphe, comme on l'a vu, précise que les liens les plus étroits sont les liens les plus étroits que l'individu, le défunt, possède avec une unité faisant partie de l'Etat. Le paragraphe souligne la référence à trois lois au paragraphe 3: celle de la résidence habituelle, celle de la nationalité et celle des liens les plus étroits. Les éléments constitutifs des liens les plus étroits ont déjà été examinés à propos de l'article 3 et il convient ici de se reporter au commentaire de cet article pour toute explication complémentaire. Il s'agit essentiellement de déterminer quelle est l'unité de l'Etat avec laquelle la vie du défunt, compte tenu des facteurs qui lui étaient personnels, offrait les liens les plus étroits.

Paragraphe 5

127 Lorsqu'il rédige son testament, le défunt peut toujours décider, par application de l'article 6, qu'une loi autre que la loi applicable régira certains biens de son patrimoine, et par conséquent la référence à la loi matérielle en vertu de l'article 6 est expressément omise du paragraphe 5 de l'article 19. Le paragraphe 5 vise à empêcher le défunt résidant dans un Etat fédéral ou dans un Etat unitaire dont les territoires sont régis par des systèmes différents ou des ensembles de règles différen-

nada or of Australia, though the system of law is the same, the rules of law in respect of succession may be different. Reference was earlier made to the difference among the states of the United States in terms of statutory provision for the inheritance protection of the family in terms of the estate of the deceased. A European or South American court concerned with units of this kind is distinguishing between the rules of one such unit and the rules of another such unit. It is asking itself which set of rules applies to the case in hand.

Paragraph 2

124 When a State has rules determining to which unit within itself reference is made, when such terms as 'habitual residence' or 'nationality' are used, the authority in question must have had the requisite sovereignty to lay down such rules. In a unitary State sovereignty is not difficult to find; the government of the unitary State will exercise the authority of the State in making such rules. In a federal system, however, it has to be clear that the authority which has issued these rules is competent to bind all the units within the State. For example, British Columbia in Canada has no sovereign authority to lay down rules as to how other provinces within Canada shall interpret the terms 'habitual residence' and 'nationality' of a person living in Canada. It can only make rules as to how it will itself interpret those terms for its own purposes. However, if the federal authority has constitutional power to make such rules binding all the units, and such rules are produced, then the only issue that remains is as to the adequacy of those rules in terms of the particular factual circumstances that have arisen. Only if the rules (assuming rules exist at all) do not cover the circumstances that have arisen, but which circumstances are provided for by Article 19, will the article be applied.

Paragraph 3

125 Under Article 3 the applicable law is that law as at the date of death of the *de cuius*, and under Article 5(1) it is that law either as at the date of the designation or the date of death. For the purposes of agreements as to succession, Article 9 specifies the applicable law as at the date of the agreement, or, failing validity under that law, as at the date of death. Articles 10 and 11 both refer to the Article 3 or Article 5(1) laws as at the date of the agreement. Fundamental to the operation of all those articles, however, is the concept of 'habitual residence' and 'nationality' within Articles 3 and 5(1). The idea behind the use of the term 'habitual residence' in Hague Conventions is that the definition will be autonomous, and not merely reflect conceptual thinking in the place where the issue arises. It has already been noted that the Convention does not define habitual residence, nor does it deal with the issue of dual nationality.

But what does 'nationality' and 'habitual residence' mean when the nationality or habitual residence of the *de cuius* is that of a federal State or a unitary State with two or more jurisdictions with separate systems or sets of succession rules? Paragraph 3 responds to this question; it identifies the unit whose law is to govern. Under paragraph 3(a) 'habitual residence' means the law of the unit in which the *de cuius* had his habitual residence at the relevant time. Under paragraph 3(b) 'nationality'

means again the law of the unit in which the *de cuius* had his habitual residence at the relevant time. Where the issue is 'nationality', however, and the deceased has no habitual residence in any unit within the State of nationality at the relevant time, paragraph 3(b) permits the forum to interpret 'nationality' as a reference to the law of the unit with which the deceased had his closest connection at the relevant time. This means, as paragraph 4 makes clear, that one looks to the degree of association of the deceased with the units within the national State, and one finds that with which he was most closely associated at the time.

However, paragraph 3(a), the paragraph which deals with habitual residence, omits this reference to 'the closest connection', and the question could arise as to what the Convention requires the forum to do when the deceased at the relevant time had an habitual residence in the State, but no habitual residence in any particular unit. For example, he may have been a United States national habitually resident in Canada, but an itinerant unmarried salesman travelling from province to province throughout his time in Canada. He cannot be said to have an habitual residence in any particular province, and yet either the objective law applies under Article 3 and one needs to know what was his habitual residence since, for example, he is a person who had five years of residence in Canada culminating in an habitual residence at the time of his death, or the Article 5(1) law is in question because he has designated 'the law of Canada as the country of my habitual residence'. As has been seen, paragraph 3(b) provides for a situation like this. However, the only circumstance in which Article 3 can provide problems in this regard is with respect to the habitual residence after five years of residence, and the problem here is taken care of by paragraph 7 of Article 19. What appears not to have been provided for is the Article 5(1) designation of the State as the State of habitual residence. The itinerant unmarried American salesman in Canada who has designated 'the law of Canada as my State of habitual residence' can only be said surely to have made no valid choice, and therefore the objectively determined law under Article 3 applies.

Paragraph 4

126 This paragraph, as has been noted, makes it clear that the law of closest connection is the closest connection of the individual, the deceased, with a unit within the State. The paragraph emphasizes the reference in paragraph 3 to three laws: habitual residence, nationality, and the closest connection. The elements that go to make up close connection have already been discussed in connection with Article 3, and reference should be made to the commentary on that article for further explanation. Essentially, it is a question of discovering the unit of the State with which the personal factors in the life of the deceased were most closely associated.

Paragraph 5

127 In making his will the deceased can always choose under Article 6 that a law other than the applicable law shall apply to particular assets in his estate, and therefore the substantive law reference under Article 6 is expressly omitted from paragraph 5 of Article 19. Paragraph 5 is designed to prevent the deceased in a federal State, or a unitary State having territories with different systems or sets of rules of succession law, from selecting the unit within the State which is most conducive to his

tes en matière successorale, de choisir l'unité répondant le mieux à son désir d'éluider ou de limiter le plus possible les droits successoraux de sa femme et de ses enfants survivants. Dans un Etat comme les Etats-Unis qui comportent cinquante systèmes de droit, et où les conceptions diffèrent beaucoup dans un pays aussi vaste au sujet de ce que peut être – le cas échéant – une protection adéquate du conjoint et des enfants survivants, les possibilités de tourner les lois successorales sont évidentes.

Le paragraphe 5a prévoit que, si le défunt était un ressortissant de l'Etat dont il a désigné une unité, la désignation n'est valable que si, au moment considéré, il avait sa résidence habituelle dans cette unité ou, à défaut, possédait au moins des liens étroits, c'est-à-dire des liens personnels étroits, avec elle.

Le paragraphe 5b prévoit que, si le défunt n'était pas ressortissant de l'Etat dont il a désigné l'une des unités, la désignation n'est valable que si, au moment considéré (désignation ou décès, suivant le cas), il résidait habituellement dans cette unité. S'il n'y avait pas alors sa résidence habituelle, mais était dans le même temps résident de l'Etat, la désignation demeurera valable à condition qu'à un moment quelconque il ait eu sa résidence habituelle dans l'unité en question.

Pour illustrer le paragraphe 5a, on peut supposer qu'un Australien désigne dans son testament la loi de l'Etat de Victoria comme loi applicable régissant son testament. Pour la plus grande partie de sa vie il a vécu en Nouvelle-Galles du Sud et au Queensland, mais dans ses dernières années il a séjourné de plus en plus souvent avec sa famille dans l'Etat de Victoria, et en fait y est mort. Un tribunal australien pourra, si l'Australie est Etat contractant, conclure que le défunt, à son décès, avait des liens étroits avec l'Etat de Victoria, bien que sa résidence habituelle ait été alors en Nouvelle-Galles du Sud.

Un exemple de l'application du paragraphe 5b pourrait être le suivant: le défunt est un ressortissant français qui a passé presque toute sa vie en France mais qui, pendant quelque temps, une fois parvenu à l'âge moyen, a habité l'Etat de New York où il a acquis une résidence habituelle. Par la suite, dans sa vieillesse, il se rend au Connecticut ayant l'intention de retourner en France désireux de mourir dans son pays natal. Il a cependant fait des investissements importants dans l'Etat de New York et pendant son bref séjour au Connecticut il a désigné la loi de cet Etat comme loi applicable devant régir sa succession. Or, plus tard il retourne en France, y acquiert une résidence habituelle et y meurt. Le cas relève du paragraphe 5b parce que le défunt, à un certain moment, a eu sa résidence habituelle dans l'unité qu'il a désignée comme celle de la loi applicable. Si le for devait conclure en revanche que le testateur a résidé dans l'Etat de New York, mais n'y a jamais acquis de résidence habituelle, aucune désignation valable n'aurait été faite et le testament continuerait d'être régi par la loi prévue à l'article 3.

On voit que le paragraphe 5b ne permet pas de retomber pour finir sur les liens les plus étroits avec l'unité. Il se peut que le Français décédé, dans l'exemple qui vient d'être donné, bien que n'ayant jamais eu de résidence habituelle dans l'Etat de New York, puisse être considéré comme ayant eu un lien étroit avec cet Etat. Cela ne suffit cependant pas aux fins du paragraphe 5b. La raison de la distinction entre les paragraphes 5a et 5b est que, dans le cas du paragraphe 5a, le défunt est un ressortissant de l'Etat dont il a désigné l'unité. Il y «appartient». Dans le paragraphe 5b ses liens avec l'Etat en question sont plus lâches, car au moment pertinent il n'était pas ressortissant de l'Etat dont il a désigné une des unités.

En plénière, certaines délégations dont les Etats étaient intéressés à la question se sont inquiétées de la sévérité avec laquelle était traité le testateur ou la partie à un pacte successoral qui désigne la loi d'une unité territoriale d'un Etat. On a souligné que rien dans la Convention n'oblige le ressortissant d'un Etat unitaire où une seule loi successorale existe, à avoir une résidence habituelle ou un lien étroit avec cet Etat à un moment quelconque de sa vie. S'agissant d'une personne qui a désigné l'unité d'un Etat fédéral ou d'un Etat unitaire divisé en plusieurs unités territoriales avec des systèmes successoraux différents, était-il justifié de traiter différemment cette personne pour la simple raison qu'elle peut choisir à l'intérieur de cet Etat une loi qui est plus à sa convenance qu'une autre? La majorité des délégués ont cependant confirmé que, sévère ou non, le paragraphe 5 était nécessaire. Il ne doit pas être possible à une personne qui est ressortissante d'un Etat fédéral ou d'un Etat unitaire comportant deux ou plusieurs unités territoriales aux régimes successoraux différents, ou qui a pu à un certain moment résider habituellement dans un tel Etat, de faire du «lèche-vitrine» pour découvrir la loi qui lui convient le mieux en matière de droits d'héritage de la famille.

La délégation espagnole a également fait valoir que, en cas de désignation d'une unité en vertu du paragraphe 5a, les tribunaux devraient pouvoir rechercher immédiatement s'il y avait ou non un «lien étroit» avec cette unité, plutôt que de s'occuper d'abord et en plus de découvrir l'existence d'une résidence habituelle. La Commission a cependant estimé que l'équilibre délicat entre la nationalité et la résidence habituelle, qui imprègne toute la Convention, doit être maintenu sur ce point aussi et que, puisque l'article 19 ne renferme aucune disposition de fond qui ne figurait pas dans les articles précédents de la Convention, tout bien considéré le changement préconisé ne serait pas ici souhaitable.

Pendant la troisième et dernière lecture du texte à la Commission II, il a été suggéré de remanier le paragraphe 5a pour supprimer la disposition exigeant la résidence habituelle et – uniquement en l'absence de résidence habituelle – l'unité des liens les plus étroits. Elle serait remplacée par une présomption en faveur de la résidence habituelle et, une fois cette présomption écartée, la loi des liens les plus étroits serait adoptée. Cette idée semblait présenter l'avantage de constituer un moyen terme entre la position espagnole en faveur des seuls liens étroits et le texte retenant la résidence habituelle et, uniquement en son absence, la loi des liens les plus étroits. Toutefois, comme le remplacement de la nationalité par les liens les plus étroits représente un grand changement pour les juridictions qui n'appliquent pas le domicile et qui ne sont pas habituées à la notion des liens étroits, et du fait que quatre-vingt-dix pour cent des cas d'application du paragraphe 5a concernent des situations où il y aura de toute manière une résidence habituelle, la conclusion a été qu'il valait mieux conserver la notion de résidence habituelle entre la référence à la loi de la nationalité et celle à la loi des liens les plus étroits, plutôt que d'imposer immédiatement cette dernière à des juridictions qui n'y sont pas accoutumées.

Pour finir, une question se pose au sujet de l'application de la Convention dans les Etats où, comme ce pourrait être le cas au Canada, certaines unités territoriales adoptent la Convention, d'autres pas. Il est tout à fait clair, et la Convention le stipule à l'article 21, que les Etats contractants ne sont pas obligés d'appliquer les dispositions de la Convention à toute autre situation que les conflits internationaux; autrement dit, la Convention ne s'applique pas entre unités d'un même Etat, à moins

desire to avoid or limit as far as possible the inheritance rights of the surviving spouse and children. In a State like the United States with 50 jurisdictions, and many conceptions across such a vast country as to the appropriate provision, if it is to be anything, for surviving spouse and children, the opportunity this offers for evasion of family inheritance laws is evident.

Paragraph 5(a) provides that if the deceased was a national of the State of which he has designated a unit, the designation is valid only if at the relevant time he had his habitual residence in that unit or, absent an habitual residence, he had otherwise a close connection, meaning a close personal connection, with that unit.

Paragraph 5(b) provides that where the deceased was not a national of the State, one of whose units he has designated, the designation is valid only if at the relevant time (designation or death, as the case may be), he was habitually resident in that unit. If he did not then have an habitual residence in that unit, but was at that time resident in the State, the designation will still be valid provided that at some time he had had an habitual residence in that unit.

As an example of paragraph 5(a), one may suppose an Australian who designates in his will the law of the State of Victoria to be the applicable law governing his will. For most of his life he had lived in New South Wales and Queensland, but in his older years he had visited family in Victoria more and more frequently, and in fact he died there. An Australian court will be able to conclude, if Australia is a Contracting State, that the deceased died having a close connection with Victoria, though his habitual residence remained at his death in New South Wales.

An instance of paragraph 5(b) operating might arise in the following circumstances: the deceased was a French national who had lived most of his life in France, but for a period of time in his middle years he lived in New York State where he acquired an habitual residence. Later in older years he moved to Connecticut intending ultimately to return to France in order to die in the land of his birth. He had substantial investments in New York State, however, and during his short time in Connecticut he designated the law of New York State as the applicable law to govern his estate. Yet later he returned to France, acquired an habitual residence there, and died in France. This case falls under paragraph 5(b) because the deceased at one time had an habitual residence in the unit which he has designated as his applicable law. If the forum were to find on the other hand that this particular deceased testator had resided in New York State, but never acquired an habitual residence there, then no valid designation would have been made, and the testator's will would be governed by the Article 3 law.

It will be noticed that paragraph 5(b) does not allow for an ultimate fallback on the closest connection link with the unit. It may well be that the deceased Frenchman in the example just given, while he had never had an habitual residence in New York State, could be said to have had a close connection with New York State. However, this is not sufficient for the purposes of paragraph 5(b). The reason for the distinction between paragraphs 5(a) and 5(b) is that in the case of paragraph 5(a) the deceased was a national of the State, the unit of which he had designated. He had a 'belonging' there. In paragraph 5(b) his association with the State in question is more remote because at the relevant time he was not a national of the State, one of whose units he has designated.

During the Plenary Session concern was expressed by some delegations, whose States were affected, over the severity which was imposed upon the testator or party to a succession agreement who designates the law of a unit of a State. It was pointed out that there is nothing in the Convention which requires the national of a unitary State with but one succession law to have any habitual residence or close connection with that State at any time in his life. In the case of the person who designated the unit of a federal State or of a unitary State with several territorial units with different succession systems, was it justifiable to impose upon that person another approach just because the designator might possibly choose a law within the State which is more to his liking than another? Whether severe or not, however, the majority of the delegates confirmed that paragraph 5 was necessary. It should not be possible for a person being a national or at one time the habitual resident of a federal State, or unitary State with two or more territorial units having distinct succession laws, to 'shop around' for the law most to his taste in terms of family inheritance rights.

The Spanish delegation also argued that it should be possible in the case of a unit designation under paragraph 5(a) for the court to be able to go immediately to the question of whether or not there was a 'close connection' with that unit, rather than have to occupy itself with the preceding and additional question of whether there was an habitual residence. However, it was felt by the Commission that the fine balance between nationality and habitual residence which is maintained throughout the Convention should be maintained at this point also, and that, since Article 19 carries no substantive provision which does not appear in the earlier stages of the Convention, *in toto* a change here of the kind argued for was not desirable.

During the third and final reading of the text in Commission II it was suggested that paragraph 5(a) might be so worded that the provision requiring habitual residence, and only in the absence of habitual residence the unit of close connection, should be deleted. In its place there should be introduced a presumption in favour of the habitual residence, which presumption being rebutted the law of close connection would be adopted. This was an idea which seemed to have the merit of taking a middle position between the Spanish argument in favour of close connection only, and the text which took the position of habitual residence and only in the absence of habitual residence close connection law. However, because the move from nationality to close connection is a significant one from non-domicile jurisdictions unaccustomed to the notion of close connection, and because 90% of the paragraph 5(a) cases will be circumstances where in any event there is an habitual residence, it was concluded that it was better to retain the concept of habitual residence between reference to nationality and close connection law rather than sweep unaccustomed jurisdictions immediately into the less precise sector of close connection.

Finally, the question arises as to how the Convention is to be applied in those States where, as might occur in Canada, some units of the State adopt the Convention, but others do not. It is quite clear, and the Convention so provides in Article 21 that Contracting States are not obliged to apply the provisions of the Convention to any other situation than international conflicts; that is to say, the Convention does not apply as between the units of a State, unless the State or its units, as the case may be,

que l'Etat ou ses unités, selon le cas, ne décident de l'appliquer. Néanmoins si, à défaut d'un tel choix, la Convention ne joue pas lorsque, par exemple, la loi applicable est celle de l'Ontario au Canada et qu'il existe une loi selon l'article 6 pour certains biens se trouvant en Nouvelle-Ecosse – autre province du Canada – elle jouerait au contraire si la loi applicable était, encore une fois la loi de l'Ontario, mais la loi choisie en vertu de l'article 6 celle de l'Illinois, les biens dont il s'agit se trouvant en Nouvelle-Ecosse. Quand la Convention s'applique, l'article 19 doit également s'appliquer.

Paragraphe 6

128 Ainsi qu'on l'a vu, le paragraphe 5 est sous réserve de l'article 6, parce qu'en vertu de cet article une loi autre que la loi applicable peut être introduite dans le testament pour régir certains biens faisant partie du patrimoine. Le paragraphe 5 porte bien entendu sur la désignation de la loi applicable, de sorte que les désignations en vertu de l'article 6 sont à exclure de l'application du paragraphe 5. Le paragraphe 6 traite en conséquence des cas où le défunt a désigné la loi d'un Etat en tant que telle pour régir certains biens de son patrimoine, alors que le reste serait soumis à la loi d'un autre Etat ou d'une autre unité. Si, au moment pertinent (désignation ou décès), le défunt n'était ni ressortissant ni résident habituel de l'Etat dont il a choisi la loi aux fins de l'article 6, et que l'Etat en question soit un Etat fédéral ou un Etat unitaire comportant deux ou plusieurs unités territoriales, l'article 19.3 ne lui serait d'aucun secours. Bien qu'en vertu de l'article 6 le défunt puisse désigner n'importe quelle loi à sa guise, le paragraphe 6 s'efforce de résoudre le problème en introduisant une présomption en faveur de l'unité où les biens dont il est question se trouvent situés. Lorsque la loi applicable est la loi de l'Etat A, et que les biens spécifiés se trouvent dans deux ou plusieurs unités de l'Etat B, cela signifiera que, dans chaque unité de l'Etat B, la loi de l'unité s'appliquera aux biens qui s'y trouvent. La présomption peut cependant être écartée si l'on apporte la preuve que le défunt envisageait une loi autre que celle du *situs*.

Il convient de souligner qu'aucun problème ne se pose lorsque, aux fins de l'article 6, le défunt a désigné la loi d'une unité d'un Etat pour régir certains biens, alors que – et cela peut arriver si la loi désignée est celle d'un Etat n'ayant qu'un seul système ou un seul ensemble de règles de lois successorales – le défunt n'a aucun lien personnel avec cette unité. Une référence à la loi matérielle en vertu de l'article 6 peut viser n'importe quelle loi, comme on l'a vu, et donc le défunt n'a besoin d'avoir aucun lien, quel qu'il soit, avec la juridiction de cette unité. Ainsi, un Danois qui réside habituellement au Danemark et y rédige son testament en désignant la loi du Texas pour régir des immeubles qu'il possède dans cet Etat des Etats-Unis, a parfaitement le droit de choisir la loi du Texas aux fins de l'article 6.

Il convient également de relever que dans ce paragraphe les mots «*to particular assets*» correspondent au français «pour certains de ses biens». Ces mots figurent aussi dans le texte français de l'article 6. Dans les deux cas il s'agit d'un bien ou de biens faisant partie d'un patrimoine et situés dans un Etat particulier ou dans une unité particulière d'un Etat.

Paragraphe 7

129 Ce paragraphe se rapporte au problème résultant de l'article 3.2, en vertu duquel la loi applicable est déterminée, faute de désignation ou de désignation valide, par la juridiction dont le défunt était habituellement ré-

sident lors de son décès, et où il a résidé sans interruption pendant cinq ans avant celui-ci. Le paragraphe 7 prévoit tout d'abord qu'il importe peu que la période des cinq années de résidence se soit déroulée dans deux ou plusieurs unités de l'Etat en question. A condition que le défunt ait résidé cinq ans dans l'Etat, il est sans pertinence qu'il se soit déplacé d'une unité à une autre à l'intérieur de cet Etat au cours de la période de cinq années. Le second problème envisagé dans le paragraphe 7 est le suivant: quelle loi vise l'article 3.2 quand, et bien que le défunt ait eu sa résidence habituelle dans l'Etat à l'expiration des cinq années de résidence, il n'a eu de résidence habituelle à aucun moment dans l'une quelconque des unités de l'Etat dont il s'agit? Le paragraphe 7 dispose que, dans ce cas, la loi applicable est la loi de l'unité où le défunt a résidé en dernier lieu, à moins qu'à la date de sa mort (et cela aux fins de l'article 3) il ait pu être considéré comme ayant un lien plus étroit avec une autre unité de cet Etat.

Article 20

130 Cet article reste tel qu'il était dans l'avant-projet de Convention; c'est une disposition qui est familière dans les conventions modernes. Il peut y avoir dans un Etat des personnes qui sont soumises à un système de droit personnel ou qui reconnaissent un tel système, tel que le droit islamique, et l'Etat reconnaît ce droit en même temps que le fait d'y adhérer. Si l'Etat lui-même n'a aucune règle qui permette de déterminer quel système juridique (général ou personnel) de l'Etat s'applique, l'article 20 spécifie que c'est le système de droit avec lequel le défunt avait «les liens les plus étroits» qui prévaudra.

Une fois encore se pose la question de déterminer quels sont les liens les plus étroits et, à cette fin, on examinera les liens personnels et familiaux comme on le ferait à propos de la même loi en application d'autres articles, notamment l'article 3. Toutefois, dans la plupart des cas, des personnes telles que les hindous, les musulmans, les parsis et les chrétiens, qui relèvent d'un statut personnel, seront probablement considérées comme telles à l'intérieur de l'Etat en question, et la loi personnelle du testateur lui-même sera donc identifiable selon la loi locale.

On trouvera une observation complémentaire sur cet article dans le commentaire de l'article 27 ci-après.

Article 21

131 Cet article vise à distinguer entre les conflits internationaux et les conflits internes. Un conflit de lois entre unités du même Etat contractant, qui n'intéresse la loi d'aucun autre Etat aux termes de la présente Convention, sort du cadre de celle-ci. C'est ce que le présent article déclare expressément. Son texte s'inspire de l'article 18 de la Convention sur les régimes matrimoniaux et de l'article 24 de la Convention sur le trust. Il s'applique non seulement lorsque des systèmes de droit différents coexistent dans un même Etat (systèmes de statut personnel ou systèmes de *common law* et de droit civil), mais aussi quand des ensembles de règles différents s'appliquent en matière successorale (par exemple entre unités de *common law* au sein d'un même Etat, comme au Canada, aux Etats-Unis et en Australie). Pour que la question soit bien claire, les mots «unités territoriales» qui figuraient à l'article 17 de l'avant-projet de Convention, ont été supprimés du texte final.

Le mot «uniquement» a été ajouté à la suggestion de la Commission de la clause fédérale et a pour but de sou-

so choose to apply it. Nevertheless, while without such choice it would not apply where, for example, the applicable law is the law of Ontario in Canada and there is a purported Article 6 law for the purposes of particular assets in Nova Scotia, which is another province of Canada, it would apply where the applicable law is again the law of Ontario, but chosen Article 6 law is the law of Illinois, the particular assets being in Nova Scotia. Where the Convention applies, Article 19 must apply.

Paragraph 6

128 As has been noted paragraph 5 is subject to Article 6 because under Article 6 a law other than the applicable law may be imported into the will to govern particular assets in the estate. Paragraph 5 is of course concerned with the designation of the applicable law, and therefore Article 6 designations must be excluded from the operation of paragraph 5. Paragraph 6 therefore deals with the circumstances where the deceased has designated the law of a State as such to govern particular assets within his estate, while the remainder of his estate is subject to the law of another State or unit. If the deceased at the relevant time (designation or death) was neither a national of nor habitually resident in the State whose law he has chosen for the purposes of Article 6, and the State in question is a federal State or a unitary State with two or more territorial units, Article 19(3) is of no assistance to him. Though the law designated by the deceased under Article 6 may be any law which he chooses to incorporate, paragraph 6 attempts to solve the problem by introducing a presumption in favour of the unit in which the particular assets in question are located. Where the applicable law is the law of State A, and the specified assets are in two or more units of State B, this would mean that in relation to the assets within each unit of State B the law of the particular unit would apply to the assets in that unit. The presumption is rebuttable, however, by evidence that the deceased had a law other than the *situs* law in mind.

It should be underlined that no problem arises where for the purposes of Article 6 the deceased has designated the law of a unit of a State to govern particular assets, when, as could be the case with a designated law of a State with but one system or set of succession law rules, the deceased has no personal association with that unit. A substantive law reference under Article 6 may be to any law, as has been said, and therefore the deceased need have no connection whatsoever with that unit jurisdiction. So a Dane who is an habitual resident in Denmark and makes his will in Denmark, designating the law of Texas to govern immovable assets which he has in that unit of the United States, is perfectly free to select Texas law for his Article 6 purposes.

To be observed also is that in this paragraph the words 'to particular assets' are rendered in French as '*pour certains de ses biens*'. This French text also occurs in Article 6 itself. The reference in both instances is to an estate asset or assets that have their *situs* in a particular State or a particular unit of a State.

Paragraph 7

129 This paragraph deals with the problem arising from Article 3(2), where the applicable law is determined, in the absence of a choice or a valid choice, by the jurisdiction in which the deceased was habitually

resident at his death, having had five years of continual residence in that jurisdiction prior to his death. Paragraph 7 first provides that it is not of importance that the period of five years of residence occurred in two or more units of that State. Provided the deceased had five years of residence in the State, it is irrelevant that he moved from unit to unit within the State during that five-year period of time. The second problem with which paragraph 7 deals is this: to which law is Article 3(2) referring when, though the deceased had an habitual residence in the State at the close of the five years of residence, he had no habitual residence at any time in any of the units of the State in question? Paragraph 7 provides that in those circumstances the applicable law is the law of the unit in which the deceased had last resided unless at the time of his death (this is for Article 3 purposes) he could be said to have had a closer connection with another unit of that State.

Article 20

130 This article remained unchanged from the preliminary draft Convention, and is familiar in modern conventions. A State may include persons who are subject to, or acknowledge, a personal law system, such as Islamic law, and the State recognizes this law, together with its adherence. If a State itself has no rules for determining which legal system within the State (the general legal system or the personal legal system) is to apply, Article 20 lays down that it shall be the law with which the deceased had 'the closest connection'.

Again there arises the issue of determining which is the closest connection, and for this purpose one looks to the personal and family associations as one would do in connection with the same law in other articles, notably Article 3. However, in most instances persons, such as Hindus, Muslims, Parsees, and Christians, who are adherents to a personal law system, will probably be described as such within the State in question, and the personal law of the testator himself will therefore be discoverable under local law.

For a further remark on this article, see the commentary on Article 27, *post*.

Article 21

131 The object of this article is to distinguish between international and internal conflicts. A conflict of laws between jurisdictions within a Contracting State, where the law of no other State is involved under the terms of this Convention, is beyond the reach of the Convention. This article expressly provides to that effect. The source of Article 21 is Article 18 of the Matrimonial Property Convention and Article 24 of the Trusts Convention. It applies not only when there are different systems of law within the State (personal law systems, or common law and civil law systems) but also when there are different sets of rules of succession law (*e.g.*, common law units within the single State as in Canada, the United States, and Australia). In order to make this clear the words 'territorial units' to be found in Article 17 of the preliminary draft Convention were omitted in the final text.

The word 'solely' was introduced at the suggestion of the Federal Clauses Committee, and is intended to un-

ligner que l'article concerne exclusivement les conflits internes. Ce qui soulève un problème. A partir de quel moment une situation de fait cesse-t-elle d'être interne pour revêtir un caractère international, de telle sorte que la Convention s'applique? La question est de savoir si une situation de fait implique deux ou plusieurs Etats. Elle sera régie par les dispositions de la Convention si une question mentionnée à l'article 7.2 comporte des éléments de fait dans deux ou plusieurs Etats. Il est clair que, si les biens constituant la succession se trouvent dans l'Etat P, à l'exception d'un seul qui se trouve dans l'Etat Q, la Convention s'applique – et c'est là l'effet de l'article 7.1. Néanmoins, pour que la question soit internationale, elle doit concerner la «succession». Lorsque tous les biens, le *de cuius* et sa famille proche sont dans l'Etat P, mais un enfant dans l'Etat Q, cet enfant peut avoir une réserve en vertu de la loi de l'Etat Q, mais le fait est sans conséquence parce que la totalité de la succession est dans l'Etat P. La question n'est pas internationale.

La question peut cependant se poser dans un autre contexte, à savoir lorsque les faits intéressent à la fois les unités d'un Etat fédéral et un Etat unitaire. Supposons que le défunt ait eu tous ses biens, à l'exception d'un seul, dans l'Etat de New York, que ses enfants habitent une maison lui appartenant au New Jersey et qu'à sa mort il ait eu sa résidence habituelle aux Pays-Bas. Tout son patrimoine est laissé à une organisation charitable de l'Etat de New York, qui soutient que la question de savoir si les enfants ont des droits est une question purement interne, attendu qu'elle se pose entre la juridiction de leur domicile, le New Jersey, et le *situs* de la quasi-totalité des avoirs, l'Etat de New York. Ni l'une ni l'autre des unités ne reconnaît de droits aux enfants; seul le conjoint survivant est successible. Toutefois, parce que la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle du défunt pourrait être pertinente selon les termes de la Convention (par exemple son article 3), la Convention s'applique. On ne peut pas dire qu'elle s'applique à des problèmes entre les Pays-Bas et l'Etat de New York et entre les Pays-Bas et le New Jersey, mais non à des problèmes entre l'Etat de New York et le New Jersey. Elle s'applique à toutes les questions de «succession» intéressant une ou plusieurs des trois juridictions intéressées. Il paraît artificiel de soutenir que des «conflits de lois concernant uniquement» l'Etat de New York et le New Jersey sont internes aux Etats-Unis, alors que les conflits impliquant l'une ou l'autre de ces unités et les Pays-Bas seraient internationaux. Le mot «uniquement» vise sans aucun doute l'absence d'implication d'une juridiction étrangère quelconque dans toute la situation de fait, sauf peut-être en ce qui concerne un fait ou des faits qui n'ont pas de portée juridique ou qui ne relèvent pas en substance de l'article 7.1 ou 7.2.

Il convient de noter aussi qu'une question n'est pas internationale si le *de cuius*, ressortissant canadien, possède des biens en Ontario et au Québec, a sa résidence habituelle en Ontario, et dans son testament désigne conformément à l'article 6 la loi de l'Etat de New York pour régir certains de ses avoirs au Québec. Il en est ainsi parce que la loi de New York n'est incorporée que par une mention figurant dans un testament régi par la loi de l'Ontario (articles 3.1 et 19.3a). Ce n'est pas une loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1.

Article 22

132 Cet article prévoit des dispositions transitoires. La Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat.

Il s'ensuit du paragraphe 1 que la Convention s'applique dans l'Etat contractant si, le testament ayant été rédigé avant l'entrée en vigueur de la Convention, le décès intervient après celle-ci.

Le paragraphe 2 stipule que si, une loi applicable ayant été désignée dans un testament avant l'entrée en vigueur de la Convention, le décès se produit après celle-ci, la désignation sera considérée comme valide si elle satisfait aux conditions de l'article 5.1 et de l'article 5.2.

Le paragraphe 3 prévoit que la désignation d'une loi applicable faite par les parties à un pacte successoral est valide, même si elle a été faite avant l'entrée en vigueur, lorsque le décès du propriétaire du patrimoine ainsi grevé se produit après celle-ci. Il n'en est cependant ainsi que si la désignation répond aux conditions de l'article 11. Etant donné qu'en vertu de l'article 8 l'accord doit être «fait par écrit» la «désignation expresse» de l'article 11 doit, elle aussi, être par écrit. L'effet du paragraphe 3 est que, si l'accord intéresse les patrimoines de deux ou plusieurs personnes (quel que soit le nombre des parties à l'accord), et si une partie dont le patrimoine est en cause décède avant l'entrée en vigueur de la Convention, celle-ci ne s'appliquera pas; en revanche, si le décès de l'autre partie ou des autres parties dont les patrimoines sont en cause se produit après l'entrée en vigueur, la Convention s'appliquera. De même, aux fins d'une désignation aux termes de l'article 11, si l'auteur d'un testament mutuel meurt avant l'entrée en vigueur de la Convention, celle-ci ne s'applique pas. Si le décès de l'autre testateur (habituellement ils ne sont que deux) se produit après l'entrée en vigueur, la Convention s'applique.

Dans les circonstances qui viennent d'être décrites, par conséquent, et s'agissant du paragraphe 3, dans l'hypothèse où la loi du for tient la désignation comme sans effet pour la succession concernée à la suite du premier décès, ou pour le testament du premier à décéder, des lois différentes pourront s'appliquer à l'accord et aux testaments mutuels avant et après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat contractant.

133 Une fois la Convention en vigueur, par conséquent (c'est-à-dire trois mois après la troisième ratification, acceptation ou approbation en vertu de l'article 28), les notaires et les *solicitors* de tous les Etats membres, en particulier, seraient bien avisés de réexaminer tous les testaments et pactes souscrits par leurs clients et désignant la loi applicable, que ces désignations aient été faites ou non dans l'attente d'une ratification, d'une acceptation ou d'une approbation de l'Etat où ces notaires et ces *solicitors* exercent. Dans le cas de tous les testaments et pactes successoraux rédigés avant l'entrée en vigueur et ne comportant pas de désignation, un réexamen s'imposerait pour déterminer l'effet de l'article 3 si le décès se produisait après l'entrée en vigueur. Tel est évidemment le cas si l'on sait d'ores et déjà que le patrimoine comprend des avoirs dans deux ou plusieurs Etats, que des testaments mutuels aient été ou non rédigés, mais il faudra sans aucun doute avoir tous les testaments pour vérifier si au décès, des avoirs pourraient se trouver dans deux ou plusieurs Etats.

134 Il convient cependant de souligner que, dans l'esprit de la Seizième session, les paragraphes 2 et 3 ne doivent pas rendre invalide une désignation qui serait valide en vertu de la loi du for (si la Convention n'existait pas). L'intention de la Convention est positive; en vertu des paragraphes 2 et 3 «cette désignation... sera considérée comme valide si elle répond aux conditions» de l'article 5 ou de l'article 11, selon le cas. On a donc voulu que ces paragraphes puissent en fait valider des désignations qui eussent été invalides en l'absence de la Convention. Il semblerait qu'en mettant la Convention

derline that the article is exclusively concerned with internal conflicts. This leads to a question. When is a fact situation one which is more than internal and have an international character, so that the Convention applies? It is a question whether a fact situation straddles two or more States. It will be governed by the provisions of the Convention if an Article 7(2) matter has factual elements in two or more States. It is clear that, if the assets of the deceased's estate are in State P, save for one asset which is in State Q, the Convention applies, and this is brought about by Article 7(1). However, for the matter to be international it must concern the 'succession'. Where all the assets and the *de cuius* and his close family are in State P, but one child is in State Q, that child may have forced share rights under the law of State Q, but that is of no consequence because the 'succession' is totally contained in State P. The matter is not international.

The question may arise in another context, however, namely, where the facts straddle the units of a federal State and also a unitary State. Suppose the deceased had all his assets save one in New York State, his children live in a house owned by him in New Jersey, and he died habitually resident in the Netherlands. The entire estate is left to a charitable organization in New York State which argues that the matter of whether the children have claims is an exclusively internal matter, being between their domicile jurisdiction, New Jersey, and the situs of almost all of the deceased's assets, New York State. Neither unit recognizes claims by children; it is the surviving spouse only who has a claim. However, because the law of the deceased's nationality or habitual residence could be relevant under the terms of the Convention (*e.g.*, Article 3), the Convention applies. It cannot be said that it applies to issues between the Netherlands and New York State, and the Netherlands and New Jersey, but not to issues between New York State and New Jersey. It applies to all 'succession' issues involving any one or more of the three jurisdictions involved. It seems unreal to argue that 'conflicts solely between the laws of' New York State and New Jersey are internal to the USA, while conflicts involving either of those units and the Netherlands are international. 'Solely' must surely mean that no foreign jurisdiction is involved at all in the whole fact situation, save perhaps for a fact or facts that have no legal significance or do not fall as to subject-matter within Article 7(1) or 7(2).

It should be noticed also that a matter is not international if the *de cuius*, a Canadian national, had assets both in Ontario and Québec, and under Article 6, having an Ontario habitual residence, in his will had designated the law of New York State to govern certain of his assets in Québec. This is because the New York law is merely incorporated by reference into a will governed by the law of Ontario (Articles 3(1) and 19(3)(a)). It is not an applicable law under Article 3 or Article 5(1).

Article 22

132 This article provides transitional arrangements. The Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after its entry into force for their State.

It follows from paragraph 1 that the Convention will apply in the Contracting State, if a will was executed prior to entry, but death occurred after entry.

Paragraph 2 provides that, if a designation of a governing law is made in a will prior to entry, and death occurs after entry, the designation will be regarded as valid if it complies with the requirements of Article 5(1) and Article 5(2).

Paragraph 3 provides that a designation of a governing law by the parties to an agreement as to succession is valid, even though the designation be at a time prior to entry, but the death of the owner of the burdened estate in question occurs after entry. However, this is only so provided the designation complies with Article 11. Since under Article 8 the agreement must be 'created in writing', the 'express designation' of Article 11 must itself be in writing. The effect of paragraph 3 is that, if the agreement involves the estates of two or more persons (however many parties to the agreement there are), and a death of a party whose estate is involved occurs before the entry into force, the Convention will not apply, but if the death of the other party or parties whose estates are involved occur after entry, the Convention will apply. Similarly, for the purposes of an Article 11 designation, if the maker of a mutual will dies prior to entry, the Convention does not apply. If the death of the other mutual will maker (usually there are two only) occurs after entry, the Convention will apply.

In the circumstances described, therefore, so far as paragraph 3 is concerned, if the forum under its law declares the designation ineffective for the estate involved as a consequence of the first death or for the will of the first to die, different laws may apply to the agreement and the mutual wills before and after entry into force of the Convention in the Contracting State.

133 Once the Convention enters into force, therefore (*i.e.*, three months after the third ratification, acceptance or approval under Article 28), notaries and solicitors of all Member States in particular would be well advised to review all wills and agreements of their clients where designations of governing law are made, whether or not those designations were made in expectation of ratification, acceptance or approval by the State in which the legal practice is conducted. For all wills and succession agreements executed prior to entry where no designation is made, professional review ought to be made for the purposes of determining what effect Article 3 will have, should the death occur after entry. Clearly this ought to be done where the estate is known to include assets in two or more States, whether or not multiple wills are in place, but it surely should be undertaken for all wills against the possibility that at death assets will then be located in two or more States.

134 It should be underlined, however, that paragraphs 2 and 3 were not intended by the Sixteenth Session to render invalid a designation which under the law of the forum (assuming the Convention did not exist) is valid. The Convention is intended to be enabling; paragraphs 2 and 3 state, 'that designation is to be considered valid if it complies with' Article 5 or Article 11, as the case may be. The intent is that these paragraphs may actually validate designations which in the absence of the Convention would have been invalid. It would appear that in bringing the Convention into force a Contracting

en vigueur, un Etat contractant puisse stipuler que les désignations faites dans des testaments ou pactes rédigés ou conclus avant l'entrée en vigueur, lorsque l'Etat est le for, demeureront valides, si elles l'étaient avant l'entrée en vigueur, bien que les conditions de l'article 5 ou de l'article 11 respectivement ne soient pas remplies.

Article 23

135 Le conflit entre des traités conclus par les Etats n'est pas un problème nouveau; la Conférence de La Haye a elle-même inscrit des dispositions dans les Conventions passées pour essayer de fournir la base d'une solution de ces conflits. Les traités aujourd'hui en vigueur ont été conclus parfois il y a plus de cent ans et leur ancienneté même leur a conféré une permanence et assuré un respect qu'ils ne méritent peut-être plus sur le fond. Bien des traités sont aujourd'hui périmés dans certaines au moins de leurs dispositions; ils répondent aux problèmes d'autrefois d'une manière qui était familière et acceptée à l'époque. Mais les Etats concluent des traités non seulement pour de longues périodes, durant lesquelles les valeurs et les conceptions du droit international changent, ils les concluent pour tout un ensemble de raisons.

Les traités sont multilatéraux ou bilatéraux. Les traités multilatéraux peuvent être universels, comme les Conventions de La Haye qui, une fois en vigueur, sont ouvertes à tout Etat, ou ils peuvent n'intéresser qu'un groupe d'Etats constitués en association. Ou encore il est des Etats dont les conventions procèdent d'un intérêt commun, vraisemblablement l'appartenance à une région géographique ou l'affinité culturelle ou religieuse. Les traités bilatéraux reposent sur la réciprocité et expriment le désir des deux Etats contractants de résoudre un problème ou de satisfaire un intérêt commun de manière consensuelle, quel que puisse être le comportement des autres Etats du monde en ce domaine ou dans des domaines connexes.

136 Plusieurs organisations internationales s'attachent à promouvoir des traités universels, adoptés initialement par les Etats membres de l'organisation dont il s'agit, mais ouverts à la ratification de tout Etat disposé à s'engager selon les termes du traité. Certes tout groupe d'Etats contractants ou toute institution souhaite que chaque Etat contractant reconnaisse la primauté du traité de l'association ou de l'organisation que ces Etats ont adopté en dernier lieu sur tel ou tel sujet, en particulier lorsque des contradictions entre instruments portant sur ce sujet existent. Mais les motifs qui amènent à conclure un traité sont nombreux, et ceux qui induisent à rester parties à des traités contradictoires, peuvent être sans rapport avec la substance des instruments dont les dispositions se contredisent. La ratification, l'acceptation ou l'approbation d'un traité universel, lorsque l'Etat contractant est déjà partie à un traité existant qui contredit ou contrarie de toute autre manière le nouveau traité, n'a aucun sens à première vue, et le fait de devenir partie à un traité universel incompatible avec un traité autrefois novateur n'apparaît pas moins illogique. De plus, si les Etats contractants se résignent à ce que d'autres Etats ratifient, acceptent ou approuvent un instrument en assumant ainsi des obligations contradictoires, ou si ces autres Etats se considèrent comme libres, pour des raisons qui leur sont propres, d'assumer par la suite d'autres obligations conventionnelles incompatibles avec cet instrument, quelle est la valeur du traité pour ces Etats contractants? Si tous les Etats contractants jouissent de cette latitude et que, ne serait-ce qu'une minorité d'entre eux, pour une raison politique quelcon-

que, en font usage, le traité verra sa valeur réduite d'autant pour les Etats qui n'ont pas voulu se placer dans une situation contradictoire. A moins qu'un problème ne se pose entre des Etats qui se trouvent chacun dans cette dernière situation, il n'est pas possible de tabler sur le traité.

Il reste qu'un Etat peut souhaiter faire prévaloir universellement une politique ou une situation juridique mais appliquer une autre politique ou situation juridique assez différente à l'égard d'un autre Etat ou d'un petit groupe d'Etats auquel il appartient, qui, pour des raisons régionales ou d'intérêt commun, souhaitent s'écarter de la politique concrétisée par l'instrument universel. Ils agiront normalement ainsi pour obtenir la réciprocité ou pour exprimer des valeurs communes sous la forme de lois communes entre Etats appartenant à la même région ou partageant les mêmes intérêts. Bien qu'ils entraînent les mêmes difficultés pour les Etats contractants qui n'y sont pas parties, ces arrangements locaux ou bilatéraux sont peut-être plus facilement acceptables dans le milieu international, du fait que tous les Etats peuvent au moins apprécier les raisons qui peuvent conduire à des aménagements différents à l'échelon local ou entre deux Etats animés de préoccupations communes.

Dans l'ensemble, cependant, du fait que ses effets sont tellement profonds et son existence si intimement mêlée aux politiques, pratiquées ouvertement ou non, des Etats, le conflit de traités (ou de conventions) pose un problème difficile et délicat. Des principes de droit international public entrent en jeu et les possibilités de divergences d'opinions importantes sur la manière de traiter le problème sont très vastes.

137 L'attitude traditionnelle, à La Haye, a été d'accepter que les Etats contractants soient parties à d'autres traités portant sur le même sujet, même s'il y a conflit entre la Convention de La Haye en cause et les autres instruments. L'article 19 de la Convention de 1973 sur les obligations alimentaires et l'article 20 de la Convention sur les régimes matrimoniaux, l'article 21 de la Convention sur la validité des mariages et l'article 22 de la Convention sur les contrats d'intermédiaires et la représentation - datant toutes de 1978 - illustrent cette attitude. La Conférence de La Haye attend seulement des Etats contractants qu'ils fassent de leur mieux pour réduire et, si possible, éliminer les conflits. La dénonciation de la Convention de La Haye, mesure extrême, reste une issue possible si, malgré les efforts, les conflits ne peuvent être évités.

Bien qu'il soit dans la ligne de la politique traditionnelle de La Haye et des Conventions, l'article 23 n'a été adopté qu'après de longs débats, marqués par la présentation de nombreux documents de travail et de propositions différentes sur l'approche à retenir dans la présente Convention. De fait, ce n'est qu'à la Séance plénière de clôture de la Seizième session que la disposition principale, à savoir le paragraphe 1 de l'article, a été proposée et adoptée. Le Bureau Permanent avait suggéré à la Commission spéciale en 1987 que lui-même présente à la Seizième session de 1988 diverses propositions s'écarter de la ligne traditionnelle; c'est ce qu'il a fait pendant la première lecture de l'avant-projet de Convention. La proposition du Bureau Permanent (Doc. trav. No 72) prévoyait qu'entre les Etats contractants les dispositions de la Convention remplaceraient les conventions existantes en matière de disposition à cause de mort, mais lesdits Etats pourraient continuer à honorer les conventions réciproques existantes et aussi en conclure de nouvelles. La délégation finlandaise a proposé pour sa part (Doc. trav. No 84) que les Etats contractants parties à des conventions internationales liant un

State may provide that designations in wills or agreements executed or made prior to entry, when that State is the forum, will continue to be valid, if valid prior to entry, though Article 5 or Article 11 respectively is not satisfied.

Article 23

135 Conflict between the treaties into which States enter is not a new problem; the Hague Conference has itself included provisions in past Conventions attempting to provide the basis for the reconciliation of such conflicts. Treaties now in force were entered into in some cases well over 100 years ago and their very antiquity has lent them an endurance and respect which in substance they perhaps no longer deserve. Many treaties are now outdated as to some at least of their provisions; they respond to the issues of yesteryear in a manner which in their day was familiar and accepted. However, States enter into treaties not only for the duration of many years, years during which values and conceptual thinking in international law change, but they enter them for a variety of reasons.

Treaties are both multilateral and bilateral. Multilateral treaties may be universal, like the Hague Conventions which once in force are open to any State to adopt, or involve only the group of States who are party to an association. Yet again there are States whose conventions spring from a common interest which is likely to be location in a geographical region, or cultural or religious affinity. Bilateral treaties are based on reciprocity, and express the desire of the two States in question to deal with a shared problem or interest in a manner agreed between them, whatever the rest of the world's States may be doing in the same or related areas.

136 Several international agencies are engaged in promoting universal treaties, adopted initially by the Member States of the agency in question but open to ratification by any State prepared to contract on the terms of the already existing treaty in question. Clearly any group of Contracting States or such an agency would like to see primacy given by each Contracting State to the association or agency treaty which those States most recently adopted on a given subject-matter, especially when treaties on that subject-matter are contradictory. But the motivations for contracting are many, and the reasons for remaining party to contradictory treaties may be unrelated to the substance of the treaties which contradict each other. Ratification, acceptance or approval of a universal treaty, when the Contracting State is already party to an existing treaty which contradicts or is otherwise at odds with the new treaty, *prima facie* makes no sense, and later contracting to become party to a universal treaty, which is incompatible with the one-time new, but now earlier treaty, appears equally illogical. Moreover, if Contracting States condone other States entering into ratification, acceptance or approval when the entering State is thus assuming contradictory obligations, or the entering State regards itself as free for its own reasons to assume another but inconsistent treaty obligation at a later time, what is the value of the treaty to the other Contracting States? If all Contracting States have this licence, and even a minority for whatever State reason exploit the opportunity, the treaty is proportionately of less value to the States whose situation is deliberately not contradictory. Unless an issue

arises between States each of whose situations is not contradictory, the treaty cannot be relied upon.

At the same time a State may well wish to pursue universally one policy or legal position but entertain another somewhat different policy or legal position towards one other State or a small group of States, of which it is a member, who on a regional or common interest basis wish to depart from the universal policy. This will normally be in order to secure reciprocity or to express shared values in the form of common laws between the regional or common interest States. Though they produce the same difficulties for Contracting States not party to such arrangements, these localized or bilateral arrangements in the international milieu are perhaps more readily acceptable, and that is because all States can at least appreciate the reasons for differing accommodations at the local level or as between two States with a common concern.

All in all, however, because its effects can be so profound and the reasons for its existence are so involved with State policy, overt or otherwise, the conflict of treaties (or conventions) poses a difficult and delicate problem. Public international law principles are involved, and the room for significant difference of opinion in how to respond to the problem is considerable.

137 Traditional Hague policy has been to condone Contracting States being parties to other conventions on the same subject, even if there is conflict between the Hague Convention in question and other conventions. Article 19 of the Matrimonial Obligations Convention, 1973, and Article 20 of the Matrimonial Regimes Convention, Article 21 of the Validity of Marriages Convention, and Article 22 of the Agency Convention, all of 1978, are cases in point. The Hague Conference has expected only that Contracting States will make every endeavour to reduce and, if possible, eliminate the conflict. Denunciation of the Hague Convention in question, if an extreme measure, is one alternative offered if, despite efforts, conflicts cannot be avoided.

Article 23, though it is in line with previous Hague policy and Conventions, was only reached after considerable debate involving a number of working documents and different proposals as to what should be the approach of the present Convention. Indeed, it was only at the final meeting of the closing Plenary Session of the Sixteenth Session, that the principal provision, paragraph 1 of this article, was proposed and adopted. The Permanent Bureau had suggested to the Special Commission in 1987 that it would make alternative proposals to the Sixteenth Session of 1988, proposals that differed from traditional Convention provisions, and during the first reading of the preliminary draft Convention it did so. The Bureau proposed (Work. Doc. No 72) that as between Contracting States to this Convention the provisions of the present Convention should replace existing conventions on the subject of succession on death, but that such States might continue to honour existing reciprocal conventions and also enter into new ones. The Finnish delegation proposed (Work. Doc. No 84) that Contracting States which are parties to international conventions between a closed number of States might

nombre restreint d'Etats puissent aussi, en faisant une déclaration, être autorisés à maintenir en vigueur lesdites conventions. La délégation finlandaise souhaitait d'autre part que les conventions d'intérêt local ou particulier soient totalement exceptées du projet d'article. Ces deux propositions adoptaient manifestement des positions différentes sur le type et le degré d'une exemption éventuelle par rapport à une politique générale des Etats contractants non parties à d'autres instruments sur le même sujet; la question a été déferée à un Comité *ad hoc* du Bureau siégeant avec les délégations finlandaise et italienne. Il était évident qu'en fait la différence pouvait être faible entre la politique traditionnelle de La Haye, consistant à autoriser les Etats contractants à être parties à d'autres conventions sur le même sujet, et l'interdiction d'un tel comportement sous réserve d'exceptions larges en faveur des conventions réciproques, régionales et même de certaines conventions internationales.

Au cours de la deuxième lecture de l'avant-projet de Convention révisé, le Comité a fait rapport et a soumis (Doc. trav. No 89) diverses propositions au sujet des principes essentiels dont devrait s'inspirer le paragraphe 1 de l'article. Ou bien la Convention l'emporterait pour les Etats contractants sur toute autre convention traitant de la loi successorale, ou bien l'approche traditionnelle de La Haye serait suivie. L'article 39 de la *Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions* constituait une sorte de précédent pour la première solution, que le Bureau persistait à préférer. Elle imposait au moins à l'Etat contractant de prendre la décision ferme d'abandonner les autres conventions sur le même sujet. Sinon, il était envisagé d'autoriser les conventions réciproques et les conventions régionales ou présentant à d'autres titres un caractère local et les accords recherchant l'uniformité à l'échelon régional ou local. La Commission II semblait désormais se trouver dans un *no man's land* entre deux attitudes opposées sur le problème du conflit de traités; en fait, un vote à main levée a montré pour finir qu'une majorité préférerait l'approche traditionnelle de La Haye. Celle-ci s'est cependant heurtée à une vive résistance de la part de certaines délégations minoritaires. Au cours de la discussion sur les conventions réciproques et régionales des préoccupations ont été exprimées quant à leur effet éventuellement nuisible pour l'application de la Convention, et à l'opposé leur intérêt pour les Etats qu'elles concernent a été souligné, mais en définitive l'exception a paru généralement acceptable.

Lors de la troisième lecture de l'avant-projet de Convention révisé (deuxième lecture de l'article qui portait alors le numéro 19), le Comité de rédaction a proposé (Doc. trav. No 105) une option entre deux catégories de conventions permises plutôt que l'article figurant traditionnellement dans les Conventions de La Haye. C'est-à-dire que chaque branche de l'alternative limitait l'adhésion d'un Etat contractant à d'autres instruments internationaux en matière successorale; seule une catégorie étroite de conventions semblables était autorisée. La première restriction visait les autres conventions applicables aux ressortissants ou résidents habituels de l'Etat contractant partie à une telle convention. La seconde, qui était à l'origine une proposition finlandaise, concernait les autres conventions existant en la matière et qui lient exclusivement les Etats qui y sont parties. Le Comité de rédaction essayait en l'occurrence de regagner du terrain sur les délégués en proposant une description étroite et précise des autres conventions admises. La Commission II a manifesté sa préférence pour la première variante à l'issue d'un vote à main levée, mais une proposition française (Doc. trav. No 106) tendant à ce que cette catégorie d'autres conventions ne puisse co-

exister avec la Convention de La Haye en matière successorale que s'il n'y avait pas de déclaration contraire de l'Etat contractant, a soulevé des difficultés. Fallait-il comprendre qu'une partie à une convention (ou à un accord) pouvait, par simple déclaration unilatérale, écarter celle-ci, ou l'agrément de tous les autres Etats parties était-il présumé? La proposition française demandait à être éclaircie.

C'est à la Session plénière finale que la rédaction proposée pour l'article 19 dans le Document de travail No 105 a été abandonnée et que l'on en est revenu à la politique traditionnelle de La Haye exprimée dans les conventions antérieures. On a pensé que c'était là un énoncé simple et familier de ce que le Document de travail No 105 cherchait à exprimer de façon difficile et ambiguë par son article 19. La Commission en est donc revenue au point dont elle était partie par rapport aux conventions antérieures.

Le problème, ainsi que l'a précisé la délégation italienne, est celui de la primauté que les Etats contractants doivent accorder aux Conventions de La Haye par rapport à d'autres conventions d'application universelle. La question aurait pu être posée dans les termes suivants: quelle est l'importance de cette primauté pour les Etats membres de la Conférence, que les conventions en cause soient des conventions universelles susceptibles d'être adoptées par tous les Etats ou uniquement par les Etats membres d'une association, ou qu'il s'agisse de conventions de caractère régional ou bilatéral?

138 Ainsi que la délégation de la République fédérale d'Allemagne l'a expliqué en présentant le Document de travail No 12 en plénière, le paragraphe 1 de l'article 23 n'a pas pour objet de permettre que n'importe quelle convention déroge à la présente Convention sur la loi successorale, mais essentiellement d'autoriser les conventions bilatérales à coexister avec ladite Convention. Cependant, aux termes du paragraphe 1, un Etat contractant peut être partie à tout autre traité existant ou futur portant sur la loi successorale, à la seule condition que les Etats parties à un tel traité soient convenus que l'Etat contractant n'est pas lié par celui-ci. Si cela n'est pas possible et si l'on craint des incompatibilités, il est probable que la dénonciation de l'autre traité selon ses propres modalités (si elles existent) constituera la seule issue pour un Etat contractant désireux d'honorer la présente Convention.

Auparavant la Commission II avait décidé que le paragraphe 2 de l'article 23 constituait une exception acceptable à la solution alors envisagée, prévoyant la primauté de la présente Convention. Ce paragraphe s'applique, par exemple, aux pays scandinaves parties à l'accord de coopération nordique d'Helsinki de 1962. Ces pays s'efforcent actuellement, par une coopération informelle, d'harmoniser leur législation, y compris en matière successorale.

Malgré les termes du paragraphe 1 et la tolérance résultant de l'article dans sa totalité, il n'est pas douteux que c'est l'intention de la Seizième session qui doit prévaloir – comme l'a montré le débat long et animé qui s'y est déroulé – et cette intention est que les Etats contractants y regardent à deux fois avant de se placer aujourd'hui ou dans l'avenir dans une situation telle que leur loyalisme à l'égard de la présente Convention se trouve menacé ou réduit à néant.

Article 24

139 Cet article énumère les réserves autorisées à la Convention. Dans son article 20, l'avant-projet de Convention n'envisageait qu'une réserve, à savoir qu'un Etat, à l'un quelconque des cinq moments spécifiés,

also by declaration be permitted to continue with such existing conventions. The Finnish delegation also wanted complete exemption from the proposed article for localized or special interest conventions.

These two proposals clearly took different positions on what type and degree of exemption there might be from a general policy of Contracting States not being party to other conventions on the same subject, and the matter was sent to an *ad hoc* Committee of the Bureau sitting with the Finnish and Italian delegations. It was evident that there might in fact be little difference between the traditional Hague policy of permitting Contracting States to be party to other conventions on the same subject, and a prohibition on such conduct subject to extensive exceptions for reciprocal, regional and even some international conventions.

During the second reading of the new revised preliminary draft Convention the Committee reported and proposed (Work. Doc. No 89) alternative propositions for the main policy to be contained in paragraph 1 of the article. Either the Convention would prevail for Contracting States over all other conventions on succession law, or the traditional Hague position would be followed. Some precedent for the first alternative existed in the *Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons*, Article 39, and the Bureau continued to prefer this policy. It at least required the Contracting State to make a firm decision to abandon other conventions on the subject. Otherwise it was proposed to permit reciprocal conventions, and regional or otherwise localized conventions, agreements that seek uniformity at the regional or local level. Commission II now seemed poised in a no man's land between two opposed attitudes to the problem of a conflict of treaties, and indeed ultimately a show of hands revealed a majority preference for the traditional Hague position. This position, however, was keenly resisted by some delegations in the minority. Debate on the reciprocal and regional conventions was marked by concern over their potential deleterious effect on the application of the Convention, and on the other hand their value to the States concerned, but this exception seemed generally acceptable.

At the third reading of the revised preliminary draft Convention (the second reading of Article 19, as it then was numbered), the Drafting Committee (Work. Doc. No 105) proposed two alternative classes of qualifying conventions rather than the article which is traditional to Hague Conventions. Each alternative, that is to say, restricted adherence by a Contracting State to other international conventions on the subject of succession; only a narrow class of such conventions was allowed. The first restriction was to those other conventions that are directed at those persons who are nationals or habitual residents of the Contracting State which is party to such another convention. The second, originally a Finnish proposal, was to those other conventions on the subject which are exclusive to and binding only upon States parties to the particular convention. The Drafting Committee was here attempting to recover for the delegates the middle ground through a narrow and precise description of the qualifying other conventions. By a show of hands the first alternative was preferred by Commission II, but a French proposal (Work. Doc. No 106), to have this class of other conventions qualify as co-existing conventions with the Hague Succession Convention only if

there is no declaration by the Contracting State to the contrary, ran into difficulties. Was it suggested that one party to a convention (an agreement) by mere unilateral declaration could avoid the Convention, or was approval by all the States Parties assumed? The French proposal needed further consideration.

It was at the final Plenary Session that the language of Working Document No 105, Article 19, was abandoned, and the traditional Hague policy as expressed in earlier Conventions turned to once again. This was felt to be a simply expressed and familiar statement of what Working Document No 105, Article 19, said in a difficult and confusing way. And so the Commission returned to the point from which, previous Conventions would suggest, it had begun.

The issue, as the Italian delegation made clear, is the primacy which is to be given to Hague Conventions by Contracting States over other conventions of universal application. How important is primacy to Member States of the Conference, might have been the question, whether those conventions be universal conventions, capable of adoption by all States or only by Member States of an association, or they be conventions that are regional or bilateral.

138 The object of paragraph 1 of Article 23, as the delegation of the Federal Republic of Germany put it, in introducing Working Document No 12 at the Plenary Session, is not to permit every convention there is to derogate from this Succession Law Convention, but essentially to allow bilateral conventions to co-exist with this Convention. The language used in paragraph 1, however, is that a Contracting State may be a party to any other existing or future treaty on the subject of succession law, provided only that the States that are parties to such another treaty have agreed that the Contracting State is not bound by that other treaty. If such agreement is not obtainable, and incompatibility is the concern, it is likely that denunciation of the other treaty under its terms for denunciation (if available) is the only course open to a Contracting State that wishes to honour the present Convention.

Paragraph 2 of Article 23 earlier during Commission II was decided to be an acceptable exception to the then proposed policy of primacy for this Convention. It applies, for example, to the Scandinavian countries which are parties to the Helsinki Agreement on Nordic Co-operation of 1962. These countries by way of informal co-operation are currently engaged in harmonizing their legislation, including their succession laws.

Despite the language of paragraph 1, and the tolerance of the entire article, it is surely the intention of the Sixteenth Session that should be honoured – as this long and keenly argued debate shows – and that intention is that Contracting States should give earnest consideration before they place themselves initially or in the future in circumstances where their loyalty to this Convention is imperilled or foregone.

Article 24

139 The permitted reservations to the Convention are set out in this article. The preliminary draft Convention in Article 20 contained one reservation, namely, that a State might exclude the operation of Chapter III, which

puisse exclure l'application du Chapitre III relatif aux pactes successoraux. Un Etat membre de la Conférence peut faire une réserve à deux occasions: soit à la signature, soit lors de la ratification, de l'adhésion ou de l'approbation. Un Etat non membre, inévitablement, ne peut le faire que lors de l'adhésion. Durant les travaux de la Commission II, à la Seizième session, la réserve a été amplifiée comme il est expliqué ci-après, et trois autres réserves ont été ajoutées. Toutes les réserves sont visées dans le paragraphe 1 de l'article 24; le paragraphe 2 stipule qu'aucune autre réserve n'est admise et le paragraphe 3 porte sur la façon dont un Etat contractant peut retirer une réserve et sur le moment auquel le retrait prend effet.

Paragraphe 1

140 Il était dit dans l'introduction de ce paragraphe qu'un Etat pouvait se «réserver le droit» de formuler une réserve. On a souligné au cours de la discussion en Commission II que cette formule pouvait laisser supposer qu'un Etat avait ainsi le droit de ne pas faire de réserve à l'une des cinq occasions mentionnées, mais de se réserver le droit de le faire à quelque moment futur. Bien entendu, ce n'était nullement l'intention. Une réserve doit être faite à l'une des cinq occasions spécifiées – signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion – ou pas du tout. En conséquence, il a été décidé d'adopter les termes de l'article 21 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* qui constituent une formulation préférable. L'introduction devient donc: «Tout Etat ... pourra faire la réserve».

Alinéa a

141 Cet alinéa concerne la première des réserves possibles. Il prévoit deux choses: premièrement, qu'un Etat contractant peut indiquer qu'il n'appliquera pas la Convention au pacte successoral tel que défini à l'article 8 et, deuxièmement, qu'en conséquence de ce refus d'appliquer la Convention au pacte successoral, l'Etat en question ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5.1 si elle n'est pas dans la forme qu'il prescrit pour les dispositions testamentaires. Le premier aspect de la réserve a été examiné par la Commission spéciale et faisait l'objet de l'article 20.1 de l'avant-projet de Convention. Les mots «tel que défini à l'article 8» ont été délibérément employés pour que la réserve ne soit pas plus large que l'application du Chapitre III lui-même. Les pactes successoraux verbaux sont valides dans certains systèmes juridiques mais, comme on l'a déjà dit, ils restent en dehors de la Convention. Un Etat contractant qui formule cette réserve à l'égard des pactes successoraux de l'article 8 ne reconnaîtra pas, bien entendu, les pactes verbaux comme des dispositions à cause de mort, puisque d'une manière générale il ne reconnaît que les dispositions à cause de mort revêtant la forme de dispositions testamentaires. Aussi éprouvera-t-il probablement la nécessité de se protéger contre l'obligation qui lui serait faite de reconnaître des désignations en vertu de l'article 5.1. Ce qui amène au deuxième aspect de l'article 24.1a. En vertu de l'article 5.1, les désignations sont des désignations effectives de la loi choisie, mais elles sont exprimées dans une forme autre que testamentaire en raison de l'existence dans la Convention du Chapitre III. Les termes du paragraphe 1a n'obligent pas l'Etat formulant une réserve à refuser de reconnaître les désignations selon l'article 5.1, mais il le laisse libre de spécifier dans sa réserve qu'il ne reconnaîtra pas non plus la désignation d'une loi devant régir la totalité de la succession quand cette dési-

gnation revêt la forme d'un pacte successoral. Ce pacte peut avoir ou ne pas avoir la forme d'une disposition testamentaire, et l'Etat auteur de la réserve n'entend reconnaître que de telles dispositions.

La nécessité de ce second aspect de la réserve ressort du fait que si, pour le premier aspect, référence est faite aux pactes successoraux («tel que défini à l'article 8»), l'article 8 lui-même commence par les mots «Aux fins du présent chapitre». L'article 5.2, en revanche, dispose qu'une désignation de loi en vertu de l'article 5 doit observer les exigences de forme des «dispositions à cause de mort». Si un Etat reconnaît la validité de pactes successoraux conclus verbalement, il s'ensuit que dans cet Etat une «déclaration» désignant la loi choisie peut être verbale, ce qui, en vertu de la Convention, constitue une disposition à cause de mort valide dans ledit Etat. Par suite, et pour faire face à la difficulté qui se produirait, dans le cas d'un Etat contractant qui aurait fait une réserve à l'égard du Chapitre III et qui se trouverait en présence d'une désignation écrite ou verbale en forme de pacte successoral mais non en forme testamentaire, le second aspect de l'article 24.1a permet à cet Etat de spécifier qu'il ne reconnaîtra pas les formes non testamentaires des désignations faites selon l'article 5.

Il peut être utile de souligner que, si un Etat contractant décide de faire, en vertu de l'article 24.1a, une réserve refusant de reconnaître les pactes successoraux du Chapitre III, il n'a aucune obligation internationale d'ajouter à cela qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite en vertu de l'article 5 si elle ne se présente pas sous la forme d'une disposition testamentaire. En d'autres termes, il peut faire une réserve pour les pactes successoraux du Chapitre III, mais continuer d'accepter toute désignation conforme à l'article 5, même sous une forme qui ne serait pas acceptable pour une disposition testamentaire.

La délégation mexicaine a tenu à ce qu'il soit noté qu'elle aurait préféré que les deux aspects de l'article 24.1a demeurent distincts, au lieu d'être rassemblés en une seule phrase. Le Rapporteur s'est engagé à expliquer clairement la nature et les effets de chaque aspect de cette réserve.

Etant donné que la Convention fera mieux connaître les pactes successoraux sur le plan international et en accroîtra probablement l'usage, et que le Chapitre III représente un mode ordonné de reconnaissance internationale de ces systèmes de planification successorale connus surtout dans les pays de droit civil, les juridictions de *common law* seraient sans doute bien inspirées de ne pas formuler cette réserve. Il est probablement préférable de s'accommoder ainsi du pacte successoral, de même que les pays de droit civil acceptent, dans la Convention sur le trust, de s'accommoder de celui-ci. Et, pour les Etats qui voudraient ultérieurement revenir sur leur décision, l'article 30.1 (voir le commentaire ci-après) offre une voie de sortie.

Alinéa b

142 Un Etat peut faire une réserve spécifiant qu'il n'appliquera pas l'article 4 de la Convention. On se rappellera qu'en vertu de cet article, si la loi applicable selon l'article 3 est celle d'un Etat non contractant, et que cet Etat renvoie à un autre Etat contractant, lequel accepte, un Etat contractant aura l'obligation d'appliquer la loi de ce deuxième Etat non contractant. C'est là un renvoi au second degré et, lorsqu'elle a suggéré cette réserve, la délégation danoise a souligné qu'elle était particulièrement hostile aux possibilités de renvoi partiel que permettait l'article 4. Elle a précisé que le Danemark était opposé à la notion même de renvoi qui, à son avis, entraîne dans l'application des lois une com-

concerns agreements as to succession. A Member State of the Conference may enter a reservation on two occasions, either on signature or on ratification, accession or approval. A non-Member State may reserve inevitably on the occasion only of accession. During Commission II of the Sixteenth Session this reservation was expanded, in a manner to be explained here, and three other reservations were added. All the reservations are contained in paragraph 1 of Article 24; paragraph 2 provides that no other reservation is permitted, and paragraph 3 provides for the manner in which a Contracting State may withdraw a reservation and the time at which that withdrawal takes effect.

Paragraph 1

140 The opening flush of this paragraph was worded to the effect that a State might 'reserve the right' to make a reservation. It was pointed out during the discussion in Commission II that these words might suggest that a State is enabled by this language not to make a reservation on one of these five occasions, but to reserve the right to make it at some future time. That of course is not the intention. A reservation must be made at one of these five times – signature, ratification, acceptance, approval or accession – or not made at all. Consequently it was decided that the words of Article 21 of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods* should be adopted as preferable language. The opening flush would then read 'Any State may ... make any of the following reservations'.

Sub-paragraph a

141 This sub-paragraph contains the first of the reserves. It provides two things: first, that a Contracting State may state that it will not apply the Convention to succession agreements as defined in Article 8, and, secondly, that as a consequence of not applying the Convention to succession agreements, it will not recognize a designation under Article 5(1) which is in a form other than that required by the reserving State for testamentary dispositions.

The first aspect of the reserve was discussed in the Special Commission, and is contained in Article 20(1) of the preliminary draft Convention. The language 'as defined in Article 8' is deliberately employed in order that the reservation shall not be purportedly broader than the application of Chapter III itself. Oral succession agreements are valid in some jurisdictions, but, as previously mentioned, are not included in the Convention. A Contracting State which makes this reserve as to Article 8 succession agreements will not, of course, recognize oral agreements as dispositions of property upon death, because its overall policy is to recognize only those dispositions on death which take the form of testamentary dispositions. It is for the reason of this policy that such a Contracting State will probably feel the need to protect itself against having to recognize designations under Article 5(1). This leads to the second aspect of Article 24(1)(a). By authority of Article 5(1) these designations are effective designations of the chosen law, but are contained in a form other than that which is testamentary because of the existence in the Convention of Chapter III. The language of paragraph 1(a) does not obligate the reserving State to refuse to recognize Article 5(1) designations, but the State is free to make clear in its reserve that neither will it recognize a designation of a chosen law to govern the whole of the estate when that designation is in the form of a succes-

sion agreement. Such agreement may or may not be in the form of a testamentary disposition, and it is testamentary dispositions alone which the reserving State intends to recognize.

That this second aspect of the reserve is necessary can be seen from the fact that, while the wording of the first aspect refers to succession agreements 'as defined in Article 8', Article 8 commences with the words 'For the purposes of this Chapter'. Article 5(2), however, provides that a designation of an Article 5 law is to be made in accordance with the formal requirements for 'dispositions of property upon death'. If a State recognizes the validity of oral succession pacts, it follows that in that State a 'statement' designating the chosen law may be in oral form, which under the Convention is a valid disposition of property upon death in that State. Therefore, to prevent the difficulty arising of a Contracting State which has reserved as to Chapter III from being faced with either a written or oral designation in succession agreement form but not in testamentary form, the second aspect of Article 24(1)(a) permits the reserving State to make it clear that it will not recognize these non-testamentary forms of Article 5 designation.

It might usefully be underlined that, though a Contracting State decides to make a reservation under Article 24(1)(a) declining recognition of Chapter III succession agreements, it is not internationally obligated to state also that it will not recognize a designation made under Article 5 that is not in the form of a testamentary disposition. In other words, it can reserve on Chapter III succession agreements, but continue to accept any Article 5 designation even though it be in the form which is not acceptable for a testamentary disposition.

The Mexican delegation wished it to be recorded that it would have preferred to see the two aspects of Article 24(1)(a) kept separate, instead of their being included in one sentence. The Reporter undertook to explain clearly the nature and effect of each aspect of this reserve.

In view of the fact that this Convention will create greater international awareness and probable use of succession agreements, and that Chapter III constitutes an orderly international modus for the recognition of these mostly civil law estate planning devices, common law jurisdictions may be well advised not to make this reservation. It may be preferable to come to terms in this way with the succession agreement, as civilians accept through the Trusts Convention to come to terms with the trust. And for those States who wish later to resile from their decision, Article 30(1) (see *post* for commentary) provides an exit.

Sub-paragraph b

142 A State may make the reservation that it will not apply Article 4 of the Convention. That article, it will be recalled, is to the effect that if the applicable law under Article 3 is that of a non-Contracting State, and that State would refer to another Contracting State, which State accepts the reference, a Contracting State is obligated to apply the law of that second non-Contracting State. This is renvoi to the second degree, and the Danish delegation in requesting this reservation emphasized that it was particularly hostile to the possibilities of the partial renvoi that Article 4 permits. The Danish delegation stated that its country was hostile to the whole concept of renvoi, because in the Danish view it

plexité injustifiable vu l'intérêt limité que présente pour le Danemark la doctrine du renvoi. On a cependant souligné que les renvois partiels pourraient fort bien être l'expérience commune dans le cas de l'article 4. En d'autres termes, la loi applicable, loi du premier Etat non contractant, est la loi d'un Etat scissionniste, qui renvoie au deuxième Etat non contractant comme étant celui où se trouvent les immeubles faisant partie de la succession. Le second Etat non contractant est également une juridiction scissionniste et accepte le renvoi parce que les immeubles sont situés sur son territoire. Dans ces conditions l'effet de l'article 4 est que la loi du second Etat non contractant s'applique aux immeubles de la succession et que la loi du premier Etat non contractant s'applique aux biens meubles faisant partie de la succession. La réserve, en revanche, autorise un Etat contractant à appliquer le droit interne du premier Etat non contractant à la totalité de la succession, sans se préoccuper des lois du deuxième Etat non contractant.

Par exemple si 1) l'Etat X fait une réserve en ce qui concerne l'article 4, 2) l'Etat X est l'Etat du for, 3) la loi prévue à l'article 3 est celle de l'Etat Y, Etat non contractant, 4) l'Etat Y renvoie à l'Etat Z, autre Etat non contractant, et 5) l'Etat Z accepte le renvoi et applique son propre droit interne, la réserve aura pour résultat que l'Etat X appliquera le droit interne de l'Etat Y. L'Etat X fait donc prévaloir ses vues au sujet de la doctrine du renvoi partiel mais, ce faisant, il refuse de reconnaître l'issue harmonieuse à laquelle les Etats Y et Z seraient eux-mêmes parvenus. Si les biens du défunt se trouvent dans l'Etat Z, la loi de l'Etat Y leur sera appliquée.

Si le Danemark (Etat X) formulait une réserve à l'article 4 et si les questions relatives à la succession avaient des chances de venir devant les tribunaux danois, le *de cuius* ferait bien de désigner une loi applicable (celle de la nationalité ou celle de la résidence habituelle) en vertu de l'article 5.1, et en outre une loi selon l'article 6 pour les biens se trouvant dans l'Etat Z. Autre possibilité: si les règles impératives des lois de sa nationalité et de sa résidence habituelle probables au moment du décès ne le concernent pas, le *de cuius* pourrait désigner la loi selon l'article 6 pour les biens se trouvant dans l'Etat Z, en laissant aux tribunaux danois le soin de déterminer à d'autres égards la loi applicable à sa succession conformément à l'article 3.

Il semblerait donc que l'effet pratique de cette réserve soit simplement de causer certains inconvénients à ceux dont les affaires successorales seront vraisemblablement traitées dans l'Etat auteur de la réserve, en supposant, bien entendu, qu'ils soient informés pour commencer de la réserve et de ses effets. Ceux qui n'auront pas fait de testament ou qui n'auront pas consulté de spécialistes, seront les principales victimes de la réserve. Il appartiendra aux Etats de déterminer si leur aversion pour le renvoi doit être payée à ce prix.

Alinéa c

143 Les délégations française et italienne ont proposé à l'origine (Doc. trav. No 64) que cette réserve prenne la forme suivante: «si, au moment de son décès, le défunt n'a ni la nationalité ni la résidence habituelle de l'Etat dont il avait désigné la loi lors de la rédaction de son testament, la désignation peut être considérée comme invalide par l'Etat qui formule la réserve». Le Royaume-Uni (Doc. trav. No 95) a suggéré de limiter le champ d'application de cette réserve au cas où le défunt, à son décès, réside habituellement dans l'Etat auteur de la réserve et en possède la nationalité.

La proposition du Royaume-Uni visait à restreindre la

réserve, pour donner satisfaction aux Etats qui se préoccupent de la reconnaissance par la Convention des désignations de lois applicables prévues à l'article 5.1 comme étant soit la loi de la résidence habituelle, soit celle de la nationalité au moment de la désignation, tout en permettant au plus grand nombre d'Etats possible d'adopter la Convention. Les délégations française et italienne étaient disposées à accepter, dans un esprit de compromis, cette réserve plus étroite, mais il est évident que, si elle était formulée par un certain nombre d'Etats, la réserve affaiblirait considérablement la portée de la Convention. La réserve nuit en particulier à la liberté de désignation, qui est l'un des principaux attraits de la Convention pour ceux qui se préoccupent de la possibilité, pour le *de cuius*, de planifier la disposition de son patrimoine durant sa vie et à son décès. Cette planification permet une économie fiscale importante, mais elle est beaucoup plus facile si le testateur connaît, au moment où il rédige son testament, la loi qui sera applicable à celui-ci à son décès. Il n'a pas à se soucier de ce que les tribunaux pourront avoir à dire sur l'incidence d'un changement de résidence ultérieur, c'est-à-dire postérieur à la rédaction de son testament.

Toutefois, la réserve ne prive pas l'article 5.1 de tout intérêt pour un testateur. Une *professio juris* demeure possible. L'alinéa c signifie que, dans un Etat ayant fait la réserve, le choix fait par le *de cuius* de la loi de sa résidence habituelle ou de celle de sa nationalité au moment de la désignation ne sera pas reconnu si la résidence habituelle ou la nationalité désignée a changé et si le défunt, à sa mort, avait la nationalité et la résidence habituelle de l'Etat auteur de la réserve. La nationalité ou la résidence habituelle désignée et dont la loi était choisie pour régir la succession, n'existera plus au moment du décès. Le changement de résidence habituelle ou de nationalité entre le moment de la désignation et la date du décès est indispensable pour que la réserve puisse jouer, mais de surcroît – il convient de le répéter – quel que soit le nombre des changements qui ont pu se produire entre-temps, lors du décès du *de cuius* sa nationalité et sa résidence habituelle doivent être l'une et l'autre celles de l'Etat auteur de la réserve. Il faut en outre bien comprendre que rien dans l'article ni dans la Convention ne tend à indiquer qu'une personne puisse avoir plus d'une résidence habituelle. Il est clair qu'il ne saurait en être ainsi. L'intéressé peut avoir une double nationalité mais, comme on l'a expliqué (voir le paragraphe 51, *supra*), la Convention laisse au for le soin de régler cette question conformément à sa propre loi.

Il peut être utile de donner un exemple du fonctionnement de la réserve. Supposons que dans son testament le défunt ait désigné la loi de l'Etat A, qui était alors celui de sa résidence habituelle, pour régir sa succession. A son décès, il a la nationalité de l'Etat B, Etat auteur de la réserve, nationalité qu'il possédait au moment de la désignation, mais il a alors transféré sa résidence habituelle dans l'Etat B. L'Etat B ne reconnaîtra pas la loi désignée et appliquera la loi prévue à l'article 3. Si le défunt, à sa mort, avait eu sa résidence habituelle dans l'Etat C et avait conservé en tous temps la nationalité de l'Etat B, celui-ci, en tant qu'Etat contractant, aurait été tenu de reconnaître la désignation de l'Etat A dans le testament, parce que la réserve ne s'étend pas au cas où seule la nationalité (ou seule la résidence habituelle) existe lors du décès dans l'Etat auteur de la réserve. Si le défunt, à sa mort, avait eu sa résidence habituelle dans l'Etat B, mais avait changé sa nationalité et avait eu la nationalité de l'Etat D au moment de la désignation, l'Etat B (Etat auteur de la réserve), en tant qu'Etat contractant, devrait encore appliquer la loi désignée, à savoir celle de l'Etat A.

introduces a complexity into the application of laws which is unjustifiable in light of what Denmark sees as the limited value to be had from the renvoi doctrine. Partial renvoi, however, it was pointed out, might well be the common experience with Article 4. That is to say, the applicable law, being the law of the first non-Contracting State, is the law of a scission State, which refers to the second non-Contracting State as the situs of immovables in the deceased's estate. The second non-Contracting State is also a scission jurisdiction, and accepts the reference because it is the situs of the immovables in question. In those circumstances the effect of Article 4 is that the law of the second non-Contracting State applies to the immovables in the estate, and the law of the first non-Contracting State applies to the movables in the estate. The reservation, on the other hand, allows a Contracting State to apply the internal law of the first non-Contracting State to the entirety of the estate, and to have no concern with the laws of the second non-Contracting State.

For example, if (1) State X reserves on Article 4, (2) State X is the forum, (3) the Article 3 law is that of State Y, a non-Contracting State, (4) State Y would refer to State Z, another non-Contracting State, and (5) State Z would accept the reference and apply its own internal law, the result of the reserve is that State X would apply the internal law of State Y. State X therefore makes a point about the partial renvoi doctrine, but in doing so refuses to recognize an harmonious outcome to which States Y and Z would themselves have come. If State Z is the situs of the deceased's assets, the law of State Y will be applied to those assets.

Were Denmark (State X) to reserve on Article 4, and the estate affairs of the *de cuius* are likely to come before the Danish courts, the *de cuius* would be well advised to designate an applicable law (nationality or habitual residence) under Article 5(1), and the Article 6 law for assets in State Z. Alternatively, and if the mandatory rules of his likely nationality and habitual residence laws at death do not concern him, the *de cuius* could designate the Article 6 law for the assets in State Z, leaving the applicable law of his estate to be otherwise determined by the Danish courts under Article 3.

It would therefore seem that the significance of this reserve in practical terms is simply the inconvenience it causes to those whose estate affairs are likely to be determined in the reserving State. This is assuming, of course, that they are informed of the reserve and its consequences in the first place. The intestate and those lacking professional advice will be the ones who will bear the brunt of this reserve. States will have to determine whether their distaste for renvoi is worth this price.

Sub-paragraph c

143 The French and Italian delegations proposed originally (Work. Doc. No 64) that this reserve would take the following form: 'if the deceased at the time of his death possessed neither the nationality nor the habitual residence of the State whose law he had designated at the time of the execution of his will, the designation can be regarded as invalid by the reserving State'. The United Kingdom (Work. Doc. No 95) suggested narrowing this proposed reserve to the situation only where the deceased died habitually resident and with his nationality in the reserving State.

The United Kingdom proposal was designed to limit the

reserve in such a way that it meets the needs of those States who are concerned by the Convention's recognition of Article 5(1) designations of the applicable law as, alternatively, the habitual residence or nationality at the time of designation, while also giving the Convention an opportunity to attract more States into adopting the Convention. The French and Italian delegations in the interests of compromise were prepared to accept this narrower reservation, but it is evident that the effect of the reservation, were it to be made by a number of States, would be to weaken considerably the impact of the Convention. In particular the reservation strikes at that freedom of designation which most commends the Convention to those concerned with planning the disposition by the *de cuius* of his assets, both during his lifetime and on death. Considerable tax saving may be made by such planning, but it is very much assisted by the testator knowing at the time of making his will the law that will apply to it on his death. He does not need to concern himself as to what the courts may have to say about the significance of his later change of residence, *i.e.*, after he had made his will.

However, the reservation does not exclude the value to a testator of Article 5(1). That is to say, a *professio juris* is still possible. Sub-paragraph *c* means that in a reserving State a choice by the *de cuius* of his habitual residence or nationality law at the time of designation will not be recognized if that chosen habitual residence or nationality changed, and the deceased later died with his nationality and habitual residence in the reserving State. The designated nationality or habitual residence whose law was chosen to govern his estate will at death no longer exist. Change of the habitual residence or nationality between designation time and time of death is essential before the reserve can come into operation, but also – just to reiterate the point – whatever number of intermediate changes there may have been, at the death of the *de cuius* both his nationality and his habitual residence must be in the reserving State. Moreover, it should very clearly be noted that nothing in this article or the Convention is intended to suggest that a person can have more than one habitual residence. He clearly cannot. He can have dual nationality, but as previously explained (see, *supra*, paragraph 51) the Convention leaves the solution of this matter to the forum under its own law.

An example of how the reserve would work may be of assistance. Suppose the deceased in his will designates State A's law, his then habitual residence, to govern his estate. He dies with the nationality of State B, the reserving State, a nationality which he had at the time of designation, but at death he has changed his habitual residence to State B. State B will not recognize the designated law, and will apply the Article 3 law. Had the deceased died with his habitual residence in State C, possessing State B's nationality at all times, State B as a Contracting State, must recognize the designation in the will of State A because the reserve does not extend to the situation where nationality alone (or habitual residence alone) exists at death in the reserving State. Had the deceased died with his habitual residence in State B, but have changed his nationality and have had the nationality of State D at the time of designation, State B (the reserving State) as a Contracting State must still apply the designated law, the law of State A.

Il ne fait cependant pas de doute que, pour le plus grand nombre, c'est-à-dire pour les gens qui, à leur décès, ont été résidents habituels et ressortissants d'un seul Etat, la réserve, si elle est formulée par cet Etat, peut avoir des conséquences sérieuses. Prenons le cas d'un testament ou d'un pacte successoral fait autrefois par le *de cuius*, à une époque où il était résident habituel d'un autre Etat, dans lequel il a désigné la loi de cet Etat comme étant sa loi applicable. A son décès, cette désignation ne sera pas reconnue dans l'Etat auteur de la réserve. Par exemple, si la France ou l'Italie formulait cette réserve, un Français ou un Italien travaillant à l'étranger (dans l'Etat X) où il aurait établi sa résidence habituelle et posséderait des avoirs, et qui aurait désigné la loi de l'Etat X comme celle de sa résidence habituelle pour régir sa succession, devrait prendre garde s'il souhaitait par la suite finir ses jours dans son pays natal et donc retourner en France ou en Italie. Supposons qu'il laisse derrière lui des sommes importantes dans l'Etat X, peut-être parce que le contrôle des changes de l'Etat X l'empêche d'en faire sortir des capitaux. S'il survit cinq ans dans son pays d'origine, il y aura sans aucun doute acquis la résidence habituelle en vertu de l'article 3 et, s'il meurt moins de cinq ans après son retour, la loi de son pays natal, comme loi de sa nationalité, s'appliquera à coup sûr à sa succession. Le problème est que, parce qu'il aura conservé toute sa vie la nationalité de son lieu de naissance, la France ou l'Italie, selon le cas, à son décès il ne possédera pas la nationalité de l'Etat X et n'y aura pas non plus sa résidence habituelle. En même temps, il aura à son décès la nationalité et la résidence habituelle de l'Etat auteur de la réserve (la France ou l'Italie). L'ironie de la situation est que si, dans ces circonstances, le défunt avait été par exemple un Irlandais ou un Belge qui aurait décidé de passer ses vieux jours loin des étés brûlants ou des hivers rigoureux de l'Etat X dans les délices du midi de la France ou l'île de Capri, les tribunaux français ou italiens – selon le cas – seraient tenus de reconnaître sa désignation de la loi de l'Etat X. Il faut espérer que les Etats qui se proposent d'adopter la Convention afin que leurs habitants bénéficient des avantages qui en résultent, hésiteront avant de formuler cette réserve. Elle risque fort de produire plus de confusion et de déceptions qu'elle n'en vaut la peine parmi ceux qui, à leur décès, auraient leur résidence habituelle dans l'Etat auteur de la réserve et en seraient ressortissants. Il vaudrait sans doute mieux laisser la Convention courir sa chance et voir comment elle fonctionne en pratique.

Alinéa d

144 La délégation australienne tenait beaucoup à ce que les lois de protection de la famille (c'est-à-dire les lois autorisant des attributions discrétionnaires sur les avoirs du défunt) des états australiens puissent être invoquées et s'appliquent en faveur des parents du *de cuius* qui résident habituellement en Australie ou qui en sont ressortissants. L'article 5.1 signifierait qu'un *de cuius* qui a sa résidence habituelle en Australie, mais conserve la nationalité de son pays d'origine, aurait la possibilité de désigner la loi de sa nationalité pour régir son testament, et cela bien que la loi australienne de protection de la famille se trouve ainsi remplacée par les dispositions peut-être bien moins généreuses, voire inexistantes, de l'Etat de la nationalité. Il a été indiqué à la Commission que les immigrants représentaient plus de cent nationalités en Australie. Les conjoints et enfants survivants, résidents habituels en Australie ou ressortissants australiens, pourraient se voir contraints de recourir à l'aide sociale dans l'état de leur résidence en Australie.

Bien que les trois conditions énumérées à l'article 24.1 d doivent toutes être remplies avant qu'un Etat auteur de la réserve puisse appliquer celle-ci, on s'est préoccupé, à la Seizième session, de ce qu'il ne s'agissait pas ici d'une pure réserve de conflit de lois (elle concerne une situation de fait particulière) et qu'elle affecte l'essence même de la Convention, dont la clef de voûte est la reconnaissance des lois de la nationalité ou de la résidence habituelle aux moments de la désignation ou du décès comme lois d'Etats auxquels on puisse dire que le *de cuius* appartenait au moment en question. La réserve autorise l'Etat contractant à garder sous sa coupe ses résidents habituels au moment de leur décès, en niant leur «appartenance» éventuelle à l'Etat de leur nationalité. On a souligné qu'une solution plus logique serait de faire appel à l'ordre public lorsque celui-ci pourrait être légitimement invoqué dans un cas d'espèce. De plus, une réserve devrait être claire et précise en ce qui concerne son application; or celle-ci s'en remet à ce sujet à la discrétion des tribunaux.

Il convient pourtant de ne pas perdre de vue certaines considérations en sens opposé. La seconde condition de l'article 24.1 d est que les dispositions de protection de la famille de la loi désignée doivent priver «totalemment ou dans une proportion très importante» le conjoint ou l'enfant survivant des attributions de nature familiale ou successorale (en cas de succession *ab intestat*) auxquelles ils auraient eu droit. Cela signifie qu'il n'est pas généralement interdit d'appliquer des dispositions étrangères de protection de la famille pour la seule raison qu'elles seraient quantitativement moins favorables que celles de l'Etat auteur de la réserve en tant que for. Il faut aussi noter que les trois conditions sont cumulatives et non alternatives. Plus important encore, des délégations ont estimé qu'une protection adéquate de la famille est une préoccupation légitime là où la *professio juris* est en vigueur, et l'on a appelé l'attention sur le fait que les juridictions de *common law* font une place beaucoup moins grande que d'autres à l'invocation de l'ordre public. La réserve vise à protéger les droits de la famille à charge, mais dans une juridiction de *common law* les tribunaux considéreront peut-être que, si importante que soit cette préoccupation, elle ne justifie pas une intervention pesante au nom de l'ordre public. Pour finir, on ne saurait oublier que la réserve envisagée à présent à l'article 24.1 c ne s'appliquerait pas dans le cas qui inquiétait l'Australie, de sorte, a-t-on pensé, que d'autres remèdes fournis par la Convention seraient ici appropriés.

145 On notera que trois des quatre réserves concernent en tout ou en partie l'article 5, disposition autorisant la *professio juris*. Sur ces trois, les réserves de l'article 24.1 c et 1 d peuvent être considérées comme atteignant le fondement même de la *professio juris*, sinon de la Convention elle-même. On a dit à plusieurs reprises au cours de la Seizième session, et il convient de répéter ici, que les réserves ne doivent pas être encouragées, car elles tendent essentiellement à détruire les décisions arrêtées et les compromis obtenus lors de l'élaboration de la Convention. Il faut vivement espérer que les Etats qui se proposent de devenir Parties contractantes, réfléchiront aux répercussions pratiques de ce qu'ils font pour leurs propres ressortissants et résidents habituels, tout autant que pour ceux qui sont ressortissants ou résidents habituels d'autres Etats.

There is no doubt, however, that for the very large number of people who die habitually resident in and a national of the same one State, this reservation, if made by that State, has serious consequences. Suppose a will or succession agreement made by the *de cuius* earlier in life when he was an habitual resident in another State, and in which will or agreement he designated the law of that State as his applicable law, that designation will not at his death be recognized in the reserving State. For instance, if France or Italy were to reserve, a Frenchman or Italian working abroad, acquiring habitual residence and assets there (in State X), and designating the law of State X as his habitual residence to govern his estate, must take care if he wishes in older years to die in the land of his birth, and so returns to France or Italy, as the case may be. He leaves significant funds behind him in State X, and he does this perhaps because exchange control in State X prevents him from taking capital out of the country. If he survives five years in his homeland, he will no doubt under Article 3 have acquired an habitual residence there, and if he dies under five years following his return no doubt the law of his homeland as his nationality law will apply to his estate. The difficulty is that because he has retained throughout his life the nationality of his place of birth, France or Italy, as the case may be, at his death he has neither the nationality of, nor is he habitually resident in, State X. At the same time he has at death the nationality and habitual residence of the reserving State (France or Italy). Ironically enough, had the deceased in these circumstances have been an Irishman or a Belgian, for instance, who had decided to spend his declining years away from the searing summers or the bitter winters of State X in the delights of the South of France or the Isle of Capri, the courts of France or Italy – as the case might be – would be required to accord him recognition of his designation of the law of State X.

It is much to be hoped that States intending to adopt the Convention, in order that their populations have the advantages conferred by the Convention, will hesitate before exercising this reserve. It may well produce more confusion and disappointment for those citizens who at death are habitually resident in and nationals of the reserving State than the reserve is worth. It may be a better course for States to give the Convention a chance, and see how it works out in practice.

Sub-paragraph d

144 The Australian delegation was most concerned that the family provision laws (*i.e.*, discretionary provision out of the deceased's assets) of Australia's states should be enforceable by, and in favour of those family members who are habitual residents or nationals of Australia. Article 5(1) would mean that a *de cuius* who has an habitual residence in Australia, but retains the nationality of his country of emigration, could designate the law of his nationality to govern his will, though the effect of that designation is that the Australian family provision law is replaced by a possibly much less significant, or non-existent, provision in the nationality State. The Commission was informed that over 100 nationalities are represented among Australia's immigrants. This could mean that the surviving spouse and children, habitual residents in or nationals of Australia are compelled to seek social welfare in their home state in Australia.

Though all the three conditions enumerated in Article 24(1)(d) must be satisfied before the reserve may be applied by a reserving State, there was concern expressed in the Sixteenth Session that this was not a pure conflict of laws reserve (it is concerned with a particular fact situation), and that it goes to the heart of a Convention that is built upon the recognition that the laws of the nationality or habitual residence at the times both of designation and of death are the laws of States to which the *de cuius* can be said at the time in question to have 'belonged'. The reservation allows the Contracting State to assert at the death of the *de cuius* a hold over its habitual residents, and this denies the 'belonging' to the State of nationality. This escape route, it was said, for a problem such as this might more logically be seen as *ordre public* which is properly invoked in the factual circumstances of a particular case. Moreover, a reserve should be clear and precise as to its application; this one leaves its application to the discretion of the court.

However, there are counter considerations to be kept in mind. It is provided in the second condition of Article 24(1)(d) that the family provision of the designated law must 'totally or very substantially' deprive the surviving spouse or child of a family provision or of the intestate inheritance that he or she would have had. This means there is to be no blanket prohibition of the application of foreign family inheritance provision simply because that provision is less than the quantum which would be given by the reserve State as forum. It also has to be noted that the three conditions are cumulative, not alternative. However, of greater importance, delegations considered that adequate family provision is a legitimate concern where *professio juris* is in force, and the point was made that common law jurisdictions give a much more limited scope to public policy invocation than do other jurisdictions. The intent of this reservation is protection of the provision rights of a dependent family, but in a common law jurisdiction this may be thought by the courts, important though it is, not to justify the heavy hand of public policy intervention. Finally, it cannot be overlooked that the reserve now contained in Article 24(1)(c) would not apply to the Australian concern, and therefore, it was thought, some other relief, provided in the Convention, was appropriate.

145 It will be noticed that three out of the four reservations are concerned wholly or in part with Article 5, the article which permits *professio juris*. And of those three, reservations Article 24(1)(c) and (1)(d) can be said to go to the very foundations of the *professio juris*, if not of the Convention itself. The point was made on a number of occasions during the Sixteenth Session, and should be reiterated here, that reservations are not to be encouraged because they are essentially destructive of decisions reached and compromises made in the Convention-making process. It is very much to be hoped that those States which intend to become Contracting States will consider the practical ramifications of what they are doing for their own nationals and habitual residents, as well as those with citizenship or habitual residence in another State.

146 Les articles qui constituent les clauses finales des Conventions de La Haye sont désormais d'un modèle bien établi et elles sont familières à la communauté internationale ainsi qu'aux Etats membres. Des expressions nouvelles ou des modèles révisés de procédures protocolaires peuvent apparaître d'une Convention à l'autre et, à l'occasion des négociations auxquelles a donné lieu en 1984 la Convention sur le trust, un sous-comité des clauses générales et finales avait été constitué. Les propositions de ce sous-comité sont venues à point nommé et, à la Quinzième session, elles ont entraîné de longs débats et des formulations nouvelles. Elles portaient sur les modalités d'une révision éventuelle de la Convention et sur la meilleure façon de faire prendre effet à une Convention révisée, sur la procédure des réserves, l'adhésion de nouveaux Membres, l'application limitée de la Convention parmi les unités d'un même Etat, l'entrée en vigueur de la Convention et sa dénonciation. Dans l'ensemble ces changements, dont plusieurs ont été adoptés (voir le Rapport von Overbeck, par. 181-201) avaient pour objectif de simplifier encore les procédures et de surmonter les difficultés qu'avaient éprouvées les Etats.

Lors des travaux de la Commission spéciale et de la Seizième session qui ont abouti à la présente Convention, les formulations et révisions antérieures incluses dans la Convention sur le trust ont été largement adoptées. Aucun sous-comité n'a été constitué pour examiner la question; en fait les clauses finales proposées à la Commission spéciale par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 95 de la Commission spéciale) et qui avaient été adoptées sans débat par la Commission, ont été incorporées par la Seizième session au texte de la présente Convention successorale sans autre modification que des retouches occasionnelles.

Article 25

147 La Convention est ouverte à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Membres de la Conférence de La Haye qui avaient cette qualité lors de la Seizième session. Cette formule avait eu la préférence des Membres à la Quinzième session, et elle a été adoptée également en l'occurrence. L'avant-projet de Convention est simplement devenu le texte final. L'article prévoit également l'obligation de déposer les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation auprès du dépositaire de la Convention.

Article 26

148 L'article prévoit que tout Etat qui n'est pas un Etat membre, pourra adhérer à la Convention une fois que celle-ci sera entrée en vigueur par la ratification, l'acceptation ou l'approbation de trois Membres de la Conférence de La Haye, suivie de l'écoulement d'une période de trois mois. Là encore l'instrument d'adhésion doit être déposé auprès du dépositaire. L'article est calqué sur l'article 28 de la Convention sur le trust, dont le troisième paragraphe n'est cependant pas repris. Autrement dit, la présente Convention ne prévoit pas la possibilité, pour les Etats contractants, d'objecter à l'adhésion d'Etats non membres. Cela s'explique par le fait que, dans le cas de la Convention sur le trust, il peut arriver que des Etats non membres souhaitent adhérer à la Convention alors que leurs dispositions en matière de trust ne cadreraient que de façon douteuse avec la

notion du trust consacrée par ladite Convention. Il est clair que les mêmes considérations n'interviennent pas à propos de la Convention actuelle. Là encore, le texte final de l'article reprend purement et simplement celui de l'avant-projet de Convention.

Article 27

149 Cet article envisage le cas de l'Etat comprenant deux ou plusieurs unités territoriales connaissant des systèmes de droit différents dans lequel la Convention est adoptée par une ou plusieurs de ces unités, mais non par les autres. L'Etat en question est autorisé à signer, ratifier, accepter, approuver ou adhérer à condition de faire une déclaration dans ce sens. L'article est d'une importance particulière pour des Etats comme le Canada, lorsque, en vertu de la Constitution, la matière traitée relève de la souveraineté de l'unité, de sorte que l'Etat ne peut devenir Partie à la Convention qu'au nom de l'unité ou des unités considérées. Le paragraphe 1 de l'article 27 autorise l'Etat en question à adopter la Convention de cette manière.

Le paragraphe 2 impose l'obligation de notifier une telle déclaration au dépositaire, et le paragraphe 3 spécifie qu'un Etat qui ne formule aucune déclaration en vertu de l'article soumet toutes ses unités territoriales à la Convention.

150 Cet article s'inspire de l'article 29 de la Convention sur le trust. Il avait été d'abord adopté par la Commission spéciale dans son avant-projet de 1987 et, sous réserve d'un seul changement, incorporé au texte final. A la Seizième session, la Commission sur les clauses fédérales a recommandé de remplacer, dans le texte anglais du paragraphe 1, le mot «*modify*» par le mot «*alter*». Il s'agissait de surmonter la difficulté due au fait que certaines autorités étatiques interprétaient le mot «*modify*» comme impliquant une réduction alors que, bien entendu, la modification peut aussi consister en un élargissement. Les mots «des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention», qui figurent aussi au paragraphe 1, avaient été critiqués lors de l'élaboration de la Convention sur le trust (voir le paragraphe 196 du Rapport von Overbeck), mais ils ont été conservés à l'époque par déférence à l'opinion majoritaire, et n'ont pas été remis en cause en la présente occasion.

On peut se demander si un Etat connaissant «deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes» (article 20) pourrait de même étendre la Convention à un ou plusieurs de ces systèmes juridiques, mais non pas à un ou plusieurs autres. Par exemple, l'Etat A peut connaître un système de droit pour les chrétiens et un autre pour les musulmans. Il désire adhérer à la Convention pour les besoins de la communauté chrétienne, mais non de la communauté musulmane. Néanmoins, l'article 27 n'offre pas aux Etats qui ont des systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes la possibilité ouverte aux systèmes fédéraux ou à d'autres systèmes comportant des unités territoriales.

Article 28

151 Il est prévu dans cet article que la Convention entrera en vigueur après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A la différence de la Convention sur le trust, dans le deuxième paragraphe les Etats membres de la Conférence ne sont pas distingués des autres Etats adhérents. Toutefois, les

146 The articles which make up the Final Clauses of Hague Conventions are now in a fairly settled mould, and are familiar to the worldwide community, as well as Member States. New expressions or revised models of protocol procedures may be found from one Convention to another, and on the occasion of the discussions that led to the Trusts Convention negotiated in 1984, a sub-committee on general and final clauses was set up. Its proposals were topical, and at the Fifteenth Session they led to considerable discussions and new formulations. The proposals concerned the manner in which that Convention might be revised and a revised Convention most appropriately take effect, the procedure for reservations, accession by new Members, limited application of the Convention among units of a State, the entry of that Convention into force, and denunciation of the Convention. Taken as a whole the purpose of these changes, several of which were adopted (see the Von Overbeck Report at paragraphs 181-201), were to further streamline procedures and to meet some difficulties which States had experienced.

On the occasion of the discussions in the Special Commission and the Sixteenth Session that resulted in the present Convention, the earlier formulations and revisions included in the Trusts Convention were in large part adopted once more. No sub-committee on the subject was set up, and in fact the Final Clauses proposed by the Drafting Committee for the Special Commission (Work. Doc. No 95 of the Special Commission), proposals that had been adopted by that Commission without discussion, were taken by the Sixteenth Session into the text of this Succession Law Convention with no more than occasional drafting amendments.

Article 25

147 The Convention is open for ratification, acceptance or approval by Members of the Hague Conference only who were Members at the time of the Sixteenth Session. This was the form of the article which was preferred by Members at the Fifteenth Session, and it was followed on this occasion also. The preliminary draft Convention was simply taken into the final text. The requirement of deposit of instruments of ratification, acceptance or approval with the depositary of the Convention is also provided for in this article.

Article 26

148 This article provides that any State that is not a Member may accede to the Convention once the Convention has come into force as a consequence of ratification, acceptance or approval by three Members of the Hague Conference and the passage of three months thereafter. Again the instrument of accession must be deposited with the depositary. This article follows the form of Article 28 of the Trusts Convention, but in the present Convention the third paragraph of the Article 28 provision is omitted. That is to say, the present Convention makes no provision for Contracting States to object to accession by non-Member States. This is explained by the fact that in the case of the Trusts Convention non-Member States may wish to accede whose alleged trust provisions only questionably fall within the scope of the concept of trust as set out in that Conven-

tion. Clearly the same considerations do not arise in the context of the present Convention. This article also was carried from the preliminary draft Convention into the final text.

Article 27

149 Provision is made in this article for the State with two or more territorial units having different systems of law, and where adoption of the Convention is made by one or more of those units, but not by other units. The State in question by making a declaration at the time is permitted to sign, ratify, accept, approve or accede in this manner. This article is particularly important for States like Canada, in those circumstances where under the State Constitution the legal subject-matter in question falls under unit sovereignty, and the State can therefore become Party to the Convention in question by right only of the unit or units. Paragraph 1 of Article 27 gives the State in question the power to adopt the Convention in this manner.

Paragraph 2 requires notification to the depositary of such an act of adoption, and paragraph 3 makes it clear that a State that makes no such declaration under this article causes all its units to be subject to the Convention.

150 This article follows the pattern of Article 29 of the Trusts Convention. It was first adopted by the Special Commission in its preliminary draft Convention of 1987, and with one word changed it was included in the final text as this article. The Federal Clauses Committee of the Sixteenth Session recommended that the word 'modify' in paragraph 1 be changed to the word 'alter'. This is to overcome the difficulty that some State authorities have construed the word 'modify' to mean 'modify by reduction', whereas of course modification by reduction or expansion is intended. The words 'different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention' in paragraph 1 were questioned during the Trusts Convention (see the Von Overbeck Report, paragraph 196), but they were retained as a consequence of majority opinion on the occasion of the Trusts Convention, and were not questioned on the present occasion.

The question may be raised as to whether a State which has 'two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons' (Article 20) can similarly have the Convention extend to one or more of those legal systems, but not to another or others. For instance, State A may have one system of law for Christians and another system of law for Muslims. It desires to accede to the Convention for the purposes of its Christian community, but not for the purposes of its Muslim community. However, Article 27 does not offer to States with legal systems for different categories of persons the facility available to federal systems and other systems with territorial units.

Article 28

151 It is here provided that the Convention shall come into force after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval. The second paragraph, unlike the Trusts Convention, does not put Member States of the Conference on a different basis from acceding States. However, both Member and acceding

Etats – membres ou adhérents – connaissent des procédures d'entrée en vigueur distinctes de celles qui sont prévues pour les unités territoriales. Pour les Etats membres et les Etats adhérents, la Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt. En revanche, pour les unités territoriales auxquelles s'applique l'article 27, la Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification par l'Etat en question visée à l'article 27.2.

Article 29

152 Cet article envisage la situation qui se présente lorsqu'un Etat devient Partie à la Convention après une révision de celle-ci. L'avant-projet de Convention approuvé en 1987 par la Commission spéciale disposait dans son article 25: «Tout Etat qui devient Partie à cette Convention après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de celle-ci sera considéré comme Partie à la Convention ainsi révisée.» La délégation finlandaise a attiré l'attention de la Session plénière finale sur le fait que cette rédaction est équivoque et peut-être même contraire aux principes du droit des traités. Un Etat semble exprimer l'intention d'être lié par la Convention initiale, mais il se trouve lié par la Convention révisée. La délégation finlandaise a donc proposé de rédiger l'article comme suit (Doc. trav. No 6): «Après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de la Convention, un Etat ne pourra devenir Partie qu'à la Convention ainsi révisée.» Après une brève discussion, la proposition a été adoptée et constituée à présent l'article 29.

Article 30

153 L'article 30 concerne la dénonciation de la Convention par les Etats parties. La dénonciation doit prendre la forme d'une notification écrite adressée au dépositaire, et prend effet à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la notification. C'est là un délai plus court que celui que prévoyait l'article 31 de la Convention sur le trust, qui exige l'écoulement d'une période de six mois. Le présent article 30 stipule que lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, c'est cette période plus longue qui prévaut.

Le paragraphe 1 de l'article 26 de l'avant-projet de Convention n'autorisait un Etat partie qu'à dénoncer la Convention dans sa totalité. Durant les travaux de la Commission II, la délégation des Etats-Unis (Doc. trav. No 97) a proposé qu'un Etat partie ait la possibilité de dénoncer le Chapitre III de la Convention sans dénoncer celle-ci en totalité. L'Etat partie aurait en fait un choix; il pourrait dénoncer la totalité de la Convention ou simplement son Chapitre III. On pensait que cela faciliterait la ratification de la Convention par des Etats qui n'auraient pas besoin de formuler à ce moment une réserve visant le Chapitre III. Ils pourraient examiner comment le Chapitre III s'appliquerait une fois la Convention en vigueur et n'exercer leur droit de dénonciation que s'il leur paraissait approprié de le faire par la suite. La proposition s'inspire à cet égard de l'article 101 de la Convention des Nations Unies de 1980 concernant les contrats pour la vente internationale de marchandises. Elle a paru justifiée aux délégués, qui l'ont adoptée sans plus de discussion. Ce procédé présente, par rapport à la réserve, non seulement l'avantage de permettre à un

Etat partie de «voir venir» l'effet pratique du Chapitre III; il signifie aussi que, si la Conférence de La Haye devait par la suite élaborer une convention sur les pactes successoraux, les Etats parties pourraient se retirer du Chapitre III de la présente Convention et accéder au nouvel instrument si tel était leur désir. L'adoption de la proposition a été confirmée en plénière.

Il convient de noter que le présent article, à l'instar de l'article 28, emploie les mots «le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après» l'événement considéré. Cette rédaction, qui figurait dans l'avant-projet de Convention, paraît plus compréhensible que la formulation équivalente de l'article 30 de la Convention sur le trust.

Article 31

154 Le dépositaire, c'est-à-dire le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, est requis par cet article de notifier à tous les Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé tous les actes qu'il accomplit en vertu des pouvoirs conférés par la Convention. L'objet de cet article familier est naturellement de permettre à chaque Etat partie et à chaque Etat membre de savoir à tout moment quelle est la situation de la Convention et la position de chaque Etat membre par rapport à elle.

LA CLAUSE DE SIGNATURE

155 On notera qu'aux termes de la clause de signature les textes français et anglais font également foi.

Victoria, Colombie britannique
mai 1989

States have different coming into force procedures from those provided for territorial units. For the purposes of Member States and acceding States, the Convention enters into force on the first day of the month following the passage of three months after the deposit. On the other hand, in the case of territorial units to which Article 27 applies, the Convention comes into force on the first day following the passage of three months after the Article 27(2) notification by the State in question.

Article 29

152 This article deals with the situation where a State becomes a Party to the Convention after the Convention has been revised. The preliminary draft Convention approved by the Special Commission in 1987 provided in Article 25 for this situation with the following words: 'Any State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of an instrument revising it shall be considered to be a Party to the Convention as revised'. It was brought to the attention of the final Plenary Session by the Finnish delegation that this language is misleading and questionably contrary to the principles of the law of treaties. A State appears to be expressing the will to be bound by the original Convention, but instead becomes bound by the revised Convention. The Finnish delegation therefore proposed (Work. Doc. No 6) that the language of the article should instead read 'After the entry into force of an instrument revising this Convention a State may only become Party to the Convention as revised'. After a short discussion this proposal was adopted, and now appears as Article 29.

Article 30

153 Article 30 deals with denunciation of the Convention by States Parties. The denunciation must be by a notice in writing addressed to the depositary, and it is provided that the denunciation takes effect after the expiration of three months from the notification. This is a shorter period than is provided for in Article 31 of the Trusts Convention, where the passage of six months is required. The present article, Article 30, provides that if the denunciation is specified as requiring following the notification, a longer period than three months, this longer period is to have effect.

Paragraph 1 of Article 26 in the preliminary draft Convention had allowed only for denunciation by a State Party of the whole Convention. During Commission II it was proposed by the United States delegation (Work. Doc. No 97) that it should be possible for a State Party to denounce Chapter III of the Convention without denouncing the whole Convention. The State Party would in fact have a choice; it could denounce the whole, or denounce merely Chapter III. It was thought that this might make it easier for States to ratify the Convention, and not have to make a reservation to Chapter III at that time. They would be able to see how Chapter III operated once the Convention was in effect, and only exercise this right of denunciation if it later seemed appropriate so to do. The idea of the proposal is drawn from Article 101 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980. The proposal appeared to delegates to be a sound idea, and the proposal was adopted without further to-do. Not only does this procedure have the advantage over a reservation, that is allows a State Party to 'wait and

see' the practical effect of Chapter III, but it also means that, if the Hague Conference were at any later time to originate a further Convention on agreements as to succession, States Parties can withdraw from Chapter III of the present Convention and accede to the new Convention, if that is their wish. The adoption of this proposal was reaffirmed in the Plenary Session.

It should be noted that this article, like Article 28, adopts the phrase 'on the first day of the month following the expiration of three months after' the particular event. This language, which was proposed in the preliminary draft Convention, would appear to be clearer to follow than the equivalent language in Article 30 of the Trusts Convention.

Article 31

154 The depositary, that is, the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, is required by this article to notify all States which are Members of the Hague Conference on private international law of all acts which have been done further to the authorization of the Convention. The object of this familiar article is of course that every State Party and every State Member shall be aware at each point in time of the status of the Convention and the position of each State Member in relation to it.

THE SIGNATURE CLAUSE

155 It should be noticed in this signature clause that the English and French texts are of equal authenticity.

Victoria, British Columbia
May, 1989

Tables

Table par articles
Cross-reference table

Convention Texte adopté <i>Convention Text adopted</i> (pages 514-523)	Avant-projet de Convention du 8 octobre 1987 <i>Preliminary draft Convention of 8 October 1987</i> (pages 232-237)	Procès-verbaux de la Commission II de la XVIe Session <i>Minutes of Commission II of the XVIth Session</i> (pages 346-494)	Projet du Comité sur les clauses fédérales <i>Federal Clauses Committee's Draft</i> (pages 328-329; 336-337)
Titre/ <i>Title</i> Préambule/ <i>Preamble</i>	Titre/ <i>Title</i> -	Pv. 16, 19 Pv. 13	
art. 1	art. 1, art. 9	Pv. 11, 13, 14, 16, 19	
art. 2	art. 2	Pv. 16, 19	
art. 3	art. 3	Pv. 2-4, 16, 19	
art. 4	-	Pv. 12, 16, 19	
art. 5	art. 4	Pv. 4-8, 16, 19	
art. 6	-	Pv. 7-8, 16, 19	
art. 7	art. 5	Pv. 8-9, 17, 19	
art. 8	-	Pv. 13, 14, 16, 17, 19	
art. 9	art. 6	Pv. 10, 13, 14, 17, 19	
art. 10	art. 7	Pv. 11, 13, 14, 17, 19	
art. 11	art. 6, art. 7	Pv. 14, 17, 19	
art. 12	art. 8	Pv. 11, 14, 17, 19	
art. 13	-	Pv. 12, 17, 19	
art. 14	art. 10	Pv. 11, 17, 19	
art. 15	art. 11	Pv. 11, 17, 19	
art. 16	art. 12	Pv. 12, 18, 19	
art. 17	art. 13	Pv. 12, 18, 19	
art. 18	art. 14	Pv. 12, 18, 19	
art. 19	art. 15	Pv. 15, 18, 19	art. 15
art. 20	art. 16	Pv. 15, 18, 19	art. 16
art. 21	art. 17	Pv. 15, 18, 19	art. 17
art. 22	art. 18	Pv. 14, 18, 19	
art. 23	art. 19	Pv. 14, 18, 19	
art. 24	art. 20	Pv. 15, 19	
art. 25	art. 21	Pv. 19	
art. 26	art. 22	Pv. 19	
art. 27	art. 23	Pv. 19	art. 23
art. 28	art. 24	Pv. 19	
art. 29	art. 25	Pv. 19	
art. 30	art. 26	Pv. 19	
art. 31	art. 27	Pv. 19	

Projets du Comité de rédaction

Rapport Waters

Drafting Committee's Drafts

Waters Report

(pages 321-323; 326-328;
331-333; 338-343)

(pages 526-617)

Titre/Title

—
art. 1
art. 2
art. 3
art. 3bis
art. 4
art. 4bis
art. 5
art. 6
art. 7
art. 7bis
art. 8
art. 9
art. 9bis
art. 10
art. 11
art. 12
art. 13
art. 14
art. 15
art. 16
art. 17
art. 18
art. 19

No 35
No 35
Nos 35-38, 39-46
No 47
Nos 25-26, 48-56
Nos 29, 57-60, 118
Nos 26, 42, 60-68, 85-86
Nos 27, 69-73
Nos 36-38, 39, 41, 43, 74-81, 83
Nos 28, 84, 90-93
Nos 94-98
Nos 99-101
No 102
Nos 103-105
No 106-107
Nos 108-109
Nos 110-113
Nos 114-116
Nos 117-120
No 121
Nos 55, 122-129
Nos 55, 130
Nos 58, 131
Nos 132-134
Nos 135-138
Nos 139-145
No 147
No 148
Nos 149-150
No 151
No 152
No 153
No 154

Table des matières

	page		page
		<i>Rapport établi par M. D.W.M. Waters</i>	238
		<i>Observations des Gouvernements sur l'avant-projet de Convention et le Rapport</i>	284
		Seizième session – Actes	305
		Membres de la Deuxième commission	306
		<i>Documents de travail de la Deuxième commission</i>	309
		Documents de travail Nos 1 à 17	310
		Documents de travail Nos 18 à 35	312
		Documents de travail Nos 36 à 46	314
		Documents de travail Nos 47 à 55	316
		Document de travail No 56	318
		Documents de travail Nos 57 à 63	318
		Documents de travail Nos 64 à 68 et No 70	320
		Documents de travail Nos 69, 71 et 72	321
		Documents de travail Nos 73 à 78	324
		Document de travail No 79	325
		Documents de travail Nos 80 à 83	326
		Document de travail No 84	330
		Document de travail No 85	331
		Documents de travail Nos 86 à 92	334
		Documents de travail Nos 93 à 101	335
		Document de travail No 102	336
		Documents de travail Nos 103 à 105	338
		Document de travail No 106	343
		<i>Procès-verbaux de la Deuxième commission</i>	345
		Procès-verbal No 1	346
		Procès-verbal No 2	351
		Procès-verbal No 3	358
		Procès-verbal No 4	365
		Procès-verbal No 5	374
		Procès-verbal No 6	380
		Procès-verbal No 7	387
		Procès-verbal No 8	394
		Procès-verbal No 9	401
		Procès-verbal No 10	409
<i>Avis au lecteur</i>	5		
Seizième session – Travaux préliminaires	7		
<i>Liste des documents préliminaires</i>	8		
<i>Questionnaire et Commentaire sur le droit international privé des successions, établis par Georges A.L. Droz</i>	10		
<i>Réponses des Gouvernements au Questionnaire</i>	53		
<i>Mise à jour du Commentaire, établie par Hans van Loon</i>	106		
<i>Droit international privé des successions, étude prospective établie par Hans van Loon</i>	140		
<i>Réponses supplémentaires des Gouvernements au Questionnaire</i>	162		
<i>Commission spéciale – Liste des participants</i>	185		
<i>Conclusions de la Commission spéciale de novembre 1986</i>	188		
<i>Observations concernant les débats de la Commission spéciale sur la loi applicable aux successions du point de vue allemand</i>	194		
<i>Quelques suggestions en vue d'une éventuelle définition d'un facteur de rattachement fondé sur le domicile ou la résidence habituelle</i>	196		
<i>Droits de l'Etat en matière de succession</i>	202		
<i>Quelques suggestions au sujet du champ d'application qui pourrait être donné à la Convention</i>	206		
Scope of application of a Convention on the law applicable to succession, information submitted by the Observer of the Commonwealth Secretariat	216		
<i>Texte adopté par la Commission spéciale le 10 avril 1987</i>	218		
<i>Les pactes successoraux</i>	222		
<i>Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 8 octobre 1987</i>	232		

Table of contents		page
	<i>Report by D.W.M. Waters</i>	239
	<i>Comments of the Governments on the preliminary draft Convention and on the Report</i>	284
	Sixteenth Session – Acts	305
	Members of the Second Commission	306
	<i>Working Documents of the Second Commission</i>	309
	Working Documents Nos 1 to 17	310
	Working Documents Nos 18 to 35	312
	Working Documents Nos 36 to 46	314
	Working Documents Nos 47 to 55	316
	Working Document No 56	318
	Working Documents Nos 57 to 63	318
	Working Documents Nos 64 to 68 and No 70	320
	Working Documents Nos 69, 71 and 72	321
	Working Documents Nos 73 to 78	324
	Working Document No 79	325
	Working Documents Nos 80 to 83	326
	Working Document No 84	330
	Working Document No 85	331
	Working Documents Nos 86 to 92	334
	Working Documents Nos 93 to 101	335
	Working Document No 102	336
	Working Documents Nos 103 to 105	338
	Working Document No 106	343
	<i>Minutes of the Second Commission</i>	345
	Minutes No 1	346
	Minutes No 2	351
	Minutes No 3	358
	Minutes No 4	365
	Minutes No 5	374
	Minutes No 6	380
	Minutes No 7	387
	Minutes No 8	394
	Minutes No 9	401
	Minutes No 10	409
page		
5	<i>Notice to the reader</i>	
7	Sixteenth Session – Preliminary work	
9	<i>List of Preliminary Documents</i>	
11	<i>Questionnaire and Commentary on succession in private international law, drawn up by Georges A.L. Droz</i>	
53	<i>Replies of the Governments to the Questionnaire</i>	
107	<i>Update of the Commentary, drawn up by Hans van Loon</i>	
141	<i>Succession in private international law, prospective study drawn up by Hans van Loon</i>	
162	<i>Additional replies of Governments to the Questionnaire</i>	
185	<i>Special Commission – List of participants</i>	
189	<i>Conclusions of the Special Commission of November 1986</i>	
195	<i>Observations, from the German point of view, on the deliberations of the Special Commission on the law applicable to decedents' estates</i>	
197	<i>A few suggestions for a possible definition of a connecting factor based on domicile or habitual residence</i>	
203	<i>Rights of the State in matters of succession</i>	
207	<i>Some suggestions as to the possible scope of application of the Convention</i>	
216	<i>Scope of application of a Convention on the law applicable to succession, information submitted by the Observer of the Commonwealth Secretariat</i>	
219	<i>Text adopted by the Special Commission on 10 April 1987</i>	
223	<i>Contracts of succession</i>	
233	<i>Preliminary draft Convention adopted by the Special Commission on 8 October 1987</i>	
623	<i>Tables</i>	

	page
Procès-verbal No 11	416
Procès-verbal No 12	425
Procès-verbal No 13	432
Procès-verbal No 14	439
Procès-verbal No 15	446
Procès-verbal No 16	451
Procès-verbal No 17	461
Procès-verbal No 18	470
Procès-verbal No 19	480
<i>Séances plénières</i>	495
Documents de travail No 2 et No 4	496
Documents de travail No 3 et Nos 5 à 13	504
Procès-verbal No 2	505
Procès-verbal No 3	507
<i>Convention adoptée</i>	514
<i>Rapport explicatif de M. D.W.M. Waters</i>	526
Tables	619
<i>Table par articles</i>	620
<i>Table des matières</i>	622

	page
Minutes No 11	416
Minutes No 12	425
Minutes No 13	432
Minutes No 14	439
Minutes No 15	446
Minutes No 16	451
Minutes No 17	461
Minutes No 18	470
Minutes No 19	480
<i>Plenary Sessions</i>	495
Working Documents No 2 and No 4	496
Working Documents No 3 and Nos 5 to 13	504
Minutes No 2	505
Minutes No 3	507
<i>Convention adopted</i>	515
<i>Explanatory Report by D.W.M. Waters</i>	527
Tables	619
<i>Cross-reference table</i>	620
<i>Table of contents</i>	623