

UNIVERSITE DE NEUCHÂTEL

Faculté de droit et des sciences économiques

LE DOMICILE INTERNATIONAL

THÈSE

*présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit*

par

BERNARD SCHNEIDER

avocat

1973

IMPRIMERIE H. MESSEILLER — NEUCHÂTEL

Monsieur Bernard SCHNEIDER est autorisé à imprimer sa
thèse de doctorat en droit intitulée «Le domicile international».
Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 4 mai 1972.

Le doyen
de la Faculté de droit et des
sciences économiques

Henri Thévenaz

LE DOMICILE INTERNATIONAL

A mon père

INTRODUCTION

I. Généralités

Malgré sa brièveté, le titre de cet ouvrage ne paraît pas bien intelligible par lui-même. Non seulement parce que personne ne sait au juste ce qu'est un domicile, mais aussi parce que l'adjonction à ce vocable du mot *international* est, d'une part fort peu en usage, d'autre part source d'ambiguïtés.

Il eût été plus correct d'intituler notre ouvrage « Du domicile comme point de rattachement en droit international privé ». Un tel titre paraît cependant inopportun en l'espèce, car à diverses reprises des auteurs l'ont placé en tête d'ouvrages qui ne recouvrent nullement le contenu de notre étude¹ ; nous avons donc préféré un autre intitulé.

Le terme de « domicile international » remonte apparemment à la première édition du Traité de Niboyet, en 1938². Par cette expression l'illustre juriste français n'avait nullement en vue un concept de domicile unifié sur le plan international. Au contraire il écrivait : « En l'absence d'une coutume internationale établie ou de traités diplomatiques, le domicile, comme la nationalité, sont des notions encore propres au droit national de chaque Etat, et pour lesquelles celui-ci conserve son entière liberté ». Par l'expression de *domicile international* Niboyet envisageait simplement un concept de « domicile en vue des rapports internationaux », par opposition au domicile « envisagé au point de vue des seuls rapports du droit purement interne ».

¹ Cf. p. ex. les ouvrages de MM. von Steiger et Mösslang, cités dans la bibliographie, de même que Laube, chapitre 2, § 5, p. 39 ss.

² Niboyet, Traité, 1^{re} éd., 1938, t. I, n. 509.

Que l'expression ne soit pas des plus heureuses, chacun en conviendra. Mais la langue française n'en offre pas de meilleure — au contraire de l'allemand, dont le terme *internationalprivatrechtlicher Wohnsitz* exprime exactement ce que Niboyet avait en vue. Cependant, pour éviter toute équivoque, l'auteur a finalement renoncé, dans la seconde édition de son Traité¹, à l'expression dont il était l'inventeur. Celle-ci se retrouve dans les écrits de M. Francescakis. Nous l'emploierons également, convaincu qu'elle est tout aussi imparfaite mais tout aussi concise que les expressions de « droit international privé » et de « compétence judiciaire internationale ».

Au point de vue strictement technique le *domicile international* est le domicile dont le champ territorial est déterminé par les limites d'un Etat, par rapport à ce qui est extérieur à cet Etat. Par extension — puisque le domicile international est un instrument du droit international privé — on appliquera le terme à tout domicile dont le champ recouvre le territoire d'un ordre de droit privé par rapport à ce qui est extérieur à cet ordre. On oppose ainsi le *domicile international* au *domicile interne*, lequel se rapporte à toute délimitation interne à l'ordre juridique considéré. On trouvera plus d'explications, illustrées par des exemples, au chapitre VI.

En droit international privé le domicile a des fonctions fort diverses. Pour conférer quelque unité à notre ouvrage, nous étudierons la notion de domicile en tant que point de rattachement international du statut personnel. Il n'est cependant pas nécessaire de préciser exactement ce que nous entendons par « statut personnel », ce que nous y incluons et ce que nous en excluons, car cet élément ne sert que de point d'orientation générale à notre démarche.

L'étude des expériences française, allemande et suisse en matière de domicile international constitue la base de cet ouvrage. Le choix peut paraître surprenant à deux points de vue. On s'étonnera d'abord du fait que les trois droits positifs pris en considération sont précisément de ceux qui rattachent le statut personnel essentiellement à la nationalité et considèrent le domicile avant

¹ Niboyet (2^{me} éd.), n. 509.

tout comme une institution du droit interne. D'autre part il semble à première vue que des recherches sur le domicile international ne sauraient être tant soit peu complètes sans l'étude approfondie du droit anglais en la matière.

Mais notre ouvrage n'a pas pour objet de proposer des réformes fondamentales des droits français, allemand et suisse. La plupart des droits positifs de l'Europe continentale sont encore tout imprégnés du rattachement de principe à la loi nationale ; le domicile et la résidence habituelle gagnent certes du terrain, mais lentement et seulement dans des domaines marginaux ; la nationalité reste, et restera longtemps encore, le critère de principe. Des propositions de réformes fondamentales seraient purement platoniques, car elles supposent un état d'esprit qui n'existe pas. L'étude détaillée, à titre exemplaire, du domicile du droit anglais n'est donc pas à sa place ici.

Nous présentons moins un ouvrage de suggestion qu'un travail de réflexion et d'éclaircissement. Avant d'envisager le rattachement du statut personnel à la loi du domicile, il faut savoir ce que représente ce dernier pour le juriste en-deçà de la Manche. Nous nous proposons de montrer comment doit être envisagé, sur le continent européen, le domicile en tant qu'il sert déjà maintenant, et servira davantage dans l'avenir, de point de rattachement en droit international privé. En d'autres termes il s'agit de confronter le concept de domicile, tel qu'il est entendu dans nos pays, aux données du droit international privé. Cette étude nous conduira à montrer que le domicile international ne se détermine pas nécessairement par application des dispositions des droits positifs sur le domicile interne. C'est en cela que notre démarche se rapproche de celle de Niboyet et se distingue de celle des auteurs, précités, qui ont traité du « domicile comme point de rattachement en droit international privé ». Jusqu'à maintenant les recherches sur le domicile international — dans l'optique ainsi décrite — ont été rares et disséminées ; nous nous proposons de reprendre le problème à la base, dans une perspective comparative.

Notre ouvrage veut être d'un intérêt non seulement théorique, mais surtout pratique et actuel ; aussi comprend-il l'analyse de nombreux cas tirés de la jurisprudence des droits positifs envisagés.

De nos jours une étude du domicile international ne saurait être tant soit peu complète sans quelques développements consacrés à la résidence habituelle. Ce dernier point de rattachement, dont le succès ne cesse de s'affirmer depuis la Conférence de La Haye de 1928, a supplanté le domicile en bien des domaines. Cependant la résidence habituelle n'est pas essentiellement un élément différent du domicile ; son originalité consiste avant tout en ce qu'elle a toujours été conçue comme une notion à vocation internationale, dépouillée du corset des définitions nationales. Son importance pour notre étude n'a donc pas à être soulignée.

Dans ces recherches sur le domicile international nous nous plaçons essentiellement dans l'optique de la détermination de la loi applicable à une question de statut personnel. Il est cependant impossible, à l'heure actuelle, de se cantonner à ce problème sans toucher à celui de la compétence judiciaire internationale. Les deux domaines sont certes distincts et doivent le rester. Mais on ne saurait ignorer la tendance contemporaine à les faire concorder aussi souvent que possible. Or chaque fois que l'on applique la *lex fori*, le problème de la loi applicable est reporté sur celui de la juridiction compétente. Aussi traiterons-nous du domicile international tant dans la perspective des conflits de juridictions que dans celle des conflits de lois.

II. Plan de l'ouvrage

Notre ouvrage se divise en deux parties, chacune comprenant quatre chapitres. La première partie est d'ordre principalement descriptif, la seconde d'ordre plus analytique.

Chapitre I. La question de savoir si le statut de droit privé de la personne doit être soumis à sa loi nationale ou à celle de son domicile reste, depuis plus d'un siècle, la question la plus controversée du droit international privé. L'origine virtuelle du débat se situe à la naissance du concept juridique de nationalité et à son utilisation en droit privé ; on la fait remonter généralement à l'adoption du Code civil français de 1804, dont l'art. 3 III stipule que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes

régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Mais la controverse elle-même suppose que l'on prenne conscience de la différence de nature entre nationalité et domicile, ce qui n'arrivera que progressivement au cours du XIX^e siècle. Enfin le débat implique une divergence d'opinions, laquelle ne surgira qu'après le plaidoyer de Savigny en faveur du domicile (1849) et la propagation du mouvement de Mancini, favorable à la nationalité (dès 1851). La controverse a abouti à la division du monde en deux camps, celui de la nationalité et celui du domicile. Au tournant du siècle ce découpage était déjà en grande partie accompli.

Depuis lors il est resté stable, mais le débat ne s'est pas moins poursuivi : d'une part l'expérience a démontré qu'aucun des deux principes ne peut prétendre à une supériorité absolue sur l'autre ; d'autre part les éléments du problème se sont modifiés, en particulier sous l'effet de nouvelles données sociales et politiques.

L'étude de ces diverses questions fera l'objet de notre premier chapitre. Nous consacrerons également quelques développements au domicile du droit anglais, pour montrer que dans la controverse entre la nationalité et le domicile il ne se situe dans aucun des deux camps. Nous terminerons ce chapitre par quelques brèves remarques générales, destinées à écarter d'emblée certains préjugés et à placer le débat — et l'objet de notre ouvrage — dans ce qui nous paraît être son véritable contexte.

Chapitre II. Les droits français, allemand et suisse des conflits organisent l'ensemble du rattachement du statut personnel de manière fort diverse. Nous nous proposons de décrire ces différents systèmes et, surtout, de montrer le rôle qu'y jouent le domicile et la résidence habituelle ; car le contenu de ces notions est fonction de ce rôle, ce que nous montrerons également. Le droit français (sous-chapitre I) a toute une gamme de domiciles internationaux, dont la notion varie d'un domaine à l'autre et ne recouvre que rarement le système de domicile prévu aux art. 102 ss. CCF. En droit international privé allemand (sous-chapitre II) le rôle du domicile proprement dit est si insignifiant que l'application de la notion décrite aux §§ 7 ss. BGB n'engendre pas d'inconvénient majeur ; mais la résidence habituelle gagne en importance, notamment pour les relations privées interzonales,

et sa notion échappe à la réglementation légale. Le « système » suisse de rattachement du statut personnel est d'une extrême complexité, aussi nous y attarderons-nous quelque peu ; bien que le droit fédéral ait deux réglementations parallèles du domicile, l'assimilation du domicile interne (art. 23 ss. CCS) et du domicile international est théoriquement parfaite ; nous terminerons la description du droit suisse (sous-chapitre III) par l'étude d'un domicile international particulier à ce droit et peu connu, le « domicile de résidence » de l'art. 24 II CCS. Enfin un rapide aperçu du rôle du domicile dans les conventions de droit international privé (sous-chapitre IV) mettra un terme au chapitre II.

Chapitre III. Sur un plan formel la détermination du domicile en droit international privé soulève deux problèmes. Il faut d'abord savoir quelle loi est applicable à la détermination du domicile : loi nationale de l'intéressé, loi territoriale, *lex fori*, etc. ? Nous examinerons rapidement cette question, qui a passionné la doctrine du deuxième quart de ce siècle, mais qui paraît épuisée. Une fois cette question résolue, une autre surgit, qui n'a pas beaucoup animé les débats de cette même période : le domicile international se détermine-t-il selon les règles sur le domicile interne (art. 102 ss. CCF, §§ 7 ss. BGB, art. 23 ss. CCS), ou de manière autonome ? Pendant longtemps la première interprétation n'a pas fait de doute, mais elle devient de moins en moins dominante ; la dernière section du chapitre III sera consacrée à un inventaire des principales propositions — rares et disséminées, comme nous l'avons déjà indiqué — des auteurs contestant l'assimilation nécessaire des domiciles interne et international.

Chapitre IV. Le dernier chapitre de la première partie sera consacré à des généralités sur la résidence habituelle et à la comparaison de cette institution avec le domicile proprement dit. Historiquement on distingue deux *ratio legis* de la substitution de la résidence habituelle au domicile comme point de rattachement. En premier lieu on a voulu promouvoir un concept échappant aux définitions divergentes des lois nationales ; d'autre part on a entendu se départir du principe du domicile légal, qui est purement fictif. Mais quant au fond il n'y a pas de différence

essentielle entre le domicile des droits continentaux et la résidence habituelle.

Chapitre V. La deuxième partie de l'ouvrage débutera par un chapitre traitant de généralités sur le domicile. Qu'est-ce que le domicile (ou la résidence habituelle) ? Qu'est-ce que ce lien exprime ? Ces questions peuvent paraître banales, ou au contraire académiques ; mais la manière de les résoudre peut influencer sur la conception d'ensemble du problème, et donc aussi sur des aspects particuliers de celui-ci. Plus controversées, et surtout plus mal connues en droit comparé, la nature juridique et la théorie fonctionnelle du domicile feront l'objet de considérations assez développées, d'autant plus que ces questions, spécialement la deuxième, sont résolues de manière assez différente dans les trois systèmes juridiques envisagés. Enfin nous nous demanderons si l'abandon d'un ancien domicile et l'acquisition d'un nouveau sont deux opérations nécessairement corrélatives ou non ; les systèmes qui répondent oui connaissent les principes de la nécessité et de l'unité du domicile ; les autres admettent qu'une personne peut être sans domicile, ou au contraire en avoir deux.

Chapitre VI. Nous avons déjà soulevé le problème particulier de la surface territoriale du domicile. Nous consacrerons à ce sujet un chapitre spécial, à la fois parce qu'il s'agit d'un des points sur lesquels la différence entre domicile interne et domicile international ressort le plus clairement, et parce que ce point est en fait très ignoré.

Chapitre VII. Nous aborderons ensuite le problème de la détermination du domicile ordinaire. D'après la théorie classique du domicile celui-ci se crée par la réunion d'un élément objectif — la présence corporelle en un lieu — et d'un élément subjectif — la volonté de s'établir durablement en ce lieu. Par une longue série d'exemples nous montrerons que la condition d'intention n'est en réalité que relative, qu'elle n'a pas de poids déterminant, spécialement en matière internationale. Nous étudierons ensuite la condition subjective de la résidence habituelle, le domicile des étudiants, des malades et des prisonniers, la notion d'« intégration

au milieu local » — critère utilisé fréquemment dans la jurisprudence française moderne — et les liens entre le domicile et les mesures de droit public restreignant la liberté de mouvement (police des étrangers, etc.). Revenant plus particulièrement au rattachement du statut personnel nous nous demanderons enfin s'il conviendrait, en droit international privé, de considérer comme déterminant un domicile qualifié par une certaine durée, en lieu et place de la nationalité.

Chapitre VIII. Le dernier chapitre est consacré au domicile légal, qui est réglementé de manière assez différente d'un système juridique à l'autre. Le principe du domicile légal est, à juste titre, des plus contestés actuellement en droit international privé. Nous montrerons d'abord comment et dans quelle mesure les tribunaux des divers pays envisagés cherchent à se dégager de ce principe (en droit international privé), puis pourquoi celui-ci doit être délibérément abandonné, enfin par quel régime il convient de le remplacer.

Première partie

Chapitre premier

La controverse « nationalité-domicile »

Section 1

Le rattachement du statut personnel avant Mancini

1. Ancien droit français

1. *Domicile et territorialité.* Sous l'ancien droit en France le statut personnel était régi par la coutume du domicile. Lien entre une personne et un territoire, le domicile avait acquis très tôt un caractère assez complexe pour paraître acceptable tant aux partisans de la territorialité qu'à ceux de la personnalité des lois. La distinction romaine entre *origo* — la nationalité avant la lettre — et *domicilium* ne s'était pas implantée. La cause en tient probablement à ce que Balde, qui fut l'un des premiers auteurs à relever l'existence de lois personnelles, proposa dès le XIV^e siècle d'en déterminer l'application par le rattachement au domicile, au motif que « *ratione domicilii est effectus sub illa lege quia quasi civis est* »¹.

Bien que minoritaire à l'époque, cette conception s'est imposée sans interruption tout au long de l'ancien droit. D'Argentré, le partisan bien connu de la territorialité des lois, est arrivé trop tard (XVI^e siècle) pour renverser la loi du domicile, qui était bien ancrée dans les mœurs ; aussi a-t-il jugé préférable « de la présenter comme une conséquence de la réalité des lois, en faisant valoir que le domicile est le point d'attache stable de la personne »².

¹ Cf. Cassin, pp. 700 ss., et Batiffol - Lagarde I, n. 217.

² Cassin, pp. 703-704.

2. *Domicile et personnalité.* Le domicile de l'ancien droit ne pouvait cependant pas être un lien purement territorial. Son aspect personnel se remarque avant tout au concept de *domicile d'origine*, aorte d'amalgame des mots *domicilium* et *origo*, dont la notion prêtait d'ailleurs à confusion¹. Dans la conception civiliste le domicile d'origine est simplement le domicile de toute personne qui ne peut pas se créer de domicile propre ou qui, y étant habilitée, ne s'est pas encore créé effectivement un domicile personnel. Cette conception, que l'on rencontre encore partiellement maintenant sous le régime des art. 102 ss. CCF, se reconnaît très nettement chez Pothier au XVIII^e siècle². Mais la tradition féodale imprime au domicile d'origine un autre caractère ; elle le conçoit comme un lien immédiat entre l'enfant et la loi territoriale — comme « une sorte d'obligation que nous contractons en naissant » ainsi que l'écrit Bouhier, également au XVIII^e siècle³. Cette conception est actuellement à la base du domicile du droit anglais et de la nationalité des droits continentaux.

3. *Domicile et patrie.* L'élément personnel du domicile de l'ancien droit apparaît encore plus nettement dans le fait que, ne connaissant plus l'antique *origo* et pas encore la future *nationalité*, la pratique a vu dans le domicile également un lien d'allégeance de la personne par rapport à un certain territoire et à ses autorités. L'homme de ce temps-là avait, lui aussi, sa patrie, laquelle était représentée par le domicile. Ainsi, parlant du domicile d'origine, Cauchin observait : « L'affection naturelle que l'on a pour ce domicile fait présumer à la loi que l'on a toujours voulu le conserver ... On est attaché naturellement à sa patrie et au pays dans lequel nos ancêtres ont vécu, où se trouvent les monuments de leur fortune, de leur dignité et de leur piété, où ils sont morts, où reposent leurs cendres, où vivent nos proches ... A quelle évidence ne faut-il pas que les preuves soient portées pour établir que l'on s'est détaché de ce *domicile* et que l'on a abdiqué sa *Patrie* pour en adopter une étrangère ? »⁴.

¹ Cf. *Francescakis*, pp. 303-305.

² *Pathier*, p. 3, n. 12.

³ *Bouhier*, cité par *M. Francescakis*, p. 303.

⁴ *Cauchin*, cité par *M. Francescakis*, *Rev. crit.* 1949. 564.

4. *Lien d'allégeance.* D'innombrables sources attestent que cette patrie, ce rapport d'allégeance, était conçu non seulement dans une perspective de droit privé, mais aussi, et peut-être surtout, comme un lien d'ordre politique. M. Batiffol remarque qu'« un témoignage historique continu regarde la loi personnelle comme celle de l'État qui a autorité sur la personne »¹. Il cite notamment Bartole, qui applique la loi personnelle aux « sujets » de la cité conformément à la maxime *statutum non ligat nisi subditos*, Balde, pour qui l'application de la loi du domicile s'explique par l'idée que le domicilié est *assimilé* au citoyen (*quasi civis*), Dumoulin et d'Argentré, qui considèrent le juge du domicile comme celui à l'autorité duquel l'individu est soumis. De son côté Pothier enseigne au XVIII^e siècle que « le changement de domicile *délivre* les personnes de l'empire des lois du lieu du domicile qu'elles quittent, et les *assujettit* à celles du lieu du nouveau domicile qu'elles acquièrent »².

5. *Conclusion.* Si donc à l'époque il n'y avait pas de « problème nationalité-domicile », c'est surtout parce que ces deux notions se fondaient en une, laquelle avait avec la future nationalité au moins autant d'éléments communs qu'avec le domicile tel qu'on le connaît de nos jours. Il est donc fort délicat de chercher dans l'ancien droit des arguments de nature à alimenter, en faveur du domicile, la controverse actuelle. Lors de l'élaboration du Code civil allemand on s'est servi de ce même domicile de l'ancien droit français pour justifier, *de lege ferenda*, le rattachement du statut personnel à la loi nationale³.

II. Nouveau droit français

6. *Art. 3 III CCF.* On fait généralement remonter au Code civil français de 1804 le renversement de la tendance, jusqu'alors favorable au domicile. Cependant les recherches n'ont jamais permis de déterminer les mobiles qui ont amené le législateur à opérer ce changement ; on admet généralement qu'il n'avait même

¹ Batiffol - Lagarde II, n. 383.

² Pothier, p. 3, n. 13.

³ Cf. Braga, p. 13.

pas conscience de modifier sur ce point le droit existant. Mais alors est-on bien sûr qu'il y eut vraiment changement ?

L'art. 3 III CCF indique que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Or qu'est-ce qu'un Français, dans la conception de l'époque, sinon une personne domiciliée en France ? Quant au second membre de phrase de l'art. 3 III CCF, il se rapporte à la *résidence* à l'étranger, non au domicile. Cette disposition signifie donc que la loi française est applicable aux personnes domiciliées en France, même si elles n'y ont pas leur résidence. On en dira autant, mais inversement, des art. 14 et 15 CCF, concernant la compétence des tribunaux français dans les litiges entre Français et étrangers « même non résidant en France » ; dans la conception d'origine de ces dispositions un étranger est un individu qui n'est pas domicilié en France, même s'il y réside.

7. *Nationalité de droit privé.* Cette assimilation entre domicile et nationalité est étayée en premier lieu par le fait qu'au début du nouveau droit la « nationalité » déterminant l'application des lois privées n'était pas identique à la notion de droit public qui impliquait la jouissance des droits politiques ; M. Makarov relève en effet que, pour être « citoyen actif » au sens des lois électorales, il fallait être « citoyen français » (ou simplement « Français ») au sens du droit civil, la seconde qualité n'impliquant d'ailleurs pas nécessairement la première¹. Cette dualité semble avoir rapidement fondu, mais elle n'en illustre pas moins la continuité qu'a marquée sous cet angle le passage de l'ancien droit au Code civil.

8. *Assimilation de la nationalité et du domicile.* D'autre part, la confusion entre nationalité et domicile s'est prolongée fort longtemps au cours du XIX^e siècle. L'art. 17-4^o CCF prévoyait que le Français s'établissant — c'est-à-dire fixant son domicile — à l'étranger sans esprit de retour perdait sa nationalité française ; cette disposition a subsisté jusqu'en 1889. Or — à ce qu'il semble — ce n'est qu'en 1865 que la Cour de cassation a admis qu'un Français pouvait établir son domicile à l'étranger tout en conservant l'esprit de retour en France, et par là même la nationalité

¹ A. N. Makarov, *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts*, 2^{me} éd., Stuttgart, 1962, p. 103 ss.

française¹. Cela signifie que jusqu'en 1865 l'absence d'esprit de retour — élément qui caractérisait, avec le domicile d'origine, l'institution du domicile dans l'ancien droit — était regardée comme le critère de l'établissement du domicile à l'étranger. Il était donc impossible d'acquérir un domicile hors de France sans perdre *ipso facto* la nationalité française. L'arrêt de 1865 n'a d'ailleurs pas mis fin à la confusion de la jurisprudence en la matière, ainsi que l'atteste encore un arrêt rendu en 1885 par la Cour d'appel d'Aix².

9. *Position de la doctrine.* Quant à la doctrine, elle assimilait également nationalité et domicile. On cite souvent cette phrase du Traité de Fœlix (1843) : « Les expressions lieu du domicile d'un individu et territoire de sa nation ou patrie peuvent être employées indifféremment ». Mais rien n'illustre mieux l'état d'esprit de l'époque que ce commentaire du rapporteur de l'arrêt, précité, de 1865, commentaire résolument opposé à la nouvelle position de la Cour de cassation : « Le rapport juridique entre une personne et un lieu, constitutif du domicile, ne peut exister en France que pour un Français ; elle est un droit civil dont un étranger ne saurait être investi que lorsqu'il a été admis à l'exercice des droits civils en France. — Or, le Français, ainsi uni à la France par le lien du domicile, qui se confond pour lui avec le lien de la nationalité, pourra-t-il créer le même lien avec un lieu d'habitation situé en pays étranger ? Il faudrait : 1^o qu'il commençât par rompre ce lien en France ; 2^o qu'il pût le former à l'étranger, sans devenir étranger. Le briser en France et le rétablir à l'étranger, ce serait, de la part du Français, *abdiquer dans son pays* et exercer, en pays étranger, un véritable droit civil, dont les éléments nécessaires sont français, soit qu'il s'agisse de la personne qui en est investie, soit qu'il s'agisse du lieu qui en est l'objet. — D'ailleurs, la loi qui, en principe, n'accorde pas aux étrangers le droit d'avoir un domicile en France, ne fait-elle pas connaître, par cela même, qu'à ses yeux le Français ne peut pas avoir de domicile en pays étranger ? » En confrontant ces propos aux extraits de doctrine rapportée plus haut³, on ne peut

¹ Cass. 1865, D.P. 1865.1.418. La note sous l'arrêt mentionne que la solution se trouve déjà implicitement dans un arrêt de la Cour de Paris en 1834 (D.P. 1834.2.132) et dans un arrêt de la Cour de cassation en 1837 (D.P. 1837.1.318). Mais cette fois la solution est explicite.

² Aix 1885, Clunet 1888.95.

³ Cf. n. 3 *in fine*.

s'empêcher de penser que plus ça change, plus c'est la même chose.

10. *Prolongements.* Une fois répandue universellement, la controverse autour de la nationalité et du domicile a évidemment eu pour effet de dissiper l'assimilation que la pratique française admettait expressément entre ces deux notions. Mais cette assimilation semble avoir, pendant longtemps encore, continué d'inspirer la jurisprudence en matière de conflits de juridictions ; ce n'est en effet qu'en 1948, lors de l'arrêt Patino¹, que la Cour de cassation a abandonné entièrement le principe d'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers. Or il semble que ce principe, qui depuis longtemps n'avait conservé de vigueur qu'en matière d'état des personnes, était fondé sur le domicile — ce qui permettait d'appliquer strictement la règle *actor sequitur forum rei* — mais sur un domicile qui se confondait avec le lien national, et dont l'origine remonte à l'ancien droit ; c'est du moins la conclusion que M. Francescakis tire d'un examen minutieux de la jurisprudence rendue en la matière depuis l'élaboration du Code civil².

11. *Admission à domicile.* Enfin l'obscur institution du « domicile de droit », qui résultait d'une « admission à domicile » et se fondait sur l'art. 13 CCF (abrogé en 1927), semble bien avoir été une sorte de « sous-nationalité »³. D'une part elle n'avait rien de commun avec le domicile des art. 102 ss. CCF, ainsi qu'en témoigne par exemple la fameuse affaire Forgo⁴. D'autre part, comme la jouissance des droits civils était en principe réservée aux « Français », soit aux personnes domiciliées en France, l'institution de l'*admission à domicile* permettait de l'accorder également à certains étrangers, qui, sous cet angle particulier, devenaient en quelque sorte des « semi-Français ». Niboyet note en effet que l'admission à domicile était accordée aux étrangers qui « avaient été particulièrement agréés, et avaient manifesté des idées d'attachement à la France »⁵. Ce caractère de « sous-nationalité » n'a cessé de s'affirmer par la suite, le domicile de droit devenant toujours davantage une simple étape en vue de la natu-

¹ Cass. 1948, Patino, Rev. crit. 1949.557, note Francescakis.

² Francescakis, Rev. crit. 1949.559 ss., spéc. pp. 562-564.

³ Cf. ci-après, chapitre II, sous-chapitre I, n. 53 ss.

⁴ Bordeaux 1876, Forgo, S. 1877.2.109.

⁵ Niboyet, n. 531.

ralisation française ; cette évolution a été consacrée dans les textes par une loi de 1889, qui stipulait que l'effet de l'autorisation cessait au bout de cinq ans si la naturalisation ne s'effectuait pas dans ce délai.

Quant aux successions des étrangers morts en France sans y avoir de domicile de droit, on les soumettait à la loi du domicile d'origine (considéré comme *domicile de droit*) du *de cujus*, mais on en est venu rapidement à confondre ce domicile avec la patrie des intéressés, dont on a fini par soumettre ouvertement la succession à la loi nationale¹.

12. *Intérêt historique du droit français.* L'intérêt tout particulier que présente l'évolution du droit français réside en ce que le principe du rattachement du statut personnel à la loi nationale — appelé parfois « principe français » — trouve son origine dans ce droit. Dans les autres pays il est entré dans les lois à une date précise, par un acte volontaire des législateurs ; ainsi en Italie en 1865 et en Allemagne en 1900. Au contraire, l'application de la loi nationale résulte en France d'une longue évolution, dont les racines se perdent dans les confins des temps féodaux. Le Code civil lui-même ne fait que s'inscrire dans le cadre de cette lente évolution, dont il n'a pas brusqué, mais seulement orienté le cours dans une direction nouvelle. La confusion qui, jusque tard dans le siècle dernier, a persisté entre nationalité et domicile témoigne de l'identité qui recouvre ces deux notions dans l'esprit des juristes français de l'époque, lesquels, à l'exemple de M. Jourdain qui parlait en prose sans en avoir conscience, devaient ignorer complètement en quoi leur système était nouveau. En réalité on ne parle du « principe français » que depuis sa découverte et son exaltation par l'Italien Mancini. Il est donc fort naturel que les rédacteurs du Code civil français n'aient pas eu conscience du changement qu'on leur attribue généralement : il n'y eut pas de changement fondamental².

13. *Le domicile moderne.* La nationalité moderne est donc issue de l'institution qui, avant l'introduction du Code civil français, s'appelait domicile. Le domicile que l'on connaît aujourd'hui, en particulier tel qu'il est réglé aux art. 102 ss. CCF, est un con-

¹ Cf. *Batiffol-Lagarde II*, n. 636 ; *Freyria*, Rev. crit. 1952.496 ss.

² Cette conclusion est également celle de *M. de Winter*, qui note qu'elle « may perhaps surprise a good many people » (p. 370).

cept bien différent, plus territorial, s'inspirant davantage du droit romain que de la tradition féodale. D'autre part, il est devenu dans une large mesure une institution du droit purement interne, notamment dans les pays du continent européen.

Section 2

Le domicile du droit anglais

1. Domicile anglais et nationalité

14. « *Domicil of origin* » — « *Domicil of choice* ». Rien n'illustre mieux l'identité originnaire du domicile et de la nationalité que l'étude du domicile du droit anglais. Car, au contraire du domicile des droits continentaux, celui auquel le droit anglais rattache encore maintenant le statut personnel est une pure survivance de la tradition féodale. Comme sous l'ancien droit français il y a eu « domicile d'origine » (« *domicil of origin* ») et un « domicile de choix » (« *domicil of choice* »). Ces deux institutions sont alternatives ; elles ont les mêmes effets.

Toute personne acquiert, en naissant, un domicile ; c'est le *domicil of origin*. Elle le conserve tant qu'elle ne se crée pas de *domicil of choice*. D'autre part, l'abandon de ce dernier fait renaître automatiquement le premier (en cela le système anglais diffère de celui de l'ancien droit français). Le domicile acquis à la naissance est donc une qualité inhérente à la personne ; même quand il s'incline en faveur du *domicil of choice*, il subsiste à l'état latent, prêt à en prendre en tout temps la relève.

L'originalité du domicile anglais tient à la façon dont on conçoit l'acquisition du *domicil of choice* et l'abandon corrélatif du *domicil of origin* ; il ne suffit pas de résider dans un pays avec l'intention de s'y établir durablement ; la jurisprudence requiert que l'intéressé ait perdu tout esprit de retour à son *domicil of origin*. L'application rigoureuse de ce principe a rendu certaines affaires célèbres :

15. *Esprit de retour. L'affaire Winans*. Un individu né aux Etats-Unis s'était expatrié à l'âge de vingt-sept ans, avait mené

une vie assez mouvementée entre la Russie, l'Allemagne, l'Angleterre et l'Ecosse, avant de s'établir fermement en Angleterre, où il était mort à l'âge de soixante-six ans. Dans les dernières années de sa vie il avait conçu le projet d'établir à Baltimore un chantier naval et d'y construire des bateaux très perfectionnés permettant de rendre la flotte américaine assez puissante pour tenir en échec la puissance navale britannique. La Chambre des Lords a vu dans cette circonstance et dans son aspect anti-britannique la preuve que le *de cuius* n'avait pas perdu l'esprit de retour aux Etats-Unis¹.

16. *Domicile et patrie. L'affaire Ramsay.* Un sieur Bowic, né à Glasgow (Ecosse) avait passé les trente-cinq dernières années de sa vie à Liverpool (Angleterre). Pendant tout ce temps, il n'avait jamais laissé subsister le moindre doute quant à son intention de ne pas retourner en Ecosse. Mais il avait souvent manifesté sa fierté d'être un *citoyen* de Glasgow. Les juges ont conclu de cette circonstance que le *de cuius* n'avait pas perdu l'esprit de retour en Ecosse². Cette solution, qui paraît insoutenable à un esprit juridique continental, montre bien l'étroite ressemblance existant entre le domicile du droit anglais et notre nationalité.

17. *Domicile et nationalité. L'affaire Moorhouse.* Cette parenté apparaît encore plus clairement dans les considérants de l'affaire Moorhouse, jugée en 1863, soit en un temps où la distinction entre nationalité et domicile était, en France même, fort peu pratiquée. Le *de cuius*, né en Ecosse, avait émigré en France pour des raisons de santé et y était resté constamment. Les juges britanniques l'ont déclaré domicilié en Ecosse, au motif que pour changer de domicile il faut tourner le dos à sa patrie (« to throw off to his native country »)³. Mais on lit surtout dans l'arrêt qu'un individu ne peut être considéré comme ayant transféré son domicile d'Angleterre⁴ en France que s'il a eu l'intention de devenir Français au lieu de conserver sa qualité d'Anglais (« he must not only reside in France, but intend to become a Frenchman instead of an Englishman »).

¹ Winans v. A.-G., 1904, cf. *Cheshire - North*, pp. 156-157.

² Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary, 1930, cf. *Cheshire - North*, pp. 157-158.

³ Moorhouse v. Lord, 1863, cf. *Henry Neuhaus*, pp. 23-24, et *Cheshire - North*, p. 167.

⁴ On s'étonnera de cette subite allusion à l'Angleterre dans une affaire relative à un Ecossais !

18. *Portée de cet arrêt.* A la suite de cette affaire on s'est demandé si l'Angleterre n'allait pas se mettre à rattacher le statut personnel à la loi nationale. Aussi le juge Westbury s'est-il vu en devoir de préciser ultérieurement que les termes de l'arrêt *Moorhouse* ne se réfèrent pas à un changement de nationalité, car, expliqua-t-il, l'interprétation contraire conduirait à une confusion du statut de droit public avec le statut personnel et risquerait de rompre l'identité de la patrie et du domicile¹. La portée de ces propos est absolument claire : il n'y a pas de différence de fond entre le domicile de l'ancien droit français et celui du droit anglais actuel. D'autre part, en assimilant le domicile à la patrie, les juristes britanniques rattachent le statut personnel à la loi qui correspond à une sorte de nationalité de fait — dépouillée de son élément de droit public — alors que sur le continent on se réfère au lien formel qu'est la nationalité de droit public.

19. *Mode d'acquisition du domicile.* La ressemblance matérielle entre le domicile du droit anglais et la nationalité ressort aussi très clairement quand on considère leur mode d'acquisition. En droit anglais, le domicile d'origine de la personne correspond en principe au domicile, d'origine ou de choix, qu'avait son père au moment où elle est née. Or on sait, par les exemples cités plus haut, combien le domicile d'origine peut être fictif. Si celui du père est fictif, celui de l'enfant, qui en dépend, l'est d'autant plus. Il est donc fort possible à un individu d'avoir toute sa vie son domicile d'origine en Angleterre sans avoir jamais respiré l'air britannique, de même qu'une personne peut naître et mourir italienne sans avoir jamais vu son pays.

II. Domicile anglais et domicile continental

20. *La confusion de la doctrine.* Les auteurs continentaux ne manquent pas de relever, à juste titre, que l'établissement d'un *domicil of choice* représente une opération presque impossible, qu'à tout le moins l'acquisition d'une nationalité est en moyenne plus facile, et donc que la conception anglaise du domicile est très proche de notre nationalité et très éloignée de notre domicile. Il est donc surprenant que, frappé par l'identité des mots,

¹ Lord Westbury, in *Udny v. Udny*, 1869, cité par *Henry Neuhaus*, p. 24.

on s'obstine malgré cela à ranger l'Angleterre dans les pays rattachant le statut personnel à la loi du domicile, avec toutes les conséquences qui découlent d'un tel procédé¹. Formellement le domicile du droit anglais est un domicile au sens où le juriste continental comprend ce mot ; dans cette mesure il est admissible de comparer ces institutions. Mais matériellement il en va tout autrement, et sur ce plan la comparaison entre le domicile du droit anglais et celui des droits continentaux n'a pas de sens.

21. *Convention de La Haye sur le renvoi, art. 5.* De son côté la Conférence de La Haye a tenté à deux reprises de trouver un *modus vivendi* entre ces deux notions. Tout d'abord l'art. 5 de la Convention de 1955 sur le renvoi stipule : « Le domicile, au sens de la présente Convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité ». L'avantage de cette disposition consiste en ce que la résidence habituelle est entendue partout, même en Angleterre, de manière identique ; d'autre part, il n'est pas douteux que le terme unifié de « domicile », employé à l'art. 5, s'adresse aussi bien au droit anglais qu'aux droits continentaux. Aussi a-t-on vu en cette disposition la marque d'un important progrès sur la voie de l'unification des concepts. Mais on connaît l'insuccès ultérieur de la Convention, qui n'est pas encore entrée en vigueur, et que la Grande-Bretagne n'a même pas signée.

22. *Convention sur la reconnaissance des divorces, art. 3.* La seconde tentative est beaucoup plus récente et procède d'une tout autre technique. La Convention, adoptée en 1968, sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps accorde une grande importance au critère de la résidence habituelle, mais stipule à l'art. 3 1 : « Lorsque la compétence, en matière de divorce ou de séparation de corps, peut être fondée dans l'Etat d'origine sur le domicile, l'expression « résidence habituelle » dans l'art. 2 est censée comprendre le domicile au sens où ce terme est admis dans cet Etat ». M. Batiffol précise ainsi le sens et l'esprit de cette formule obscure² : « Cette spécification a été demandée par la délégation anglaise, soulignant que le domicile en droit anglais joue un rôle intermédiaire entre ce qui est désigné par ce terme

¹ Pour un exemple, cf. chapitre III, n. 150.

² H. Batiffol, *La onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, Rev. crit. 1969.215 ss. (218).

sur le contioent et la nationalité. Il fallait donc permettre à un tribunal anglais de prononcer le divorce à l'encontre d'un défendeur ayant un domicile en Angleterre, bien qu'il n'y eût pas sa résidence habituelle. »

Nous avons montré plus haut que le domicile du droit anglais n'est pas, autant qu'on le dit ici, une notion intermédiaire entre le domicile et la nationalité des droits continentaux. Pris en lui-même cet art. 3 I paraît donc aberrant, car il tente d'attacher les mêmes effets à deux institutions entièrement différentes. Cependant le système d'ensemble se tient si on considère cette disposition en rapport avec les diverses hypothèses énumérées à l'art. 2 de la Convention, dont l'art. 3 n'est que le complément, et qui accorde des chefs de compétence (indirecte) non seulement aux tribunaux de la résidence habituelle, mais également au juge national. Or en examinant minutieusement les nombreuses hypothèses envisagées par la Convention, on remarque que les chefs de compétence que le juge national tire de l'art. 2 et ceux que le juge anglais fonde sur le domicile par le jeu des art. 2 et 3 se recouvrent assez largement.

Matériellement, sinon formellement, le système paraît judiciaire — quoique très compliqué — car il ne cherche pas à concilier l'inconciliable : le but et l'objet en sont la reconnaissance internationale des jugements, non le rapprochement illusoire des notions que recouvre, selon les pays, le mot « domicile ».

Section 3

Nationalité et domicile depuis Mancini

23. *Jusqu'en 1914.* L'histoire du statut personnel depuis cet ans est bien connue. Le mouvement de Mancini, dit « école de la personnalité du droit », dont la doctrine consistait à interpréter la notion de statut personnel aussi extensivement que possible et à soumettre l'ensemble de cette matière à la loi nationale, a eu immédiatement un succès foudroyant, exerçant ses effets sur la quasi-totalité du continent européen, sur une importante partie du monde latino-américain, de même qu'en Afrique du

Nord, au Japon, et en Turquie ; les premières Conventions de La Haye (1902 et 1905) en portent également l'empreinte essentielle. Cet élan si général en faveur de la doctrine italienne est corrélatif à l'éveil des nationalités et à la formation de grands ensembles nationaux (Italie, Allemagne). Il est certain que ce n'est pas par engouement, mais plutôt par instinct, que les législateurs ont adopté si aisément le principe du rattachement du statut personnel à la loi nationale ; l'exemple de l'Allemagne est à ce point de vue particulièrement frappant ¹.

24. *Entre les deux guerres.* Bien que la loi nationale enregistre encore quelques succès dans les années 1920 et dans les Conventions de 1930/1931 sur l'unification du droit de change, la période qui sépare les deux guerres mondiales se caractérise plutôt par un désenchantement à l'égard de ce principe et, corrélativement, par un renouveau d'intérêt en faveur du domicile. C'est l'époque où le nombre des apatrides augmente de manière inquiétante, où certains pays sont inondés d'étrangers, où la Société des Nations, en laquelle on place bien des espoirs, suscite la vision d'une communauté internationale, où de ce fait la nationalité paraît encombrante et où, pour diverses raisons, les Conventions de La Haye perdent bien des partisans. Le président du *Reichsgericht* allemand constate, en 1926, que « les nations de l'Europe continentale ont surfait l'importance de la nationalité en en faisant dépendre le statut personnel » et prévoit « un mouvement rétrograde de la loi nationale » par « un retour au principe du domicile » ². En 1930, M. Cassin opine qu'il n'est « pas téméraire d'envisager, pour une époque prochaine, la consécration officielle du renversement des rôles respectifs du domicile et de la nationalité » ³.

Ces prévisions ne se sont pas réalisées. Féconde en activités scientifiques (publications, réunions d'experts) consacrées au sujet, la période entre les deux guerres apparaît extrêmement pauvre sur le plan du droit positif. La Conférence de La Haye en 1928 et le législateur allemand en 1938 se sont occupés du problème particulier posé par le statut des apatrides, ce qui était un moyen

¹ Le rattachement à la loi nationale s'y est imposé comme allant de soi, de sorte qu'on n'a pas jugé nécessaire d'en justifier le bien-fondé ; cf. *Braga*, p. 11 ss.

² W. Simons, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne*, Recueil 1926 V 433 ss. (482 et 525).

³ Cassin, p. 689.

de confirmer le rattachement national pour les autres personnes. Le passage de la nationalité au domicile n'a pris une forme concrète que dans les Conventions nordiques de 1931/1934, dont le champ d'application est limité au territoire des États membres (Norvège, Suède, Finlande, Danemark, Islande), et, en 1942, dans le droit brésilien.

25. *Depuis 1945.* L'époque contemporaine est caractérisée par le développement de l'internationalisme juridique. On a cessé d'exalter le nationalisme d'antan, on se fait aussi moins d'illusions sur les perspectives d'une communauté de nations. Le débat autour de la nationalité et du domicile garde toute son actualité, mais il a gagné en objectivité. A l'écart des considérations politiques, on recherche davantage, selon l'enseignement de Savigny, l'ordre juridique le plus propre à régir un rapport de droit, en l'occurrence le pays avec lequel la personne est liée le plus étroitement. Or cette recherche conduit une grande partie des auteurs — en particulier M. Batiffol en France et M. Kegel en Allemagne — à préférer la loi nationale. Il en va de même des trois projets français de réforme proposée depuis vingt ans (encore que le premier, inspiré par Niboyet, ne fût animé d'aucun esprit international) et du projet allemand de réforme concernant le droit international du mariage.

Plus précisément la tendance moderne est à la conciliation, à la combinaison des deux éléments, mais avec la nationalité comme principe. Cette évolution est censée s'effectuer empiriquement, sans l'aide de modifications légales ; actuellement l'idée d'une refonte des lois sur le droit international privé déplaît à la majorité des spécialistes.

Malgré le maintien de principe du rattachement à la nationalité, la loi du domicile ou — ce qui revient au même — de la résidence habituelle joue un rôle grandissant dans des domaines particuliers, par la voie de traités internationaux. A ce propos il convient de mentionner les nouvelles Conventions de La Haye.

Section 4

Le rattachement du statut personnel

Ce n'est pas ici le lieu de reprendre toute la controverse concernant le rattachement du statut personnel. Il importe seulement d'en rappeler les grandes lignes, afin de dégager l'orientation d'une étude consacrée au domicile international.

1. Les grandes lignes de la controverse

26. *Considérations politiques.* Une partie de la controverse est dominée par des considérations politiques. Il serait faux de sous-estimer l'importance de cet aspect de la question, car la pratique y est très sensible. D'autre part, il est également erroné de penser que seul le mouvement en faveur de la loi nationale répond à des mobiles politiques. Il est connu que les pays d'émigration (Europe) appliquent de préférence la loi nationale, au contraire des pays d'immigration (Amérique, du Nord et du Sud), qui tendent plutôt à appliquer la loi du domicile ; cela permet à chacun d'appliquer son propre droit aussi souvent que possible, et c'est bien cela qu'on veut en définitive. Maintenant la Suisse a beaucoup d'étrangers, auxquels certains songent à appliquer la loi du domicile, sans pour autant renoncer à la compétence, exclusive ou concurrente, des tribunaux et de la loi suisses pour les concitoyens résidant à l'étranger. Et lorsqu'en France Niboyet s'exclamait : « Nous avons intérêt à donner à l'étranger un domicile en France et aussi intérêt à conserver un domicile en France au Français qui réside à l'étranger »¹ (ce domicile étant conçu d'une manière purement fictive comme le moyen d'aboutir le plus souvent possible à la compétence des tribunaux et du droit français), il ne faisait qu'exprimer tout haut, sous une forme particulière, une aspiration qui sommeille en maint juriste français.

27. *Lex fori.* En définitive ce que l'on veut bien souvent, ce n'est ni la loi nationale exclusivement, ni celle du domicile, mais bien l'application de la *lex fori*. Or comme dans de nombreux

¹ Niboyet, Tr. Comm. réf. 1949/1950.790.

pays, la compétence internationale des autorités est fondée alternativement sur la nationalité et sur le domicile d'une des parties en cause, le champ d'application de chaque loi augmente considérablement, pour ne pas dire démesurément. A l'heure actuelle, on constate nettement une certaine tendance à l'application, *de lege lato* et *de lege ferendo*, de la *lex fori*, avec le corollaire naturel que constitue la reconnaissance assez large des jugements étrangers. L'inconvénient du système est bien connu : il n'y a plus de statut personnel si la loi applicable varie en fonction du juge saisi¹.

28. *Ancien argument en faveur de la loi nationale.* Sous l'angle de l'argumentation objective, le dilemme entre la loi nationale et la loi du domicile se ramène à la question de savoir avec quel pays le rapport de droit en question a les liens les plus étroits, en d'autres termes quelle loi est la plus propre à régir ce rapport. L'école de Mancini arguait que la loi d'une nation est faite pour ses membres, au tempérament desquels elle est adaptée. Cette conception est encore défendue, dans une certaine mesure, par M. Kegel, qui estime qu'un émigrant reste plus près de son ancienne patrie que du pays de son domicile tant qu'il n'a pas acquis de nouvelle nationalité².

Nous montrerons plus loin la relativité pratique de ce dernier argument. M. Batiffol a parfaitement mis en lumière les faiblesses de la conception manciniste³ : La loi est conçue pour la mentalité collective de son champ territorial, non pour les émigrés ; d'autre part elle n'est qu'un reflet indirect de la mentalité de ses sujets ; enfin « l'expérience montre que l'émigré s'adapte plus facilement à la législation du pays d'immigration qu'à la mentalité de ce pays ».

29. *Avantage de la loi nationale : la permanence.* Le grand avantage du rattachement à la loi nationale réside en la permanence qu'il assure. Il est important à tout point de vue que le statut d'une personne — ou d'un lien juridique durable, comme le lien matrimonial — reste stable. Or on ne change pas de nationalité aussi facilement que de domicile. En particulier lorsque, au lieu de s'installer en un lieu dans l'intention de ne pas en

¹ Cf. Batiffol, *Mélanges Yntema*, p. 295.

² Kegel, p. 173.

³ Batiffol *Lagarde II*, n. 381.

repartir, la personne se fixe successivement en plusieurs pays, où elle ne reste que quelques années sans y établir d'attaches fermes et durables, il est préférable de soumettre son statut en permanence à sa loi nationale, surtout lorsqu'elle a manifesté l'intention de revenir un jour dans sa patrie d'origine.

30. *Autres arguments en faveur de la loi nationale.* Les autres arguments avancés en faveur de la loi nationale nous semblent d'un poids bien secondaire. Certes la recherche du domicile représente en moyenne une opération plus délicate que la détermination de la nationalité d'une personne ; mais c'est là un argument de commodité, non de fond. Par ailleurs, il paraît déplacé d'invoquer en faveur de la loi nationale la diversité des conceptions du domicile de pays à pays ; d'une part, la plupart de ces domiciles sont conçus pour le droit interne et ne présupposent en rien la notion de domicile international ; d'autre part, et surtout, les différences alléguées sont plus théoriques que pratiques, contrairement — nous y reviendrons — à ce qui vaut précisément pour le rapport de nationalité. Quant à l'argument fondé sur le fait qu'un Etat peut refouler les étrangers mais non ses ressortissants, il ne justifie que le rattachement *subsidaire* — mais non de principe — à la loi nationale.

31. *Avantage du domicile : le réalisme.* Les partisans de la loi du domicile veulent soumettre le statut des personnes au droit du milieu au sein duquel ces dernières sont intégrées par un établissement effectif et stable¹. La faiblesse du rattachement à la nationalité réside en ce que — selon une pratique universelle et constante — on ne se réfère pas à la nationalité de fait, mais au lien politique purement formel utilisé pour le droit des gens et déterminé par chaque pays pour lui-même. Or le rattachement à la nationalité de droit paraît critiquable surtout dans la mesure où celle-ci ne correspond pas à la nationalité de fait, ce qui arrive fréquemment.

D'autre part un Etat accorde ou refuse sa nationalité en fonction de considérations politiques fort variables d'un pays à l'autre et sans rapport avec les réalités du droit international privé. Par exemple, la France cherche activement à multiplier le nombre des Français et établit à cet effet des facilités

¹ Cassin, p. 739 ss. ; Niederer, p. 152 ; Braga, p. 66 ; Lerebours-Pigeonnière - Lousseuarn, n. 339.

parfois étonnantes pour la naturalisation ; il n'y a donc aucune raison de soumettre à la loi française le statut des étrangers domiciliés en France, car en omettant de solliciter leur naturalisation ceux-ci manifestent leur intention de rester soumis à leur actuelle loi d'origine. La Suisse représente l'autre extrême, bien qu'elle soit également inondée d'étrangers ; tout y est mis en œuvre pour détourner ces derniers de demander la citoyenneté helvétique, ce qui se traduit en pratique par un taux dérisoire de naturalisations ; ainsi il n'est pas rare de rencontrer des familles d'étrangers établies en Suisse depuis deux ou trois générations ; en ce cas, la loi du domicile a plus de titres à s'appliquer.

L'inconvénient majeur du rattachement à la loi nationale réside donc en ce que, *de lege lato*, la nationalité est comprise en son sens formel. Il en découle parfois de l'irréalisme, lorsque la personne ne se sent aucun lien quelconque avec le pays dont elle possède le passeport. D'autre part, le système est à l'origine du grand nombre — sinon de l'existence même¹ — des conflits positifs et négatifs de rattachements (double nationalité, apatridie) dont souffre en ce domaine le droit international privé.

32. *Fond du dilemme.* Abstraction faite des inconvénients déjà signalés de la loi nationale — formalisme — et de la loi du domicile — mutabilité — l'alternative relative au statut personnel se résume ainsi : Lien permanent ou lien objectif. Lorsqu'un Allemand part pour les Etats-Unis afin d'y faire fortune et a l'intention de revenir dans sa patrie couler ses vieux jours, à quelle loi soumettra-t-on son statut pendant les trente ans de son séjour (présumé) en Amérique ? L'élément de permanence parle en faveur du droit allemand, car par son intention de retour cet individu montre que sa patrie est l'Allemagne. Mais cela revient à négliger exagérément l'intensité des liens que peuvent sceller trois décennies de vie (active) ininterrompue dans le pays d'adoption. Le rattachement à la loi du domicile est un excellent moyen d'intégrer les étrangers au milieu où ils vivent, et nul doute que tout le monde y a intérêt, même si l'intéressé garde par ailleurs son ancienne nationalité. M. Batiffol remarque justement que la loi est faite pour la mentalité *collective* d'un pays, et non pour les émigrés². Or l'individu de notre exemple sera, après quelques

¹ On trouve aussi, mais beaucoup moins souvent, des individus qui ont en fait deux domiciles, ou au contraire aucun ; cf. chapitre V, n. 240 ss.

² Batiffol - Lagarde II, n. 381.

années, parfaitement intégré à la société et à la mentalité du pays de domicile, même s'il a gardé la nostalgie de son pays natal. D'ailleurs on doit admettre avec M. Aubert que l'« idée de la nation, lentement, se dévalue »¹, et parallèlement le sentiment national. La nostalgie du pays natal et l'intention de s'y installer un jour ne sont que des éléments subjectifs difficilement saisissables, qui ne doivent pas faire ignorer à quel milieu juridique et social l'intéressé appartient en fait.

33. *Relativité de l'avantage « objectif » du domicile.* Nous connaissons la relativité de cet argument ; la pratique n'offre que rarement des cas aussi clairs, aussi tranchés que l'exemple proposé. D'autre part, nous avons expressément fait abstraction du grief d'instabilité adressé au domicile ; le danger d'inconstance est réel, mais il devrait être possible d'y remédier en établissant des conditions qui permettent de ne pas conclure trop facilement à l'existence d'un domicile. Enfin le dilemme « nationalité-domicile » n'a pas une portée universelle ; il ne se légitime que dans le cadre d'une « famille de droits » — nous y reviendrons à la fin de ce chapitre.

II. Aplatissement de la controverse

34. *Deux voies offertes.* Le dilemme entre la loi du domicile et la loi nationale se résume ainsi : soit un élément objectif mais parfois lâche, soit un élément permanent mais formel. En fait, tant que l'alternative reste pareillement tranchée, aucun des deux critères ne paraît entièrement satisfaisant.

Deux voies se présentent pour aboutir à une solution : d'une part la répartition des matières entre les deux éléments antinomiques, d'autre part l'élaboration d'un concept de compromis. Les deux voies peuvent être utilisées alternativement ou cumulativement.

35. *Répartition des domaines.* La majorité des Etats du continent européen appliquent au statut personnel la loi nationale. Mais on rencontre partout des exceptions, plus ou moins nombreuses, en faveur du domicile. D'une part, certains pays, en particulier la France et la Suisse, n'ont jamais interprété la notion de

¹ J.-F. Aubert, *Le statut des étrangers en Suisse*, RDS 1958 I 215 ss. (249).

statut personnel dans un sens aussi extensif que le voulait l'école de Mancini ; aussi soumettent-ils à la loi du domicile des matières qui, comme les régimes matrimoniaux et les successions, sont régies ailleurs par la loi nationale (Italie, Allemagne). D'autre part, tous les Etats à rattachement à la loi nationale se rapportent au domicile dans certains cas, variables d'un système à l'autre, en particulier lorsque le principe de base se révèle inapplicable (apatridie), ou inopportun (époux de nationalité différente), de même que pour des raisons de commodité ou de protection de l'ordre public interne.

36. *Tentative de compromis.* A côté des tentatives de résoudre le dilemme par une répartition des matières entre la loi nationale et la loi du domicile, on rencontre quelques propositions tendant à trouver un moyen terme¹. Ainsi le juriste hollandais Asser proposait au début du siècle l'élaboration d'un critère de « nationalité au point de vue du droit privé », distincte de la « nationalité au point de vue du droit public », et qui devait consister en un « domicile permanent pendant un certain nombre d'années, constaté par un acte d'autorité »².

Très proches de cette démarche, de nombreuses propositions ont été faites en vue de rattacher le statut personnel à un domicile qualifié par une certaine durée : ainsi Rabel dans son grand ouvrage comparatif³, Frankenstein dans son « Projet de code européen de droit international privé »⁴, l'Institut de Droit International en 1948 (pour la résidence habituelle)⁵ et le premier projet français de réforme du droit international privé⁶ ; en droit positif cette tendance s'est réalisée dans les Conventions nordiques.

Signalons enfin la proposition de M. Neuhaus tendant à rattacher le statut personnel à la loi du domicile si l'intéressé a l'intention de rester constamment en ce pays, à défaut de quoi on lui appliquerait sa loi nationale⁷ ; estimant que le critère de l'absence d'esprit de retour (*animus nunquam revertendi*) propre à l'ancien droit est d'une application impossible en raison des

¹ Cf. Laube, p. 137 ss., qui passe en revue ces diverses propositions.

² Asser, *La Codification du Droit international privé*, AIDI 1906.443 ss., not. pp. 453 et 457-458.

³ Rabel, p. 172.

⁴ E. Frankenstein, *Projet d'un Code européen de droit international privé*, Bibliotheca Visseriana, Leiden, 1950, art. 56 ss.

⁵ AIDI 1948.282.

⁶ Texte in *Rev. crit.* 1950.111 ss. (114), art. 27.

⁷ Neuhaus, p. 161 ss., spéc. p. 163.

difficultés de preuve, l'auteur préfère recourir au critère de l'intention de rester (*animus manendi*). Il nous semble douteux que ce critère soit vraiment d'une application plus aisée que l'autre ; cependant l'idée de fond nous paraît être qu'il ne suffit pas de quitter son pays national sans esprit de retour, qu'il faut en plus se fixer *ad aeternum* en un autre pays, pour que le statut personnel passe sous l'empire de la loi du domicile.

Section 5

Contexte et dilemme — Trois remarques

L'objet de cette section est d'insister sur trois aspects fondamentaux — à notre avis trop souvent ignorés, ou en tout cas négligés — du statut personnel et de son rattachement. L'alternative *nationalité-domicile* est une hypothèse d'école, qui s'insère dans une réalité infiniment complexe ; il convient donc de souligner la relativité de cette alternative.

37. *Domaine du statut personnel.* L'école de la personnalité des lois envisage la notion de statut personnel dans un sens extrêmement vaste et prétend soumettre tout ce qui y ressortit à la loi nationale. Or, il paraît incohérent de rattacher par principe à la même loi des institutions aussi diverses que l'admissibilité du divorce, la puissance paternelle, les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux et les successions. Certes, plusieurs droits positifs connaissent des classifications globales de ce genre, mais *de lege ferenda* il est impossible de rechercher un critère de rattachement satisfaisant à lui seul pour tous les domaines de cet ensemble si disparate¹. Dans la mesure où notre ouvrage émet des suggestions à propos du domicile, il est orienté vers la recherche d'un point de rattachement du statut personnel au sens strict, ce qui signifie à tout le moins que nous ne nous préoccuperons pas des régimes matrimoniaux et du droit successoral.

38. *Élément subjectif du statut personnel.* Une conception saine du rattachement du statut personnel suppose un élément de contact à la fois objectif et subjectif entre un individu et un terri-

¹ Cf. dans le même sens, *van Hoogstraten*, pp. 356-357.

toire ou un Etat. Dans son sens matériel la nationalité exprime bien ce rapport en son double aspect ; le domicile également. Mais il serait faux, à notre avis, de penser que l'élément subjectif en question s'entend nécessairement de l'intention, de la volonté réelle de la personne.

Or, cette opinion ne semble pas être partagée par tout le monde. Ainsi M. Neuhaus suggère de soumettre l'individu à la loi de son domicile s'il est établi en ce pays dans l'intention de ne jamais en repartir, subsidiairement à sa loi nationale¹ ; l'auteur attache donc une importance déterminante à la volonté de l'individu. De même M. Francescakis se demande si on ne devrait pas revenir à l'ancien critère d'absence d'esprit de retour pour la détermination du domicile². De son côté M. Batiffol écrit³ : « Si deux époux espagnols domiciliés en France trouvent la loi française plus convenable que la loi espagnole, qu'ils se fassent naturaliser ».

Or tout cela n'est pas aussi simple. La volonté n'a pas toujours, et de loin, une part décisive à l'acquisition d'une nationalité ou d'un domicile. Telle femme est italienne parce qu'elle est née d'un père italien ; parfaitement intégrée au milieu helvétique, elle renoncera probablement à demander la naturalisation suisse, en raison des obstacles bien connus ; mais si elle épouse un citoyen suisse elle deviendra suisse automatiquement, même contre sa volonté. Quant au domicile, son établissement peut être influencé par de nombreux facteurs extérieurs à la volonté, notamment par l'expulsion hors d'un pays, ou au contraire par l'interdiction d'en sortir, ou par la maladie. Certes la volonté peut influencer l'acquisition d'une nationalité ou l'établissement d'un domicile, mais ce n'est pas toujours le cas ; elle n'a pas de poids déterminant, ni direct ni indirect, sur le rattachement du statut personnel.

Un élément subjectif n'en est pas moins nécessaire au critère de détermination de la loi personnelle. Mais il s'agit moins de savoir à quel pays l'individu appartient par sa volonté que de rechercher à quel milieu il a le sentiment d'appartenir. Nous verrons plus loin⁴ que cette nuance a son importance.

39. *Statut personnel et communauté de civilisation.* Certaines qualités juridiques de la personne la touchent de si près qu'il importe de les soumettre à une loi permanente, sans considération

¹ Neuhaus, p. 161 ss. et in *RebelsZ* 1955.61-62.

² Francescakis, pp. 312-313.

³ Batiffol, *Mélanges Yntema*, p. 305.

⁴ Cf. chapitre VII, n. 311.

du contact que l'intéressé présente avec d'autres ordres juridiques ; il est dans l'intérêt général que l'individu change de statut aussi rarement que possible.

Cependant le mécanisme très technique de résolution des conflits de lois ne doit pas faire ignorer que l'intensité de ce besoin de permanence est fonction des différences de conceptions politiques et sociales qui règnent entre les ordres juridiques entrant en considération. Aux Etats-Unis on se montre très (peut-être trop) territorialiste, car la plupart des conflits de lois se présentent entre droits des Etats de l'Union, lesquels droits se ressemblent considérablement. D'autre part, on ne trouverait pas choquant, matériellement, de soumettre aux lois helvétiques le statut d'un Français établi depuis trois ans en Suisse. Mais le besoin de permanence grandit à mesure que les différences entre droits positifs s'accroissent. Les tribunaux anglais l'ont bien compris, qui ont longtemps considéré comme impossible qu'un Européen acquière un *domicil of choice* dans les pays orientaux ; la Chambre des Lords a finalement rejeté ce point de vue, mais n'en a pas moins admis que les conditions du domicile (c'est-à-dire surtout l'absence d'esprit de retour en Europe) doivent alors être examinées de manière particulièrement vigilante¹. Il arrive qu'un Chinois ou un Togolais s'intègre parfaitement à la société européenne ; l'hypothèse inverse est concevable. Mais cela requiert en moyenne beaucoup plus de temps que lorsqu'un Allemand s'établit en Suisse ou en France.

Le dilemme *notionlité-domicile* n'a pas de portée universelle. Dans son sens habituel — au contraire de la notion anglaise — le domicile est un lien trop territorial pour trouver application en dehors du champ d'une « famille de droits ». Si — pour reprendre un exemple proposé plus haut — la soumission à la loi américaine du statut d'un Allemand domicilié aux Etats-Unis ne paraît nullement choquante, on trouvera déplacé de faire régir par la loi locale le statut d'un Français établi pour quelques années au Népal ou en Ouganda. Ce dernier cas diffère du précédent en ce qu'il n'est plus question de savoir si l'intéressé a ou non la nostalgie de son pays natal et la vague intention d'y retourner un jour ; il s'agit bien de la conscience de l'individu d'appartenir à une civilisation entièrement différente de celle dans laquelle il vit. Et cette conscience, au contraire du sentiment national, n'est pas sur le point de se dévaluer.

¹ R. H. Groveson, *The Conflict of Laws*, 6^{me} éd., Londres, 1969, p. 210.

A ce sujet, il est remarquable de constater que Frankenstein, l'un des plus ardents défenseurs de la loi nationale, a proposé dans son « *Projet d'un Code européen de droit international privé* » de rattacher le statut personnel au domicile (à un domicile qualifié par une certaine durée) dans le cadre territorial du projet (Europe occidentale), tout en maintenant le principe du rattachement à la loi nationale pour les rapports dépassant ce cadre¹. De même l'intérêt d'une étude sur le domicile international se limite principalement au champ formé par les droits d'Europe occidentale et ceux qui peuvent prétendre leur être apparentés sur le plan du droit des personnes et de la famille. A mesure qu'on s'éloigne de ce cadre, le rattachement à la nationalité s'impose davantage².

Conclusion

Notion de « domicile » dans le cadre du dilemme

40. Le dilemme *nationalité-domicile* est un problème moderne. Il fait donc appel à des notions modernes. A notre avis, il est erroné de voir dans le mouvement actuel de faveur au domicile (et à la résidence habituelle) une sorte de remontée aux sources historiques du droit international privé. Il n'est pas question de revenir au domicile de l'ancien droit ou — ce qui reviendrait au même — d'adhérer à la conception anglaise du domicile, ces deux notions étant matériellement très proches de notre nationalité contemporaine, ainsi que nous l'avons montré. L'objet de notre ouvrage est en particulier d'indiquer en quoi le domicile défini par les codes civils français, allemand et suisse ne convient pas aux relations du droit international privé. Mais malgré cette contestation de principe, nous devons insister sur le fait que le domicile international moderne s'inspire essentiellement de cette notion assez territoriale qu'est le domicile des droits internes. Car c'est dans cette optique qu'on envisage le domicile dans le débat moderne qui l'oppose à la nationalité. Or notre ouvrage se situe pleinement dans le cadre de ce débat, qu'il n'a pas l'ambition de déplacer.

¹ Frankenstein, op. cit. (note 4, p. 36), pp. 5 et 9 ss., et art. 56 ss.

² Cf. aussi Vischer, Rapport, p. 61.

Chnpitre II

Le statut personnel et le domicile en droit français, en droit allemand et en droit suisse

Sous-chapitre I

Le statut personnel et le domicile en droit français

Section 1

Le statut personnel

I. Le rattachement à la nationalité

41. *Le principe.* Le système de droit international privé français en matière de statut personnel repose sur l'art. 3 III CCF : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Il ressort de cette disposition que le statut personnel comprend l'état et la capacité des personnes, à l'exclusion des régimes matrimoniaux et des successions, et qu'il est régi par la loi nationale. Bien que cette disposition ne mentionne que les Français, la pratique lui a donné un sens bilatéral, en soumettant l'état et la capacité des étrangers à leur loi nationale.

42. *Contestation du principe.* Issu tout naturellement du système de l'ancien droit¹, le rattachement à la loi nationale n'a jamais été sérieusement ébranlé dans son principe. Dans une lettre adressée en 1939 au Président du Conseil, MM. Niboyet et Decugis,

¹ Cf. chapitre I, n. 6-12.

agissant respectivement au nom du Comité français de droit international privé et de la Société de législation comparée, proposèrent la modification de l'art. 3 III CC en faveur de la loi du domicile¹ ; mais l'affaire n'eut aucune suite. En 1928, une démarche tentée dans le même sens à la Société d'études législatives s'était — a-t-on dit plus tard² — heurtée à une « opposition sentimentale » du Ministère des Affaires étrangères. Tous les projets de réforme et de codification du droit international privé proposés jusqu'à présent ont maintenu le principe du rattachement à la loi nationale³, et il n'y a pas lieu d'attendre pour le moment un revirement de cette tendance.

II. Le rattachement au domicile

43. *Les régimes matrimoniaux.* En droit international privé français le régime matrimonial a une nature mixte, à la fois réelle et personnelle. Cette conception paraît bien fondée en elle-même, mais en pratique elle est source d'incertitudes.

On a coutume de faire remonter le « système » actuel à la construction proposée par Dumoulin en 1525 et adoptée la même année par le Parlement de Paris. On sait que cette construction a deux branches contradictoires : le régime des époux mariés sans contrat est régi par la coutume du (premier) domicile matrimonial, les deux époux étant présumés avoir voulu se soumettre à cette coutume ; mais cette présomption de volonté est irréfragable.

La conception de Dumoulin a traversé intacte tout l'ancien droit. La doctrine et la jurisprudence modernes ont abandonné la présomption irréfragable de volonté, mais auteurs et juridictions divergent abondamment sur la solution de remplacement⁴. Si la loi d'autonomie s'impose assez facilement en présence d'un contrat de mariage, elle semble peu opportune dans l'hypothèse inverse. Il paraît préférable d'assimiler le cas d'absence de contrat à un fait juridique, lequel est localisé impérativement ; le domicile apparaît comme la meilleure localisation.

¹ Cf. Tr. Com. fr. 1938/1939.67 ss.

² Niboyet, Tr. Comm. réf. 1949/1950.563.

³ Cf. les textes in Rev. DIP 1929.218 ss., Rev. crit. 1950.111 ss., 1952.179 (modification du précédent), 1970.832 ss. et 1970.835 ss.

⁴ Cf. Levasseur, p. 413 ss.

Mais la jurisprudence n'a pas abandonné le principe d'autonomie des patries, et son action a varié en fonction de l'importance relative qu'elle attachait respectivement au domicile matrimonial et à la volonté présumée des époux. Celle-ci peut s'inférer de multiples circonstances, antérieures, concomitantes, ou même postérieures au mariage. Mais on a surtout pris en considération, sous l'influence de l'école de Mancini, la nationalité des parties¹ ; un temps l'idée était même assez ancrée, puisqu'un jugement de 1891 et un arrêt de 1900 (dans deux affaires différentes) ont expressément appliqué la loi du domicile matrimonial en raison du fait que les époux n'avaient pas la même nationalité². Mais la présomption est en général restée posée en faveur du domicile matrimonial. La Cour de cassation a semblé un moment abandonner le critère de présomption, mais elle a rapidement repris la voie traditionnelle et précise maintenant qu'il faut prendre « spécialement » en considération le premier domicile conjugal³. La présomption en faveur de ce domicile est donc importante, sinon absolue.

44. *Les successions.* Comme les régimes matrimoniaux, la matière des successions en droit international privé français a un statut mixte ; mais, contrairement au régime matrimonial, elle est fractionnée : les successions immobilières sont soumises à la loi de situation des biens, tandis que les biens mobiliers sont considérés comme situés fictivement et en bloc au dernier domicile du propriétaire, en vertu de l'adage *mobilia sequuntur personam*. Cette division, qui semble remonter à Balde (XIV^e siècle), est fermement établie. Mais la nature du rattachement des successions mobilières au domicile du défunt a varié. La règle *mobilia sequuntur personam* se fonde sur l'idée que les biens mobiliers sont attachés fictivement à la personne, mais que la matière des successions, mobilières et immobilières, continue d'appartenir au statut réel, malgré le rattachement au domicile. Aussi celui-ci est-il envisagé comme le lieu où le *de cujus* est censé avoir la plus grande partie de ses biens, de sorte qu'inversement la situation de ces derniers influence la détermination du domicile successoral.

¹ Cf. *Batiffol - Lagarde II*, n. 620-621.

² Trib. civ. Bordeaux 1891, *Clunet* 1893.415 ; Caen 1900, *Clunet* 1900.982 (1986).

³ *Batiffol - Lagarde II*, n. 620. Cf. aussi Cass. 1968, *Rev. crit.* 1968.680, note *Ponsard*, où la netteté de l'affirmation est renforcée par le fait que c'est un arrêt de cassation, alors que la plupart des autres sont des arrêts de rejet.

Historiquement le rattachement des successions a suivi une tout autre voie que celui des régimes matrimoniaux ; cela tient à la manière dont on a longtemps conçu la notion de « domicile successoral ». Nous y reviendrons plus loin.

45. *Apatrides et réfugiés*. L'application aux apatrides de la loi de leur domicile correspond en France à une pratique constante. La même solution a été étendue aux réfugiés, même aux réfugiés ayant gardé leur nationalité d'origine, indépendamment des Conventions de Genève de 1933, 1938 et 1951/1967, que la France a d'ailleurs ratifiées ¹.

46. *Doubles nationaux*. Selon un usage universel, la pratique française distingue les doubles nationaux français de ceux qui ont deux droits de cité étrangers. Les premiers sont soumis à la loi française, les seconds à la loi de leur « nationalité effective », soit à celle dont ils se réclament le plus en fait. La détermination de la *nationalité effective* s'apprécie librement d'après les éléments les plus divers, notamment la résidence habituelle, la langue, le siège des affaires ; le domicile joue dans cette recherche un rôle certes important, mais nullement exclusif.

47. *Epoux de nationalité différente*. Depuis que la femme ne perd plus nécessairement sa nationalité en se mariant (et parfois n'acquiert pas celle du mari), les ménages mixtes se sont multipliés, posant une grave question aux conflictualistes : à quelle loi soumettre ce ménage ? Après avoir essayé diverses solutions (application cumulative, ou au contraire distributive, des lois nationales) ², la jurisprudence française en est venue à appliquer au mariage d'époux de nationalité différente la loi de leur domicile commun. C'est ce qui ressort du célèbre arrêt Rivière, rendu en 1953 par la Cour de cassation ³, et explicité deux ans plus tard par l'arrêt Lewandowski ⁴. La solution, qui a d'abord été adoptée dans des affaires de divorces, a été étendue ensuite aux effets du mariage en général, à la filiation légitime, à la garde des enfants, à l'obligation d'entretien entre époux et aux donations mobilières entre époux.

¹ Cf. R. Sarraute et P. Tager, *Le nouveau statut international des réfugiés*, Rev. crit. 1953.245 ss.

² Cf. Batiffal-Lagarde II, n. 388 et 443.

³ Cass. 1953, Rivière, Rev. crit. 1953.412, note Batiffal.

⁴ Cass. 1955, Lewandowski, Rev. crit. 1955.320, note Batiffal.

L'esprit de la jurisprudence Rivière est de faire régir les effets du mariage par une loi unique, qui ne soit pas celle d'un des époux en particulier, mais bien celle du lien matrimonial lui-même. Parallèlement cette solution permet de justifier élégamment l'application de la loi française à tous les ménages mixtes établis en France, et c'est de loin le cas le plus fréquent. On sait cependant que l'arrêt Rivière lui-même constitue une exception, car il se rapportait à un divorce prononcé par un tribunal équatorien pour un motif inconnu du droit français. Or la Cour de cassation a déclaré : « Le seul fait de la nationalité française de la femme ne suffit pas à rendre, dans tous les cas où l'état de cette dernière est en cause, la loi française obligatoirement compétente ». La solution apparaît opportune, mais aussi très prétorienne, car elle est en évidente contradiction avec la lettre de l'art. 3 III CC.

48. *Convention franco-polonaise.* Signalons la récente Convention franco-polonaise de 1967, relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, qui soumet les relations juridiques entre parents et enfants et l'adoption à la loi du domicile commun des parties intéressées, subsidiairement à la loi nationale de l'enfant et de l'adopté (art. 10 et 12)¹. Cette convention bilatérale — la seule du genre à contenir des dispositions sur la loi applicable — renverse donc l'ordre de priorité du droit commun : Le domicile est le point de rattachement principal, la nationalité le point subsidiaire. La convention est maintenant en vigueur.

49. *Compétence judiciaire.* La qualité de Français d'un plaideur, qu'il soit demandeur ou défendeur, fonde à elle seule la compétence des tribunaux français, quel que soit le domicile des parties (art. 14 et 15 CC).

Pendant longtemps, les litiges entre étrangers n'ont pas pu être soumis aux juridictions françaises. Il en allait déjà ainsi sous l'ancien droit, alors que la qualité d'étranger se déterminait par le domicile. La solution a donc été maintenue telle quelle après l'introduction du Code civil. M. Francescakis rapporte que la jurisprudence n'a presque jamais cru bon de justifier le principe

¹ Cf. R. de Bottini, *La Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille*, Rev. crit. 1970.1 ss., et le texte de la convention in Rev. crit. 1969.329 ss.

d'incompétence qu'elle ne cessait d'appliquer, ni même de l'affirmer expressément¹. Il estime que la raison de cette attitude réside probablement dans l'assimilation, héritée de l'ancien droit, entre les idées de domicile et de patrie ; le juge français qui se déclarait incompétent pour juger un litige entre étrangers avait sans doute ainsi le sentiment d'appliquer strictement la règle *actor sequitur forum rei*, dont le bien-fondé n'était pas à démontrer. Mais sous la pression des nécessités, la jurisprudence a, déjà au siècle dernier, apporté des exceptions toujours plus nombreuses au principe d'incompétence ; finalement par l'arrêt Patino de 1948, la Cour de cassation a laissé tomber le dernier vestige de ce principe, celui qui concerne le statut personnel².

« L'extranéité des parties », confirme un arrêt ultérieur, « n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises, dont, d'autre part, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne »³.

En matière de statut personnel, la règle de compétence internationale est tirée de l'art. 59 I CPC, selon lequel le défendeur est assigné devant le tribunal de son domicile, subsidiairement de sa résidence. Le principe ressort également de nombreuses conventions internationales⁴.

Section 2

Le domicile général

50. *Fonctions du domicile.* Alors que dans l'ancien droit le domicile était exclusivement un point de rattachement pour les conflits de lois et de juridictions⁵, le Code civil en 1804 en a considérablement changé la fonction ; par conséquent la notion s'est aussi passablement modifiée.

Le domicile général est réglé par les art. 102-109 CC. Ses fonctions sont fort diverses ; elles ressortissent au droit privé et

¹ *Francescakis*, Rev. crit. 1949.560 ss.

² Cass. 1948, Patino, Rev. crit. 1949.557, note *Francescakis*.

³ Cass. 1962, Scheffel, Rev. crit. 1963.387, note *Francescakis*.

⁴ Cf. *Malaurie*, n. 85 ss.

⁵ Cf. *Ferrière*, p. 551.

à la procédure : Compétence des tribunaux (art. 59 I CPC, domicile du défendeur) et de l'officier d'état civil (art. 165 CC), ressort judiciaire de la tutelle (art. 393 CC) et de l'ouverture de la succession (art. 110 CC), signification d'exploits (art. 58-1 III CPC), lieu d'exécution des obligations (art. 1247 CC). A côté du domicile général le droit français connaît une multitude de domiciles spéciaux, ayant des fonctions particulières et répondant parfois à d'autres principes que ceux des art. 102 ss. CC.

51. *Détermination du domicile.* En vertu de l'art. 102 CC « le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». Le droit français n'indique pas comment on fonde un domicile, mais simplement comment on le change : « Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement » (art. 103 CC). Les deux conditions énoncées par cette dernière disposition sont à la fois cumulativement nécessaires — sans quoi le domicile n'est pas transféré — et suffisantes — un stage n'est pas requis. La preuve de l'intention résulte soit de déclarations expresses devant les mairies intéressées (art. 104 CC), soit, à défaut de telles déclarations, des circonstances (art. 105 CC).

Le droit français a une gamme assez étendue de domiciles légaux, assignés par la loi indépendamment de la volonté des intéressés : la femme mariée est domiciliée de droit chez son époux (art. 108 I CC), sauf en cas de séparation de corps (alinéa III), le mineur non émancipé chez ses père et mère ou chez son tuteur (art. 108 II CC), le majeur interdit chez son tuteur (art. 108 II CC), le domestique chez son maître (art. 109 CC), les fonctionnaires au lieu où ils exercent leurs fonctions (art. 106-107 CC).

Le droit français adhère aux principes de la nécessité et de l'unité du domicile.

52. *Domicile international.* Les art. 102 ss. CC sont-ils applicables tels quels en droit international privé ? Des trois pays dont le droit sert de base à notre ouvrage, la France est le seul où le problème est vraiment débattu ; elle est aussi le seul pays où le droit positif, déterminé en ce domaine par la jurisprudence, confère à la question un intérêt pratique considérable. Les auteurs sont partagés sur la question, mais la plupart d'entre eux admettent

maintenant que le domicile international ne répond pas nécessairement aux art. 102 ss. CC mais suppose plus de stabilité¹.

La jurisprudence a développé plusieurs notions de domicile international, lesquelles varient en fonction des domaines d'application (successions, divorces, etc.). Nous y consacrerons ci-après quelques développements, qui n'auront naturellement pas leurs correspondants dans l'étude des droits allemand et suisse, où le problème n'est presque pas d'actualité. Mais il importe tout d'abord de dire deux mots d'une institution typiquement française, qui présente quelque intérêt pour notre étude bien qu'elle n'existe plus : le « domicile de droit ».

Section 3

Le « domicile de droit »

53. *Généralités.* Le droit français a connu très longtemps un système qui définissait le domicile en France différemment — ou, d'après une autre interprétation², qui attachait au domicile de fait en France des conséquences différentes — selon que la personne en cause était un Français ou un étranger. Bien que ce dernier pût, dans les conditions déterminées par la loi, s'établir en France, y avoir son établissement principal, y résider même toute sa vie, il n'y avait pas pour autant ce qu'on a appelé un « domicile de droit »³. L'art. 13 du Code civil de 1804 stipulait en effet

¹ Pour l'assimilation des domiciles interne et international : *Arminjon*, p. 626 ; *P. Lagarde*, *De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité*, Mélanges offerts à René Savatier, Paris, 1965, p. 511 ss., spéc. pp. 531-532 et note 4. Pour l'assimilation en matière de domicile successoral : *Freyria*, *Rev. crit.* 1952.502 ; *Lerebours-Pigeonnière - Loussouarn* (implicitement), n. 412. Pour la différenciation : *Niboyet*, n. 509 ss. ; *Malaurie*, o. 25-26 ; *Batiffol - Lagarde I*, n. 182 (nuancé) ; *Francescakis*, spéc. p. 300 ss. Pour la différenciation, mais implicitement : *Levasseur*, p. 269 ; *Cassin*, pp. 666-667. Sur l'ensemble de la question, cf. chapitre III, et chapitre V n. 228 ss.

² La controverse a été vive ; Cf. *Levasseur*, p. 263 ss., avec d'abondantes citations ; *A. Pillet*, *Traité pratique de droit international privé*, Paris et Grenoble, 1923, t. I, p. 290 ss. Sur la même controverse, mais à propos du décret-loi de 1938, cf. *Niboyet*, n. 535 ; *Lerebours-Pigeonnière - Loussouarn*, n. 230.

³ Le domicile de droit (ou domicile autorisé) est à opposer au domicile de fait, celui des art. 102-105 CC ; il se distingue du domicile légal (dit aussi parfois domicile de droit) des art. 106 ss. CC, dont la fonction est tout autre.

ceci : « L'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider ». Interprétant cette disposition par comparaison à l'art. 102 CC, où il n'est question que du « domicile de tout Français », la jurisprudence a conclu que, pour jouir des droits civils au même titre que le Français, l'étranger ne pouvait pas se contenter d'un établissement principal en France ; il devait en outre être « admis à domicile », en vertu d'un décret du Gouvernement, dont le pouvoir était naturellement discrétionnaire.

Les tribunaux ont donc refusé aux étrangers la jouissance du droit à un *domicile juridique* en France ; seules les personnes favorisées par une admission à domicile avaient la jouissance des droits civils en France ¹. Le système a rapidement paru en grande partie impraticable ; la jurisprudence a dû attacher une importance toujours croissante au domicile de fait — déterminé par application des règles ordinaires (art. 102 ss. CC) — des étrangers. Il en a été notamment ainsi de la compétence des tribunaux, sauf dans les affaires de statut personnel, et de la loi applicable aux régimes matrimoniaux ². En définitive l'institution du domicile de droit n'avait conservé un rôle important, en droit international privé, que pour le droit applicable aux successions mobilières ; la loi française ne régissait la succession mobilière d'un étranger que si le *de cuius* avait été admis à domicile en France, et pour autant, en outre, qu'il ait conservé sa résidence en France jusqu'à son décès (art. 13 in fine CC).

54. *Evolution et abrogation.* Conçu au début comme une institution pour elle-même, de durée illimitée, le domicile de l'art. 13 CC est devenu toujours davantage une étape préliminaire vers la naturalisation des étrangers. Une loi de 1889 a consacré cette évolution et a limité les effets de l'autorisation à une durée de cinq ans, pendant laquelle on pouvait solliciter la naturalisation (art. 13 II CC). Désormais il était inutile à l'étranger qui ne voulait pas devenir Français de demander son admission à domicile. Cette institution est tombée en désuétude.

Elle a été abrogée par une loi de 1927. Désormais seule la résidence en France restait soumise à une autorisation adminis-

¹ M. Levasseur (p. 279) rapporte, citations à l'appui, qu'en présence des mêmes textes la jurisprudence belge a adopté une attitude tout autre, admettant le droit pour les étrangers d'avoir un domicile en Belgique.

² Pour plus de détails, cf. Levasseur, pp. 301-302 ; Batiffol-Lagarde 1, n. 182.

trative ; il ne s'agissait plus, cette fois, que des règles sur la police des étrangers.

55. *Rebondissement.* Un décret-loi de 1938, dont il est difficile de percevoir la raison d'être, a reposé le problème du domicile des étrangers en termes de droit public ; l'art. 1 avait la teneur suivante : « Les étrangers ne peuvent bénéficier des droits dont l'acquisition, l'exercice ou la jouissance sont subordonnés par les textes législatifs ou réglementaires à des conditions de domicile ou de résidence en France que si, au moment de l'acquisition, de la jouissance ou de l'exercice de ces droits, ils sont autorisés par les autorités administratives compétentes à séjourner sur le territoire français, pendant une durée supérieure à un an. Les permis de séjour accordés pour un an, ou moins d'un an, ne peuvent, même s'ils ont été renouvelés, tenir lieu de l'autorisation exigée ». Une ordonnance de 1945 a abrogé ce régime que chacun s'accordait à trouver absurde.

56. *Enseignement positif.* Nous avons montré, au chapitre précédent, dans quel contexte historique est née et s'est développée l'institution du *domicile de droit*¹.

Cette institution suggère en outre une remarque importante pour l'objet de notre étude. Le domicile international suppose une certaine intégration de l'individu dans le pays où il est établi ; institution intermédiaire entre le domicile de fait et la nationalité, le domicile de droit permettait d'appliquer la loi française à des individus qui, sans être des nationaux, étaient au moins, partiellement, intégrés au milieu français. Or, il est naturellement plus facile à un Français qu'à un étranger d'être intégré à ce milieu ; il n'est donc nullement arbitraire d'établir des conditions différentes pour la détermination du domicile des étrangers et pour celle du domicile des nationaux. M. Batiffol remarque justement qu'« on ne peut exclure l'éventualité d'une exigence plus grande dans la preuve que l'étranger a eu l'intention effective de fixer son établissement hors de son pays d'origine »². Dans le doute c'est dans sa patrie que l'individu est réputé être le mieux intégré, donc domicilié. C'est là l'enseignement positif du régime abrogé en 1927.

¹ Cf. chapitre I, n. 11.

² *Batiffol - Lagarde I*, n. 182.

57. *Enseignement négatif.* L'erreur fondamentale de ce régime — c'est du moins là qu'on voit généralement la cause de son échec — était de faire dépendre l'existence du domicile et ses effets d'un acte de droit public, dont le prononcé était rarement sollicité, et de ne pas tenir compte de la réalité des faits. « Refuser un domicile en France à l'étranger qui y a son principal établissement revient à nier un fait qui d'évidence existe », écrit M. Batiffol¹. L'échec du *domicile de droit* montre donc qu'il est essentiellement faux de faire dépendre le domicile d'un décret administratif, plus précisément d'attribuer à ce dernier une valeur constitutive du domicile. C'est là l'enseignement négatif du régime abrégé en 1927.

Section 4

Les domiciles internationaux

1. Le domicile matrimonial

58. *Art. 102 ss. CC inapplicables.* La diversité des conceptions affectant le rattachement du régime matrimonial et l'extrême diversité des cas pratiques rendent impossible une définition du domicile matrimonial. On peut cependant affirmer que le droit commun n'a aucune part à la détermination de ce domicile.

59. *Ancien droit.* Cela était déjà vrai sous l'ancien droit, bien que, selon la construction de Dumoulin, le rattachement au domicile y résultât d'une présomption irréfragable de la volonté des époux. Les anciens auteurs s'achoppaient essentiellement à la question de savoir si le domicile matrimonial était celui du mari directement après le mariage, ou s'il valait mieux prendre en considération le domicile que le mari avait juste avant le mariage, pour éviter une fraude de ce dernier au détriment de la femme². Avec le nouveau droit et l'abandon partiel de la théorie de Dumoulin, le problème s'est modifié, et surtout compliqué.

60. *Importance de l'élément subjectif.* Puisque le régime matrimonial a une nature mixte, aussi bien réelle que personnelle,

¹ Batiffol - Lagarde I, n. 182.

² Cf. Levasseur, pp. 407 ss.

le lieu où la majorité des biens des époux se trouvent au moment du mariage ne saurait rester sans influence sur la détermination du domicile matrimonial. D'autre part, la théorie de Dumoulin a été abandonnée, sous le nouveau droit, en tant qu'elle se référait à une présomption absolue de volonté des époux ; depuis lors on recourt largement à la loi d'autonomie, dans la détermination de laquelle le domicile matrimonial ne joue qu'un rôle parmi d'autres éléments — même si la jurisprudence actuelle commande de tenir compte « spécialement » de ce domicile. Aussi examine-t-on tout particulièrement où les époux ont eu l'intention de s'établir après leur mariage ; de nombreux auteurs au siècle passé ont insisté sur la prépondérance de l'élément subjectif du domicile matrimonial et ont vu dans l'établissement des époux à l'endroit envisagé moins l'élément objectif du domicile que la preuve de leur intention¹ ; cependant l'hypothèse est plutôt rare d'époux qui ne s'établissent pas où ils ont eu l'intention de le faire, et la jurisprudence semble sur ce point s'être orientée autrement que la doctrine². Mais une autre tendance a contribué à appuyer le côté subjectif du domicile matrimonial : dans de nombreuses affaires les juridictions ont soumis en fait le régime matrimonial à la loi nationale lorsque les époux avaient manifesté, par divers indices, un esprit de retour à leur patrie ou à leur domicile d'origine³ ; la détermination du domicile matrimonial subit naturellement le contre-coup de cette tendance et suppose que l'on tienne un large compte de l'intention des époux.

61. *Intégration à un milieu.* Ainsi l'art. 102 CC reste hors de question pour la détermination du domicile matrimonial. Comme d'autre part celui-ci s'entend seulement du premier domicile des époux, il ne change pas, de sorte que les art. 103-105 CC ne s'appliquent pas non plus. En dépit de la variété des formules proposées pour le saisir, le domicile matrimonial est au fond imprégné de la même idée que le domicile de la jurisprudence Rivière⁴ : l'idée d'intégration à un milieu social et juridique. Mais le problème est plus complexe que pour la jurisprudence Rivière, car il importe de rechercher l'endroit où l'intégration est réalisée le plus étroitement à la fois par les époux et par leurs intérêts matériels.

¹ Cf. *Levasseur*, p. 415 ss., citant de nombreuses sources.

² Cf. *Levasseur*, p. 417 ss., rapportant de nombreux arrêts.

³ Cf. *Batiffol-Lagarde II*, n. 621.

⁴ Cf. ci-après n. 69-72.

II. Le domicile successoral¹

62. *Evolution du concept.* Il semble qu'à la fin de l'ancien droit le domicile d'origine déterminant la coutume applicable à l'état et à la capacité des personnes se soit incliné, en matière successorale, devant un domicile plus réel, le dernier domicile du défunt¹. Après l'introduction du Code civil la jurisprudence a utilisé le même critère, mais en vertu de l'art. 13 CC le domicile des étrangers était devenu une notion de droit, et non plus une donnée de fait ; n'était donc soumise à la loi française que la succession mobilière des étrangers admis à domicile ; autant dire que cela arrivait rarement. Il est vain de conjecturer sur les raisons de cette attitude ; les meilleurs spécialistes s'y perdent². On ne comprend pas, notamment, ce qui a amené les tribunaux à appliquer aux successions la notion de *domicile de droit* et aux régimes matrimoniaux la loi du *domicile de fait*. La célèbre affaire *Forgo* illustre parfaitement cette contradiction : en même temps que, pour sa succession mobilière, on déclarait *Forgo* domicilié à l'étranger malgré un établissement de soixante-trois ans en France, on soumettait à la loi française son régime matrimonial au motif que le *de cujus* s'était établi en France sans esprit de retour³. La succession des étrangers non admis à domicile était soumise à la loi de ce qu'on appelait leur « domicile d'origine », ce qui menait en fait à l'application de la loi nationale ; il est même arrivé que le recours à cette dernière soit ouvertement affirmé, sans allusion au domicile d'origine. Cette tendance était d'ailleurs bien conforme à l'esprit du temps, très attaché à la personnalité des lois. L'abrogation de l'art. 13 CC en 1927 a contraint la jurisprudence à prendre position entre le domicile et la nationalité. C'est en faveur du premier que la Cour de cassation, dès l'arrêt *Labedan* de 1939, a orienté la jurisprudence⁴. Mais l'application de la loi nationale était tellement ancrée dans l'esprit des tribunaux qu'elle n'a pas disparu d'un coup, et son influence subsiste, au moins indirectement, par l'intermédiaire du domicile.

63. *Art. 102 ss. CC plus ou moins applicables.* Il existe certes une tendance à s'inspirer des art. 102 ss. CC pour la détermi-

¹ Cf. *Freyria*, Rev. crit. 1952.498 ss.

² Cf. *Freyria*, Rev. crit. 1952.497 ss.

³ Bordeaux 1876, *Forgo*, S. 1877.2.109.

⁴ Cass. 1939, *Labedan*, Rev. crit. 1939.480.

nation du domicile successoral international¹. L'art. 110 CC indique que « le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile » ; cependant il s'agit d'une localisation interne, qui ne préjuge en rien le problème de la loi applicable à la succession. En fait les nécessités du droit international conduisent parfois à écarter les art. 102 ss. CC ; comme pour les régimes matrimoniaux, le domicile successoral international est tiraillé entre les tendances personalistes et territorialistes, ainsi que le montrent les trois affaires suivantes.

64. *Succession Chachaty*. Dans un jugement de 1952 le Tribunal civil de la Seine a déclaré domicilié en France le sieur Chachaty, un citoyen turc qui y avait passé les vingt-huit dernières années de sa vie et y avait exercé une intense activité économique (y compris l'achat d'immeubles), tout en gardant apparemment l'intention de finir ses jours en Turquie².

65. *Succession Agopian*. En revanche dans l'affaire de la mort d'Agopian, ce ressortissant égyptien avait gardé dans son pays, avec lequel il conservait des attaches personnelles profondes, l'essentiel de son imposante fortune, mobilière et immobilière³. Dans son arrêt de 1946 la Cour d'appel de Paris a considéré le *de cujus* comme domicilié en Egypte, alors que par application des art. 102 ss. CC elle aurait été conduite à se replier sur la loi française ; l'arrêt note en effet qu'Agopian, qui avait résidé longtemps en France, avait pu, « par ses dépenses fastueuses de mondain oisif, ... donner l'apparence d'un étranger devenu Parisien d'adoption ». Ici les aspirations personnelles et les intérêts matériels aboutissaient de manière concordante à la loi égyptienne, alors que le domicile réel était manifestement en France.

66. *Succession Rougeron*. Dans l'affaire Rougeron, dont les faits étaient assez comparables à ceux de l'affaire précédente, tout en présentant encore davantage d'indices en faveur de la loi nationale (américaine ici), la Cour de cassation a adopté la même attitude que la Cour de Paris dans l'arrêt Agopian et n'a pas tenu compte du fait que le *de cujus* avait passé les deux dernières

¹ Cf. Lerebours-Pigeonnière - Loussouorn, n. 412 (implicitement) ; Freyria, Rev. crit. 1952.502.

² Trib. civ. Seine 1952, Chachaty, Rev. crit. 1952.494, note Freyria.

³ Paris 1946, Spartali (succession Agopian), Rev. crit. 1947.136, note Batiffol.

années de sa vie en Suisse¹, alors que dans la même affaire un tribunal helvétique avait déclaré Rougeron domicilié en Suisse².

67. *Conclusion.* En définitive le domicile successoral international semble, à l'exemple du domicile matrimonial, échapper à toute définition. Les exemples rapportés montrent qu'il ne suppose ni l'application des art. 102 ss. CC, ni nécessairement l'idée d'intégration à un milieu. Il dépend notamment de la nationalité du *de cujus* et de l'emplacement des biens successoraux.

III. Le domicile des apatrides

68. La pratique n'a pas développé de concept de domicile pour le rattachement du statut des apatrides. La jurisprudence se contente en général de constater, sans autre précision, que l'intéressé a son domicile en France.

Deux arrêts de la Cour d'appel de Paris semblent avoir admis que le domicile des apatrides en France suppose non seulement l'établissement dans ce pays, mais l'intégration au milieu ambiant³. Mais il ne semble pas possible de tirer une conclusion générale en la matière, car dans ces deux cas l'existence d'un domicile a été admise. L'hypothèse inverse présenterait plus d'intérêt.

IV. Le domicile de la jurisprudence Rivière

69. *Art. 102 ss. CC inapplicables.* L'arrêt Rivière date de 1953. La notion de domicile dans ce domaine est donc de création récente. Malgré cela la Cour de cassation a développé toute une jurisprudence, dont il ressort en tout cas que les art. 102 ss. CC sont laissés hors de question.

70. *Domicile de la femme mariée.* En particulier le domicile de la femme ne dépend pas de celui du mari, contrairement à l'art. 108 CC. La Cour de cassation a relevé en 1953 que les époux Rivière étaient domiciliés « l'un et l'autre » en Equateur, en 1955 que « les deux époux » Lewandowski avaient leur domicile en

¹ Cass. 1963, Rougeron, Rev. crit. 1965.366.

² Cour de just. civ. de Genève 1958, SJ 1959.589.

³ Paris 1947, Rev. crit. 1948.527 ; Paris 1954, Rev. crit. 1956.63.

France et, en 1961 dans les affaires Corcos¹ et Ortiz², que le divorce d'époux de nationalité différente est soumis à la loi de leur « domicile effectif commun ». Mais ces affirmations ne présentaient un intérêt pratique que pour l'hypothèse de deux époux n'ayant pas de domicile commun ; l'hypothèse a fini par se présenter, c'est l'arrêt Tarwid : « Le divorce d'époux de nationalité différente, soumis à la loi de leur domicile commun s'ils sont tous deux intégrés au milieu local par un établissement effectif dans le même pays, est en revanche, s'ils habitent séparément en des pays différents, régi par la seule loi du for régulièrement saisi du divorce »³. Le domicile de la femme se détermine donc indépendamment de celui du mari⁴.

71. *Intégration à un milieu.* Ce dernier passage de l'arrêt Tarwid indique un autre point sur lequel le domicile de la jurisprudence Rivièrè diffère de la notion définie dans le Code civil. Toute une lignée d'arrêts font allusion à ce domicile qui doit réaliser l'*intégration* des intéressés au milieu local. Or l'intégration à un milieu suppose quelque chose de plus que le simple établissement en un endroit⁵.

72. *Domiciles séparés dans le même pays.* Enfin en déclarant dans l'arrêt Tarwid la loi du for applicable à des époux qui « habitent séparément en des pays différents », la Cour de cassation réservait le cas de conjoints habitant séparément dans le même pays. Le cas s'était déjà présenté à la Cour d'appel de Paris, qui avait assimilé cette situation à celle de deux conjoints habitant ensemble et avait appliqué la loi commune de leurs domiciles⁶. Cette solution a été reprise en 1964 par la Cour d'appel de Grenoble⁷, puis en 1967 par la Cour de cassation dans l'arrêt Yechilzuke⁸. Elle se heurte à de vives critiques⁹.

¹ Cass. 1961, Corcos, Rev. crit. 1961.382.

² Cass. 1961, Ortiz, Rev. crit. 1961.545.

³ Cass. 1961, Tarwid, Rev. crit. 1961.547, note *Batiffol*.

⁴ Cf. chapitre VIII.

⁵ Cf. chapitre VII, n. 320 ss.

⁶ Paris 1956, Bueno, Rev. crit. 1956.504.

⁷ Grenoble 1964, Clunet 1965.657, note *Goldman*.

⁸ Cass. 1967, Yechilzuke, Rev. crit. 1969.479, note *Jacques Foyer*.

⁹ Sur l'ensemble de la question cf. chapitre VI, n. 262 ss.

V. *Le domicile pour la compétence judiciaire internationale*

73. *Art. 102 ss. CC applicables.* Il est connu qu'en tant qu'il a abandonné ce qui restait du principe d'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers, l'arrêt Patino de 1948 a simplement mis fin à une longue évolution et n'est nullement révolutionnaire. La nouveauté fondamentale se lit dans cette phrase du sommaire de l'arrêt : « Les tribunaux français sont compétents pour statuer sur l'action en divorce entre étrangers lorsque le mari, demandeur, chez qui la femme est légalement domiciliée établit qu'il a en France son domicile, tel qu'il est défini par les art. 102 et suivants du Code civil et que la défenderesse ne rapporte pas la preuve contraire »¹.

74. *Domicile volontaire.* L'application pure et simple des art. 102 ss. CC a paru critiquable. M. Francescakis en particulier craint que la facilité avec laquelle on peut fonder un domicile en France au sens du Code civil n'aboutisse à l'encombrement des tribunaux français en demandes de divorces et, surtout, avec l'aide de l'application de la *lex fori*, à un grand nombre de divorces prononcés selon la loi française dans des affaires sans point de contact suffisant avec la France². Ces craintes sont renforcées par le fait que les juridictions françaises, Cour de cassation en tête³, appliquent à l'exception d'incompétence internationale le régime utilisé en matière de compétence territoriale interne et ne se sentent ainsi pas tenus, mais seulement habilités, à se déclarer incompétent d'office ; il suffit donc que le défendeur soit complaisant ou négligent pour qu'un tribunal français puisse prononcer un divorce sans aucun rapport avec la France ; on comprend donc les critiques insistantes dont l'ensemble du système est l'objet⁴.

75. *Domicile de la femme mariée.* Mais le point sur lequel le domicile déterminant la compétence judiciaire internationale suscite la principale désapprobation concerne la manière dont la jurisprudence envisage le domicile de la femme mariée. Déjà lors de l'affaire Patino la Cour de cassation avait rappelé que

¹ Cass. 1948, Patino, Rev. crit. 1949.557, note Francescakis.

² Francescakis, Rev. crit. 1949.567 ss.

³ Cass. 1962, Scheffel, Rev. crit. 1963.387, note Francescakis.

⁴ Francescakis, notes sous les affaires Patino (précitée), Massimo (Rev. crit. 1959.506 ss.) et Scheffel (précitée).

« la femme est légalement domiciliée » chez le mari ; en l'occurrence cette déclaration ne prêtait pas à conséquence, car les deux époux vivaient en France. Mais dans son arrêt de 1962 relatif aux époux Scheffel la même Cour a indiqué que le domicile du mari « est en même temps le domicile légal de la femme aux termes de l'art. 108, complément nécessaire à cet égard des règles françaises de compétence »¹. Or on sait que dans le cadre de la jurisprudence Rivière les tribunaux reconnaissent à la femme un domicile effectif, qui ne concorde pas automatiquement avec celui du mari. En doctrine on s'étonne donc que la Cour de cassation écarte l'art. 108 CC ou au contraire l'applique selon que le domicile détermine la loi applicable ou la compétence judiciaire internationale². Cette différenciation paraît effectivement infondée³. Mais elle est surtout critiquable parce qu'elle mène parfois à des résultats franchement inéquitables, ainsi que le montrent les deux affaires suivantes.

76. *Affaire Scheffel*. La première affaire est celle des époux Scheffel⁴ : Les deux époux étaient Allemands, le dernier (et unique) domicile commun avait été en Allemagne, où la femme était restée après la séparation de fait intervenue en 1948, et le mari demandait le divorce aux tribunaux de France, où il s'était établi ; ceux-ci ont été déclarés compétents. Tous les éléments de la cause étaient donc allemands, sauf le domicile du mari ; ce dernier élément a cependant été jugé suffisant pour fonder une solution qui privait en fait la femme de la protection de la règle *actor sequitur forum rei*.

77. *Affaire Cabassa*. Des époux italiens se marient en Italie en 1949, y vivent jusqu'en 1954, puis en Somalie jusqu'en 1960, après quoi ils reviennent en Italie, où la femme reste tandis que le mari s'établit au Mexique, puis il ouvre contre sa femme une action en séparation de corps en France, où il a trouvé, en fin 1961, un emploi, un appartement et une concubine avec laquelle il vit. En accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour d'appel d'Amiens s'est reconnue compétente sur la base du domicile de la défenderesse, lequel domicile était réputé être

¹ Affaire Scheffel, précitée.

² *Francescakis*, Rev. crit. 1963.396-397 ; *Malaurie*, D. Chron. 1963.56 ; *Simon-Depitre*, Rev. crit. 1964.711.

³ Cf. cependant chapitre VIII, n. 350.

⁴ Affaire Scheffel, précitée.

celui du mari en vertu de l'art. 108 CC, nonobstant l'allégation de la femme selon laquelle on ne saurait considérer l'établissement du demandeur (et de sa maîtresse) comme un domicile conjugal¹.

78. *Domicile conjugal*. Cette jurisprudence paraît d'autant plus contestable que même en matière de compétence judiciaire interne les tribunaux ont prudemment atténué la portée de l'art. 108 CC lorsque l'application de cette disposition eût conduit à des situations particulièrement inéquitables. Ainsi le mari qui transporte son domicile en un endroit ou dans des circonstances qui excluent que la famille le suive est réputé désertier le foyer conjugal, où la femme reste domiciliée (et lui aussi). De même, si celle-ci quitte la demeure familiale, quand même elle en aurait de justes motifs (entretien d'une concubine par le mari), elle y reste juridiquement domiciliée². L'élément déterminant paraît donc être moins le domicile du mari que le domicile conjugal, dont on présume le maintien. Or dans les deux affaires internationales rapportées ci-dessus c'est bien le mari qui avait déserté le foyer. Au demeurant ce qui est ici valable sur le plan interne l'est, ou devrait l'être, à plus forte raison sur le terrain du droit international privé, où les conséquences de l'application de l'art. 108 CC sont sensiblement plus graves. La solution de la jurisprudence paraît donc très regrettable.

¹ Amiens 1964, Cabassa, Rev. crit. 1964.705, note Simon-Depitre.

² Cf. Malaurie, D. Chrou. 1963.56-57, et la jurisprudence citée.

Sous-chapitre II

Le statut personnel et le domicile en droit allemand

Section 1

Le statut personnel

1. Loi nationale et conflits de lois

79. *Avant 1900.* Avant la grande codification réalisée par le *bürgerliches Gesetzbuch* à la fin du XIX^e siècle le droit privé, y compris le droit des conflits, était en Allemagne essentiellement de la compétence des provinces. La plupart de ces dernières soumettaient le statut personnel au droit du domicile. Seules la Saxe et les provinces sous l'influence du Code civil français rattachaient cette matière à la loi nationale (mais à l'exclusion du régime matrimonial et des successions).

80. *Après 1900.* L'unification du droit privé sur le plan national a amené un changement radical. Alors que le *bürgerliches Gesetzbuch* lui-même, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, est plus une œuvre d'unification et de compromis que d'innovation, la Loi d'introduction du Code (*Einführungsgesetz*), où sont contenues les dispositions de droit international privé, a au contraire consacré une nette coupure avec le passé en accordant à la loi nationale un champ d'application extrêmement vaste, et inconnu jusque-là partout en Allemagne. Y sont soumis, principalement : la capacité (art. 7), les conditions matérielles du mariage (art. 13), les effets du mariage (art. 14), le régime matrimonial (art. 15, nationalité du mari), le divorce (art. 17, nationalité du mari), les liens de la filiation (art. 18-22) et les successions (art. 24-25). Ce régime, très envahissant, subsiste toujours.

Pourquoi cette coupure nette avec le passé ? On pourrait trouver nombre de bonnes raisons au choix, par le législateur allemand, de la nationalité comme point de rattachement prin-

cipal en droit international privé. En fait l'étude approfondie des documents de l'époque ¹ montre que les auteurs de la loi ont simplement cédé aux idées alors dominantes, sans accorder à la question l'attention qu'elle eût méritée. Le rattachement à la nationalité s'est imposé comme allant de soi, mais non par engouement nationaliste du législateur.

81. *Projet de réforme.* La nationalité continue toujours d'avoir la faveur des juristes allemands. Dans son projet de réforme du droit international privé en matière matrimoniale le Conseil allemand pour le droit international privé s'est prononcé par principe pour le rattachement à la loi nationale. Dans les cas où l'*Einführungsgesetz* paraît contraire au principe d'égalité des époux (art. 14, 15 et 17) le Conseil propose d'appliquer la loi de la résidence habituelle, non celle du domicile proprement dit ². Ainsi pour les effets du mariage et le divorce on appliquerait, dans l'ordre des subsidiarités : la loi nationale commune des époux, leur dernière loi nationale commune si l'un d'eux l'a encore, la loi de leur résidence habituelle commune, celle de leur dernière résidence habituelle commune si l'un d'eux l'a conservée, la loi de leur résidence simple commune, enfin celle de leur dernière résidence simple commune ; par « résidence commune » il faut entendre « résidence de chaque époux dans le même Etat » ³.

II. Loi du domicile et conflits de lois

82. *Rôle du domicile en général.* A côté de la loi nationale, dont l'empire est considérable, le domicile tient une place dérisoire pour la résolution des conflits de lois en matière personnelle. En outre il ne constitue qu'un point de rattachement spécial et execeptionnel ; sa fonction est en général d'écarter la loi nationale étrangère au profit de la loi allemande dans les cas déterminés par la loi.

83. *L'interdiction.* L'émancipation et l'interdiction sont soumises en principe à la loi nationale, puisque celle-ci régit la capacité civile. Les Allemands, même établis à l'étranger, peuvent donc

¹ Cf. Braga, pp. 11-15.

² Cf. le texte in RehelsZ 1960.339 ss. et l'article de M. Kegel, *Reform des internationalen Eherechts*, RehelsZ 1960.201 ss.

³ Cf. chapitre VI, n. 268.

être interdits par les tribunaux allemands (§ 648 ZPO) selon la loi allemande. L'art. 8 EGBGB dispose cependant qu'un étranger peut faire l'objet d'une mesure d'interdiction s'il a son *domicile* en Allemagne ou, à défaut de domicile, s'il a sa résidence (simple) en Allemagne.

84. *L'absence.* Le problème de l'absence (en Allemagne la *Todeserklärung*) est résolu de manière semblable. Il s'agit fondamentalement d'une question de statut personnel, aussi la loi nationale s'applique-t-elle par principe (ancien art. 9 I EGBGB, remplacé en 1939 par le § 12 VerschG, aujourd'hui § 12 VerschG de 1952). Néanmoins les nécessités du commerce en Allemagne ou la protection de personnes en rapport étroit avec le milieu allemand peuvent occasionner des difficultés lorsque le disparu étranger n'a pas fait l'objet d'une déclaration d'absence ou d'un acte semblable dans son pays d'origine. Aussi le législateur a-t-il habilité le juge allemand à prononcer, selon la loi allemande, la « déclaration de mort » d'un ressortissant étranger dans certains cas déterminés ; il en va en particulier ainsi lorsque le demandeur est le conjoint du disparu, s'il est allemand (ou a été allemand jusqu'à son mariage) et domicilié en Allemagne (§ 12 III VerschG).

85. *Les autres emplois du domicile.* Les autres emplois du domicile en matière de statut personnel n'offrent pratiquement aucun intérêt pour notre étude : voir art. 14 I, 15, 16 I, 24 I et II, 25 EGBGB, de même que les §§ 1409 II, 1944 III et 1954 III BGB.

86. *Double nationalité.* La question de la double nationalité est réglée comme en France. L'Allemand double national est soumis à la loi allemande ; cette solution traditionnelle est cependant de plus en plus critiquée¹. Le double national exclusivement étranger est régi par celle de ses lois avec laquelle il est lié le plus intimement ; le domicile joue un rôle dans la recherche de cette loi, mais ce n'est qu'un indice (important) parmi d'autres.

III. Loi de la résidence habituelle et conflits de lois

87. *Apatridie.* D'après la loi de 1870 sur la nationalité, l'Allemand qui s'expatriait sans s'immatriculer au consulat du lieu de

¹ Cf. *Soergel-Kegel*, n. 37 ad art. 29 EGBGB et les références citées.

son établissement perdait sa nationalité au bout de dix ans ; mais il avait la faculté de se faire renaturaliser. C'est dans ce contexte juridique qu'est intervenue la grande codification du droit privé allemand. L'art. 29 EGBGB distinguait les personnes devenues apatrides de celles qui l'avaient toujours été. Il soumettait les premières au droit de la nationalité qu'elles avaient eue en dernier lieu et les secondes au droit de leur domicile, subsidiairement de leur résidence¹.

Mais la loi de 1913 sur la nationalité a supprimé la perte de la nationalité allemande par l'effet du temps. D'autre part l'augmentation galopante des apatrides après la première guerre mondiale a révélé le caractère intenable de l'art. 29 EGBGB, qui conduisait à appliquer la loi soviétique à des anciens ressortissants russes qui, ayant fui leur pays et perdu leur nationalité par le décret soviétique de 1921, s'étaient parfaitement intégrés au milieu allemand.

En 1928 la Conférence de La Haye s'est occupée de l'adaptation des Conventions de 1902 et 1905 à la situation nouvelle créée par l'explosion numérique des apatrides et doubles nationaux. Après de nombreuses discussions les délégués ont, sous l'impulsion de l'Allemagne, décidé de proposer la soumission des apatrides à la loi de leur *résidence habituelle*, non à celle de leur domicile. Certes les Conventions adoptées en 1928 n'ont pas eu de suites en droit positif. Néanmoins on peut admettre qu'elles ont exercé quelque influence sur le législateur allemand², qui, en 1938, a apporté à l'art. 29 EGBGB la modification qui s'imposait depuis longtemps. Désormais tous les apatrides sont traités de la même façon ; ils ne sont pas soumis à la loi de leur domicile, mais à celle de leur résidence habituelle, subsidiairement de leur résidence simple.

88. *Réfugiés*. Puisque la loi allemande soumettait le statut des apatrides à la loi de leur dernière nationalité, elle faisait d'autant plus régir le statut des réfugiés non apatrides par leur droit national ; ce régime a duré au-delà de 1938, car l'art. 29 EGBGB ne touche que les apatrides. La situation a changé en 1950 par la loi n. 23 du Conseil de contrôle interallié, qui a soumis le statut des réfugiés à la loi de leur résidence habituelle. La République fédé-

¹ Sur l'ensemble de la question, cf. *Papenfuss*, p. 32 ss.

² Cf. *Ernst Wolff*, pp. 186-187 ; *Mann*, p. 468 ; *M. Papenfuss*, pp. 154-156, est moins catégorique à ce sujet ; encore moins : *Stoll, RabelsZ* 1957.189.

rale d'Allemagne a ensuite adopté la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, dont l'art. 12 rattache le statut à la loi du domicile.

89. *Droit privé interlocal.* Le gonflement de l'empire hitlérien avant 1945 et son émiettement depuis lors ont ceci de commun, pour le droit des conflits, qu'ils ont engendré la juxtaposition de plusieurs ordres de droit privé sur un territoire couvert par une seule nationalité¹. Une fois établi que telle personne est allemande, la question de savoir quelle loi régit son statut privé sera résolue par un point de rattachement complémentaire ; mais lequel ? La discussion s'est concentrée autour d'une alternative : domicile ou résidence habituelle. La doctrine largement dominante s'est montrée d'emblée favorable à la résidence habituelle². La jurisprudence semble maintenant s'y être ralliée fermement, après de nombreuses années d'hésitation³.

IV. Conflits de juridictions

90. *Conflits internationaux.* La compétence internationale des tribunaux allemands en matière de statut personnel ne dépend du domicile que dans une mesure restreinte, bien que le for général de la personne se situe dans la circonscription de son domicile (§ 13 ZPO), subsidiairement de sa résidence (simple) en Allemagne, enfin de son dernier domicile (également en Allemagne) (§ 16 ZPO).

En matière matrimoniale (nullité ou annulation de mariage, divorce, etc.) les tribunaux allemands sont compétents si un époux est allemand (§ 606 ZPO). Cette compétence ne s'oppose cependant pas à la reconnaissance d'un jugement étranger dans certains cas déterminés, soit : si le défendeur est étranger, ou s'il a sa *résidence habituelle* à l'étranger, ou s'il demande lui-même la reconnaissance du jugement, enfin lorsque les époux ont

¹ Rappelons que, malgré la division politique actuelle de l'Allemagne, on considère toujours, en République fédérale, que la nationalité allemande est restée unique ; pour elle il n'y a donc que des Allemands, et non des citoyens de la République fédérale ou de la République démocratique.

² Cf. *Soergel-Kegel*, n. prélim. 139 ss. (spéc. 140) ad art. 7 EGBGB et note 24 pp. 67-68 ; *Staudinger-Korkisch*, (EGBGB) *Einleitung*, n. 112 ; cf. aussi les citations de *M. Beitzke* in JR 1952.141, note 45.

³ Cf. *Soergel-Kegel*, loc. cit. et note 23 p. 67 ; *Staudinger-Korkisch*, loc. cit.

cu leur dernière *résidence habituelle commune* à l'étranger (§ 606 a ZPO). La compétence des tribunaux allemands en matière matrimoniale n'existe entre époux tous deux étrangers que si l'un d'eux a sa résidence habituelle en Allemagne et s'il apparaît que le pays d'origine du mari reconnaîtra le jugement, cette dernière condition tombant lorsque l'un des époux est apatride (§ 606 b ZPO).

En matière de filiation il y a toujours un for en Allemagne si une partie est allemande (§ 642 I ZPO). Entre parties étrangères les tribunaux germaniques sont compétents si le demandeur ou le défendeur a son for général, soit en principe son *domicile*, en Allemagne (§ 642 I ZPO).

Enfin en matière d'interdiction et d'absence, les chefs de compétence des tribunaux allemands se recouvrent avec les chefs d'application de la loi allemande, qui se fondent en partie sur le domicile — mais seulement sur le domicile en Allemagne même ¹.

91. *Conflicts interlocaux*. Dans la règle la compétence interlocale se détermine selon les mêmes principes que la compétence internationale (avec le recours au critère de la résidence habituelle lorsque l'élément déterminant est la nationalité allemande). D'autre part il est admis que, dans la mesure où le domicile est un chef de compétence (par exemple §§ 13 ZPO et 36 FGG) — l'Allemagne de l'Est n'étant pas entièrement considérée comme l'« étranger » — il est supplanté en matière interlocale par la résidence habituelle ².

Section 2 — Le domicile

92. *Domicile et résidence habituelle*. On a remarqué qu'en droit international (et interlocal) privé allemand la résidence habituelle a considérablement supplanté le domicile comme élément de rattachement. Nous consacrerons un chapitre spécial à la comparaison de ces deux notions ³.

¹ Cf., ci-devant, n. 83 et 84.

² Cf. *Soergel-Kegel*, n. prélim. 444 ss. ad art. 7 EGBGB.

³ Cf. chapitre IV.

93. *Fonctions du domicile.* Alors qu'au siècle passé le domicile servait principalement au rattachement du statut personnel, le législateur de 1896 l'a conçu comme un instrument d'ordre purement interne, à l'exemple de ce qu'avait fait le législateur français en 1804.

En droit allemand le domicile est réglé par les §§ 7-11 BGB. La liste de ses fonctions est très classique : c'est notamment au domicile de la ou d'une des parties en cause que doit être signifiée, dans certains cas, une déclaration de volonté (§ 132 II BGB), que s'exécutent les prestations du droit des obligations (§§ 269-270 BGB), que se tient le registre des régimes matrimoniaux (§§ 1558-1559 BGB), que l'on peut se marier (§ 15 EheG), etc. Le domicile joue un rôle très important en matière de compétence judiciaire interne, gracieuse ou contentieuse (par exemple §§ 13 ZPO, 36 FGG, 15 VerschG) et dans de multiples domaines du droit public¹.

94. *Conception du domicile.* Le droit allemand en matière de domicile présente par rapport aux droits français et suisse plusieurs traits fort originaux.

En premier lieu il considère la fondation et l'abandon du domicile comme des « quasi-actes juridiques » (« geschäftsähnliche Handlungen »), indépendants l'un de l'autre. Une question est de savoir si la personne a fondé un domicile (§ 7 I BGB), une autre question est de savoir si elle a abandonné un précédent domicile (§ 7 III BGB). Juridiquement les deux opérations ne sont pas nécessairement corrélatives. Aussi est-il possible qu'une personne fonde un domicile sans abandonner le précédent, ou au contraire quitte le précédent sans en fonder de nouveau ; le droit allemand admet donc la pluralité de domiciles (même expressément : § 7 II BGB) et l'absence de domicile.

95. *Détermination du domicile.* D'après le § 7 I BGB la personne qui se fixe durablement en un lieu y fonde son domicile ; en vertu du § 7 III BGB l'abandon de l'établissement avec la volonté d'y mettre fin entraîne la perte du domicile. Le droit allemand est très imprégné de la théorie classique du domicile, en vertu de laquelle celui-ci se fonde par une résidence effective et la volonté de s'établir (*animo et facto*).

¹ Cf. *Soergel - Schultze - von Lasaulx*, n. prélim. 15-17 ad § 7 BGB.

L'importance de l'élément intentionnel ressort de cette autre figure originale du droit allemand que décrit le § 8 I BGB : « Celui qui est civilement incapable ou restreint dans sa capacité ne peut ni fonder ni quitter un domicile sans l'assentiment de son représentant légal ». Ainsi une personne sous tutelle n'est pas rattachée fictivement au domicile du tuteur comme en droit français ou au siège de l'autorité tutélaire comme en droit suisse ; elle a un domicile indépendant, qu'elle n'est cependant pas libre de fixer sans l'assentiment du représentant légal. Le § 8 I BGB est également applicable au domicile du mineur, qui ne partage légalement le domicile de celui ou de ceux qui en ont la garde (§ 11 BGB) que dans la mesure où il n'en fonde pas un lui-même avec l'assentiment de ces derniers.

D'après l'ancien § 10 BGB la femme partageait le domicile du mari ; elle pouvait cependant se fonder un domicile indépendant lorsque le mari s'établissait en un endroit hors d'Allemagne, si elle n'était pas tenue de le suivre et ne le suivait pas, ou lorsque le mari n'avait pas de domicile. Contraire au principe de l'égalité entre l'homme et la femme (art. 3 GG), le § 10 BGB a cessé d'être appliqué dès le 1^{er} avril 1953, avant d'être formellement abrogé par le législateur en 1957. En droit actuel la femme mariée a donc un domicile indépendant de celui du mari.

Signalons enfin que le militaire de carrière a un domicile légal au lieu de stationnement de son unité, et, si cette unité se trouve à l'étranger (!), au dernier lieu de stationnement en Allemagne (§ 9 BGB).

96. *Détermination du domicile international.* Selon la doctrine et la jurisprudence largement dominantes le domicile international se détermine par simple application des §§ 7 ss. BGB¹. Même avant l'élaboration de ces dispositions — soit en un temps où le domicile jouait un rôle dominant en matière de conflits de lois — on ne distinguait nullement entre domicile interne et domicile international².

Les auteurs concentrent leur attention sur d'autres points, en particulier sur les conséquences, en droit international privé allemand, d'un double domicile international. Ces conséquences varient d'un cas à l'autre : pour l'application des art. 8, 15 II et

¹ Wolff, p. 44 ; Soergel - Kegel, n. prélim. 26 ad art. 7 EGBGB. La plupart des auteurs ne le précisent même pas ; manifestement cela va de soi pour eux.

² Cf. Braga, p. 56.

16 I EGBGB et du § 12 III VerschG, dispositions qui sont destinées à protéger les relations internes, l'existence d'un second domicile à l'étranger (à côté du domicile national) n'a aucune importance¹. L'application des §§ 1944 III et 1954 III BGB et de l'art. 24 II EGBGB suppose l'existence d'un domicile (ou de plusieurs) exclusivement à l'étranger², tandis que l'application de l'art. 25 in fine EGBGB requiert un domicile en Allemagne et l'absence de tout domicile concurrent à l'étranger³.

Enfin l'hypothèse d'absence de domicile telle qu'elle est envisagée à l'art. 8 EGBGB suscite quelque controverse⁴.

Sous-chapitre III

Le statut personnel et le domicile en droit suisse

Section 1

Le statut personnel

I. Vue d'ensemble

97. *Droit suisse vu de l'étranger.* A l'étranger on sait que ce qu'il est convenu d'appeler le « système » suisse de rattachement du statut personnel est d'une extrême complexité ; on ne se risque pas à le ranger dans le camp de la nationalité ou dans celui du domicile, car il tient des deux. Mais en général on n'en sait pas plus. Des auteurs étrangers ont cependant tenté de résumer ce

¹ Cf. *Soergel - Kegel*, n. 7 ad art. 8 EGBGB, 23 ad art. 15 EGBGB, 5 ad art. 16 EGBGB, 38 ad art. 29 EGBGB.

² Cf. *Soergel - Kegel*, n. 4 ad art. 24 EGBGB.

³ Cf. *Soergel - Kegel*, n. 5 ad art. 25 EGBGB.

⁴ Cf. *Staudinger - Beitzke*, n. 29 ad art. 8 EGBGB (doctrine dominante) ; contra : *Kegel*, p. 228, *Soergel - Kegel*, n. 6 ad art. 8 EGBGB. Cela dépend de la question, également controversée, de savoir si l'interdiction est avant tout un acte de juridiction gracieuse ou contentieuse ; à ce sujet cf. *Kegel*, loc. cit. et, contra, *Soergel - Schultze - von Lasaulx*, n. 31 ad § 6 BGB.

« système » en écrivant qu'en Suisse on rattache les Suisses à leur loi nationale et les étrangers établis en Suisse à la loi de leur domicile¹. Une telle affirmation n'est pas dénuée de tout fondement ; néanmoins elle n'est qu'une partie de la vérité, et elle nous paraît regrettable, car de nature à éveiller chez le lecteur non averti l'impression que le droit suisse est particulièrement envahissant — ce qu'il n'est, à tout le moins, pas plus que les autres.

98. *Juridiction compétente et loi applicable.* En matière de statut personnel, au sens large, le droit international privé suisse est fondé sur la corrélation de la juridiction compétente et de la loi applicable ; si le juge suisse est compétent, il applique la loi matérielle suisse. Dans l'esprit du législateur la loi applicable détermine la compétence judiciaire internationale. En application du principe légal le problème fondamental du juge suisse est donc de savoir *s'il peut ou non* se saisir d'une affaire ; dans l'affirmative, il applique sa propre loi matérielle. A la rigueur il *tient compte* du droit étranger (art. 7 h I LRDC), mais il ne l'applique pas (art. 7 h III LRDC). Ce régime d'assimilation présente d'incontestables avantages, en particulier pour le juge suisse, mais il est permis de penser qu'une telle construction correspond à un stade peu développé du droit international privé et qu'il s'impose, *de lege ferenda*, de l'abandonner comme principe de base².

99. *Principes de base du système suisse.* Ceci dit, nous croyons pouvoir tracer de la manière suivante les grandes lignes du « système » suisse : en matière de statut personnel au sens large le juge suisse applique la loi suisse aux Suisses de l'étranger (rattachement national) et aux étrangers domiciliés en Suisse (rattachement domiciliaire).

Cependant pour le statut personnel au sens strict (état des personnes) la compétence suisse du domicile s'efface devant les dispositions de compétence de la loi nationale étrangère. D'autre part en tant que loi nationale elle s'incline en faveur des situations acquises dans l'Etat du domicile.

Pour les autres matières du statut personnel au sens large la compétence et la loi suisses s'imposent sur la base du domicile sans considération du droit international privé de l'Etat national.

¹ Raape, p. 50 ; Dölle, p. 54 Comp. Kegel, p. 172, qui rend mieux compte de la réalité.

² Comp. Vischer, Rapport, pp. 66-67.

Mais au titre du rattachement national elles s'inclinent lorsque l'Etat du domicile revendique sa propre compétence.

Malgré son principe d'aspect envahissant le droit international privé suisse en matière de statut personnel apparaît donc comme une œuvre de conciliation, d'une part entre le rattachement national et le rattachement domiciliaire, d'autre part entre lui-même et les ordres juridiques étrangers.

II. Examen de la loi

100. *Loi de 1891. Son objet et sa fonction.* La première source législative fédérale de notre droit des conflits consiste en une loi de 1891 « sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour » (LRDC). Avant cette date le droit international privé était réglé par les cantons, dont les conceptions divergentes offraient l'image d'une extrême bigarrure¹. La fonction de la loi de 1891, qui est toujours en vigueur, était à l'origine de régler avant tout les conflits intercantonaux de lois et de juridiction dans les matières non encore unifiées sur le plan fédéral. On y trouve certaines questions touchant l'état civil (art. 8), la puissance paternelle et l'obligation alimentaire fondée sur la parenté (art. 9), la tutelle (art. 10-18), le régime matrimonial (art. 19-21) et le droit successoral (art. 7 IV et 22-27).

Quant aux relations privées dépassant les frontières nationales suisses, elles sont régies également par la loi de 1891. Il ressort de l'art. 28 LRDC que les Suisses de l'étranger sont soumis à la juridiction et à la loi de leur canton d'origine, à moins que le droit étranger du domicile ne revendique sa propre compétence. En ce qui concerne les étrangers domiciliés en Suisse, la loi de 1891 leur est applicable « par analogie », en vertu de l'art. 32 LRDC.

101. *Principe de la loi de 1891.* L'art. 2 LRDC définit le principe fondamental de cette loi : « Lorsque la présente loi ne réserve pas expressément la juridiction du lieu d'origine, les Suisses établis ou en séjour sont soumis à celle du domicile, en ce qui concerne les rapports de droit civil mentionnés à l'article 1^{er} ».

¹ Cf. Vischer, pp. 512-513, et les références.

Ce principe de primauté du domicile sur la nationalité ne découle pas directement de la volonté du législateur, mais de celle du constituant de 1874. L'art. 46 de la Constitution fédérale dispose en effet que « les personnes établies en Suisse sont soumises, dans la règle, à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil ». Ce texte n'est également conçu que dans une perspective inter-cantonale. Malgré l'existence du principe constitutionnel le législateur s'est quand même demandé à quel principe il allait adhérer. Le rattachement au domicile s'est imposé notamment par la considération que le recours à la loi nationale se justifie lorsque les lois en présence sont très différentes l'une de l'autre, mais non lorsqu'elles en sont au même stade de développement ¹.

102. *Etat civil*. Parmi les matières touchées par la loi de 1891, seule celle de l'art. 8 appartient au statut personnel au sens strict ; or cette disposition constitue la principale exception, que réserve l'art. 2 LRDC, à la prédominance de la loi du domicile : « L'état civil d'une personne, notamment sa filiation, légitime ou illégitime, la reconnaissance volontaire ou l'adjudication des enfants naturels et l'adoption, est soumis à la législation et à la juridiction du lieu d'origine. Dans ces cas, le canton d'origine est celui de l'époux, du père ou de l'adoptant ». Selon le Tribunal fédéral cette disposition « embrasse tous les éléments de l'état d'une personne » ² ; elle intervient donc dans les cas où l'état civil proprement dit est en cause, ainsi en cas de recherche de paternité avec effets d'état, de désaveu, d'adoption, de reconnaissance d'un enfant et de légitimation par mariage subséquent. En revanche l'action « simple » en recherche de paternité, qui ne met pas en cause une question d'état, est soumise à la juridiction prévue par l'art. 312 I CC (*domicile* du demandeur au temps de la naissance ou du défendeur au temps de la demande) et régie par la *lex fori* ³.

Sur le plan international l'art. 8 LRDC présente bien des difficultés d'interprétation. Tout d'abord en ce qui concerne les Suisses de l'étranger : les affaires touchant un époux, un père ou un adoptant suisse sont soumises en principe à la loi suisse ; la

¹ Cf. Vischer, p. 515.

² ATF 86 (1960) II 437 (444).

³ ATF 89 (1963) II 113. Cf. aussi les nombreuses références citées in ASDI 1966.227-228.

question est cependant très discutée de savoir si le droit national suisse s'incline en faveur de la loi étrangère du domicile au cas où celle-ci revendique sa propre application (art. 28 LRDC) ou si, étant donné la nature du statut personnel, la loi d'origine s'impose dans tous les cas ; au contraire du Tribunal fédéral, le Département fédéral de justice et police et la doctrine admettent l'application de l'art. 28 LRDC¹.

Quant aux affaires relatives à un époux, un père ou un adoptant étranger domicilié en Suisse, elles appartiennent à la compétence du juge étranger. Selon le Tribunal fédéral l'art. 8 LRDC est fondé sur l'idée qu'un jugement suisse en la matière risque de ne pas être reconnu dans le pays national². Dans la logique de cette idée rien ne s'oppose donc à ce que le juge suisse se saisisse d'une telle affaire s'il n'y a pas de for dans le pays d'origine, ou si le droit de ce pays renvoie à la juridiction du domicile, ou simplement s'il admet la compétence de cette juridiction. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas tiré cette conséquence³, au contraire de plusieurs juridictions cantonales⁴.

103. *Mariage et divorce*. Les autres matières ressortissant à l'état des personnes, à savoir le mariage et le divorce, font l'objet des art. 7 c à 7 i LRDC, adoptés en 1907 au même temps que le Code civil ; ces dispositions ne concernent pas les relations inter-cantonales, elles ont été édictées en vue du droit international privé proprement dit. Les conditions du mariage sont soumises à la loi nationale respective de chaque fiancé (art. 7 c). Les Suisses peuvent toujours se marier en Suisse (art. 7 d) et y demander leur divorce (art. 7 g I), mais d'autre part, à moins de fraude, leur mariage conclu à l'étranger est reconnu (art. 7 f), de même que leur divorce s'il a été prononcé dans le pays où ils étaient domiciliés (art. 7 g III). Quant aux étrangers, ils peuvent se marier en Suisse s'il appert que leur Etat d'origine reconnaît leur union (art. 7 e). Ils peuvent également y divorcer (devant le juge de leur domicile, art. 144 CC) si la preuve est administrée que l'Etat d'origine admet la cause de divorce et reconnaît la

¹ Cf. Vischer, p. 555.

² ATF 71 (1945) II 142 (145-146), Sterki.

³ ATF 88 (1962) II 6.

⁴ OG Zurich 1957, Bezirksgericht Horgen 1959, tous deux in ASDI 1961.292 ss., observations Lalive ; Tribunal cantonal vaudois 1964, ASDI 1966.223, observations Lalive ; Tribunal cantonal de Nenchâtel, 5 juillet 1971, arrêt non (encore) publié, Pasquariello.

juridiction suisse (art. 7 h) ; ces conditions étant réalisées, le juge prononce le divorce selon le droit suisse (art. 7 h III), donc selon la loi du domicile. Enfin les matières ressortissant au droit du mariage sans toucher à l'état civil sont régies par la loi du domicile : ainsi les fiançailles (domicile de la fiancée)¹, les effets généraux du mariage (domicile du demandeur)² et le régime matrimonial (art. 19-21 LRDC).

104. *Copacité*. La capacité civile est en principe soumise à la loi nationale, en vertu de l'art. 10 de la loi de 1881 sur la capacité civile, que réserve expressément l'art. 34 LRDC. En dépit de l'art. 7 III LRDC la loi nationale régit également l'émancipation, car il s'agit de statut personnel au sens strict³. En revanche la capacité de tester est rattachée à la loi du domicile (art. 7 IV LRDC) ; il en va de même de l'interdiction, du moins lorsque le domicile est en Suisse⁴.

105. *Doubles nationaux*. Chaque citoyen suisse a trois liens d'origine superposés : le lien fédéral (nationalité), le lien cantonal (indigénat) et le lien communal (droit de cité). Ces trois statuts s'acquièrent et se perdent simultanément. Ils sont indépendants du domicile.

Dans cette situation la loi de 1891 devait également régler les conflits de droits d'origine sur le plan intercantonal. C'était l'objet de l'art. 5 LRDC, auquel s'est substitué, en fait sinon en droit, l'art. 22 III CC, également destiné aux conflits intercantonaux : « Lorsqu'une personne possède plusieurs droits de cité, le lieu de son origine est celui qui est en même temps son domicile actuel ou qui a été son dernier domicile ; sinon, son origine est déterminée par le dernier droit de cité qu'elle ou ses ascendants ont acquis ».

¹ Cf. Vischer, pp. 583-584.

² Vischer, p. 606 ss. ; Vaucher, p. 556 ss. ATF 54 (1928) I 243, Otto ; 64 (1938) II 71, Dupré ; 86 (1960) II 303. Dans l'ATF 56 (1930) II 335, Zeller, le Tribunal fédéral semble admettre (p. 338) l'application de la loi nationale (suisse) ; mais cet exemple paraît unique, et d'autant moins justifié que le domicile de la demanderesse était en Suisse, ce qui permettait d'appliquer sans autre la loi suisse. Une plus large application de la loi nationale en la matière a été tout récemment suggérée par M. Dutoit, *L'avenir possible du droit international privé suisse*, ASDI 1969/1970.41 ss. (44-45).

³ Vischer, p. 563 ss.

⁴ Cf. Vischer, p. 568.

Ce texte est applicable par analogie sur le plan international, mais seulement lorsqu'il s'agit d'un double national étranger. En revanche on n'applique en principe que la loi suisse aux Suisses doubles nationaux. Cependant lorsque l'intéressé est domicilié dans son autre Etat national il est naturel, dans une perspective internationale, de reconnaître les jugements prononcés par les autorités de cet Etat¹.

106. *Apatrides et réfugiés*. Les apatrides sont soumis à la loi de leur domicile. C'est ce qui ressort de l'art. 7 a LRDC, adopté en 1907 : « Les personnes dont la nationalité ni le domicile ne peuvent être établis sont régies par le droit civil suisse ».

Il en va de même des réfugiés. La Suisse a ratifié la Convention de Genève de 1951 relative aux réfugiés, dont l'art. 12 I soumet le statut personnel de ces derniers à la loi de leur domicile, subsidiairement de leur résidence simple. Il s'agit d'un principe général du droit suisse, de sorte qu'il est applicable même aux réfugiés n'entrant pas dans le champ de la Convention². Les apatrides et réfugiés domiciliés en Suisse ne sont pas des « étrangers » au sens du droit international privé ; ainsi ils n'ont pas à fournir la preuve requise par l'art. 7 h I LRDC (reconnaissance par l'Etat d'origine) lorsqu'ils demandent le divorce³.

III. Critiques de la loi

107. *Généralités*. Le « système » suisse de rattachement du statut personnel est abondamment critiqué⁴ ; depuis longtemps on ne lui trouve plus un partisan. Mais la loi de 1891 subsiste encore, car on se demande toujours ce qu'il conviendrait de lui substituer : une nouvelle loi (et avec quels principes ?) ou pas de loi du tout⁵ ? Le débat promet de durer encore, à l'exemple de ce

¹ P. ex. ATF 89 (1963) I 303, Baumberger ; 94 (1968) I 235, Boujon.

² ATF 88 (1962) II 329 (question laissée ouverte) : La solution contraire constituerait un déni de justice. ATF 93 (1967) II 354, Pater, ASDI 1967.245, observations *Lalive*. Solution contraire : Bezirksgericht Uster 1965, ASDI 1966.211, observations (critiques) *Lalive*.

³ Cf. P. M. Gutzwiller, p. 4, notes 3a et 3b, et pp. 9-10.

⁴ Cf., d'une manière générale, *Lalive*, *Regards*, p. 181 ss.

⁵ Cf. l'étude approfondie de M. Vischer, Rapport, pp. 29-57 ; G. Broggini, *La codification du droit international privé en Suisse*, RDS 1971 II 243 ss. Cf. aussi la discussion à la Société suisse des juristes en 1971, RDS 1971 II 391-439.

qui se passe chez nos voisins, de sorte qu'il n'est pas téméraire de prédire que dans deux décennies cette loi fêtera un centenaire que personne ne lui souhaite.

Le Conseil fédéral vient précisément de déclarer qu'« il faudra probablement attendre encore longtemps une révision totale de la LRDC »¹ ; aussi juge-t-on préférable de modifier cette loi sur des points particuliers ; pour le moment c'est en matière d'adoption que le Conseil fédéral propose un tel rapiéçage².

Ce qu'on reproche à la loi de 1891, c'est en premier lieu d'être vieille et compliquée ; on la qualifie de vénérable. Sa complexité et son manque de clarté en bien des points paraissent laisser trop de champ aux interprétations les plus contradictoires, de sorte que la sécurité du droit paraît plus compromise qu'elle ne le serait sans loi. Il ne nous appartient pas d'entrer dans le détail du débat. Nous n'en relèverons que deux points particuliers, qui nous semblent en rapport avec le fond de notre ouvrage.

108. *Clause d'analogie.* En vertu de l'art. 32 LRDC les dispositions de cette loi, qui sont destinées en premier lieu aux relations intercantionales, sont applicables « par analogie » aux étrangers domiciliés en Suisse. Une telle clause est en elle-même contestable, car il n'y a pas de véritable analogie entre les relations intercantionales et les relations internationales. Mais l'art. 32 LRDC déplaît surtout en ce qu'il conduit, en vertu de l'art. 8 LRDC, à soumettre au droit étranger et — par ce malheureux parallélisme entre juridiction compétente et loi applicable — à soustraire aux juridictions suisses les actions d'état relatives à un époux, un père ou un adoptant étranger. Suivant la suggestion de M. Fritzsche, l'*Obergericht* de Zurich a récemment montré que la clause d'analogie ne s'applique, à la rigueur de l'art. 32 LRDC, qu'aux relations entre étrangers domiciliés en Suisse, mais pas aux rapports entre Suisses et étrangers³. On peut admettre en effet qu'il y a là une lacune de la loi. Mais dans ses observations sous cet arrêt M. Lalive indique qu'il irait plus loin, en appliquant la loi suisse même à des étrangers de nationalité commune ; à plusieurs reprises déjà l'auteur s'en est pris à la clause d'analogie elle-même⁴.

¹ FF 1971 I 1265.

² FF 1971 I 1265-1266 ; cf., plus loin, n. 112.

³ OG Zurich 1969, ASDI 1969/1970.283 (285-286), observations Lalive.

⁴ Lalive, *Regards*, p. 191, et observations in ASDI 1966.224 ss., avec diverses références ; cf. aussi Vischer, *Rapport*, pp. 64-65.

Or il nous semble devoir poser le problème autrement : peut-être la solution actuelle est-elle malheureuse ; mais alors il faut la mettre au compte du caractère dépassé de la loi de 1891, non l'imputer à la clause d'analogie. Il est en effet constant que, dans la mesure où l'on distingue les conflits internes (interprovinciaux, etc.) des conflits internationaux, le point de rattachement est nécessairement de nature plus territoriale sur le premier plan que sur le second¹. Rappelons par exemple que la loi polonaise de 1926 soumettait le statut des personnes à la loi d'origine sur le plan international et à la loi du domicile sur le plan interprovincial. Si donc en matière intercantonale le législateur suisse de 1891 a soumis les actions d'état à la juridiction et à la loi d'origine, à plus forte raison entendait-il qu'il en soit également ainsi sur le plan international — avec ou sans clause d'analogie.

Le principe doit donc rester, *de lege lata*, le rattachement à la loi nationale. Mais un assouplissement de ce principe nous paraît possible si l'on considère l'esprit du droit suisse des conflits. Ce sera l'objet de notre deuxième remarque.

109. *Esprit du droit suisse.* Nous avons montré qu'en matière de statut personnel le droit international privé suisse tient compte du droit étranger, et souvent s'efface en sa faveur, dans une mesure inconnue des autres ordres juridiques. Il cherche en premier lieu à résoudre les conflits de juridictions et de lois en supprimant ces conflits, de manière à harmoniser autant que possible les solutions sur le plan international. Certes le système ne va pas sans de grands inconvénients et se révèle souvent impraticable. Mais puisque l'esprit du système est avant tout d'éviter les solutions boiteuses, il semble admissible de s'écarter du texte de la loi lorsque l'harmonie internationale des solutions n'est pas compromise, ou lorsqu'au contraire la solution boiteuse est de toute façon inévitable.

110. 1. *Harmonie internationale non compromise.* La première hypothèse s'applique notamment au problème des actions d'état. Nous avons déjà fait allusion à la possibilité qu'ont saisie divers juges suisses de se déclarer compétents pour connaître de telles actions nonobstant l'art. 8 LRDC, s'il n'y a pas de for dans le pays d'origine, ou si le droit de ce pays renvoie à la juridiction

¹ Cf. chapitre I, n. 39. *M. Vischer* (Rapport, p. 59, citant *M. Nadelmann*) rapporte que même Mancini préconisait le rattachement à la loi du domicile dans les cas de conflits internes aux ordres « plurilégislatifs ».

du domicile, ou simplement s'il admet la compétence du tribunal suisse¹.

111. 2. *Solution boiteuse inévitable.* La seconde hypothèse, celle de l'inéluctabilité des solutions boiteuses, est réalisée chaque fois que deux parties à un rapport de droit n'ont pas la même nationalité. En particulier le cas se présente souvent à propos d'actions visées à l'art. 8 LRDC.

Mais l'hypothèse la plus courante concerne le divorce. Selon l'art. 7 h I LRDC un étranger domicilié en Suisse peut agir en divorce devant le juge suisse « s'il établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse » ; rappelons que, ces conditions remplies, le divorce est prononcé selon la loi suisse. Une femme italienne et française actionne son mari italien en dissolution du mariage ; si le juge suisse prononce le divorce, celui-ci sera boiteux parce que reconnu en France et non en Italie ; et si le tribunal suisse refuse le divorce, la femme s'empressera de le demander aux juges français ; mais personne n'a rien à gagner d'un tel procès à distance. Par un double revirement de jurisprudence le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt *Cardo* de 1968², admis que le demandeur n'est tenu d'apporter la preuve requise par l'art. 7 h I LRDC qu'en ce qui le concerne personnellement (peu importe désormais la loi personnelle du défendeur), et seulement à propos de l'une de ses nationalités s'il en a plusieurs³. La solution constitue un aménagement à notre sens parfaitement admissible du droit résultant de la loi de 1891 et de la modification de 1907 ; en effet le législateur n'a ni voulu favoriser des solutions boiteuses ni envisagé l'hypothèse de double nationalité ou de nationalité différente entre les époux ; aussi la loi contient-elle en l'espèce une lacune, que le juge a mission de combler conformément à l'art. 1 II CC.

112. *Projet de réforme.* En rapport avec l'approbation de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière

¹ Cf., ci-devant, n. 102.

² ATF 94 (1968) II 65, *Cardo*.

³ La solution paraît excellente, mais à notre avis encore insuffisante : L'admissibilité du divorce ne doit pas dépendre du rôle des parties au procès ; aussi devrait-on sans autre prononcer également le divorce selon la loi suisse lorsque le demandeur établit que les conditions de l'art. 7 h I LRDC sont réalisées seulement en la personne du défendeur.

d'adoption et avec la modification du droit matériel suisse sur l'adoption, le Conseil fédéral propose de modifier en ce domaine la loi de 1891¹. D'après l'actuel art. 8 LRDC l'adoption est soumise à la loi et à la juridiction du lieu d'origine de l'adoptant. Le projet de réforme se situe exactement dans la ligne du droit suisse telle que nous l'avons tracée : selon ce projet le juge suisse est compétent si l'adoptant ou les époux adoptants sont suisses ou domiciliés en Suisse (art. 8 a), et il applique la *lex fori* (art. 8 b).

Toutefois il s'efface ou s'incline de trois manières en faveur de la loi étrangère : il n'intervient comme juge national que subsidiairement par rapport au juge étranger du domicile, d'autre part il renonce comme juge national à prononcer l'adoption s'il apparaît que la décision ne sera pas reconnue dans le pays du domicile et qu'il peut en résulter un grave préjudice pour l'enfant, enfin comme juge du domicile il rejette la demande s'il apparaît que l'adoption ne sera pas reconnue par l'Etat d'origine.

Section 2 — Le domicile

113. *Généralités.* En droit suisse le *domicile* (« Wohnsitz ») est réglementé aux art. 23-26 CC. Il se distingue nettement, au moins du point de vue formel, de l'*établissement* (« Niederlassung ») et du *séjour* (« Aufenthalt »), même si la Constitution fédérale (art. 43 IV, 45 V et VI) et la loi (art. 1 et 2 I LRDC) confondent parfois ces termes ; l'établissement et le séjour sont des notions de police.

Par rapport au domicile des droits français et allemand le domicile du droit suisse présente l'originalité d'avoir été réglementé en premier lieu pour le droit des conflits, et non pour le droit purement interne. C'est en effet aux art. 3 et 4 LRDC qu'on trouve la première notion précise du domicile en droit privé suisse. Eugen Huber s'est nettement inspiré de cette réglementation lors de l'élaboration du Code civil, de sorte qu'on peut voir dans la loi de 1891 non seulement la première source chronologique de notre droit sur le domicile, mais aussi le point de départ de la législation actuelle.

¹ Cf. FF 1971 I 1265-1266, texte pp. 1292-1293.

Tel qu'il est envisagé dans l'économie du Code civil, le domicile remplit des fonctions multiples, qui sont déterminées par d'autres dispositions de la même loi : compétence en matière d'absence (art. 35 II CC), publication des promesses de mariage (art. 106 III CC), for du divorce (art. 144 CC), lieu d'exécution des obligations (art. 74 CO), etc. Le droit suisse a aussi des domiciles spéciaux (pour les impôts, la poursuite pour dettes, les élections, l'assistance publique), mais, au contraire du droit français, il les assimile très largement au domicile général du droit civil.

114. *Détermination du domicile.* La réglementation suisse du domicile est très classique : « Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir » (art. 23 I CC). « Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles » (art. 23 II CC). Il résulte de ces dispositions que la fondation d'un nouveau domicile entraîne corrélativement la perte de l'ancien ; en d'autres termes l'existence effective de deux domiciles est niée en faveur du dernier fondé.

Toute personne a un domicile. Ce principe est cependant réglé de manière complexe : l'individu qui quitte son domicile en Suisse garde fictivement ce domicile tant qu'il n'en a pas créé un nouveau, en Suisse ou à l'étranger (art. 24 I CC). Mais il en va autrement dans le cas inverse d'un domicile abandonné à l'étranger : le lieu où la personne « réside est considéré comme son domicile ... lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse » (art. 24 II CC). Comme ce « domicile de résidence » est une institution typiquement suisse, nous lui consacrerons quelques développements dans le cadre de ce chapitre (section 3), et non dans la deuxième partie de l'ouvrage.

115. *Domiciles légaux.* La liste des domiciles légaux est aussi très classique : la femme chez le mari, les enfants sous puissance paternelle chez le détenteur de cette puissance, les personnes sous tutelle au siège de l'autorité tutélaire (art. 25 I CC). Le principe du domicile légal de la femme comporte cependant un tempérament important : En vertu de l'art. 25 II CC la femme « dont le mari n'a pas de domicile connu, ou qui est autorisée à vivre séparée, peut se créer un domicile personnel ». Une femme est réputée « autorisée à vivre séparée » au sens de cette disposition en cas de séparation de corps, ou lorsque « sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la

vie en commun » (art. 170 I CC), enfin pendant une instance en divorce ou en séparation de corps (art. 170 II CC). Si l'une de ces conditions est réalisée la femme est de droit « autorisée à vivre séparée » et à se constituer un domicile indépendant ; selon la doctrine dominante et la jurisprudence constante l'intervention du juge n'est pas nécessaire¹.

116. *Domicile international*. Le droit privé suisse a deux réglementations parallèles du domicile : d'une part les art. 3 et 4 LRDC, d'autre part les art. 23-26 CC. A part les détails d'ordre rédactionnel les textes divergent sur deux points : D'une part l'art. 24 II CC, selon lequel 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 », ne se trouve pas dans la loi de 1891. D'autre part, alors que ladite loi ne connaît aucune exception au principe du domicile légal de la femme, l'art. 25 II CC dispose que « la femme dont le mari n'a pas de domicile connu, ou qui est autorisée à vivre séparée, peut se créer un domicile personnel ».

Le Tribunal fédéral a substitué purement et simplement les art. 23 ss. CC aux art. 3 et 4 LRDC, même pour le droit international privé². Certes l'art. 59 I du Titre final du Code civil prévoit expressément le maintien de la loi de 1891 ; mais, explique le Tribunal fédéral, seules les normes de conflit proprement dites ont été maintenues par cette disposition, qui ne s'oppose pas à ce que l'on s'écarte des normes matérielles, en particulier des articles sur le domicile.

L'assimilation des domiciles interne et international est donc entièrement accomplie. Les tribunaux les déterminent de la même façon. Les art. 3 et 4 LRDC n'ont plus aucune utilité.

¹ Cf., résumant la discussion, P. Piottet, *Le domicile personnel de la femme mariée*, JT 1960 I 98 ss. ATF 41 (1915) I 100, 298, 455 ; 54 (1928) I 108, 243 ; 64 (1938) II 395 ; 85 (1959) II 297 ; 86 (1960) II 303.

² En ce qui concerne l'art. 24 II CC : ATF 61 (1935) II 12 (16), Vaynes van Brakel Buys ; en ce qui concerne l'art. 25 II CC : ATF 56 (1930) II 335 (337-338), Zeller.

Section 3

L'article 24 II CCS

1. Généralités

117. *Disposition pour le droit international privé.* D'après l'art. 24 II CC le lieu où la personne réside « est considéré comme son domicile... lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse ». Cette disposition, nouvelle par rapport à la loi de 1891, institue un véritable domicile international (au sens technique) ; il ressort en effet de ses termes que le changement de domicile ne s'effectue pas entre deux lieux très précis (telles localités, telles rues, etc.), mais entre deux Etats ; le texte parle seulement d'un domicile quitté « à l'étranger » et non acquis « en Suisse ».

118. *Plan de l'étude.* Le « domicile de résidence » de l'art. 24 II CC est une institution fort mal connue et fort peu étudiée. La jurisprudence en use avec pragmatisme, ce qui s'explique d'ailleurs au regard du petit nombre de cas jugés à ce sujet. Nous tenterons d'étudier le problème de manière quelque peu systématique. Après avoir examiné les conditions de l'art. 24 II CC, nous aborderons le problème de son domaine d'application.

119. *Conditions de l'art. 24 II CC.* Les conditions d'application de cette disposition ressortent clairement du texte ; il faut :

- a) avoir abandonné son domicile à l'étranger ;
- b) ne pas avoir acquis de domicile en Suisse ;
- c) résider quelque part.

Il va de soi que la première condition s'entend de l'abandon sans fondation corrélatrice d'un autre domicile à l'étranger.

II. Première condition : Abandon du domicile à l'étranger

120. *Le problème.* En droit commun (art. 23 I et II CC) l'abandon du domicile se déduit *ipso facto* de la fondation d'un nouveau domicile. Aussi la pratique ne définit-elle pas l'abandon

du domicile, dont l'hypothèse ne se présente de manière autonome que dans le cadre de l'art. 24 II CC. Comment quitte-t-on un domicile ? Faut-il, comme pour sa fondation, la réunion des conditions objective (abandon du lieu) et subjective (volonté de quitter) — selon la théorie classique et à l'exemple du droit allemand — ou suffit-il d'un déplacement de la résidence, accompagné d'une rupture de fait avec l'ancien milieu ?

121. *Opinion du Tribunal fédéral.* Voici à ce sujet l'explication donnée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de 1961¹ : « On doit se demander d'abord si, à cette date, l'intimé avait quitté son domicile à l'étranger au sens de l'art. 24 al. 2 CC. Pour remplir cette condition, il suffit d'abandonner en fait le domicile étranger ; peu importe que ce dernier subsiste ou non en vertu du droit étranger à titre de domicile légal (...). La situation de fait l'emporte donc sur l'état de droit ; sinon, l'application de la loi suisse serait subordonnée à la possibilité de renoncer à un domicile en droit étranger ».

En s'exprimant ainsi le Tribunal fédéral confond deux problèmes fort différents : d'une part celui, propre à l'art. 24 II CC, de l'abandon du domicile à l'étranger, d'autre part celui de la loi applicable à la détermination du domicile. Sur le second point il donne des indications claires : le juge suisse applique la loi suisse à la détermination du domicile. En revanche sur le premier point — qui est le point soulevé dans l'affaire — la seule déclaration du Tribunal fédéral n'autorise aucune conclusion.

Mais, ce qui importe avant tout, c'est ce que la haute juridiction considère comme son opinion. Or en indiquant qu'il suffit, pour l'application de l'art. 24 II CC, d'abandonner *en fait* le domicile à l'étranger, elle semblerait montrer qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si c'est par sa propre volonté ou non que l'intéressé a quitté son ancienne résidence à l'étranger. Cette interprétation paraît étayée par un arrêt de 1935 où, sans examiner expressément si l'exigence d'abandon du domicile était réalisée, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 24 II CC à un citoyen hollandais qui avait quitté en fait son établissement au Brésil après avoir perdu son emploi, apparemment pour raison de faiblesse mentale (sénilité), et vivait dans un asile psychiatrique en Suisse² ; si l'abandon d'un domicile supposait nécessairement une volonté

¹ ATF 87 (1961) II 7 (9).

² ATF 61 (1935) II 12, Vaynes van Brakel Buys.

correspondante, le Tribunal fédéral n'aurait probablement pas appliqué l'art. 24 II CC, en raison de l'impossibilité où se trouvait sans doute l'intéressé de manifester une volonté.

122. *Arrêt Macler*. Mais l'interprétation, probablement judiciaire, du Tribunal fédéral offre le danger qu'on en abuse. C'est ce qui nous semble s'être produit dans l'arrêt Macler, rendu en 1969 par la même juridiction¹ : Une jeune Française majeure, domiciliée à Thonon (France) chez ses parents, a des relations intimes avec un compatriote, vient accoucher à Genève, où elle travaille pendant plus d'un an dans une pouponnière, avant de rejoindre ses parents, qui entre-temps ont déménagé à Grenoble. Le Tribunal fédéral constate que l'intéressée ne s'est pas constitué un domicile à Genève au sens de l'art. 23 I CC, « la seule raison de sa présence en cette ville étant manifestement son hospitalisation en vue de l'accouchement ». Reste l'art. 24 II CC ; la première condition de cette disposition, l'abandon d'un domicile à l'étranger, est-elle réalisée en l'espèce ? Reprenant textuellement le passage sibyllin, précité, de l'arrêt de 1961, le Tribunal fédéral constate simplement qu'en l'espèce « Madeleine Macler a quitté Thonon le 28 février 1965 pour se rendre à Genève », et tire la conclusion qu'elle a ainsi déplacé son domicile au sens de l'art. 24 II CC.

Cette conclusion nous laisse perplexe. Comment est-il possible d'admettre qu'une femme perd son domicile lorsqu'elle se rend dans une ville de l'étranger pour « la seule raison » de « son hospitalisation en vue de l'accouchement » ? L'intéressée avait tout au plus quitté son domicile à Thonon pour acquérir celui de Grenoble, puisqu'elle faisait ménage commun avec ses parents ; mais elle n'a pas perdu son domicile en France².

Le Tribunal fédéral nous semble cependant avoir écarté bien facilement l'art. 23 I CC à propos du séjour en Suisse. Demoiselle Macler est en effet restée vingt mois à Genève ; ce n'était pas seulement pour y accoucher ! Au contraire elle y a même travaillé pendant plus d'un an. Il est curieux qu'on n'ait attaché aucune importance à ce fait dans l'interprétation de l'art. 23 I CC, qui seul devait (éventuellement) entrer en ligne de compte.

¹ Tribunal fédéral 1969, Macler, ASDI 1969/1970.297.

² Cf. chapitre VI, n. 269.

III. Deuxième condition : Non-acquisition d'un domicile en Suisse

123. *Indifférence du Tribunal fédéral.* Le Tribunal fédéral observe à l'égard de cette deuxième condition des attitudes variables.

Dans une affaire de 1942 il s'agissait de déterminer le domicile du défendeur, un riche Anglais vivant depuis un an et demi dans un hôtel à Zurich¹. Le Tribunal fédéral a indiqué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si l'intéressé avait en Suisse un domicile au sens de l'art. 23 I CC, puisque de toute façon il y en avait un selon l'art. 24 II CC. L'attitude paraît regrettable ; rien n'empêcherait de l'adopter à l'égard de toutes les personnes venant de l'étranger, ce qui en fin de compte reviendrait à vider l'art. 23 I CC de son contenu en matière internationale. Cette attitude procède d'une confusion entre le domicile ordinaire et la résidence considérée comme domicile (hypothèse de l'art. 24 II CC).

Dans l'affaire Karolyi (1948) le Tribunal fédéral n'a mentionné aucun article du Code civil², tout en appliquant manifestement les principes de notre législation sur le domicile. A la lecture de l'arrêt on acquiert alternativement l'impression que les juges ont recouru à l'art. 23 I CC et à l'art. 24 II CC. Une conclusion est impossible à tirer.

124. *Application inutile de l'art. 24 II CC.* Dans l'affaire de 1961 citée plus haut³ le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 24 II CC sans raison. Le demandeur avait quitté sa femme, ses enfants et son emploi à Rome et était venu en Suisse, dont il était ressortissant, sans savoir immédiatement à quel endroit du territoire il allait se fixer. Nous reviendrons à cette affaire dans un autre chapitre⁴ et montrerons que l'intéressé avait bien acquis un domicile en Suisse au sens de l'art. 23 I CC, donc que la disposition subsidiaire de l'art. 24 II CC devait être laissée hors de question.

¹ ATF 68 (1942) II 181.

² ATF 74 (1948) III 18, Karolyi.

³ ATF 87 (1961) II 7.

⁴ Cf. chapitre VI, n. 260.

IV. Troisième condition : Résidence

125. *Résidence au sens de l'art. 24 II CC.* Si les deux premières conditions de l'art. 24 II CC sont réalisées, la personne est réputée domiciliée où elle a sa résidence. N'importe quel séjour ne constitue pas une résidence au sens de cette disposition. Tribunaux et auteurs ont proposé diverses formules pour préciser le sens de cette *résidence*¹. Citons celle de la Cour de justice civile de Genève, selon laquelle la résidence implique « un degré d'organisation de l'existence »². Il semble impossible de serrer cette notion de plus près. Mais la simple présence corporelle ne suffit pas.

126. *Malade mental.* C'est par le biais de l'art. 24 II CC que le Tribunal fédéral, dans un arrêt déjà cité, a déclaré domicilié en Suisse l'étranger qui, ayant passablement perdu la jouissance de ses facultés mentales, avait abandonné son domicile à l'étranger et s'était rendu en Suisse, où il passait d'un asile psychiatrique à l'autre³; l'application du seul art. 23 I CC eût sans doute conduit à nier l'existence de ce domicile en Suisse, car l'intéressé n'était probablement plus à même d'exercer normalement son choix, en raison de son état d'esprit.

127. *Peine privative de liberté.* Autre cas d'application de l'art. 24 II CC: Un citoyen suisse s'enfuit du pays pour échapper à une peine privative de liberté à laquelle il a été condamné; après un an et demi de séjour (et de domicile, apparemment) à Paris il se rend librement aux autorités suisses et purge sa peine. Manifestement il a quitté son domicile à l'étranger. Dans un arrêt de 1954⁴ le Tribunal fédéral déclare qu'un séjour dans une maison de détention, qui en vertu de l'art. 26 CC ne constitue pas un domicile, est une résidence au sens de l'art. 24 II CC, d'où il déduit que le domicile de l'intéressé se trouve tout de même en Suisse.

128. *Séjour d'accouchement.* Enfin on sait par une affaire rapportée plus haut⁵ que le Tribunal fédéral a appliqué derniè-

¹ Cf. ATF 68 (1942) II 181; 74 (1948) III 18, Karolyi (« Aufenthalt von gewisser Stetigkeit »); 87 (1961) II 7 (« ... von gewisser Bedeutung geworden »); comp. Simond, p. 29 ss., et Egger, n. 7 ad art. 24 CCS.

² Cour de just. civ. Genève 1964, Abdullah, SJ 1965.385 (386).

³ ATF 61 (1935) II 12, Vaynes van Brakel Buys.

⁴ ATF 80 (1954) II 107.

⁵ Tribunal fédéral 1969, Macler, ASDI 1969/1970.297.

rement l'art. 24 II CC à une femme dont « la seule raison » du séjour en Suisse était son hospitalisation en vue d'un accouchement. Indépendamment de la motivation d'espèce, que nous avons déjà critiquée plus haut, cette attitude paraît mal fondée, car un tel séjour est par nature provisoire et ne répond même pas aux conditions que le même Tribunal fédéral a établies à propos de la résidence de l'art. 24 II CC.

V. *Domaine d'application de l'art. 24 II CCS*

129. *Généralités.* Le domaine d'application convenable de l'art 24 II CC ne peut être déterminé qu'en fonction de la *ratio legis* de ce dernier.

L'alinéa II de l'art. 24 CC institue un régime d'exception à celui de l'alinéa I, selon lequel « toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau ».

130. *Ratio legis selon M. Schnitzer.* Selon M. Schnitzer la fiction créée par l'art. 24 I CC, si elle paraît peut-être admissible en matière interne, ne l'est pas en droit international privé ; car, explique-t-il, « die Gebietshoheit des Landes über einen Ausländer beruht auf dessen tatsächlichem Wohnsitz im Lande und hört daher mit Beendigung dieses Zustandes auf »¹. Une décision, poursuit-il, par laquelle une autorité admettrait sa compétence sur la base d'une telle fiction ne serait pas reconnue à l'étranger ; d'où, pour M. Schnitzer, l'utilité de l'alinéa II du même article. Cette opinion est partagée par M. Vaucher².

L'explication, qui distingue entre domicile interne et domicile international, ne convainc pas entièrement. Elle est certes judicieuse en elle-même, mais pas en tant qu'elle prétend illustrer la logique de la loi. Car l'alinéa II de l'art. 24 CC n'intervient qu'en cas d'abandon du domicile à l'étranger, tandis que l'hypothèse d'abandon du domicile en Suisse reste soumise à la fiction de l'alinéa I ; ainsi le danger de non-reconnaissance d'une décision suisse rendue sur cette base existe bel et bien. En définitive le régime dualiste institué à l'art. 24 CC est destiné à étendre la compétence des autorités suisses, sinon « autant que possible », du moins

¹ Schnitzer, p. 125.

² Vaucher, pp. 516-517.

autant qu'il est désirable, sans qu'on se soucie de savoir ce que l'étranger en pensera.

131. *Ratio legis selon MM. Rossel et Egger.* Lors de l'élaboration du Code civil suisse le rapporteur de langue française au Parlement, Rossel, expliqua ainsi la *ratio legis* du futur art. 24 II CC : « Ce dernier alinéa a pour but de régler des cas assez fréquents qui, dans la pratique, offraient de très grandes difficultés. Il faut absolument que toute personne puisse être rattachée à un domicile ; le législateur lui en assigne un, si elle n'en a pas ou si elle n'en a plus »¹. Il s'agit donc en quelque sorte d'un *domicile subsidiaire*.

Dans le même esprit Egger enseigne que l'institution de l'art. 24 II CC peut servir de frein contre l'admission trop facile de l'existence d'un domicile². Le texte légal indique bien qu'il ne s'agit pas d'un vrai domicile, mais d'une *résidence considérée comme domicile*.

132. *Domaine d'application « adéquat ».* Il découle de ces indications que le « domicile de résidence » ne peut pas avoir un champ d'application aussi général que le domicile ordinaire, en d'autres termes que ce champ doit être mesuré aux conséquences du domicile. C'est ce qu'indique M. von Steiger avec toute la clarté désirable : « Wo aber das Gesetz bestimmte Wirkungen des W. gemäss ihrem Sinn und Zweck vom Bestehen eines echten W. abhängig macht, versagt der Aufenthalts-W. als Anknüpfungsgrund »³.

En accord avec Egger⁴, M. von Steiger donne comme exemple le domicile légal ; selon ces auteurs, que le Tribunal fédéral n'a pas suivis⁵, la femme et les enfants ne partagent pas

¹ Rossel, in Bull. stén. de l'Ass. féd. 1905.455 ; comp. Huber, *ibid.*, p. 453.

² Egger (1^{re} éd., 1911), n. 2 h ad art. 23 CCS : « Diese Vorschrift kann davor behüten, im Rechtsleben voreilig auf einen neuen Wohnsitz zu schliessen ».

³ Von Steiger, p. 38. Le sigle « W », employé par l'auteur, signifie *Wohnsitz*.

⁴ Egger, n. 7 ad art. 24 CCS.

⁵ ATF 68 (1942) II 181. A vrai dire cette affaire était bien particulière : Les deux époux vivaient séparés depuis vingt ans, cependant depuis quelque temps ils remplissaient tous les deux personnellement les conditions de l'art. 24 II CC, mais en des endroits différents de la Suisse ; le problème était donc simplement de savoir quel tribunal interne était compétent, étant donné par ailleurs que les époux n'avaient pas le droit de vivre séparés au sens de l'art.

de par la loi le « domicile de résidence » du chef de famille ; cela revient à dire que, si le mari tombe sous le coup de l'art. 24 II CC, la femme peut avoir un domicile propre, comme si l'époux n'avait pas de domicile connu (art. 25 II CC).

133. Domaine d'application dans la pratique du Tribunal fédéral.

1. *Interdiction et tutelle.* L'application de l'art. 24 II CC a permis au Tribunal fédéral de déclarer les autorités suisses compétentes pour prononcer l'interdiction et instituer une tutelle, d'une part sur une personne incarcérée en Suisse¹, d'autre part sur un individu incapable de discernement et placé dans un asile psychiatrique². La solution se justifie, car il eût été inopportun de s'en remettre, pour de telles mesures, aux autorités de l'ancien domicile de l'intéressé (respectivement la France et le Brésil), d'autant plus que dans aucun de ces cas il ne s'agissait simultanément de son pays d'origine (respectivement la Suisse et la Hollande).

2. *Divorce.* A propos de divorce le Tribunal fédéral a admis que le « domicile » de l'art. 24 II CC en Suisse suffisait à fonder la compétence du juge du domicile du demandeur (art. 144 CC) pour dissoudre l'union d'époux suisses³. Cette attitude paraît curieuse, mais elle n'engendre pas d'inconvénients importants : en effet l'époux suisse de l'étranger peut en tout temps demander son divorce (ou être actionné en divorce) au for de son lieu d'origine (art. 7 g I LRDC) ; il importe donc peu au défendeur resté à l'étranger d'être attaqué au lieu où son conjoint a acquis un domicile (voire un « domicile de résidence ») ou à son lieu d'origine, puisque les deux se situent en Suisse.

3. *Action en recherche de paternité.* Dans l'affaire Macler, rapportée précédemment⁴, le Tribunal fédéral a admis l'application de l'art. 24 II CC pour fonder la compétence d'un tribunal suisse pour connaître d'une action — purement pécuniaire — en

170 CC. Nous ne connaissons pas de cas où le Tribunal fédéral aurait admis qu'une femme vivant à l'étranger a son domicile en Suisse si son mari n'y a que la résidence exigée par l'art. 24 II CC. Or c'est apparemment bien un cas de ce genre que *MM. Egger et von Steiger* ont en vue.

¹ ATF 80 (1954) II 107.

² ATF 61 (1935) II 12, *Vaynes van Brakel Buys*.

³ ATF 87 (1961) II 7.

⁴ Tribunal fédéral 1969, *Macler*, ASDI 1969/1970.297.

recherché de paternité. A juste titre M. Lalive trouve cette solution « discutable »¹ ; elle l'est d'autant plus que dans le système suisse de droit international privé le juge applique sa propre loi matérielle, et que de ce fait le problème ne se résume pas à une simple question de compétence judiciaire.

4. *Autres cas.* Les autres cas où le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 24 II CC ne sauraient faire l'objet d'une étude systématique, car leurs circonstances extraordinaires justifiaient des jugements d'espèce².

134. *Domaine d'application discutable.* Si, pour les raisons déjà indiquées, le « domicile de résidence » paraît admissible comme chef de compétence dans les divorces d'époux suisses, nous trouvons discutable l'opinion de M. P. M. Gutzwiller selon laquelle un domicile situé en Suisse aux termes de l'art. 24 II CC permet également à un époux étranger d'y demander le divorce³. Certes l'économie de la loi ne s'oppose pas à cette solution, car le demandeur reste tenu, en vertu de l'art. 7 h I LRDC, d'établir que le jugement suisse sera reconnu dans son pays d'origine. Mais l'opinion de M. Gutzwiller nous semble susceptible d'influencer défavorablement l'évolution du droit. L'hypothétique substitution de la loi du domicile à la loi nationale pour le rattachement du statut personnel suppose un domicile stable et solide, ce que n'est assurément pas l'institution de l'art. 24 II CC. Spécialement depuis que l'arrêt *Cardo*, rapporté précédemment⁴, a engagé notre droit des conflits dans une voie moderne mais audacieuse, où l'art. 7 h I LRDC perd de son influence, il convient de ne pas ouvrir toute grande la porte des tribunaux helvétiques aux divorces sans point de contact avec la Suisse.

135. *Fraude à la loi.* L'utilisation de l'art. 24 II CC requiert une prudence d'autant plus grande que le « domicile de résidence » n'est pas à l'abri de fraudes. Le principe de la sincérité du domicile — principe juridique non écrit — est sérieusement compromis, ainsi que l'atteste cette curieuse allusion du Tribunal fédéral relative à une personne qui avait manifestement quitté son domicile à l'étranger et s'était plus ou moins établie en Suisse⁵ : « Auch

¹ Lalive, ASDI 1969/1970.298.

² ATF 68 (1942) II 181 ; 74 (1948) III 18, Karolyi.

³ P. M. Gutzwiller, p. 6.

⁴ Cf., ci-devant, n. 111.

⁵ ATF 74 (1948) III 18 (21), Karolyi.

wenn sich der Gläubiger sollte vom Gedenken haben leiten lassen, dass er seine Forderungen bei Wohnsitznahme in der Schweiz am besten durchzusetzen vermöge, läge darin kein Rechtsmissbrauch ». Est-il opportun que le juge suisse accueille favorablement la demande en divorce d'un étranger — notamment d'un apatride, dispensé de la preuve de l'art. 7 h I LRDC — qui, par hypothèse, a établi à cette fin sa simple résidence en Suisse ?

Sous-chapitre IV

Les conventions internationales

I. Conventions de La Haye

136. *Les anciennes Conventions.* Les premières Conventions de La Haye en matière de statut personnel portent l'empreinte de leur temps : elles sont tout imprégnées par l'idée du rattachement à la loi nationale. Certaines d'entre elles se réfèrent, pour des questions très particulières, au critère de la résidence habituelle¹.

Les Etats qui nous intéressent ici n'ont plus une grande part à ces traités. L'Allemagne et la Suisse sont encore liées aux Conventions de 1902 sur le mariage et sur la tutelle ; l'Allemagne est aussi partie aux Conventions de 1905 sur les effets du mariage et sur l'interdiction. La France n'a plus aucune part à ces traités².

137. *Les nouvelles Conventions.* Les nouvelles Conventions de La Haye consacrent un certain déclin du rattachement à la nationalité et le déclin certain du rattachement au terme de « domicile », auquel on a substitué celui de « résidence habituelle ». Les causes de cette substitution, de même que la notion de résidence habituelle, seront examinées dans un chapitre spécial³.

Mentionnons, pour illustrer le double mouvement signalé, la Convention de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (Allemagne, France, Suisse), celle de 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en

¹ Cf. chapitre IV, n. 174.

² Sur l'état actuel de la question, cf. *Kegel*, p. 87.

³ Chapitre IV.

matière d'obligations alimentaires envers les enfants (Allemagne, France, Suisse), celle de 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (ratifiée par la Suisse, signée par l'Allemagne et la France), celle de 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption (signée par la Suisse), et la Convention adoptée en 1968 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps¹. Signalons également la Convention de 1955 « pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile », dite aussi « Convention sur le renvoi » (signée par la France), qui stipule en son art. 5 : « Le domicile, au sens de la présente Convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité ».

II. Autres conventions

138. D'après l'art. 12 de la Convention de New York de 1954 (ratifiée par la France) sur le statut des apatrides, ces derniers sont soumis, au point de vue du droit international privé, à la loi de leur domicile, subsidiairement de leur résidence.

Il en va de même pour les réfugiés, d'après l'art. 12 de la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, ratifiée par l'Allemagne, la France et la Suisse.

Ces conventions ne définissent pas le domicile.

¹ Sur l'état actuel des signatures et ratifications, cf. Rev. crit. 1972.170 ss.

Chapitre III

La détermination du domicile international

Section 1

Contexte historique du problème

139. *Renouveau des études sur le domicile international.* L'avènement de la nationalité comme point de rattachement du statut personnel a provoqué le déclin du domicile sur ce terrain. Depuis les années vingt, celui-ci jouit d'un regain d'intérêt, qui s'est manifesté d'abord en doctrine ; aussi la période entre les deux guerres a-t-elle vu la parution de nombreux ouvrages de grande valeur consacrés au domicile.

140. *Contexte historique de ces études.* Mais pour comprendre quel fut exactement l'objet de ces ouvrages, il faut se rappeler que, pendant sa longue éclipse sur le terrain international, le domicile avait été relégué à des fonctions purement internes et de ce fait réglementé de manière divergente par des textes légaux, cessant ainsi de répondre à une notion universelle. On avait assisté à l'éclosion, en 1804 d'un « domicile du droit français », en 1891 d'un « domicile du droit suisse » et en 1900 d'un « domicile du droit allemand ». Naturellement ces notions ne divergent pas seulement entre elles, mais elles s'écartent surtout largement, quant au fond sinon à la définition formelle, du domicile, à vocation internationale, de l'ancien droit.

141. *Objet de ces études.* Les auteurs des années vingt et trente se sont donc trouvés placés devant une tâche toute nouvelle, dont ils semblent n'avoir pas saisi toute l'ampleur. Certes M. Cassin note que les « législations écrites qui ont défini le domicile n'ont pas eu généralement en vue les rapports internationaux de droit privé, mais ont simplement voulu régler dans

l'intérêt de l'autorité, des tiers ou de la personne elle-même, les effets, d'ailleurs très importants, du domicile en droit interne »¹. Mais la plupart des auteurs de l'époque ont omis de tirer de cette constatation pratique la conséquence que le domicile du droit international ne se détermine pas, ou pas nécessairement, comme celui du droit interne². Au contraire l'assimilation de ces deux notions, fort vivace encore aujourd'hui, est à la base de tous les ouvrages importants publiés aux environs de 1930³. Cette considération a conduit les auteurs à examiner en premier lieu la question de savoir quelle loi est applicable à la détermination du domicile sur le plan international. En second lieu, l'intérêt que présentait subitement le domicile de chaque loi interne pour les conflits de lois et de juridictions a suscité des recherches approfondies de droit comparé ; à ce propos, les ouvrages de MM. de Magalhães (1928), Cassin (1930) et von Steiger (1934) constituent une littérature très enrichissante⁴.

142. *But des études comparatives.* On peut supposer que par leurs larges études de droit comparé ces auteurs ont eu en vue une meilleure compréhension internationale en matière de domicile, voire une certaine unification des concepts sur une base dépassant le cadre national. Sans mettre aucunement en doute l'utilité des études comparatives et l'enrichissement qu'elles présentent pour la science, nous devons néanmoins constater qu'en l'occurrence les espoirs placés en elles étaient exagérés.

¹ Cassin, p. 666.

² Ainsi M. de Magalhães, p. 32 : « on n'a jamais constitué et il n'était pas nécessaire de constituer, une notion de domicile propre au droit international, à moins de considérer comme telle celle qui aurait été insérée dans une convention collective, où les Etats signataires se seraient mis d'accord sur une notion uniforme de domicile ».

³ L'ouvrage de M. von Steiger, intitulé *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht*, en fournit l'illustration la plus manifeste ; l'auteur n'a pas cherché à développer un concept propre au droit international privé et distinct du domicile interne, malgré ce que laisse peut-être croire le titre de son livre. On en dira autant de l'ouvrage, plus récent, de M. Mösslang (*Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im Kollisionsrecht...*) et du chapitre 2, § 5 (p. 39 ss.) de l'ouvrage de M. Laube.

⁴ Cette littérature ne se limite pas aux trois ouvrages mentionnés ; mais, à la différence de ceux-ci, la thèse de M. Zumbach et l'ouvrage, aussi riche que concis, d'Henry Neuhaus traitent du domicile seulement en droit comparé, non sur le plan du droit international privé. Quant au livre de M. Levasseur, il traite, au contraire, du domicile en droit international privé, mais pas en droit comparé.

143. *Echec sur ce point.* Toutes les tentatives d'unifier la notion du domicile sur le plan international ont échoué ; en particulier le projet présenté par M. de Magalhães dans le cadre de la Société des Nations appartient depuis longtemps au domaine du souvenir¹. Le succès de telles tentatives eût d'ailleurs été surprenant. En premier lieu, le domicile du droit anglais et celui des droits continentaux sont des notions absolument inconciliables. Mais même une unification dans le cadre continental paraît impossible² ; certes les divers droits nationaux accusent des différences plus théoriques que pratiques en matière de domicile ; mais la force des habitudes est irrésistible, surtout sur un terrain aussi délaissé par les législateurs qu'est le droit international privé. Au surplus, une œuvre d'unification internationale demande beaucoup d'haleine ; or les juristes des années vingt ne disposaient pas du recul nécessaire pour juger des chances d'unification internationale du domicile ; aussi la Conférence de La Haye de 1928 a-t-elle finalement préféré recourir à un nouveau critère, la *résidence habituelle*, dont le succès depuis lors n'a cessé de s'affirmer. Les études comparatives sur le domicile sont donc, sous cet angle, arrivées trop tard.

144. *Problème de méthode.* D'autre part, on peut s'interroger sur le bien-fondé du point de départ de ces études. Dès l'instant où l'on reconnaît ouvertement que les « législations écrites qui ont défini le domicile n'ont pas eu généralement en vue les rapports internationaux de droit privé », on ne saurait se limiter à des recherches sur le domicile *interne* pour tenter de dégager un concept de domicile *international*. Les études comparatives présentent un intérêt certain, mais en ce domaine il convient d'en dépasser le cadre, ce que les auteurs des années vingt et trente n'ont en général pas fait.

145. *Exceptions : MM. Levasseur et Cassin.* Signalons cependant que, sans développer un concept autonome de domicile international, deux auteurs ont laissé la porte ouverte à une telle voie, en préconisant une application pragmatique des règles positives sur le domicile.

Tout l'ouvrage de M. Levasseur — qui au demeurant n'est pas un ouvrage comparatif — est centré sur la constatation sui-

¹ Cf. le texte chez de Magalhães, pp. 138-139.

² Dans le même sens : Neuhaus, p. 151.

vante : « Le domicile en lui-même n'est rien, il est inexistant ; toute son importance ressort de ses effets. La situation de fait que l'on requiert afin de produire tel ou tel effet, et que l'on nomme domicile, n'est pas la même dans toutes les hypothèses »¹.

L'auteur en fait la démonstration dans l'étude détaillée à laquelle il se livre dans la dernière partie de son ouvrage, où il analyse plus d'une quinzaine de domiciles différents, entre lesquels d'ailleurs on ne distingue parfois que des nuances².

A la même époque, M. Cassin relève que « la notion du domicile en droit international privé, n'étant encore que rarement réglementée par des textes de lois ou de conventions internationales, reste soumise pour une large part à l'appréciation des tribunaux, et que ceux-ci usent de leur liberté relative et tiennent le plus grand compte des effets à reconnaître au domicile en chaque espèce pour procéder dans chaque litige à la détermination, plus ou moins rigoureuse, qui leur paraît la meilleure pour la souveraineté qui les a investis, pour les parties ou pour les relations internationales »³. Dans cette optique la détermination du domicile consiste à localiser moins la personne elle-même que le rapport de droit soumis à la connaissance du juge.

Section 2

Loi applicable à la détermination du domicile

I. Généralités

146. *Problème nécessaire.* En introduisant le terme de « domicile international », Niboyet a clairement indiqué qu'il ne s'agissait pas pour lui de définir une notion commune à plusieurs ordres juridiques, mais de proposer un concept de domicile « en vue des rapports internationaux ». « Dans l'état actuel de la vie internationale », écrivait-il, « il n'y a pas plus de domicile correspondant à une notion du droit international positif qu'il n'y en a au sujet de la nationalité »⁴.

¹ Levasseur, p. 269.

² Levasseur, pp. 328-456.

³ Cassin, pp. 666-667, et la note 1 p. 667.

⁴ Niboyet (1^{re} et 2^{me} éd.), n. 509.

Le développement d'un concept de domicile international ne supprime donc pas le problème de la loi applicable à la détermination du domicile. Ce dernier doit même être résolu en premier lieu, car avant de déterminer ce que telle loi entend par « domicile international » il faut savoir si c'est bien elle qui est habilitée à en donner la notion ¹.

147. *Débat épuisé.* Le problème de la loi applicable à la détermination du domicile a fait l'objet d'une littérature incroyablement abondante. Sans nier l'importance théorique et pratique de la question, on comprend mal les débordements d'imagination qu'elle a suscités ; en tout cas le débat nous semble s'être épuisé avant les auteurs, et ce n'est pas ici le lieu de le reprendre en détail.

II. Application de la « loi de l'institution »

148. *Principe.* Nous considérons comme fondamental le principe qu'en règle générale la loi définit elle-même les termes qu'elle utilise, principe énoncé, en ce qui concerne le domicile, par M. Levasseur : « C'est la loi qui a déterminé l'effet du domicile qui seule doit en déterminer le lieu » ².

149. *Théorie de la lex loci.* Une partie de la doctrine aimerait soumettre la question à la loi territoriale, en ce sens que le droit de chaque pays déterminerait les conditions du domicile exclusivement pour son propre sol, sans considération de l'ordre juridique — national ou étranger — auquel appartient la règle de conflit appliquée. Cette conception se justifie dans une théorie de droit international privé qui envisage le domicile comme une institution de droit public ; à ce point de vue, la position défen-

¹ En dépit de nombreuses mises en garde (cf. notamment *Mokarov, Mélanges Maury* I, p. 208), on confond encore trop souvent le problème de la détermination du domicile avec la question des qualifications. En doctrine anglaise on emploie parfois le terme de *classification* pour désigner ce qu'on entend par *qualification* ; ce terme permet de mieux saisir la différence entre le problème de la qualification et celui qui nous occupe ici. On qualifie un rapport de droit — par exemple la vocation successorale du conjoint survivant — en ce sens qu'on le range, qu'on le classe dans une des catégories établies par le droit positif — par exemple dans le droit matrimonial ou dans le droit successoral. Mais, au sens technique du mot, on ne qualifie pas un point de rattachement, notamment le domicile ; on en interprète la notion.

² *Levasseur*, p. 94.

due par Niboyet est parfaitement logique, mais elle n'est guère partagée par les autres auteurs¹ ; pour la doctrine contemporaine largement dominante le droit international privé n'est pas du droit public. Or dans un système qui considère le domicile comme une institution de droit privé l'application de la loi territoriale à la détermination du domicile n'a aucun titre de justification. En particulier il est erroné de prétendre qu'on ne saurait admettre l'existence d'un domicile dans un pays par application d'une autre loi que celle de ce pays, et surtout à l'encontre de cette loi ; car il ne s'agit pas d'intervenir dans l'ordre interne d'un pays étranger, en particulier de déterminer par application de la loi de l'ordre A si telle personne a le droit de résider dans l'ordre B.

150. *Problème de méthode.* Puisque, comme point de rattachement du droit international privé, le domicile est différent d'un pays à l'autre, à quoi bon emprunter la règle de conflit à un ordre juridique et la notion qu'elle utilise à un autre ? N'est-il pas clair que, lorsque le droit suisse soumet la succession à la loi du dernier domicile du défunt, il entend que cette matière soit régie par le droit du pays avec lequel le *de cuius* était lié par un rapport que lui, droit suisse, appelle *domicile*, même si cela conduit à appliquer une loi étrangère ? Et n'est-il pas évident qu'on ne pratique le renvoi que par application des règles de conflit et des notions du droit étranger en vertu duquel a lieu le renvoi ?

Au demeurant les partisans de la loi territoriale illustrent eux-mêmes l'erreur fondamentale de leur théorie lorsqu'ils prétendent qu'on ne saurait affirmer l'existence d'un domicile en Angleterre sans l'application du droit anglais à la définition de ce domicile ; en effet nous avons déjà insisté sur le fait que le domicile du droit anglais n'est en rien comparable à celui des droits continentaux, et qu'il se rapproche beaucoup plus de notre nationalité² ; l'application de la loi anglaise à la détermination du domicile en Angleterre est donc un non-sens lorsqu'il s'agit de faire usage d'une règle de conflit appartenant à un autre ordre juridique.

151. *Comparaison avec la détermination de la nationalité.* En faveur de l'application de la loi territoriale on fait également valoir que, selon une pratique universelle et constante, la déter-

¹ Sur la théorie de Niboyet, cf., plus loin, n. 165 ss.

² Cf. chapitre I, n. 14-22.

mination de la nationalité d'une personne est demandée à la loi qui institue la nationalité, non à celle à laquelle appartient la règle de conflit. Certes ! Mais il est très largement admis que ce régime est justement exceptionnel et propre à la détermination de la nationalité. M. Kegel relève d'ailleurs qu'il ne va pas de soi, même s'il paraît opportun¹. Puisque — à tort ou à raison — le droit international privé se réfère au lien politique et formel qu'est la nationalité de droit, il paraît naturel de rechercher quelle loi reconnaît telle personne comme étant un de ses ressortissants. Au demeurant la détermination de la nationalité *lege patriæ* se justifie surtout parce que cette méthode est appliquée uniformément par tout le monde. Autant de motifs qui ne valent pas pour la détermination du domicile *lege loci*.

152. *Inconvénients allégués.* Il est vrai que l'application au domicile de la loi à laquelle appartient la règle de conflit ne va pas sans inconvénients : le système défavorise l'harmonie internationale des solutions, d'autre part il est inutilisable — dit-on — lorsque la règle de conflit se trouve dans une convention internationale appliquée par un tribunal international. Mais les deux inconvénients ne sont pas de nature à ébranler le bien-fondé de la méthode de base. Le premier n'est d'ailleurs pas propre à notre problème. Quant à l'argument relatif aux instances internationales, il nous semble peu consistant : Le domicile réglementé dans les ordres juridiques du continent européen a essentiellement des fonctions internes, et dans la mesure où l'on a développé — en France surtout — divers concepts de domicile international, ceux-ci ne sont pas codifiés ; rien n'empêche un tribunal international d'en faire autant, en élaborant lui-même une — éventuellement plus d'une — notion de domicile propre aux relations internationales. Ce serait même souhaitable.

153. *Détermination du domicile légal.* Quelle loi détermine le domicile légal, celle dont on applique la règle de conflit ou la loi personnelle ? De nombreux auteurs prétendent soumettre la détermination du domicile légal de la femme mariée et des enfants à la loi qui régit le mariage (loi du domicile, loi nationale), non à celle à laquelle ils soumettent la notion de domicile ordinaire (*lex fori, lex loci*, etc.), ceci au motif que ces domiciles légaux

¹ Kegel, pp. 138-139.

sont l'expression des conceptions sur l'organisation de la famille¹. Cette opinion, que M. Levasseur a justement réfutée², paraît de plusieurs manières contestable : Premièrement il est reconnu généralement que le domicile ordinaire et le domicile légal ont exactement la même nature juridique³ ; ils revêtent l'un et l'autre un caractère fictif⁴ ; il n'y a donc pas de raison de les déterminer par application de lois différentes. D'autre part, les normes sur le domicile légal se trouvent toujours dans les dispositions sur le domicile, non dans les dispositions relatives à l'organisation de la famille. Enfin, pour ne prendre que cet exemple, les art. 108 et 215 CCF montrent bien que les domiciles légaux ne sont que d'une manière très secondaire l'expression des conceptions sur l'organisation de la famille : en vertu de l'art. 215 II CCF, qui touche à cette organisation, la femme peut se créer une résidence séparée lorsque la résidence choisie par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral ; mais le domicile légal de cette femme n'en est pas touché (art. 108 CCF).

Le Tribunal fédéral suisse a appliqué la loi suisse au droit de la femme à avoir un domicile séparé (art. 25 II CCS) dans une hypothèse d'époux suisses domiciliés en France⁵, dans une affaire relative à des époux anglais domiciliés en Suisse⁶, et même dans un cas d'époux allemands domiciliés en Allemagne⁷. Or par cette attitude, qui se justifie pleinement, la Cour suprême suisse n'entendait pas intervenir dans une question d'organisation familiale, soumise par hypothèse à des lois étrangères ; elle déterminait simplement le domicile de la femme mariée par application de la loi suisse, à laquelle appartenait la norme de conflit appliquée ; il s'agissait donc d'une question pour elle-même.

¹ Cf. les références chez M. Levasseur, p. 187 ss.

² Levasseur, loc. cit.

³ Cf. chapitre V, n. 216.

⁴ Cf. chapitre V, n. 218-219.

⁵ ATF 56 (1930) II 335, Zeller.

⁶ ATF 68 (1942) II 181.

⁷ ATF 54 (1928) I 243, Oita.

Section 3

Le domicile international, concept autonome

I. Généralités

154. Longtemps la doctrine et la jurisprudence dominantes sont parties du principe que le domicile international se détermine exactement comme le domicile interne ; d'où, par exemple, l'envergure de la discussion autour de la loi applicable à la détermination du domicile, question qu'on a longtemps considérée comme le seul problème à résoudre. Aujourd'hui cette assimilation des domiciles interne et international est encore largement admise, mais on commence aussi de la contester. Nous passerons ici en revue les principales propositions tendant à développer une notion autonome de domicile international et renvoyons la discussion de fond à la seconde partie de cet ouvrage.

II. Propositions ne touchant pas à la notion même de domicile

155. *Domicile qualifié par la durée.* Nous avons fait allusion, au début de cet ouvrage, à diverses suggestions tendant à qualifier le domicile, en matière internationale, par une certaine durée¹. Ainsi on ne rattacherait une personne à la loi de son domicile que si celui-ci a duré, par exemple, deux ans.

Ces propositions ne touchent pas à la notion même de domicile ; elles n'impliquent pas nécessairement le développement d'un concept autonome de domicile international. Simplement elles imposent au chef de rattachement une condition supplémentaire : il faut un domicile plus une durée.

156. *Domicile qualifié par le droit d'établissement.* On en dira autant de la proposition, formulée notamment par Von Bar², de ne rattacher une personne à son domicile que si, outre les conditions ordinaires d'acquisition, celui-ci s'appuie sur le droit d'habi-

¹ Cf. chapitre I, n. 36.

² L. van Bar, cité par M. Braga, p. 60, note 114.

tation (*das Wohnrecht*), en d'autres termes si la personne est dûment autorisée, en vertu des prescriptions de droit public, à séjourner à l'endroit où elle s'établit. Ici également la notion du domicile n'est pas affectée ; on lui ajoute simplement une condition pour l'application de la règle de conflit.

III. Contestation de l'assimilation

157. *Pensée de Neuner.* Il semble que la première contestation de l'assimilation automatique des domiciles interne et international émane de Neuner. Sa tentative, qui remonte à 1934¹ — soit à une époque où le domicile jouissait d'un net regain d'intérêt — est probablement à mettre en parallèle avec la célèbre étude de 1931 où Rabel avait montré que ce ne sont pas les normes matérielles, mais bien les normes de conflit, qui déterminent la qualification d'un rapport de droit². S'inspirant de cet enseignement pour la détermination des points de rattachement, Neuner a contesté l'idée, admise alors unanimement, selon laquelle le domicile défini par la législation matérielle s'applique tel quel en matière de conflits de lois³.

En fait l'originalité de l'auteur s'arrête à cette contestation, dont il n'a développé que l'aspect formel (relations entre le *bürgerliches Gesetzbuch* et l'*Einführungsgesetz*). Il n'a pas cru devoir émettre des propositions concrètes relatives à un domicile international autonome ; il a cependant consacré quelques développements à l'aménagement du domicile légal en matière internationale.

Bien qu'elle n'ait pas eu de suite, la démarche de Neuner mérite d'être signalée, car elle constitue la première tentative de dépasser le stade de la discussion sur la loi applicable à la détermination du domicile, discussion autour de laquelle on ne s'est que trop longtemps figé.

158. *Suggestions de M. Braga.* Après la deuxième guerre mondiale M. Braga a repris et amplifié les recherches de Neuner⁴.

¹ R. Neuner, *Die Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, *RabelsZ* 1934.81 ss., spéc. pp. 90-91.

² E. Rabel, *Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ* 1931.241 ss., spéc. p. 249.

³ On rencontre un embryon d'avis en ce sens, au début du siècle, chez Niemeyer, *Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1901, pp. 69-70.

⁴ Braga, p. 55 ss.

Tout en se confinant à de brèves généralités l'auteur entre dans le concret. Il voit deux différences fondamentales entre le domicile du droit matériel et celui du droit international privé. Tout d'abord ce dernier a un contenu particulier en raison de sa fonction ; d'autre part il ne se rapporte pas à un point précis du territoire national ou à une commune politique, mais bien au territoire entier soumis à un même régime de droit privé, en général un Etat.

M. Braga rejette par ailleurs pour le droit international trois institutions du droit allemand interne : la pluralité de domiciles, l'absence de domicile et les domiciles légaux. L'auteur explique qu'il convient de rechercher dans le cadre de quel ordre juridique se situe le « *Mittelpunkt des Lebens eines Menschen* ». Il considère le domicile comme un lien plus personnel que territorial. Cependant, conscient de l'impossibilité de définir de but en blanc un domicile international encore inexistant et distinct du domicile interne, l'auteur se contente de suggérer à la pratique une nouvelle orientation en la matière.

Les propositions de M. Braga n'ont pas eu de suites directes. Elles auraient pu difficilement en avoir, en tout cas dans le cadre du droit international privé allemand. En effet toute l'histoire de ce droit — nous l'avons montré — témoigne de la méfiance du monde juridique (législateur, jurisprudence, doctrine) à l'égard du domicile comme point de rattachement du statut personnel.

159. *Suggestions de M. Neuhaus.* Nous avons déjà fait allusion à la suggestion de M. Neuhaus de rattacher la personne à sa loi nationale aussi longtemps qu'elle ne s'est pas établie dans un pays étranger avec l'intention d'y rester constamment¹. Il s'agit, dans l'esprit de l'auteur, d'appuyer sur la volonté de l'intéressé d'appartenir définitivement à une autre communauté que celle dont il est formellement ressortissant. M. Neuhaus préfère le critère de l'intention de rester *ad aeternam* au nouveau domicile (*animus morandi*) à celui d'absence d'esprit de retour à l'ancien domicile (*animus non revertendi*).

Bien que cette proposition se rapporte à un domicile conçu tout autrement que la notion développée sur la base des §§ 7 ss. BGB, l'auteur estime qu'à défaut d'interprétation authentique du

¹ Neuhaus, p. 161 ss. et in *RebelsZ* 1955.61-62.

texte légal sa proposition est réalisable par application de celui-ci, dont même *de lege lata*¹.

160. *Position de M. Francescakis.* M. Neuhaus remarque que les difficultés que crée le domicile en droit international privé ont conduit à une fuite vers le concept de « résidence habituelle »². De son côté, dans une discussion relative à la résidence habituelle, M. Batiffol s'est étonné de « cette espèce de fuite devant le terme de domicile »³.

De même M. Francescakis décèle une « gêne » des juristes à l'égard de ce terme⁴, et il en analyse la cause ainsi⁵ : « Alors que les emplois du domicile dans le droit international privé français se sont multipliés depuis la première guerre mondiale, on est de moins en moins sûr de la notion que le mot « domicile » exprime. On y perd pied, si je puis dire ».

Selon l'auteur, le malaise actuel tient à ce que la tradition internationaliste du domicile s'est perdue depuis que le domicile est devenu une institution d'ordre essentiellement interne et a ainsi perdu beaucoup de son importance⁶. Or maintenant que le domicile reprend du poids en droit international privé, il faut lui assurer la stabilité qu'il avait autrefois et ne pas se contenter du lien tenu que la jurisprudence a formé sur la base de l'art. 102 CCF.

M. Francescakis propose, sinon de revenir au domicile de l'ancien droit, du moins de s'inspirer de cette tradition. Il estime que la Cour de cassation, dont un certain désintérêt à l'égard du domicile s'est traduit depuis longtemps par une très (trop ?) grande liberté d'appréciation laissée aux juridictions du fond, devrait, en raison de l'importance actuelle du domicile en droit international privé, diriger elle-même l'évolution du droit en ce domaine. Elle pourrait « permettre aux juges du fond de reprendre, dans l'appréciation de l'élément intentionnel du domicile, la vieille idée d'esprit de retour dans le pays d'origine. Sans la pousser à l'extrême, ce qui reviendrait à exiger que le domicile ait été acquis à titre perpétuel, on pourrait faire signifier à cette idée que l'inté-

¹ Neuhaus, p. 166.

² Neuhaus, p. 151.

³ Batiffol, Tr. Com. fr. 1960/1962.133 ; Batiffol-Lagarde II, n. 385.

⁴ Francescakis, p. 299.

⁵ Francescakis, p. 292.

⁶ Francescakis, pp. 300-302 et 304 ss.

ressé s'est effectivement détaché de son milieu social d'origine et y voir une condition d'acquisition du nouveau domicile »¹.

Il est difficile — et probablement trop tôt encore — de déterminer si l'exposé de M. Francescakis a eu quelque influence sur la jurisprudence ; il semble qu'on doive pour le moment répondre négativement.

IV. Domicile « au sens de résidence habituelle »

161. *Fuite devant le domicile.* Si pénétrantes que soient les propositions de M. Francescakis, on ne saurait en partager le point de départ. Le malaise signalé par l'auteur est réel, mais il ne tient pas à ce que le domicile d'autrefois a subi « une certaine atrophie » en raison de la suppression de ses emplois internationaux ; cette atrophie est réelle aussi, mais elle n'est pas la cause du malaise. La fuite, signalée par MM. Batiffol et Neuhaus, devant le terme de domicile ne se traduit nullement par la recherche d'un critère plus personnel, plus stable que le domicile des droits continentaux modernes, mais — M. Neuhaus le note expressément — par le recours à la résidence habituelle, qui est un lien tout aussi territorial que le domicile. Nous montrerons au chapitre suivant que ce refuge que les juristes trouvent en la résidence habituelle tient aux difficultés engendrées par ce lien trop conditionné d'éléments juridiques qu'est le domicile² ; c'est là, à notre avis, la véritable cause du malaise signalé par M. Francescakis.

162. *Domicile assimilé à la résidence habituelle.* On n'en voudra pour preuve que le succès grandissant de la résidence habituelle en droit international privé. Le point sur lequel l'application des dispositions sur le domicile interne au domicile international est actuellement le plus critiqué ne concerne nullement la solidité de ce lien, mais il touche aux domiciles légaux, en raison de leur caractère fictif. Or c'est sur ce point — nous le verrons au chapitre suivant — que l'on note la principale différence entre le domicile et la résidence habituelle : il n'y a pas de résidence habituelle légale.

Aussi la question est-elle discutée de savoir si en matière

¹ Francescakis, pp. 312-313.

² Cf. chapitre IV, n. 185 ss.

internationale le terme de domicile peut — éventuellement doit — s'interpréter au sens de *résidence habituelle*.

163. *Conventions internationales*. C'est surtout à propos de l'interprétation des conventions internationales que la question se pose. M. Neuhaus se montre favorable à cette interprétation assimilatrice¹, sauf dans les cas où la convention définit elle-même le domicile ou renvoie, pour la détermination de celui-ci, à la législation particulière de chaque Etat contractant². Ainsi M. Neuhaus préconise d'interpréter l'art. 12 I de la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés en ce sens que le statut personnel de ces derniers serait régi par la loi de leur résidence habituelle. Cette suggestion se heurte à de l'opposition³.

164. *Règles internes de conflit*. Quant au droit international privé réglé par des normes internes, M. Neuhaus préconise de lire « résidence habituelle » là où les art. 7 ss. EGBGB se réfèrent au domicile⁴; le *Bundesgerichtshof* ne partage pas cette opinion, estimant qu'il appartient au législateur, non au juge, d'apporter une telle modification⁵.

En France l'assimilation du domicile et de la résidence habituelle s'impose en ce qui concerne la législation sur la nationalité, afin d'éviter qu'une personne obtienne la naturalisation française simplement sur la base d'un domicile légal, fictif, en France⁶.

C'est en Suisse que cette assimilation jouit de l'intérêt le plus certain. Elle a été préconisée, il y a une vingtaine d'années, par M. Engel⁷; M. Vischer semble acquis à cette interprétation⁸. Dans les arrêts Baumberger de 1963 et Boujon de 1968⁹, le Tribunal fédéral a donné à cette tendance une forme concrète : « En

¹ Neuhaus, pp. 156-157.

² P. ex. art. I III de la Convention de La Haye de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires : « La question de savoir si le testateur avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu ».

³ Cette conception est critiquée par MM. Papenfuss (p. 51, avec des citations) et Nagel (RabelsZ 1957.186).

⁴ Neuhaus, p. 157.

⁵ BGH 1959, RabelsZ 1960.313 ss. (316).

⁶ Cf. Molaurie, n. 16-22. Pour un autre exemple en droit français, cf. Makarov, Mélanges Maury I, p. 225.

⁷ P. Engel, *La détermination des points de rattachement en droit international privé*, thèse, Genève, 1953, pp. 139-140.

⁸ Vischer, pp. 544-545; à la page 584 l'auteur fait allusion au domicile « im Sinne der résidence habituelle ».

⁹ ATF 89 (1963) I 303, Baumberger; ATF 94 (1968) I 235, Boujon.

outre, la notion de domicile comprend des éléments juridiques qui diffèrent d'une législation à l'autre. Pour déterminer la compétence à raison du lieu, il convient en règle générale de considérer la « résidence habituelle » d'une personne comme une circonstance de rattachement équivalente au « domicile » et en particulier à un domicile dépendant et fictif » (arrêt Boujon). Ces arrêts ont été salués par la doctrine, en particulier sous l'angle qui nous intéresse ici¹. On peut désormais parler d'un fait accompli (même s'il mettra encore bien du temps à s'incruster fermement dans nos mœurs juridiques), non plus d'une simple tendance².

V. Théorie de Niboyet

165. *Généralités.* Il convient enfin de donner un aperçu de la théorie de Niboyet à propos du domicile international, dont il a introduit le terme en littérature. Cette théorie — car c'est bien une théorie, non un simple ensemble de propositions — est impossible à classer par rapport aux tendances tracées plus haut. Elle occupe une place à part.

166. *Domicile interne et domicile international.* Niboyet n'a pas été le premier à contester l'assimilation générale des domiciles interne et international ; mais il fut le premier à proposer un concept de « domicile en vue des rapports internationaux » par opposition au domicile « envisagé au point de vue des seuls rapports de droit purement interne ». Cependant cette opposition entre les deux notions procède essentiellement d'une question de méthode : Les domiciles interne et international ont des fonctions très différentes et sont donc déterminés par des voies distinctes. Mais il n'y a pas nécessairement divergence de concepts entre les deux domiciles. Niboyet s'est contenté de remarquer que, tel qu'il ressort du droit français existant, le domicile est impropre à servir convenablement de point de rattachement en droit international privé. Mais l'assimilation des deux notions lui semblait, *de lege ferenda*, souhaitable ; on ne saurait comprendre autrement ce passage de son Traité : « A priori, rien n'exclut un concept spécial du domicile en vue des rapports internationaux, ne coïn-

¹ Cf. *Lalive*, observations, ASDI 1964.251.

² Cf. aussi chapitre VIII, n. 353 ss.

cidant pas toujours avec le domicile interne, bien que cela ne soit peut-être pas très pratique »¹.

167. *Droit des conflits, droit public.* Pour saisir sa notion du domicile international il faut se rappeler que, pour Niboyet, le droit international privé, dans toutes ses branches, n'est ni du droit international ni du droit privé, mais du droit public interne, ayant pour but la promotion d'intérêts politiques². C'est dans ce contexte que se situe sa notion du domicile international. Il part, avec insistance, de l'idée que dans certaines hypothèses données la France a un intérêt politique à ce que l'on applique la loi française³. Le domicile international, échappant à toute définition cohérente, est l'élément qui permet de relier un rapport de droit à la loi française chaque fois que cela paraît désirable.

Le domicile étant — à l'exemple de la nationalité, à laquelle Niboyet le compare très largement — un concept de droit public, il en découle diverses conséquences :

168. 1. *Définition du domicile.* La loi française définit le domicile en France, sans se soucier des droits étrangers et des domiciles à l'étranger. Or on sait que cette méthode unilatérale rend les législateurs friands d'application de leur propre loi, et il surgit des conflits, en général positifs, de points de rattachement entre différentes lois. Niboyet ne recule pas devant cette conséquence, tout en reconnaissant que ces conflits de domiciles sont « évidemment à peu près insolubles »⁴.

169. 2. *Loi applicable à la détermination du domicile.* Puisque le domicile international est une notion de droit public, à caractère politique, sa détermination appartient tout naturellement à la loi qui prétend qu'un individu est domicilié dans son champ territorial d'application (système de la *lex loci*), selon le même procédé que pour la détermination de la nationalité d'une personne⁵. Nous avons déjà dit que, dans le cadre d'une telle théorie, la solution est logique⁶.

¹ Niboyet, n. 510.

² Niboyet, n. 45-62 ; Tr. Com. fr. 1948/1952.78.

³ Niboyet, n. 536, not. p. 585, note 2 ; Tr. Com. fr. 1948/1952.71.

⁴ Tr. Com. fr. 1948/1952.82.

⁵ Niboyet, n. 515 ; Tr. Com. fr. 1948/1952.81-82.

⁶ Cf., ci-devant, v. 149.

170. 3. *Domicile, lien purement objectif*. Selon Niboyet le domicile international devrait être défini d'une manière uniquement objective, sans que l'on tienne compte de l'intention de la personne en cause¹. C'est là encore une application du principe selon lequel le domicile est une notion de droit public, déterminée impérativement par la loi. Dans l'optique de Niboyet il faut éviter qu'un individu puisse, par une manifestation de volonté, continuer d'avoir son domicile à l'étranger alors qu'en fait il est établi en France.

171. 4. *Domicile et droit d'habitation*. La résidence des étrangers en France étant soumise à autorisation administrative, Niboyet en tire la conclusion que celui qui est expulsé de France ou à qui la carte de séjour, ou son renouvellement, est refusé n'a pas de domicile en France, car, s'il y séjourne, c'est illégalement, et s'il n'y séjourne pas, il n'y a pas son domicile.

172. 5. « *Droit au domicile* ». Le dernier aspect de la pensée de Niboyet a un caractère politique très prononcé ; il s'agit du droit du Français à un domicile en France. L'auteur estime que le Français qui perd son domicile à l'étranger (par application des règles du droit étranger sur le domicile, principe de la *lex loci*) doit récupérer automatiquement un domicile en France, même s'il n'y revient pas ; il « ne doit pas être privé du droit à un domicile français, qui est un des attributs de sa nationalité »².

173. *Conclusion*. En définitive la construction de Niboyet apparaît moins comme une théorie nouvelle, originale et pleine d'avenir, que comme un dernier soubresaut de la défunte *admission à domicile*³. Si l'auteur a abondamment critiqué cette institution, c'est parce qu'elle conduisait à exclure l'application de la loi française dans des cas où elle semblait, selon lui, s'imposer ; partant de l'idée que celle-ci doit s'appliquer aussi souvent que possible, il est allé jusqu'à prétendre ouvertement : « Nous avons intérêt à donner à l'étranger un domicile en France et aussi intérêt à conserver un domicile en France au Français qui réside à l'étranger »⁴. Mais en appuyant essentiellement sur la formalité

¹ Niboyet, n. 536.

² Niboyet, n. 556.

³ Cf. chapitre I, n. 11, et chapitre II, sous-chapitre I, n. 53 ss.

⁴ Tr. Comm. réf. 1949/1950.790.

administrative d'admission des étrangers pour fonder leur domicile en France, Niboyet a pris au système du *domicile de droit* abrogé en 1927 son élément le plus négatif.

Malgré la vigueur avec laquelle il a défendu sa théorie, celle-ci ne lui a pas survécu ; elle était trop académique, reposait sur une base contestée (de droit public) et allait à contre-courant du droit.

Quant au projet de codification du droit international privé français adopté en 1950, sous l'influence déterminante de Niboyet, par la Commission de réforme du Code civil, il a subi le même sort que la pensée de son inspirateur¹.

¹ Cf. Tr. Comm. réf., vol. IV (1948/1949) et V (1949/1950).

Chapitre IV

La résidence habituelle

Section 1 - Généralités

I. Domaine d'application

174. *Premières Conventions de La Haye.* L'utilisation du concept de *résidence habituelle* en droit positif est apparue tardivement. En droit international privé on en trouve la première manifestation au tournant du siècle, dans des textes internationaux¹ : bien que fortement imprégnées du rattachement à la loi nationale, les Conventions de La Haye de 1896², 1902 et 1905 accordent quelques chefs résiduels de compétence aux autorités du pays où un intéressé a sa « résidence habituelle » ; il en est ainsi de la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs (art. 3, 7 et 8) et de la Convention de 1905 sur l'interdiction (art. 3-8). En outre l'application de la Convention sur la tutelle est subordonnée au fait que le mineur a la nationalité d'un Etat contractant et sa « résidence habituelle » sur le territoire couvert par le traité (art. 9).

175. *Conférence de 1928.* En 1928 la Conférence de La Haye s'est réunie notamment pour adapter les Conventions de 1902 et 1905 à la situation nouvelle créée par l'explosion numérique des apatrides et doubles nationaux ; après d'abondantes discussions elle a proposé de soumettre le statut de ces personnes à la loi

¹ Selon *M. van Hoogstraten* (p. 359) le terme de *résidence habituelle* se trouve pour la première fois dans un traité de 1880 entre la France et la Prusse.

² Cf. *van Hoogstraten*, loc. cit.

de leur résidence habituelle, non de leur domicile¹. On connaît l'insuccès de ces propositions.

176. *Législation allemande.* Cette Conférence n'a certes eu aucun résultat sur le plan du droit positif, puisqu'aucun de ses textes n'est entré en vigueur ; mais c'est à elle que remonte en fait l'origine du mouvement en faveur du rattachement à la résidence habituelle. On en trouve des traces dans la législation italienne² et dans le projet de réforme du Code civil français³. C'est surtout en Allemagne que la nouvelle tendance s'est fait sentir ; depuis la modification, en 1938, de l'art. 29 EGBGB, les apatrides sont soumis à la loi de leur résidence habituelle, non plus à celle de leur domicile ou de leur ancienne nationalité. D'autre part, en vertu de la loi n. 23 du Conseil de contrôle interallié (1950) les réfugiés sont également rattachés à la loi de leur résidence habituelle. Par ailleurs le gonflement puis, dès 1945 et 1949, la division de l'Allemagne ont obligé la pratique à rechercher un élément complémentaire de la nationalité pour le rattachement du statut personnel, et ici encore c'est la résidence habituelle qui s'est imposée. Enfin on a vu qu'en matière de conflits interlocaux et internationaux de juridictions la résidence habituelle joue un rôle plus important que le domicile.

177. *Nouvelles Conventions de La Haye.* Sur le plan des traités internationaux ce critère a repris de l'essor après la deuxième guerre mondiale, dans les nouvelles Conventions de La Haye. Dans toutes les matières réglées par ces textes et touchant de près ou de loin au statut personnel, le critère de la résidence habituelle joue un rôle de premier plan⁴.

178. *Critère d'interprétation du domicile.* A ce mouvement s'ajoute la tendance — signalée au chapitre précédent⁵ — à interpréter, en droit international privé, le terme de domicile par celui de résidence habituelle ; cette tendance est particulièrement sensible en droit suisse.

¹ Dans ce sens elle a proposé la modification des Conventions sur le mariage (art. 1 II et III), sur les effets du mariage (art. 9 a et 9 b), sur le divorce (art. 3 a et 3 b), sur la tutelle (art. 1 II et III) et sur l'interdiction (art. 1 II et III) ; cf. Actes 1928.162-167.

² Art. 29 des *Disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale*.

³ Cf. Rev. crit. 1950.114, art. 28.

⁴ Cf. l'inventaire au chapitre II, sous-chapitre IV, n. 137.

⁵ Cf. chapitre III, n. 161 ss.

179. *La résidence habituelle en droit interne.* La résidence habituelle joue également un rôle en droit interne. En Allemagne fédérale celui-ci est même considérable¹ ; son origine y remonte apparemment à la création de l'Etat allemand, il y a un siècle², donc bien avant que le droit international privé recoure lui-même à cet élément.

II. Terminologie

180. Dans les ouvrages français on rencontre parfois, outre le terme de *résidence habituelle*, ceux de *résidence principale* et de *résidence régulière*. Bien que ces expressions ne soient pas exactement synonymes, il nous paraît oiseux d'en étudier ici les différences.

Les termes allemands de *ständiger Aufenthalt*, *dauernder Aufenthalt* et *gewöhnlicher Aufenthalt* doivent être entendus comme désignant la *résidence habituelle* ; c'est du moins ainsi qu'on les comprend dans le langage juridique courant.

III. Résidence simple

181. Il arrive souvent, en particulier en droit français, que l'on se passe de qualificatif et utilise le simple critère de *résidence*. Ce terme ne se confond évidemment pas avec celui de *résidence habituelle*, qui implique une plus grande stabilité³. La résidence simple n'est cependant pas un lien purement fortuit, elle ne se réduit pas à la seule présence corporelle⁴ ; elle suppose également une relation d'une certaine solidité entre une personne et un territoire ; la résidence s'entend « d'un séjour soit équivalent à un domicile, soit temporaire mais prolongé, étranger » à des « circonstances accidentelles »⁵.

¹ Cf. l'abondante liste dressée par M. Popenjans, p. 172 ss.

² Cf. Mann, p. 466.

³ Cf. à ce sujet la discussion animée au Comité français de droit international privé, Tr. Com. fr. 1960/1962.130 ss.

⁴ A propos de cette différence, cf. chapitre II, sous-chapitre III, n. 125 (au sujet de l'art. 24 II CCS), et chapitre VII, n. 274.

⁵ Paris 1923, Rev. DIP 1924.375 ; idem, Chambéry 1912, Rev. DIP 1913. 840.

Section 2

Eléments historiques du rattachement à la résidence habituelle

1. Domicile et résidence habituelle

182. *Concepts essentiellement égaux.* En droit international privé l'histoire du rattachement à la résidence habituelle est en quelque sorte l'histoire de l'éviction du domicile. Cependant cette substitution n'a toujours été conçue que comme une amélioration d'ordre secondaire, non comme un changement radical de principes. Le domicile et la résidence habituelle sont deux notions fondamentalement semblables et ne divergent que par certains aspects. Aussi les auteurs intéressés au problème — il s'agit principalement des auteurs allemands, c'est naturel — consacrent-ils l'essentiel de leurs recherches à la comparaison de ces concepts, au lieu d'étudier la résidence habituelle pour elle-même. La jurisprudence a d'ailleurs suivi la même voie, par les moyens qui lui sont propres : d'une manière générale elle a dégagé pour la résidence habituelle les principes utilisés depuis longtemps en matière de domicile, ne s'écartant de cette analogie que sur les points où cela paraissait nécessaire.

183. *Incertitudes sur le nouveau concept.* Cette attitude « assimilatrice » de la pratique n'a pas empêché les théoriciens de se livrer à de nombreuses spéculations. Cela s'explique fort bien : Le domicile a une longue tradition ; avec le temps cette tradition a subi des modifications importantes, en particulier lors de la codification napoléonienne, mais elle n'en est pas moins encore fort bien établie ; le domicile répond aux définitions des lois positives et à des grands principes dégagés et admis depuis longtemps ; par conséquent le champ des spéculations savantes est assez restreint. Au contraire la résidence habituelle n'a aucune tradition ; elle commence seulement de mûrir. La lecture des documents relatifs aux Conférences de La Haye, en particulier ceux de 1928, montre bien qu'en remplaçant le domicile par la résidence habituelle les délégués ont substitué à une notion trop connue un concept inconnu.

Doctrine et jurisprudence se sont alors trouvées devant la tâche de préciser ce concept nouveau, la résidence habituelle, sorte de domicile libéré des définitions et principes rigides hérités de la tradition. Le champ des spéculations était donc très vaste, et il est fort naturel que la discussion des auteurs se soit longtemps déroulée dans une certaine confusion¹, les diverses opinions divergeant beaucoup plus largement que sur le domicile. Malgré son manque d'unité le débat présente un intérêt certain, car il a permis de sortir des chemins battus et d'envisager le problème des rapports entre une personne et son milieu social sous un angle nouveau, plus adapté à l'époque moderne.

184. *Signification de la substitution.* Puisque le succès de la résidence habituelle est dû au désir d'écarter l'usage du domicile sans remplacer celui-ci par une notion fondamentalement différente, il convient, pour en dégager le concept, de s'interroger sur les raisons de cette substitution. Historiquement on distingue deux *ratio legis* de la fuite vers la résidence habituelle.

II. Première *ratio legis* de la résidence habituelle : Universalité

185. *Avantage du concept inconnu.* On sait que le départ du mouvement en faveur de la résidence habituelle se situe à la Conférence de La Haye de 1928. C'était l'époque — ou le début de l'époque — où les études comparatives ne cessaient d'alarmer le monde juridique sur les différences entre les législations internes en matière de domicile et où la doctrine tentait frénétiquement de remédier à cette situation en recherchant quelle loi interne est applicable à la détermination du domicile. Il est hors de doute

¹ On se fera une idée de la bigarrure de la discussion en consultant, outre les ouvrages généraux et ceux, souvent cités ici, de MM. Mann, Nagel, Papenfuss et Stoll, les articles suivants, mentionnés principalement pour mémoire : Lauterbach, note in DR 1942 I 535 ss. ; Gutzler, note in NJW 1949.153-154 ; H. Michaelis, Zur Frage des « gewöhnlichen Aufenthalts » in Ehesachen, NJW 1949.573-574 ; H. Dölle, Ehemündigkeit und Volljährigkeit in Ost und West, StAZ 1950.178 ss. (180) ; P. H. Neuhaus, Wer wird mit 18 Jahren volljährig ?, DRZ 1950.401 ss. ; G. Marquardt, Zum internationalen Nahrungs- und Unterhaltsrecht, MDR 1951.390 ss. (391) ; R. Entholt, Zum Begriff des « gewöhnlichen Aufenthalts im Inland » i. S. des § 606 ZPO, NJW 1952.292 ; G. Beitzke, Hauptprobleme des interzonalen Privatrechts, JR 1952. 141 ss. (142) ; W. Breidenbach, StAZ 1959.297 in fine. Ce dernier, qui prétend donner quelques indications aux praticiens, est minoritaire sur tous les points.

que le mouvement en faveur de la résidence habituelle répondait alors au besoin que ressentaient les juristes de sortir de ce dilemme.

186. *Témoignages historiques.* Pour s'en convaincre il n'est que de consulter les documents de l'époque, spécialement les interventions allemandes, sans lesquelles la résidence habituelle n'aurait certainement pas vu le jour à ce moment-là. Ainsi lors de la préparation de la Conférence de 1928 le Gouvernement allemand a déclaré ceci, se référant au rattachement domiciliaire¹ : « Il est vrai que, si l'on adoptait ce principe, il conviendrait de baser la réglementation, non pas sur la notion juridique du domicile, ... mais sur la condition de pur fait de « séjour habituel ». Quant aux délibérations de la Conférence, le procès-verbal retrace ainsi l'opinion avancée par Numez, délégué de l'Allemagne² : « La résidence habituelle garantit toujours une certaine mesure de durée, de continuité dans la situation légale de l'individu. On pourrait songer au domicile, mais la conception du domicile varie beaucoup d'une législation à l'autre... ».

187. *Conséquence.* Tant la Conférence de La Haye que le législateur allemand ont voulu remplacer un concept juridique trop diversement interprété par une notion nouvelle, certes inconnue dans une large mesure, mais libérée de toutes contingences nationales³. On a conçu la résidence habituelle comme un point de rattachement à valeur internationale⁴.

Certains auteurs récents écrivent néanmoins que le concept de la résidence habituelle se juge, en Allemagne, d'après la loi allemande⁵, en d'autres termes que les juges allemands appliquent leur propre loi à la détermination de la résidence habituelle. Un tel point de vue paraît difficilement soutenable : Puisque la

¹ Doc. 1928.51.

² Actes 1928.110-111 ; dans le même sens : Actes 1928.131 (rapporteur) et 158 (rapport de la commission).

³ Cf. Actes 1928.110 ss. ; Volkmar, *Die familien- und erbrechtlichen Beschlüsse der 6. Haager Konferenz über internationales Privatrecht*, JW 1928.857 ss. ; Papenfuss, p. 47.

⁴ Cf. p. ex. H. Dölle, *Die 7. Haager Konferenz*, *RabelsZ* 1952.161 ss. ; p. 203 : « Der gewöhnlicher Aufenthalt » ist im wesentlichen durch überall gleich zu beurteilende äusserlich erkennbare Tatsachen bestimmt und daher nicht annähernd in dem Masse Unsicherheiten unterworfen wie der bekanntlich vielfach verschieden konstituierte rechtstechnische Begriff des Domizils. Insofern ist er zweifellos geeignet, die einheitliche Anwendung der Konvention zu erleichtern ».

⁵ Saergel · Kegel, n. 10 ad art. 29 EGBGB ; Mann, p. 470 ; Makarov, p. 74.

résidence habituelle a été envisagée comme un élément simple et à vocation internationale, dépouillé du corset des définitions légales, elle ne répond nulle part à une conception proprement nationale. Peut-être les auteurs ou les tribunaux divergent-ils d'opinion entre nations à propos de ce concept (c'est d'ailleurs improbable) ; mais il n'y a pas à proprement parler de « résidence habituelle du droit allemand » ou d'aucun autre droit ¹.

Il est aussi fort surprenant de constater qu'un protocole annexé à la Convention européenne d'établissement de 1955 précise que la résidence habituelle « s'appréciera selon les règles applicables dans le pays dont l'intéressé est ressortissant » ². Dans quel pays trouve-t-on à ce sujet des « règles applicables » ?

III. Deuxième ratio legis de la résidence habituelle : Plus de domicile légal

188. *Préoccupation constante.* La deuxième ratio legis de la fuite vers la résidence habituelle a une grande importance pratique : on admet très largement qu'il n'y a pas de « résidence habituelle légale », comparable au domicile légal (de la femme, du mineur, de la personne sous tutelle) ³.

Certes ce n'est pas sur ce point — nous l'avons montré — que se concentrait principalement l'attention des juristes qui ont élaboré les textes de La Haye en 1928 et le nouvel art. 29 EGBGB en 1938. Mais on trouve déjà le terme de *résidence habituelle* dans deux des Conventions adoptées à La Haye au début du siècle, et il est remarquable de constater qu'il s'agit de la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs et de celle de 1905 sur l'interdiction, tous deux documents concernant des personnes qui, d'après la plupart des législations internes, ont précisément un domicile légal. Or, dans la mesure où ils s'interrogent sur la portée pratique de la différence entre domicile et résidence habituelle, les commentateurs de l'époque ne l'aperçoivent que dans le cas des mineurs ⁴.

¹ Dans le même sens : *van Haagstraten*, p. 357 ss., et p. 365.

² Cf. *Makarov*, *Mélanges Maury* I, pp. 226-227.

³ *Stall*, *RahelsZ* 1957.191 ; *Neuhaus*, p. 156 ; *Papenfuss*, p. 71 ; *Kegel*, pp. 185-186 ; *Soergel-Kegel*, n. 20 ad art. 29 EGBGB. En France : *Mauriac*, n. 9 (nuancé) et in *Clnnet* 1966.91. En Suisse : *Vischer*, *Rapport*, p. 59 ; ATF 89 (1963) I 303 (314), *Baumberger* ; ATF 94 (1968) I 235 (243), *Boajon*.

⁴ Cf. *F. Meili et A. Mamelok*, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen*, Zurich, 1911, pp. 258 et 295. Dans le même sens : *Papenfuss*, pp. 31-32, et de *Winter*, pp. 423-424.

D'autre part si, entre les deux guerres mondiales, le débat autour de la résidence habituelle et du domicile ne s'est pas situé spécialement sur ce plan, il est tout de même certain que les spécialistes d'alors ont vu le problème et que la volonté d'écarter le domicile légal et fictif de certaines personnes a joué un rôle dans leurs travaux¹. Pour citer un exemple, il n'est pas possible de comprendre autrement cette allusion du délégué belge lors de la Conférence de 1928, allusion se rapportant à l'alternative *domicile - résidence habituelle* : « La Intelle doit être organisée là où le besoin s'en fait sentir, c.-à-d. là où le mineur réside habituellement »².

189. *Préoccupation maintenant déterminante.* Depuis la dernière guerre cette considération a gagné en importance. La recherche d'un point de rattachement simple et réaliste conduit tout naturellement juges et savants à se détourner du domicile, auquel on reproche en premier lieu son caractère fictif, c'est-à-dire l'institution du domicile légal dépendant. Le succès de la résidence habituelle est dû en premier lieu au besoin de changement sur ce point. Cela s'est remarqué surtout en Allemagne, où l'essentiel du débat concernant le point de rattachement complémentaire pour le droit privé interlocal a tourné autour de la question de savoir comment il convient de localiser les mineurs. Au demeurant cela peut paraître surprenant, puisque le droit allemand admet que le mineur fonde, avec l'assentiment de ses parents, un *domicile* indépendant de celui de ces derniers (§§ 8 et 11 BGB) ; mais l'idée de fond est la suivante : lorsque l'enfant se trouve, contre l'avis de ses parents, dans l'autre zone allemande que ces derniers, les §§ 8 et 11 BGB deviennent encombrants, et on a préféré rattacher l'enfant au droit du pays où il demeure réellement.

D'autre part il n'est pas douteux que le mouvement, actuellement en vogue, tendant à interpréter le terme de domicile par celui de résidence habituelle est dicté uniquement par le désir de contourner les règles nationales sur le domicile légal. Il n'y a donc pas de résidence habituelle légale.

190. *Opinion contraire.* En présence de preuves aussi nombreuses et aussi manifestes on comprend mal qu'un auteur ait pu

¹ Cf. Stoll, *RabelsZ* 1957.191.

² Actes 1928.128.

tirer une autre conclusion. Considérant qu'on a voulu substituer le terme de résidence habituelle à celui de domicile, M. Mann estime ces deux notions synonymes, d'où il tire la conclusion que toute personne ayant un domicile légal a également une « résidence habituelle légale »¹. Ainsi en droit français ou suisse la résidence habituelle de la femme mariée se situerait fictivement au même endroit que celle du mari, et en droit allemand la résidence habituelle des mineurs se déterminerait par application des §§ 8 et 11 BGB ; l'auteur indique expressément qu'en droit allemand (nouveau) la femme peut avoir une résidence habituelle indépendante puisqu'elle n'a pas de domicile légal. En faveur de sa thèse l'auteur tire argument de l'art. 5 de la Convention de La Haye sur le renvoi, qui stipule : « Le domicile, au sens de la présente Convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité ».

Nous avons indiqué plus haut pourquoi nous ne partageons pas cette opinion. Quant à l'art. 5 de la Convention sur le renvoi, nous y voyons justement un élément en faveur de la thèse opposée à celle que défend M. Mann. Cette disposition indique expressément que la résidence habituelle tient lieu de domicile seulement pour les personnes à domicile indépendant, ce qui signifie qu'il n'en tient pas lieu pour les autres personnes (femmes mariées, mineurs, etc.) ; en d'autres termes les auteurs de la Convention ont expressément écarté la référence à la résidence habituelle pour les personnes à domicile légal ; on peut certes regretter cette réserve², mais elle ne montre que plus clairement qu'il n'y a pas « de résidence habituelle légale ».

191. *Curieuse question du Bureau permanent.* On s'étonnera cependant de constater qu'en 1964, dans un questionnaire relatif à l'élaboration de la future Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye a cru nécessaire de demander aux Gouvernements des Etats membres si la résidence habituelle devait être « indépendante des règles sur la dépendance du domicile de la femme de celui du mari »³. Le seul fait que cette question a

¹ Mann, p. 470.

² Comme le remarque justement M. de Winter (p. 426), les travaux d'élaboration de la Convention ne permettent pas de se faire une idée exacte de la *ratio legis* de cette réserve ; cf. Actes 1951.228 ss.

³ Actes et doc. 1964 I 136, question 26 c).

ôté posée semblerait montrer qu'on craignait que cela ne soit pas clair pour tout le monde. Cependant tous les Gouvernements ont répondu affirmativement.

Section 3

Identité matérielle du domicile et de la résidence habituelle

192. *Rappel historique.* L'histoire de la résidence habituelle en droit international privé démontre que cet élément se distingue du domicile principalement sur deux points : un point assez théorique, en ce sens que la résidence habituelle est un concept universel et non dépendant de chaque législation en particulier ; un point plus pratique, en ce sens que chaque personne a une résidence habituelle propre, qui ne dépend pas de celle d'une autre personne.

193. *Identité du domicile et de la résidence habituelle.* A part cela le domicile des droits continentaux et la résidence habituelle n'accusent que des différences d'ordre secondaire, qui tiennent plutôt de la nuance¹. En Allemagne, où l'intérêt pratique de la question est le plus grand, il ressort de la consultation d'innombrables arrêts que l'utilité de la distinction et de la discussion n'apparaît essentiellement que dans les cas où un mineur réside habituellement ailleurs qu'à son domicile légal². Au demeurant les auteurs qui tentent de montrer en quoi les deux notions divergent par ailleurs sont bien empruntés d'illustrer par des

¹ Niboyet (*Cours de droit international privé français*, 2^{me} éd., Paris, 1949, p. 223) écrivait : « Le domicile de fait, c'est la résidence habituelle ». Par « domicile de fait » il entendait le domicile défini par les art. 102 ss. CCF, par opposition au « domicile de droit » de l'art. 13 CCF, aujourd'hui abrogé. Cf. aussi Actes et doc. 1964 I 284-285, où, selon le procès-verbal de séance, M. Francescakis « remarque que la résidence habituelle est le synonyme très atténué du domicile dans les Conventions de La Haye ». Cf. encore Papanfuss, pp. 142-146 ; Ernst Wolff, p. 187 ; Wolff, p. 92 ; Soergel-Kegel, n. prélim. 139 et 140 ad art. 7 EGBGB.

² Cf. la liste impressionnante in Soergel-Kegel, note 23 p. 67. Outre celui du mineur, le droit allemand connaît le domicile légal du soldat de carrière ; ici aussi domicile et résidence habituelle peuvent diverger, cf. Soergel-Schultze-von Lasoulz, n. 3 ad § 9 BGB.

exemples l'intérêt pratique de la distinction ; et lorsqu'ils tentent la démonstration, celle-ci ne paraît pas toujours heureuse.

194. *Elément subjectif*. Même en Allemagne, où la théorie classique, qui insiste sur l'élément intentionnel du domicile, est très puissante, il n'est pas possible d'établir une différence pratique nette d'avec la résidence habituelle, dont l'élément subjectif est pourtant conçu tout autrement. C'est en tout cas ce que suggère le dépouillement de la jurisprudence¹.

195. *Stabilité*. Il en va de même de l'élément *stabilité*. On épine parfois que la résidence habituelle assure au statut personnel une stabilité moindre que le domicile² ; or ici aussi la consultation de la jurisprudence n'autorise nullement cette conclusion³. En disant cela nous ne prétendons pas que la résidence habituelle doit être aussi stable que le domicile ni que celui-ci l'est assez, mais nous ne faisons que décrire l'état actuel du droit, en particulier de la jurisprudence, en la matière.

196. *Utilité de l'étude*. Concept à vocation internationale, la résidence habituelle se distingue des domiciles du droit suisse, du droit français et du droit allemand dans la même mesure que ceux-ci se distinguent entre eux, soit très peu. Cependant son étude présente un intérêt non seulement parce que ce critère gagne continuellement en importance, mais aussi parce qu'il est de création plus récente, présente les problèmes sous un angle nouveau et tient mieux compte des nécessités actuelles ; il a permis de moderniser le débat.

N'étant — au contraire du domicile — pas réglementée par les lois, la notion de résidence habituelle a pu se former plus

¹ Il ne faut pas s'étonner de cette situation apparemment paradoxale, qui tient à la manière dont on use et abuse de la théorie classique et, en dernier ressort, au défaut intrinsèque de ladite théorie. Cf. à ce sujet chapitre VII, n. 288 ss.

² Cf. notamment H. G. Ficker, *Grundfragen des deutschen interlokalen Rechts*, Berlin et Tübingen, 1952, p. 37 ss., avec des références peu convaincantes si, au lieu de ne lire qu'une seule phrase, on regarde le fond des arrêts cités — remarque spécialement valable pour OLG Hesse (Cassel) 1949, NJW 1949.868.

³ Pour s'en convaincre on consultera avec profit : en France, Cass. 1964 et Cass. 1965, rapportés ensemble au *Clunet* 1966. 89 ss., avec une note fondamentale de M. Malaurie ; en Allemagne, LG Fribourg 1947 et LG Hambourg 1947, arrêts contradictoires rapportés ensemble in NJW 1949.153 ss., note Gutzler, et OLG Hesse (Cassel) 1949, NJW 1949.868.

librement. Nous en montrerons les caractères particuliers dans les chapitres respectifs de la deuxième partie de cet ouvrage. Sauf indication spéciale on peut considérer que les propos de cette deuxième partie valent indifféremment pour le domicile et la résidence habituelle.

Deuxième partie

Chapitre V

Conception et fonctions du domicile

Section 1

Notion du domicile

1. Définition du domicile

197. *Réglementation du domicile (stricto sensu)*. Chaque droit positif a sa propre formule pour préciser ce qu'il entend par « domicile ». Il n'est que de consulter les nombreux ouvrages comparatifs pour se faire une idée de la bigarrure de ces formules¹. Certaines lois semblent attacher de l'importance plutôt au centre des affaires de la personne ; ainsi la loi française : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement » (art. 102 CCF). D'autres lois sont réputées s'intéresser davantage à l'habitation de la personne, au lieu où elle vit, où elle se sent chez soi, où elle dort ; ainsi les droits suisse et allemand : « Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir » (art. 23 I CCS). « Wer sich an einem Ort ständig niederlässt, begründet an diesem Orte seinen Wohnsitz » (§ 7 I BGB).

En réalité la diversité de ces formules a une portée plus théorique que pratique. On peut affirmer que, selon les effets attachés au domicile, les juges situeront celui-ci davantage au centre des affaires, ou au contraire de préférence à la demeure privée. Pour le rattachement international du statut personnel c'est naturellement la deuxième solution qui s'impose.

198. *Réglementation de la résidence habituelle*. Aucune loi ne précise la notion de résidence habituelle au sens du droit interna-

¹ Cf. p. ex. de Magalhaes, p. 35 ss. ; de Winter, p. 419 ss.

tional privé. On rencontre cependant plusieurs tentatives de serrer ce concept en une formule. Une loi fiscale allemande de 1919 contenait la définition suivante¹ : « Einen gewöhnlichen oder dauernden Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die auf die Absicht schliessen lassen, an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend zu verweilen ». On remarquera l'allusion expresse à l'élément intentionnel. Cette allusion ne se retrouve pas dans une autre loi fiscale allemande, de 1934, qui propose la célèbre formule suivante² : « Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Steuergesetze hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend weilt ».

Ces dispositions se rapportent aux lois qui les contiennent et n'ont en principe aucun effet sur les autres domaines du droit. Ce sont cependant les seules notions législatives de la résidence habituelle ; par ailleurs les autres formules proposées par la doctrine et la jurisprudence n'apportent rien de très original au répertoire³, si bien que c'est la notion proposée par la loi fiscale de 1934 qui, en Allemagne, donne le ton. Signalons une définition avancée par un auteur de langue française⁴ : « La résidence habituelle, c'est le lieu où s'exerce un séjour d'une certaine durée, entraînant l'établissement de liens plus ou moins étroits avec l'endroit en question ».

199. *Imprécision de ces formules.* Toutes ces formules tendant à préciser les notions de domicile et de résidence habituelle ont ceci de commun que leurs termes sont vagues, généraux, et nécessitent une interprétation. Qu'est-ce en effet que « s'établir », par opposition à « résider » (formule suisse) ? Qu'entend-on par ces « circonstances » d'après lesquelles le séjour n'apparaît pas tout à fait comme provisoire ? Comment distingue-t-on le « provisoire » du « durable » ? A partir de quel point les liens sont-ils « plus ou moins étroits » ? Aucune formule ne permettra de le préciser. Les notions suggérées par le législateur, les tribunaux

¹ § 81 de la *Reichsabgabenordnung* dans sa version de 1919 ; texte chez M. Papenfuss, p. 91.

² § 14 I du *Steuern Anpassungsgesetz* de 1934, texte chez M. Papenfuss, p. 91.

³ Cf. p. ex. RG 1917, RGZ 91.287 (288) ; OLG Hamm 1954, NJW 1954.1731 (1732) ; KG Berlin 1963, IZRspr. 1962/1963.40, n. 12 ; Lauterbach, DR 1942.1.535.

⁴ P. Engel, *La détermination des points de rattachement en droit international privé*, thèse, Genève, 1953, p. 139.

et la doctrine offrent donc une large liberté d'interprétation, et l'interprétation qui sera donnée dans le cas d'espèce dépendra du ou des buts que l'on s'est proposé d'atteindre. Ainsi, en matière de résidence habituelle, la formule de la loi de 1934 peut, par voie d'interprétation, conduire à des notions différentes selon les nécessités ; c'est bien ce qui arrive en pratique.

200. *Définition proprement dite.* Ceci dit, il convient de remarquer que les formules rapportées, comme de nombreuses autres, indiquent où se trouvent le domicile et la résidence habituelle, mais elles ne définissent pas ces termes, ce qui augmente l'imprécision régnant à ce sujet. Cependant une définition paraît impossible.

En droit anglais on dit que le domicile est le « home ». Dans une phrase célèbre, Lord Cranworth expliquait en 1858¹ : « By domicil we mean home, the permanent home, and if you do not understand your permanent home I'm afraid that no illustrations drawn from foreign writers will help you to it ».

201. *Lien ou rapport ?* Cette assimilation du *domicile* et du *home* paraît intéressante en tant qu'elle appuie sur l'élément personnel, intime de la notion de domicile. Un individu est domicilié là où il se sent *chez soi*.

L'allusion au *home* peut cependant induire en erreur sur la matière même du domicile. Car, que l'on traduise ce terme par *logis*, par *maison*, par *demeure*, par *asile* ou par *chez-soi*, on est conduit à considérer le *home* comme un lieu. Certes le langage populaire considère le domicile comme un lieu : telle personne « rentre » à son domicile. D'ailleurs cette conception était celle de l'ancien droit², et elle est encore assez répandue dans la doctrine anglaise. De même sur le continent certains textes se rallient à cette manière de voir ; ainsi l'art. 5 de la Convention de La Haye sur le renvoi : « Le domicile, au sens de la présente Convention, est le *lieu* où une personne réside habituellement... ».

Cependant d'après la conception juridique dominante le domicile n'est pas un lieu, mais un rapport entre une personne et un lieu. D'après les droits français, allemand et suisse, le domicile se situe en un lieu, il n'est donc pas le lieu lui-même. D'ailleurs lorsque le domicile est réglementé expressément par une loi — ce

¹ Lord Cranworth, cité par MM. Cheshire - North, p. 154.

² P. ex. Ferrière, p. 550 : « Le domicile est le lieu où... ».

qui n'était pas le cas dans l'ancien droit et ne l'est pas en droit anglais — on imagine mal que celle-ci définisse un lieu. Au contraire elle précise les éléments d'un lien, d'un rapport avec un lieu : ainsi elle détermine que le domicile se crée par la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif, qu'il doit être stable, etc. D'une manière très générale le domicile est « l'attache, à la fois psychologique et matérielle, d'une personne avec un lieu déterminé ¹. »

On en dira autant de la résidence habituelle. Ici aussi le langage courant et le langage juridique ne concordent pas parfaitement.

II. Signification du domicile

202. *Critères proposés.* Les différentes définitions et formules légales tendant à serrer en quelques mots la notion du domicile ont un caractère passablement formel. Il importe surtout de savoir ce que, indépendamment des fonctions fort diverses du domicile, celui-ci est censé signifier pour l'intéressé, pour les tiers et pour l'autorité.

Les tribunaux de langue allemande, en Suisse comme en Allemagne, usent abondamment de l'expression « Schwerpunkt (ou « Mittelpunkt ») der Lebensverhältnisse ». La langue française n'offre aucune traduction satisfaisante de cette formule ; on a proposé diverses expressions : « centre des relations (et intérêts) », « centre de l'activité et des intérêts », « siège des intérêts généraux de la personne », « centre (de gravité) effectif de la vie (courante) de la personne », etc.

Ces termes allemands et français sont tout aussi vagues et imprécis par eux-mêmes que les formules légales et les définitions proposées au sujet du domicile. Ils laissent eux aussi le champ libre à des interprétations les plus variées, selon les contextes dans lesquels intervient le domicile ; en particulier ils s'appliquent aussi au domicile international, à propos duquel ils ont cependant un autre contenu que pour le domicile interne ²

203. *Intérêt pratique de ces critères.* L'intérêt pratique de ces propos réside en ce que les notions de « centre des relations et intérêts de la personne » et autres semblables sont en réalité

¹ *Francescakis*, p. 300.

² Cf. *Braga*, pp. 57-58 et 66.

le véritable critère du domicile, en dépit des discussions théoriques sur l'application des dispositions légales. Cela se remarque tout particulièrement en Suisse, où l'art. 23 I CCS est réputé être une manifestation de la théorie classique du domicile ; on y rencontre de nombreux arrêts où les juridictions — y compris le Tribunal fédéral¹ — ont admis l'existence d'un domicile au lieu où la personne avait le centre stable de sa vie courante, alors qu'à la rigueur de la théorie classique — qui considère la volonté de l'individu comme un élément nécessaire du domicile — elles auraient dû localiser l'intéressé en un autre endroit. Même la jurisprudence allemande n'est pas sans exemple du même genre².

204. *Domicile international.* Le domicile international — nous l'avons déjà indiqué — peut aussi revêtir la signification de *centre des relations de la personne*. M. Neuhaus propose le développement — indépendamment du domicile — d'un concept général qu'il nomme — à l'intention de ceux qui désirent un nom — *Schwerpunkt*, le droit appliqué devenant le *Schwerpunkt-recht*³. De toute façon ces termes, également imprécis, sont aussi susceptibles d'interprétation, sur le plan interne comme sur le plan international.

Dans les développements de la jurisprudence Rivière les cours françaises ont établi le critère de « l'intégration au milieu local ». De nombreux arrêts se rapportent à cette notion, qui semble même parfois avoir supplanté le recours formel à la notion de domicile. Ainsi dans l'arrêt Yechilzuke de 1967, relatif à des époux vivant séparément dans un même pays, la Cour de cassation a préféré ne pas qualifier cette situation de *domicile commun*⁴ ; aussi a-t-elle évité le mot de *domicile*, tout en appliquant le principe de l'arrêt Rivière : « Le divorce d'époux de nationalité différente est soumis à la loi du pays où tous deux sont intégrés par un établissement effectif, alors même qu'ils y vivent séparés ».

Le critère de l'intégration à un milieu est une forme de la notion générale de « centre des relations et intérêts » — une forme plus stricte quant aux conditions.

¹ Cf. Tribunal fédéral 1917, cité par M. Simond, pp. 62-63 ; ATF 69 (1943) I 9 ; Tribunal fédéral 1944, JT 1945 I 378. Pour plus de détails et d'exemples, cf. chapitre VII, n. 291 ss.

² Cf. OLG Sarrebruck 1964, IzRepr. 1964/1965.5, n. 3 (arrêt apparemment insupportable à la théorie classique et au § 7 BGB).

³ Neuhaus, p. 166.

⁴ Cass. 1967, Yechilzuke, Rev. crit. 1969.479.

205. *Résidence habituelle*. Comme le domicile, la résidence habituelle est souvent décrite comme le lien entre une personne et le lieu où elle a le centre de gravité de sa vie courante¹. On admettra même avec certains auteurs² qu'elle exprime ce lien d'une manière plus générale que le domicile, car elle reste valable même pour les personnes à domicile légal (fictif).

Comme, spécialement en Allemagne, la résidence habituelle a dans l'ensemble plus d'attributions internationales que le domicile, son étude a permis aux auteurs de saisir de plus près la signification que revêt le lien entre une personne et l'ensemble d'un territoire étatique (domicile international), par opposition à la localisation de cette personne à l'intérieur même d'un tel territoire (domicile interne). Selon M. Kegel le droit de la résidence habituelle correspond à celui de l'Etat avec lequel l'intéressé est lié le plus intimement³. De son côté M. van Hoogstraten indique que la résidence habituelle représente le « centre-vie » de la personne⁴.

M. Papenfuss, qui a étudié la matière en détail, se montre plus précis encore : Une personne n'a sa résidence habituelle dans un pays que lorsque les circonstances permettent de conclure qu'elle s'accoutumera à la communauté qui y vit⁵. La résidence habituelle suppose l'adaptation, l'incorporation de l'individu à la communauté sociale dans laquelle il vit⁶. L'adjectif « habituelle » est d'ailleurs là pour prévenir la tendance à reconnaître trop hâtivement l'existence d'un lien susceptible de servir de point de rattachement pour le statut personnel ; en effet, poursuit M. Papenfuss, une résidence n'est *habituelle* que lorsqu'on s'est *habitué* à son nouveau milieu, ou au moins lorsqu'on a d'emblée l'intention d'y rester et de s'y habituer⁷.

Cette conception, défendue par la personne dont l'œuvre reste à l'heure actuelle l'étude la plus approfondie sur le concept de résidence habituelle, correspond certainement à la pratique des tribunaux, constamment citée par l'ouvrage. Elle illustre ainsi l'identité fondamentale du domicile et de la résidence habituelle

¹ Stoll, *RebelsZ* 1957.189 ; Papenfuss, p. 74 ; Soergel - Kegel, n. 13 ad art. 29 EGBGB.

² Ernst Wolff, p. 186 ; G. Marquardt, *MDR* 1951.391.

³ Soergel - Kegel, n. 12 ad art. 29 EGBGB.

⁴ Van Hoogstraten, pp. 355 ss., not. p. 364.

⁵ Papenfuss, p. 73.

⁶ Papenfuss, p. 164.

⁷ Papenfuss, pp. 165-166.

et réfute l'idée, assez répandue, selon laquelle ce dernier élément est un lien moins solide que le premier. M. de Winter exprime une conception très semblable lorsqu'il confond volontairement le terme de résidence habituelle et le mot anglais de *home*¹ ; le *home* est un lien stable et très personnel.

Section 2

Nature juridique du domicile

I. Généralités

206. Le débat concernant la nature juridique du domicile se déroule dans une certaine confusion. C'est un domaine négligé des études comparatives ; on n'en traite en général que dans le cadre d'un ordre juridique déterminé. Mais même à l'intérieur d'un tel cadre la discussion n'offre pas toujours l'impression d'un ordre parfait.

En effet il arrive parfois que, sans que les auteurs s'en aperçoivent, des affirmations semblables d'apparence recouvrent en réalité des intentions fort différentes, ou que certaines conceptions théoriques soient partagées par une large opinion tout en procédant de voies opposées.

II. Le domicile et la résidence habituelle : des éléments de fait ou de droit ?

207. *Généralités.* On affirme souvent que le domicile et la résidence habituelle se distinguent en ce que le premier est un élément de droit et la seconde un élément de fait² ; on voit même

¹ De Winter, p. 430.

² F. Meili et A. Momelok, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen*, Zurich, 1911, pp. 258 et 295 ; Volkmar, JW 1928.857-858 ; Ernst Wolff, p. 187 ; Michaelis, NJW 1949.574 ; Makarov, Mélanges Maury I, p. 224 (et la note 48) ; Papenfuss, p. 71. Cf. aussi Doc. 1928.51 ; Actes 1928.141 ; Actes et doc. 1960 IV 225 (von Steiger) et 1964 II 419 (Maul).

en cette différence de nature la cause de la substitution de la résidence habituelle au domicile. Mais certains, en particulier les auteurs français, contestent que le domicile soit une notion juridique. D'autres estiment au contraire que même la résidence habituelle en est une¹. Qu'en est-il ?

208. *Notion de droit : première explication.* Selon un certain nombre d'auteurs le domicile est un élément juridique parce qu'il est réglementé par le droit positif². Puisque la loi détermine les conditions d'acquisition et d'abandon du domicile, puisqu'elle décide si on peut ou non avoir plusieurs domiciles, etc., le domicile est une notion de droit et la résidence habituelle n'en est pas.

Cette conception ne paraît pas irréprochable. Qu'en est-il du domicile du droit anglais ? Sa notion n'est pas fixée par la loi, mais on éprouve quelque malaise à en conclure que le domicile du droit anglais est une notion de fait et celui des droits continents une notion de droit. Si au contraire on admet que le domicile du droit anglais est un élément juridique parce qu'il est réglé par des principes non écrits du droit positif — ce qu'admet entre autres M. von Steiger³ — on se demande pourquoi il en irait autrement de la résidence habituelle.

209. *Notion de droit : deuxième explication.* Selon certains auteurs le domicile est un élément de droit non pas parce que ses éléments sont régis par la loi, mais parce que des effets de droit lui sont attachés⁴. S'il en est ainsi la résidence habituelle apparaît également comme un élément juridique, car elle engendre aussi des effets désignés par le droit.

210. *Notion de droit : troisième explication.* En droit allemand la création et l'abandon du domicile sont des « quasi-actes juridiques »⁵. En principe ils sont donc, de par leur nature, soumis aux dispositions générales sur les actes juridiques ; en parti-

¹ J.-P. Niboyet, *Cours de droit international privé français*, 2^{me} éd., Paris, 1949, p. 222 ; Neuhaus, p. 152 ; Mösslang, p. 75 ; van Haagstraten, p. 363 ; Makarov, p. 74.

² Von Steiger, p. 32 ss. ; Laube, pp. 20-21 ; Mösslang, pp. 8-9. En France, P. Arminjon, p. 617.

³ Von Steiger, p. 33.

⁴ Simond, p. 15 ; comp. Zumbach, p. 17.

⁵ Staudinger-Coing, n. 4 ad § 7 BGB et 1 ad § 8 BGB (« rechtlich erhebliche Handlungen ») ; Soergel-Schultze-von Lasaulx, n. 3 ad § 7 BGB et 2 ad § 8 BGB (« geschäftshähnliche Handlungen »).

culier les dispositions sur la capacité civile et la représentation sont applicables en tant que telles (non seulement par analogie).

Dans cette mesure le domicile est un élément de droit et la résidence habituelle une notion de pur fait¹.

211. *Notion de droit : quatrième explication.* Certains auteurs semblent admettre que l'élément subjectif du domicile (ou de la résidence habituelle) est le critère du concept juridique. Ainsi l'un d'eux estime qu'au contraire du domicile la résidence habituelle est une notion de fait parce que dépourvue d'élément subjectif². A l'inverse MM. Neuhaus et Makarov opinent que la résidence habituelle est un concept juridique parce qu'il n'est pas dépourvu d'élément subjectif³.

Malgré leur divergence ces avis ont une base commune, et c'est elle qui nous paraît erronée, car elle procède de la confusion de deux questions fort différentes ; on confond en effet l'élément objectif du domicile — dit aussi (à tort) « élément de fait », par opposition à l'élément subjectif — avec la question de savoir si cet ensemble (élément objectif et élément subjectif) forme ou non une institution purement factuelle — donc de savoir si le domicile est un élément de fait (ou au contraire un élément de droit). En d'autres termes, même une fois déterminé — par hypothèse — que l'intention est une composante de la notion de résidence habituelle, il n'est pas encore dit que celle-ci est un élément de droit et non de pur fait.

212. *Domicile, notion de fait.* D'après une doctrine en vogue autrefois, soit au temps où le domicile n'était pas réglementé par les lois, le domicile est une notion de fait, existant par la nature indépendamment du droit, à l'exemple du sexe ou de l'âge. On considère généralement Pillet comme le principal défenseur moderne de cette théorie, en raison de sa célèbre déclaration : « Le domicile est une notion de fait, et les faits qui servent à la constituer sont les mêmes dans tous les pays »⁴.

213. *Théorie française.* La doctrine française est nettement empreinte de cette conception. Dans sa grande majorité elle

¹ Cf. Papenfuss, p. 143.

² Michaelis, NJW 1949.574.

³ Neuhaus, p. 152 ; Makarov, pp. 73-74.

⁴ A. Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Paris et Grenoble, 1923, t. I, p. 286.

considère le domicile comme un fait dont découlent des conséquences de droit¹. La théorie opposée d'Aubry et Rau, qui prétendait notamment qu'« il n'y a pas de domicile qui soit le résultat nécessaire de la naissance », est unanimement combattue par les auteurs français, et d'ailleurs démentie par les travaux d'élaboration du Code civil².

214. *Résidence habituelle*. La résidence habituelle est également un rapport de fait dont découlent des conséquences de droit. Sa nature juridique est donc essentiellement semblable à celle du domicile dans la conception française. Dans cette optique sa substitution au domicile ne signifie pas le remplacement d'une notion juridique par une notion de fait, mais répond simplement au désir d'éviter « les difficultés auxquelles se heurterait une tentative de *définition uniforme* de la notion de domicile »³.

215. *Droit public ou droit privé ?* Sur un point au moins l'accord est presque unanime : le domicile général ressortit au droit privé. Il n'est pas un lien entre un individu et un Etat en tant que corps juridique, mais un lien entre un individu et un ensemble territorial, l'étendue de ce dernier variant selon les contextes dans lesquels intervient le domicile — ce peut être l'ensemble territorial formé par un Etat⁴. Il en va de même de la résidence habituelle.

216. *Domicile volontaire et domicile légal*. Un autre point semble rallier l'unanimité : Quelle que soit la nature juridique du domicile, cette nature est essentiellement la même entre le domicile ordinaire (dit aussi *volontaire*) et le domicile légal (qui est en général un *domicile de dépendance*). En France il semble que, malgré le terme de *domicile légal*, celui-ci soit considéré comme un rapport de fait dont découlent des conséquences juridiques⁵, exactement comme le domicile *indépendant*. A l'inverse en Allemagne et en Suisse, où le domicile ordinaire est considéré comme

¹ Levasseur, p. 1 ; Doyant, n. 1-2 ; Lerebours-Pigeonnière-Loussouarn, n. 440 ; Batiffol-Lagarde I, n. 182. Comp. de Magalhaes, p. 126.

² Cf. p. ex. Francescakis, pp. 304-305.

³ P. Bellet et B. Goldman, *La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, Clunet 1969.843 ss. (852).

⁴ Cf. chapitre VI.

⁵ Cf. Levasseur, p. 186 ss., spéc. p. 189, où l'auteur montre l'analogie fondamentale des deux domiciles ; comp., p. 1, sa définition du domicile.

un rapport de droit, on est d'accord pour affirmer que tous les domiciles ont la même nature juridique, en d'autres termes que le domicile ordinaire est aussi un domicile légal¹.

III. Liens entre la loi et le domicile

217. *Définition ou institution du domicile ?* En définitive la divergence entre le droit français d'une part, les droits suisse et allemand d'autre part au sujet de la nature juridique du domicile réside en ce que le premier considère le domicile comme préexistant à la loi, laquelle ne fait qu'indiquer ce qu'elle entend par ce terme — elle le *définit* — tandis que les seconds estiment que le domicile n'existe pas sans loi, laquelle non seulement le définit, mais l'*institue*.

218. *Domicile considéré par la loi.* Malgré cette différence fondamentale les deux régimes ont ceci de commun qu'ils ne cherchent pas à rattacher la personne au lieu où elle est réellement, mais là où la loi la considère comme étant fixée. Depuis les grandes codifications le domicile est devenu essentiellement une « institution de police civile interne permettant de trouver efficacement la personne »², « la localisation d'une personne à un endroit déterminé du territoire, une sorte de conscription civile destinée à faire régner l'ordre interne »³. Or l'ordre interne exige qu'une personne soit rattachée en permanence à un endroit. Il importe en premier lieu que cette fixation puisse être déterminée de manière certaine et soit stable ; mais il est secondaire de savoir où la personne se trouve effectivement.

Ainsi en Suisse, dans les cas, prévus par la loi, où la femme a le droit de vivre séparée de son mari, elle peut, en vertu de l'art. 25 II CCS, se constituer un domicile personnel ; mais si elle vit séparée sans motif reconnu valable par la loi, celle-ci la considère comme domiciliée de droit chez le mari.

Certes ce caractère fictif est précisément propre au domicile légal. Mais on admet unanimement — nous l'avons déjà relevé — que, si le domicile ordinaire et le domicile légal ont une nature

¹ Zumbach, p. 65 ; Egger, n. 23 ad art. 23 CCS ; von Steiger, p. 33 ; Mösslang, p. 9.

² Malaurie, n. 3.

³ Lévy-Ulmann, cité par M. Francescakis, Rev. crit. 1949.563.

juridique différente d'un pays à l'autre, ils sont de même nature à l'intérieur de chaque ordre juridique. La conception selon laquelle le droit positif cherche plus à localiser à tout prix un individu qu'à savoir où celui-ci se trouve réellement vaut tout aussi bien pour le domicile volontaire que pour le domicile légal ; on le remarque, par exemple, dans la prohibition, connue des droits suisse et français, des cas de double domicile et d'absence de domicile.

219. *Fonctions d'ordre du domicile interne.* On indique généralement que l'ordre interne est intéressé pour des raisons variables à cette localisation : tantôt l'usage du critère du domicile est dicté par des raisons de commodité (centralisation en un endroit de l'administration d'une succession). Tantôt le domicile apparaît comme un moyen de protection de l'individu (*actor sequitur forum rei*). Tantôt prévalent les exigences de la publicité (mariage dans la commune où l'un des fiancés est domicilié). Enfin, dans les affaires de citation d'actes, de paiements ou de réclamations de dettes, le domicile est fondé sur la « présomption de présence permanente de la personne ».

Le caractère purement légal et relativement fictif du domicile apparaît bien à travers cette dernière formule. On en dira de même des expressions « siège légal de la personne » et « port d'attache », que l'on trouve sous la plume de maint auteur français. Le domicile est, pour Colin et Capitant, « la demeure que la personne est censée avoir, aux yeux de la loi,... »¹, et pour M. Dayant « le lieu où l'individu est réputé présent... »².

220. *Domicile international.* En droit international privé le domicile joue un tout autre rôle. Son utilisation n'est dictée ni par la commodité, ni par le besoin de publicité, ni même — on l'oublie parfois — par la présomption de présence. Sa fonction principale est le rattachement d'un rapport de droit à un ordre juridique ; sa conséquence est la détermination de la loi applicable à ce rapport. Or aucun des emplois internes du domicile implique une conséquence de ce genre, ni une conséquence aussi importante. D'une manière générale le domicile international ne touche pas à l'ordre interne, il n'est pas « une institution de police civile ».

¹ Colin et Capitant, cités par M. Zumbach, p. 28.

² Dayant, n. 1.

Dans cette optique il incombe de rechercher, non pas où la personne est censée demeurer, mais où elle demeure en fait¹, où elle a non pas son siège légal, mais son centre effectif. On rencontre souvent l'affirmation que la résidence habituelle présente par rapport au domicile l'avantage d'être un élément simple, de fait. C'est en ce sens — et en ce sens seulement — que l'on peut distinguer une différence de nature entre le domicile général des codes civils d'une part, le domicile international et la résidence habituelle d'autre part. Le premier a un caractère formel et fictif, qui doit rester extérieur aux seconds — lesquels sont, en pratique, plus ou moins synonymes².

221. *Réglementation expresse du domicile international ?* Cela ne doit pas absolument empêcher la réglementation du domicile international ou de la résidence habituelle par des normes internes ou des conventions internationales — bien que cela ne nous paraisse pas très utile à l'heure actuelle. Il incombe simplement de ne pas s'attacher à des fictions, mais de ne se rapporter qu'à des situations réelles. Cela implique en premier lieu qu'on écarte les dispositions sur les domiciles légaux et sur la nécessité et l'unité du domicile, autant de principes artificiels. D'autre part tous les éléments d'une situation doivent être considérés comme des circonstances de fait ; aucun élément de droit n'a de poids déterminant ; ainsi une interdiction de séjour, ou au contraire l'interdiction de sortir d'un pays, n'influence pas directement la détermination du domicile ; ces circonstances ne s'imposent que comme des faits existants — peu importe par ailleurs que de telles mesures paraissent justifiées ou non³.

Quoi qu'il en soit nous montrerons plus loin que les dispositions légales françaises, allemandes et suisses sur le domicile ne conviennent qu'imparfaitement au domicile international — cela

¹ Dans le même sens, G. Marquardt, MDR 1951.391. Au sujet de la substitution de la résidence habituelle au domicile en droit interlocal privé allemand Wolff (p. 92) écrit : « Die Wahrheit ist der Fiktion, das Natürliche dem Künstlichen überlegen ». De son côté, dans un rapport provisoire relatif à la future Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, le Secrétaire général du Bureau permanent de la Conférence a expliqué il y a quelques années que la différence entre résidence habituelle et domicile se manifeste avant tout « là où une conception formelle du domicile peut avoir amené les autorités... à considérer le domicile comme établi en un endroit où ne se trouve plus le centre de la personne » (Actes et doc. 1968 II 20).

² Cf. chapitre III, n. 162 ss.

³ Pour plus de développements, cf. chapitre VII, a. 327 ss.

vaut tant pour le domicile ordinaire que pour le domicile légal — et qu'il vaut mieux, *de lege ferenda*, et même *de lege lata*, s'en écarter.

Cela conduit certes à une lacune. Mais le développement du concept de résidence habituelle a maintenant permis de combler largement ce vide. Et si l'on estime ce concept insatisfaisant, rien n'empêche de développer une autre notion propre aux relations internationales ; en France la jurisprudence Rivière fournit un bel exemple de semblable développement, cohérent et rapide. Au demeurant on ne sortira pas du dilemme actuel, on ne trouvera pas de remède à la *fuite* devant le domicile, tant qu'on refusera *a priori* d'écarter l'application automatique des dispositions légales actuelles sur le domicile.

IV. Délimitation du droit et du fait en matière de domicile

222. *Conceptions divergentes.* Tout en ayant un statut juridique, le domicile est fondé sur des éléments de fait. Où se situe la frontière, en ce domaine, entre le droit et le fait ? Voici ce qu'en dit un auteur français¹ : « Ce qui est une question de fait, c'est le point de savoir si les éléments qui constituent le domicile, si les *circonstances dont dépend son acquisition ou son changement existent en réalité* (...), mais la combinaison de ces *circonstances*, leur importance relative, leur preuve, l'effet de chacune d'elles sont des questions de droit dont la solution doit être cherchée dans la législation compétente ».

Voici, sur la même question, l'avis d'un auteur allemand² : « Tatsachenfrage ist lediglich *die Bestimmung der Elemente des Wohnsitzes in der Wirklichkeit*, die Feststellung der tatsächlichen Merkmale, auf denen die Begründung oder die Änderung des Wohnsitzes beruht, aus den Lebensäußerungen des Betreffenden. Die Kombination *dieser Elemente*, ihr gegenseitiges Verhältnis, ihre Bedeutung als Bestandteile des Begriffes und die Bedeutung des Begriffes Wohnsitz selbst, sind dagegen Fragen, die auf einer bestimmten rechtlichen Wertung beruhen, die sich ausserhalb des tatsächlichen Erfassbaren bewegt und von der Lokalisierung des Wohnsitzes zu trennen ist ».

¹ *Arminjon*, p. 617.

² *Mösslang*, p. 9.

Nous soulignons nous-même, pour bien indiquer, dans ce style inévitablement obscur, en quoi la différence, ou la nuance — pratiquement très importante — se manifeste entre les deux conceptions rapportées.

223. *Pouvoir de contrôle des cours suprêmes.* Nous illustrons cette différence par l'étude de la manière dont les cours suprêmes envisagent leur action en ce domaine. La Cour de cassation française, le *Bundesgerichtshof* allemand et le Tribunal fédéral suisse ont pour mission essentielle l'unification du droit sur le plan national. Leur pouvoir de contrôle se limite donc aux questions de droit, les questions de fait étant laissées à la souveraine appréciation des juges du fond. Or l'application de ce principe conduit à des résultats très différents, dans les pratiques allemande et suisse d'une part, dans la pratique française d'autre part.

224. *Décomposition du mécanisme.* On peut schématiquement décomposer le mécanisme de la détermination du domicile en trois phases.

En premier lieu vient la constatation des faits : telle personne réside à Genève, elle s'est annoncée à la police des habitants, elle y occupe un emploi, etc. En second lieu on qualifie les faits relevés (souvent en les groupant) : Est-ce que le comportement décrit de l'intéressé permet de conclure à son intention de rester à tel endroit ? Peut-on qualifier tel établissement de durable ? Troisièmement, une fois les circonstances réduites en quelques données générales, on confronte ces dernières au système de la loi : La durabilité est-elle un élément du domicile ? La durée supplée-t-elle à l'absence d'intention ?

Chacun est d'accord que la première question est une question de fait et que les cours suprêmes ne vont pas détecter elles-mêmes les faits servant à déterminer le domicile. Si les faits relevés sont insuffisants à fonder une solution de droit, ces cours renvoient l'affaire aux juridictions précédentes¹.

Chacun est également d'accord que la troisième question est une question de droit, que les tribunaux suprêmes soumettent à leur sanction.

225. *Pratiques allemande et suisse.* Seule la seconde opération, d'importance considérable, n'est pas conçue de manière identique dans tous les systèmes. Cela ressort des deux formules

¹ P. ex. ATF 74 (1948) II 8 et 80 (1954) II 97 (102).

rapportées plus haut. La formule allemande indique que la combinaison des éléments du cas concret est déjà une question de droit. Aussi le *Bundesgerichtshof* et le Tribunal fédéral contrôlent-ils avec une grande liberté la manière dont les instances précédentes ont déterminé le domicile sur la base des faits retenus¹; cela concerne aussi bien l'élément objectif du domicile que l'intention de l'intéressé, et en Suisse le droit de la femme à se constituer un domicile séparé (art. 25 II CCS). Enfin cela vaut indifféremment pour le domicile et la résidence habituelle.

226. *Pratique française.* La pratique française conçoit la question autrement. Dans la formule française rapportée plus haut on indique que c'est une question de fait de savoir si « les circonstances » dont dépend l'acquisition ou le changement de domicile existent en réalité; or, à la rigueur du texte cité, ces *circonstances* sont bien les « données généralisées » dans la seconde phase de la détermination du domicile, non les éléments du cas particulier. En fait la Cour française de cassation n'applique pas ce principe jusqu'à sa dernière conséquence; dans sa jurisprudence constante elle considère que la détermination du domicile est « essentiellement » une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²; le mot « essentiellement » est cependant là pour rappeler que la Cour suprême ne perd pas tout contrôle sur la matière, même s'il ne s'agit que d'un contrôle général. Elle examine si les tribunaux se font du domicile une idée conforme à la loi, aussi ceux-ci sont-ils tenus de justifier leur décision. Mais d'une manière générale elle leur laisse une très grande marge d'appréciation, non seulement pour la constatation des faits, mais aussi pour les déductions tirées de ces faits³.

227. *Critiques.* Les pratiques allemande et suisse sont considérées comme assez naturelles, dans les pays respectifs, pour être admises unanimement (et tacitement).

En revanche la jurisprudence de la Cour de cassation s'est heurtée récemment à la critique de M. Francescakis, car par son attitude elle montre, selon l'auteur, qu'elle considère la détermination du domicile comme une question mineure: « si elle avait

¹ P. ex. ATF 64 (1938) II 402 (405-406); 86 (1960) I 10 (15 ss.); 86 (1960) II 303 (306-307); 87 (1961) II 7 (11-12). Comp. ATF 69 (1943) II 277 (arrêt très imprécis sous cet angle).

² Cf. Cass. 1909, D.P. 1909.1.395.

³ Cf. Cass. 1929, S. 1930.1.173; Cass. 1948, Rev. crit. 1949.557.

voulu intervenir, elle n'aurait pas été empêchée de le faire par la manière dont elle conçoit son office »¹. Or M. Francescakis estime cette attitude défavorable au développement d'un concept juridique de domicile international. Il suggère de ce fait que la Cour suprême renforce son influence en la matière : « Elle pourrait le faire », explique-t-il, « en faisant porter sur le domicile son contrôle habituel de la base légale des décisions. Cela lui permettrait de « structurer », si l'on peut dire, juridiquement les faits sur la base desquels le domicile est affirmé »². En d'autres termes elle devrait faire, selon M. Francescakis, ce que font le *Bundesgerichtshof* allemand et le Tribunal fédéral suisse.

Section 3

Théorie fonctionnelle du domicile

1. Le problème et les solutions positives

228. *Le problème.* La théorie fonctionnelle du domicile est plus ou moins un « sous-produit » des théories sur la nature juridique du domicile. Aussi est-elle envisagée différemment d'un ordre juridique à l'autre, selon que l'on prend le domicile pour un élément de fait, de droit, ou mixte, et selon qu'on le considère comme un élément abstrait ou auxiliaire.

De quoi s'agit-il ? Dans tous les droits positifs le mot de *domicile* est employé à des fins extrêmement diverses, qui ressortissent tant au droit public qu'au droit privé, tant au droit international qu'au droit interne. Selon les fonctions on parle de domicile successoral, de domicile matrimonial, de domicile fiscal, de domicile localisant la compétence judiciaire, la poursuite pour dettes, le droit d'affouage, les droits électoraux, l'assistance publique, etc. On les appelle « domiciles spéciaux », par opposition au « domicile général » des codes de droit privé.

Comment se déterminent ces domiciles dans les cas — de loin les plus fréquents — où les lois qui les emploient ne les

¹ Francescakis, p. 301.

² Francescakis, p. 312.

définissent pas ? Voyons les solutions appliquées ou suggérées dans les droits français, suisse et allemand.

229. *Droit français.* En France la juriaprudence a développé tout un éventail de notions du domicile, notions variant en fonction des domaines d'application. Il n'est que de lire le livre de M. Levasseur pour se faire une idée de cette extrême variété¹. Nous avons montré, dans la première partie de cet ouvrage, combien les notions de domicile divergent entre les principaux domaines d'application de ce point de rattachement en droit international privé français (successions, régimes matrimoniaux, jurisprudence Rivière, compétence des tribunaux français)².

Divers facteurs ont concouru à cette prolifération de concepts. Premièrement le domicile de l'ancien droit, fort différent — quant au fond sinon à la définition formelle — du domicile des art. 102 ss. CCF, a laissé longtemps, sous des formes diverses, des traces en droit positif postérieurement à l'introduction du Code civil³. En outre, dans un système qui envisage le domicile comme un élément de fait dont découlent des conséquences de droit, et qui de ce fait *définit* le domicile plus qu'il ne l'*institue*, il est naturel qu'on se permette une grande liberté d'action, contrairement aux systèmes où le domicile s'identifie à la loi qui le réglemente.

Enfin cette tendance à la prolifération des concepts du domicile a été favorisée par la nonchalance de la Cour de cassation à l'égard du domicile, pour la détermination duquel elle laisse aux juridictions du fond une très large liberté d'appréciation. M. Francescakis le relève, non sans regret d'ailleurs⁴ : « Le résultat en est que les juridictions du fond ont fait du domicile, dit général, des articles 102 et suivants du Code civil, un domicile en quelque sorte fonctionnel. Elles le déterminent en égard à la nature du litige, voire, sans doute, en considération des circonstances particulières de chaque espèce ». M. Cassin s'exprime de même, mais apparemment sans regret, lorsqu'il remarque que « la notion du domicile en droit international privé ... reste soumise pour une large part à l'appréciation des tribunaux, et que ceux-ci usent de leur liberté relative et tiennent le plus grand compte des effets à reconnaître au domicile en chaque espèce pour

¹ Levasseur, pp. 327-458.

² Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 58-78.

³ Cf. chapitre I, n. 6 ss.

⁴ Francescakis, pp. 301-302.

procéder dans chaque litige à la détermination, plus ou moins rigoureuse, qui leur paraît la meilleure ... »¹.

230. *Droit suisse*. En Suisse la doctrine estime en général que le domicile (des art. 23 ss. CCS) est une notion juridique générale et abstraite, et qu'il sert de base à tous les rapports de droit qui supposent une localisation fixe de la personne². Cette conception est également celle de la jurisprudence. Dans la pratique des tribunaux les art. 23 ss. CCS jouent un rôle extrêmement important pour la détermination de tous les genres de domicile, de droit privé et public, interne et international. Certes il est souvent quelque point sur lequel on en corrige le système selon les nécessités, mais le principe reste que les art. 23 ss. CCS représentent une sorte de pôle d'attraction de tous les domiciles spéciaux³.

Le résultat pratique de cette tendance « assimilatrice » est que le domicile défini par le Code civil a un champ d'application extraordinairement vaste, ce qui engendre comme autre conséquence que la notion pratique du domicile subit l'influence des fonctions très diverses qu'il remplit ; or il est certain que des domaines comme le droit fiscal — très important en pratique — et le droit des poursuites contribuent à imprimer au domicile un caractère nettement territorial, qui convient mal au domicile privé international. Nous en donnerons un exemple plus loin⁴.

231. *Droit allemand*. Il semble que dans la pratique allemande les domiciles spéciaux ne soient pas fondamentalement sem-

¹ Cassin, pp. 666-667, et la note I p. 667.

² Zumbach, p. 25 ss. ; von Steiger, p. 35 ; Lube, p. 21.

³ Cf. en matière de domicile fiscal : Egger, n. 14-15 ad art. 23 CCS ; ATF 75 (1949) I 200 (taxe militaire), 80 (1954) I 205, 86 (1960) I 10 ; l'art. 24 II est applicable (ATF 69 (1943) I 9), de même que l'art. 25 CCS (ATF 92 (1966) I 218), mais pas l'art. 24 I CCS (Egger, loc. cit. ; Tribunal fédéral 1926, JT 1926 I 373 ; ATF 77 (1951) I 22). A propos du domicile pour la poursuite pour dettes, cf. ATF 68 (1942) I 193, avec de nombreuses citations, 57 (1931) II 462 (l'art. 24 CCS est inapplicable), 82 (1956) III 12 (l'art. 26 CCS est applicable). Le domicile politique concorde « dans la règle » avec le domicile civil (ATF 49 (1923) I 416 ; 91 (1965) I 8) ; mais l'étudiant peut se créer un domicile politique au lieu de ses études (ATF 53 (1927) I 276). Le « domicile d'assistance » obéit à d'autres règles que le domicile civil, mais les art. 23 ss. CCS interviennent à titre subsidiaire ; cf. Conseil d'Etat de Soleure 1952, Rev. suisse de jurispr. 1953.227, ATF 65 (1939) II 97, 69 (1943) II 1.

⁴ Cf. n. 235.

blables au domicile des §§ 7 ss. BGB¹. Mais la question perd de plus en plus d'importance pratique, car en droit allemand la fuite devant le domicile et sa substitution par la résidence habituelle se manifestent aussi bien en droit interne qu'en droit international.

Mais il importe surtout de noter que, dans ce pays où le domicile passe pour être un élément juridique, on a développé une théorie fonctionnelle du domicile comparable à celle qui existe en France avec un domicile conçu comme ayant une autre nature. Cette théorie a été mise en relief avec une particulière vigueur par Mendelssohn Bartholdy², puis, à propos du domicile international, développée par M. Braga³.

Il y a, expliquent ces auteurs, deux genres de concepts juridiques : les concepts indépendants et les concepts dépendants, ou auxiliaires. Les premiers ont une valeur matérielle pour eux-mêmes ; au contraire les seconds ne sont que des notions destinées à l'application de normes juridiques. Le nom appartient à la première catégorie ; il sert en premier lieu à distinguer la personne — dont il constitue un attribut — et non à l'application de règles juridiques. Au contraire le domicile, au sens juridique, n'est pas un attribut de la personne, mais la condition d'application de différentes normes de droit ; il n'existe qu'à cet effet et n'a pas de valeur matérielle par lui-même. En d'autres termes il n'a qu'une valeur fonctionnelle.

Ainsi en tant que concept fonctionnel — et non abstrait, comme le considère la doctrine suisse — le domicile ne peut pas être isolé des normes juridiques dont il sert d'auxiliaire. Or il intervient dans des situations extrêmement diverses, et il n'est pas concevable qu'il ait en toute hypothèse le même contenu. Le législateur lui-même n'a pas défini le domicile et n'en a décrit la fondation que par une formule fort vague, dont les termes sont susceptibles d'interprétation. Cette interprétation variera d'une hypothèse à l'autre, selon le but assigné à l'emploi du domicile de cas en cas.

232. *Résidence habituelle.* Les auteurs, surtout allemands, admettent largement que la résidence habituelle interne et la rési-

¹ Cf. Braga, p. 57.

² Mendelssohn Bartholdy, *Das BGB und seine « Nebengesetze »*, in *Blätter für Rechtsanwendung* 75 (1910) 49 ss. et 91 ss., spéc. p. 61.

³ Braga, p. 56 ss.

dence habituelle internationale répondent à des nécessités trop différentes pour avoir le même contenu, en d'autres termes que leurs notions divergent¹. En droit interne la résidence habituelle est, selon les cas, un lien soit plus soit moins territorial que le domicile ; en droit international elle supprime le domicile, auquel elle ressemble fondamentalement². Elle est donc un concept fonctionnel.

On en a même affirmé autant de la résidence simple³.

II. Que faut-il en penser ?

233. *Critiques formelles.* Que faut-il penser de la théorie fonctionnelle du domicile, et particulièrement en droit international privé ?

Récemment cette théorie a été critiquée par M. Lagarde, dont les propos sur le « domicile de nationalité » semblent bien avoir une portée générale⁴. Regrettant « l'éclatement du concept de domicile dans les diverses disciplines où il est utilisé », l'auteur estime préférable de partir de la notion donnée par le Code civil (français), « quitte à lui faire subir quelques adaptations » dictées par les nécessités. L'auteur critique la tendance « qui consiste à vouloir tant affiner les concepts qu'ils finissent par se diluer à l'infini, en perdant tout caractère de généralité ».

M. Malaurie est plus nuancé : tout en admettant en principe un concept autonome de domicile international⁵, il rejoint M. Lagarde dans ses critiques : « énerver la relativité d'une notion est la faire s'évanouir dans la multiplicité d'assemblages divers et contradictoires : une notion existentielle est un rattachement sans poids »⁶.

234. *Réalité matérielle.* Ces critiques formelles sont justifiées. Mais il ne faut pas oublier la réalité matérielle : les fonctions assignées au mot *domicile* sont trop diverses pour que ce mot

¹ Cf. Mann, p. 466 ss. ; Stall RabelsZ 1957.188-189 ; Neuhaus, pp. 153-154. Comp. Soergel-Kegel, n. 12 ad art. 29 EGBGB.

² Neuhaus, pp. 153-154.

³ Simond, pp. 30-31.

⁴ P. Lagarde, *De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, p. 511 ss. (531-532, note 4).

⁵ Malaurie, n. 25-26.

⁶ Malaurie, D. Chron. 1963.56.

puisse avoir toujours le même sens. Tout l'ouvrage de M. Levasseur est dominé par cette idée¹ : « le domicile en lui-même n'est rien, il est inexistant, toute son importance ressort de ses effets ».

Nous emprunterons à la pratique suisse, où le domicile est considéré comme un concept abstrait, un exemple dont l'étude illustrera l'opportunité de la théorie fonctionnelle du domicile.

235. *Cas pratique.* Dans un arrêt de 1960 le Tribunal fédéral a connu de l'affaire suivante² : Un chef-monteur d'une fabrique d'Uzwil vit avec sa famille à Saint-Gall ; en 1946 il quitte sa famille et se crée dans la même ville un domicile séparé, qu'il conservera jusqu'en 1950. Son entreprise l'envoie accomplir des montages successivement dans de nombreux pays étrangers ; de juin 1956 à juin 1957 on le trouve en Irak, puis à Amsterdam, puis, dès décembre 1957, de nouveau en Irak. En 1958 les autorités fiscales de Saint-Gall prétendent l'imposer, ce à quoi il s'oppose. Le Tribunal fédéral a admis que le recourant avait acquis un domicile à l'étranger et donc perdu le sien en Suisse. La solution se justifie d'autant plus que le recourant était encore établi en Irak au moment de l'arrêt, soit en 1960. Cependant elle se justifie en raison de son objet, à savoir un litige fiscal.

Mais est-on sûr que le domicile civil du recourant était aussi en Irak ? Le Tribunal fédéral l'admet car, sans y être invité, il constate expressément qu'en l'occurrence le domicile fiscal se confond parfaitement avec le domicile civil. Autrement dit la Cour suprême reconnaît implicitement que, par exemple, elle soumettrait à la loi iraquienne la succession de l'intéressé si, au lieu de recevoir un bordereau d'impôts, celui-ci avait trouvé la mort en 1958. Or il est tout de même permis de douter que le Tribunal fédéral eût vraiment agi de la sorte.

Un autre passage de l'arrêt conduit même à douter qu'il ait en l'espèce déterminé le domicile fiscal comme il aurait déterminé le domicile civil. Le droit privé considère que les époux ont un domicile commun tant qu'ils n'ont pas de raison légalement valable de se séparer (art. 25 II CCS) ; or dans une jurisprudence sans défaillance, le Tribunal fédéral n'a jamais admis l'existence de domiciles séparés sans avoir préalablement examiné si les époux avaient droit à cesser la vie commune ; il a même déclaré que le temps — vingt ans, dans un cas pratique³ — ne supplée pas à

¹ Levasseur, p. 269.

² ATF 86 (1960) I 10.

³ ATF 68 (1942) II 181.

l'absence de motifs légalement valables. Or subitement, dans le présent arrêt, il ne se livre pas à cette recherche, sans s'expliquer sur cette omission. Au contraire — et là il nous comble d'étonnement — il indique qu'à n'en pas douter la femme du recourant ne saurait compter parmi les relations personnelles de celui-ci — susceptibles de guider le juge dans la recherche du domicile — au motif exprès que les époux vivent séparés depuis plus de dix ans.

Il paraît inutile de s'étendre longuement sur les motifs de cet arrêt. En tout cas on ne saurait y voir un revirement de jurisprudence, car si c'en était un le Tribunal fédéral se serait expliqué sur ce point et aurait maintenu cette solution ultérieurement, ce qu'il n'a pas fait. Simplement les juges de Mon-Repos semblent bien avoir traité cette affaire en considération de son objet particulier, à savoir un litige fiscal, lequel requiert un domicile de nature plus territoriale que le domicile général. Nous ne voyons pas comment il serait possible de comprendre autrement cet arrêt. Quant à l'allusion à l'identité des domiciles fiscal et civil, c'est une clause de style fréquente, dont le Tribunal fédéral n'a peut-être pas saisi l'ambiguïté en l'espèce.

236. *Ancien droit.* Il y aurait encore beaucoup à dire sur le sujet, et bien d'autres exemples à citer. Nous nous limiterons à la double considération suivante.

Le domicile de l'ancien droit était en réalité un concept tout autre que celui des codes modernes, bien que la notion formelle ne se soit pas modifiée. Manifestement cette différence de contenu tient aux différences de fonctions des domiciles respectifs.

D'ailleurs l'ancien droit avait aussi ses domiciles spéciaux, ainsi que le mentionne Ferrière¹ : « ce domicile concourt souvent avec d'autres, que l'on nomme aussi domiciles, mais que l'on désigne par une qualification qui dénote à quels effets se peuvent rapporter ces domiciles ». L'auteur cite quelques exemples, en particulier le « domicile en matière de tailles », notre domicile fiscal moderne.

237. *Droit anglais.* En droit anglais, tout en étant moins catégorique, on admet également que la détermination du domicile ne saurait se réaliser sans que l'on tienne compte des « nécessités sociales et économiques de la situation en cause ». Voici en effet

¹ Ferrière, p. 551.

ce que disait Cook¹ : « The meaning given to the symbol « domicile » has varied with the nature of the problem presented : taxation, divorce, intestate succession, &c. In short, what was being decided in any particular case presented for decision was : do the facts of this case show a connection of this person with the State in question of such a character as to make it reasonable to do the particular thing asked ? » Autrement dit, si l'on n'a pas de domiciles spéciaux en Angleterre, on détermine le domicile en fonction, non du domaine juridique en cause, mais du cas particulier. Ça va loin !

238. *Domicile dépendant de la loi territoriale ou de la loi nationale.* La théorie fonctionnelle entend que le domicile ne soit pas considéré isolément de ses fonctions. M. Levasseur montre que dans la pratique française le domicile est — et surtout était — influencé également par la nationalité de l'individu et le territoire de l'établissement prétendu². Ainsi la notion varierait selon qu'il s'agit de déterminer le domicile d'un Français en France, d'un Français à l'étranger, d'un étranger en France, voire d'un étranger à l'étranger.

Cette tendance — de la pratique française, non de celui qui la décrit — à tout ramener par rapport à soi-même est naturellement à rejeter dans une conception qui envisage les problèmes de plus haut. Le territoire de l'établissement et la nationalité de la personne ne peuvent entrer en considération que dans l'appréciation des faits permettant de déterminer le domicile, mais n'ont pas à influencer la notion même de ce dernier. Ainsi on ne peut faire totalement abstraction des dispositions de droit public sur la police des étrangers du pays où se trouve l'établissement prétendu³ ; de même la nationalité de l'individu en question peut entrer en considération dans l'appréciation des indices permettant de déterminer avec quel ordre juridique celui-ci est lié le plus intimement⁴. Mais c'est tout. M. Batiffol le remarque justement⁵ : « Si l'on ne peut exclure l'éventualité d'une exigence plus grande dans la preuve que l'étranger a eu l'intention effective de fixer son établissement hors de son pays d'origine, il ne peut s'agir que de questions d'appréciations de fait, non de définition de droit ».

¹ Cook, cité par MM. Cheshire - North, p. 159.

² Levasseur, pp. 239-312.

³ Cf. chapitre VII, n. 329 ss.

⁴ Cf. chapitre VII, n. 323-324.

⁵ Batiffol - Logarde I, n. 182.

239. *Limite de la théorie fonctionnelle.* La théorie fonctionnelle du domicile ne va pas sans inconvénients. Comme MM. Lagarde et Malaurie le relèvent, on ne peut que regretter qu'un seul mot couvre tant de notions différentes et finisse ainsi par ne plus rien signifier. En outre si cette prolifération de concepts n'est pas dirigée par un organe unificateur — la loi ou la Cour suprême d'un pays — elle engendre une grande insécurité.

Cependant ce dernier inconvénient nous semble plus ou moins inévitable, car la détermination du domicile ne repose que sur des appréciations de fait. Quant au désavantage de la « notion existentielle », il s'agit dans une certaine mesure d'un mal nécessaire. On pourrait peut-être y remédier en désignant les principaux domiciles par différents autres termes (le latin permettrait de leur conférer un aspect plus technique, voire plus savant).

Mais, en attendant que l'imagination trouve des expressions adéquates¹, la théorie fonctionnelle du domicile reste une nécessité, qu'on ne saurait ignorer, mais à laquelle il importe de fixer des limites. M. Levasseur nous paraît dépasser ces limites lorsqu'il estime, au sujet du domicile des apatrides, qu'il faut « entendre par domicile, non seulement le principal établissement intentionnel même s'il n'est pas consacré par l'autorité territoriale, mais encore tout établissement même dépourvu d'élément intentionnel, même graduellement affaibli et dépouillé de toute circonstance de fait, jusqu'à ne plus consister finalement qu'en la présence matérielle pure et simple »². Il nous semble de meilleure politique de prévoir que le statut personnel de l'apatride est régi par la loi de son domicile, subsidiairement par celle de sa résidence simple ou d'un autre point de rattachement ; mais il faut éviter d'appeler « domicile » n'importe quelle circonstance susceptible de localiser un individu.

¹ A la Conférence de La Haye on a avancé le terme de « jnriscentre », qui n'a pas été retenu pour le moment (Actes et doc. 1968 II 20). Pour sa part M. van Hoogstraten (p. 355 ss.) recherche où l'individu a son « centre-vie ». Jusqu'à présent ces expressions n'ont pas fait école.

² Levasseur, p. 332.

Section 4

Nécessité et unité du domicile

I. Le problème et les solutions positives

240. *Le problème.* Bien qu'en apparence les principes de la nécessité et de l'unité du domicile soient indépendants l'un de l'autre, on ne saurait les étudier séparément. En effet non seulement ils sont traités toujours ensemble dans les ouvrages de doctrine, mais encore les législateurs les adoptent ou les rejettent en général tous deux en bloc. Ce n'est pas un hasard, car ces deux principes procèdent d'un mécanisme identique, à savoir la corrélation nécessaire de l'abandon d'un domicile et de la fondation d'un nouveau ; les systèmes juridiques où cette corrélation nécessaire est niée ne connaissent ni le principe de la nécessité, ni celui de l'unité du domicile. Et inversement.

241. *Droit français.* En droit français toute personne a un domicile en naissant, et la loi ne règle ni l'abandon du domicile, volontaire ou légal, ni son acquisition, mais seulement son changement (art. 103 CCF). Tant qu'un domicile n'est pas changé, il subsiste ; c'est le principe de la nécessité. Dès que le domicile est changé, l'ancien se perd automatiquement ; c'est le principe de l'unité.

242. *Droit suisse.* Le droit suisse ne règle pas le changement du domicile ni son abandon, mais seulement son acquisition (art. 23 I CCS). Cependant des dispositions expresses indiquent qu'il n'y a pas d'acquisition sans abandon (art. 23 II CCS), ni d'abandon sans acquisition (art. 24 I CCS) ; donc le domicile est nécessaire et unique. Par exception la loi admet l'éventualité de perte de l'ancien domicile sans fixation nécessairement corrélatrice d'un nouveau ; en effet l'art. 24 II CCS dispose que le lieu où la personne « réside est considéré comme son domicile ... lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un en Suisse » ; mais cette disposition maintient tout de même le principe de la nécessité du domicile.

Le conflit entre deux domiciles successifs est résolu en faveur de celui avec lequel l'intéressé a les liens les plus forts¹ ; dans le doute on donne la prépondérance au domicile fondé en dernier².

243. *Droit allemand.* Le droit allemand décrit l'acquisition d'un domicile (§ 7 I BGB) et son abandon (§ 7 II BGB) d'une manière indépendante. L'un et l'autre s'opèrent *animo et facto*. Un individu peut fonder un domicile sans avoir l'intention d'abandonner le précédent, ou au contraire quitter ce dernier *animo et facto* sans s'établir durablement en un autre endroit. Le droit allemand admet donc l'éventualité de l'absence de domicile et celle du double domicile.

244. *Résidence habituelle.* Le problème de l'unité et de la nécessité est peu débattu à propos de la résidence habituelle, ce qui atteste peut-être de son peu d'importance pratique. La doctrine admet l'hypothèse de double résidence habituelle, tout en en soulignant la rareté³. La possibilité d'absence de résidence habituelle est généralement reconnue ; cela ressort en particulier des textes adoptés à La Haye en 1928 et du nouvel art. 29 EGBGB, qui prévoient expressément le rattachement à la résidence simple en cas d'absence de résidence habituelle.

Mais ce qui frappe à la lecture des ouvrages de doctrine, c'est que le mécanisme fondamental (corrélation entre abandon et acquisition du domicile) par lequel on aboutit aux principes de la nécessité et de l'unité ou à leur négation n'intéresse personne. Or c'est là le nœud du problème, et il serait intéressant de savoir comment les auteurs résolvent cette question à propos du concept neuf et à vocation internationale qu'est la résidence habituelle.

II. Le domicile international

245. *Utilité des principes.* Il paraît inutile de souligner l'importance des principes de la nécessité et de l'unité pour le domicile international. Si la matière des conflits de juridiction se satisfait à la rigueur d'un double domicile, l'absence de domicile semble

¹ Cf. *Simond*, p. 80 ss. et les arrêts cités.

² Cf. Tribunal fédéral 1917, cité par *M. Simond*, pp. 62-63 ; ATF 69 (1943) I 9 ; Tribunal fédéral 1944, JT 1945 I 378.

³ *Wieczorek*, n. C I a 1 ad § 606 ZPO ; *Mann*, p. 470 ; *Papenfuss*, pp. 74-75 ; *Erman-Arndt*, n. 3 ad art. 29 EGBGB ; *Soergel-Kegel*, n. 40 ad art. 29 EGBGB ; *Bellet et Goldman*, loc. cit. (note 3, p. 134) ; *de Winter*, p. 433,

avoir des conséquences intolérables. Quant aux conflits de lois, il est très utile de leur assurer un et un seul point de rattachement. Le domicile de l'ancien droit, dont les fonctions ressortissaient exclusivement au droit des conflits, était déjà considéré comme existant nécessairement et comme étant « ordinairement unique »¹. Il en va de même en droit anglais. Quant à M. Braga, l'un des auteurs jusqu'à présent les plus explicites dans le développement d'une notion autonome de domicile international, il propose d'appliquer à celle-ci les principes de la nécessité et de l'unité², inconnus du droit allemand interne.

246. *Caractère fictif.* Néanmoins, malgré ses avantages, nous ne saurions nous rallier à une telle suggestion. Ces principes ont un caractère purement fictif ; ils n'existent que parce que certaines lois les instituent, mais ne découlent pas de la nature des choses³. C'est par souci de réalisme que le législateur allemand a admis en principe l'éventualité que quelqu'un n'ait pas de domicile ou au contraire en ait deux⁴. De même nous avons montré que, tant chez les législateurs que dans les conférences internationales, ce même souci du réalisme a constitué le principal mobile de la substitution de la résidence habituelle au domicile en droit international privé. Dans la logique de cette perspective il convient d'abandonner en matière de résidence habituelle, et par extension pour tout domicile international, les principes fictifs de la nécessité et de l'unité.

247. *Absence de domicile international.* En effet lorsqu'une personne manifeste tous les signes de l'abandon de son domicile, le fait de la considérer comme domiciliée à cet endroit tant qu'elle ne s'est pas établie ailleurs constitue une pure fiction, et il paraît préférable de ne pas fermer les yeux sur cette réalité.

Au temps où le statut personnel était encore soumis, dans une grande partie de l'Allemagne, à la loi du domicile, le *Reichsgericht* a connu de l'affaire suivante⁵ : Un citoyen allemand avait établi son domicile successivement au Paraguay et en Angleterre ; pendant qu'il était sur le bateau entre les deux pays, sa femme a accouché d'un enfant à Cologne ; il n'avait alors manifestement

¹ Ferrière, p. 550.

² Braga, pp. 66-67.

³ Simond, pp. 76 et 80 ss. (à propos du principe de l'unité).

⁴ Rabel, p. 153.

⁵ RG 1895, RGZ 36.207.

aucun domicile international. Le *Reichsgericht* a soumis l'action en désaveu à la loi du Paraguay en tant que loi du dernier domicile du mari — et non en tant que loi du domicile considéré comme maintenu fictivement¹. Cette localisation subsidiaire — et non artificielle — correspondait à la tendance de l'époque²; depuis la grande codification on rattache la personne sans domicile de préférence au lieu de sa résidence simple (cf. § 16 ZPO, art. 8 EGBGB), l'ancien domicile n'entrant que plus subsidiairement en considération (hypothèse du bateau).

Nous estimons que la solution adéquate n'est pas la même en toute hypothèse. Pour la détermination de la compétence judiciaire internationale la solution allemande moderne paraît juste : si la personne n'a aucun domicile nulle part, le tribunal du lieu de sa résidence simple devrait pouvoir se déclarer compétent, car il est plus accessible aux parties que le juge du pays de l'ancien domicile. Mais lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à une question de statut personnel, le droit de l'ancien domicile devrait avoir la préférence³, car le lien de la résidence simple paraît trop fragile au regard de la conséquence qu'elle entraînerait alors. Précisons d'ailleurs que, lorsque, pour les conflits de lois, le domicile n'intervient pas à titre subsidiaire de la nationalité, on pourrait aussi remédier à l'absence de domicile par le rattachement à la loi nationale ; ainsi, dans l'affaire rapportée, le *Reichsgericht* aurait appliqué le droit allemand.

Quoi qu'il en soit, le cas d'absence de domicile se présente fort rarement en pratique, car, en fait sinon en droit, l'abandon du domicile résulte en général de la fondation d'un nouveau domicile. D'ailleurs l'absence de domicile international est une hypothèse plus rare que l'absence de domicile interne ; en effet, comme nous le montrerons au chapitre suivant, il y a des cas où une personne a un domicile international tout en n'ayant aucun domicile interne précis⁴.

¹ On appréciera la rigueur intellectuelle du *Reichsgericht*, qui a résisté vaillamment à la tentation bien connue de l'application de la *lex fori*, et ceci dans une affaire où on ne lui aurait pas reproché d'appliquer le droit allemand, qui avait avec l'affaire plus de points de contact que la loi du Paraguay ; quitte à sacrifier le résultat pratique, la haute juridiction a appliqué rigoureusement les principes juridiques. Il n'en reste pas moins que la solution heurte le bon sens.

² Cf. aussi RG 1893, RGZ 31.189 (rapporté au chapitre VI, n. 261).

³ C'est la solution préconisée par *M. de Winter*, p. 433.

⁴ Cf. chapitre VI, n. 258 ss.

248. *Double domicile international.* Le cas de double domicile international semble être avant tout une hypothèse académique. En droit interne allemand on se montre strict sur les conditions du double domicile. On exige que la personne partage vraiment son existence à égalité entre deux lieux et qu'il ne soit pas possible de déterminer lequel de ces lieux a la prépondérance. L'intéressé doit avoir aux deux endroits considérés le centre de ses relations personnelles et de ses affaires ; ainsi lorsqu'il exploite en hiver un hôtel à Garmisch et en été un hôtel à Cuxhaven. En revanche n'a pas deux domiciles la personne qui en hiver exploite un hôtel à Garmisch et en été vit de ses rentes à un autre endroit (où elle a alors son domicile), de même que celle qui, ayant deux établissements l'accaparant à égalité, laisse sa famille en un seul de ces lieux.

Mais s'il arrive que quelqu'un ait deux domiciles à l'intérieur d'un pays, on conçoit mal qu'un individu puisse avoir avec deux pays des liens d'intensité parfaitement égale. L'hypothèse de double domicile international est donc théoriquement possible, mais elle n'a pas pratiquement aucun sens. Cependant, si l'on imagine sans difficultés que l'un des établissements envisagés a nécessairement plus de poids que l'autre, il sera parfois très difficile de déterminer lequel a la prépondérance ¹.

¹ Dans le même sens : *Simond*, p. 81.

Chapitre VI

Etendue territoriale du domicile

I. Etendue variable selon les fonctions du domicile

249. *Le problème.* La plupart des lois ne définissent pas le domicile, mais indiquent simplement qu'il se trouve en un certain lieu. Qu'est-ce qu'un « lieu » ?

250. *L'ancienne théorie allemande.* Au tournant du siècle la doctrine allemande enseignait volontiers que le mot *Ort*, au sens du § 7 BGB, signifie *commune politique*. Peut-être cette interprétation est-elle conforme à la langue allemande courante, mais on voit mal pourquoi les auteurs se sont tellement empressés de préciser le point. On a même invoqué l'autorité de Savigny à l'appui de cette interprétation¹, ce qui paraît abusif ; certes Savigny dépeignait le domicile du droit romain comme l'appartenance d'une personne à une commune politique² ; mais son étude se situe précisément dans le cadre du droit romain, à l'époque duquel chaque ville avait son propre droit privé. Donc, dans la mesure où il est question des conflits de lois dans l'antiquité romaine, le *lieu* du domicile est bien une commune politique ; mais il n'en va pas nécessairement de même, en toute hypothèse, en droit allemand du XIX^e ou du XX^e siècle.

251. *La réalité proutique.* La pratique en a fourni l'illustration. La loi prussienne d'organisation judiciaire divisait la commune politique de Berlin en trois arrondissements. Un plaideur demanda justice au *Landgericht I* contre un défendeur établi dans

¹ Ainsi J. Sinn, *Der Wohnsitz im bürgerlichen Gesetzbuch*, thèse, Würzburg, 1911, pp. 14-15.

² Savigny, p. 59, qui montre qu'à ce point de vue il en allait du *domicilium* comme de l'*origo*. Cf. aussi, plus loin, n. 253 et note 3 p. 156.

l'arrondissement du *Landgericht* II. Si l'on admettait que le domicile du défendeur se rapportait à la ville de Berlin dans son entier, le *Landgericht* I devait être déclaré compétent ; mais toutes les instances ont rejeté cette solution absurde, qui eût réduit à néant la division de Berlin par la loi prussienne. A cette occasion le *Reichsgericht* a indiqué que le domicile processuel du § 13 ZPO, qui se détermine en pratique par application des §§ 7 ss. BGB, peut être envisagé soit comme la surface terrestre que recouvre l'établissement (la maison où habite l'intéressé), soit comme un ensemble territorial au sein duquel se situe cet établissement¹. Mais, ajoute le *Reichsgericht*, cet ensemble territorial, qui correspond au mot *Ort*, n'est pas nécessairement une commune politique ; il peut varier d'une loi à l'autre, en fonction des subdivisions instituées par chaque loi en particulier².

252. *Principe de la surface variable du domicile.* Ainsi, lorsqu'une loi indique qu'une prestation est à effectuer au *domicile* du débiteur ou au *domicile* du créancier, ou qu'une personne peut refuser une tutelle si son *domicile* est trop éloigné du tribunal tutélaire (§ 1786 I ch. 5 BGB), le *domicile* est entendu au sens d'*habitation* ou de *logement*. Dans les autres cas il recouvre une surface territoriale (quartier, ville, district, etc.) variable en fonction des dispositions applicables au cas particulier. Ainsi un officier d'état civil est compétent pour unir des fiancés si l'un d'eux est domicilié n'importe où dans le ressort communal, tandis que, comme chef de compétence judiciaire, le domicile se rapporte d'une manière générale à l'ensemble du territoire sur lequel une juridiction a autorité.

253. *Domicile international.* Le domicile international est régi par des principes identiques. Son étendue correspond à l'ensemble d'un territoire soumis à un ordre juridique de droit privé. Cet ordre juridique — généralement appelé *pays*, confor-

¹ RG 1907, RGZ 67.191 (193 ss.).

² Unanimement approuvé quant à son résultat, l'arrêt du *Reichsgericht* a été critiqué quant à sa motivation ; des auteurs ont persisté à considérer que le § 7 BGB rattache une personne à une commune politique et ont affirmé que sur ce point le domicile du § 13 ZPO n'est pas exactement le même (*Mendelssohn Bartholdy*, in *Blätter für Rechtsanwendung* 75 (1910) 49-51 ; Sinn, op. cit., p. 13 ss.) ; en dernière analyse cela revient à dire que le domicile du § 13 ZPO ne se situe pas en un lieu ! Mais ce sont là des byzantinismes, et la motivation du *Reichsgericht* paraît aussi juste que la solution donnée à cette affaire.

niement au langage britannique (*country*) — correspond souvent à un Etat ; ainsi en France, en Suisse et en Allemagne fédérale, où le droit privé est unifié sur le plan national. Mais un Etat peut aussi être divisé en plusieurs ordres de droit privé ; ainsi la Grande-Bretagne, les Etats-Unis et le Canada ; dans ces cas le *pays* correspond à une subdivision territoriale de l'Etat (province, etc.).

Lorsque le domicile d'une personne sert de point de rattachement pour la détermination de la loi applicable à une question juridique, il est vain de rechercher à quel endroit précis, par exemple à Berne, à Edimbourg ou à Dallas, ladite personne est établie ; puisqu'il importe seulement de savoir s'il faut appliquer la loi suisse, écossaise ou texane, il suffit de constater que l'intéressé a son domicile en Suisse, en Ecosse ou au Texas.

Pour le juriste anglais cela va de soi ; le domicile recouvre tout le territoire d'un *country*, soit d'un ensemble géographique soumis à « un seul corps de droit » privé¹. De même dans l'ancien droit : « On disait jadis de quelqu'un qu'il était domicilié en Normandie, c'est-à-dire dans le ressort territorial de la coutume de Normandie »². Pour sa part Savigny indique que, comme point de rattachement des conflits de lois, le domicile correspond au champ territorial d'une loi ou d'une coutume³.

254. *Ignorance du problème.* Cette conception a tout naturellement disparu lorsque les grandes codifications ont relégué le domicile essentiellement au rang d'institution de droit interne. Mais depuis un demi-siècle l'élément domiciliaire, notamment sous le nom de résidence habituelle, jouit d'un renouveau d'intérêt en droit international privé. Malgré cela le juriste du continent européen n'a pas encore pleinement saisi que le domicile international constitue un lien entre une personne et l'ensemble territorial d'un ordre juridique de droit privé, et que, dans la mesure où cet ordre est un Etat, le domicile international est à ce point de vue parfaitement comparable à la nationalité.

Cette ignorance s'explique fort bien. En effet les écrits attirant l'attention sur ce point sont très peu nombreux, bien que certains arrêts, en particulier un jugement arbitral de M. Kæckenbeeck

¹ Cf. *Dicey - Morris, Conflict of Laws*, 8^{me} éd., Londres, 1967, p. 79 ; *Cheshire - North*, pp. 160-161.

² *Francescakis*, p. 303.

³ *Savigny*, p. 97.

en 1924 entre l'Allemagne et la Pologne¹ et en 1920 un arrêt du Tribunal fédéral suisse (à propos de la résidence simple)² aient traité expressément la question. La première allusion doctrinale à ce problème semble émaner de M. de Magalhaes (1928) : « Le domicile consistant dans un rapport de droit entre l'individu et un lieu déterminé, — disons ici : et un Etat déterminé, — ce rapport de droit constituant une présomption, d'après laquelle l'individu se trouve toujours dans ce lieu ou dans cet Etat ... »³. On rencontre ensuite des allusions plus explicites à cette question, notamment chez MM. Henry Neuhaus (1930), Braga (1953), Malaurie (1963) et Francescakis (1964)⁴. Mais il est à remarquer qu'un auteur aussi récent et averti que M. P. H. Neuhaus (1962) rejette l'idée que le domicile international représente le plus souvent un rapport entre un individu et le territoire d'un Etat ; il écrit en effet que la différence la plus manifeste entre le domicile et la nationalité réside dans le « substrat territorial limité » (« beschränkten räumlichen Substrat ») du premier⁵. Cette opinion nous paraît erronée, comme nous l'avons expliqué plus haut, mais elle n'en illustre pas moins l'état d'esprit actuel sur ce point.

D'autre part les auteurs qui expliquent en quoi le domicile international diffère du domicile interne par son *substrat territorial* s'abstiennent le plus souvent de montrer les conséquences pratiques de cette distinction. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que celle-ci soit peu répandue. Or ces conséquences sont fort diverses, ainsi que l'attestent les nombreux exemples rapportés ci-après.

Les propos qui précèdent et les exemples qui suivent concernent indifféremment le domicile et la résidence habituelle.

II. Domicile international et domicile interne

255. *Méthode de détermination.* Les premiers exemples supposent résolue une question de méthode concernant la détermination du domicile : Le domicile international dépend-il du domi-

¹ Jugement arbitral du Président *Kaeckenbeeck* 1924, *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht* XXXIII (1924/1925) 321 ss.

² ATF 46 (1920) I 369 (373).

³ *De Magalhaes*, p. 5.

⁴ *Malaurie*, D. Chron. 1963.53-54. Pour MM. *Henry Neuhaus*, *Braga* et *Francescakis*, cf. les références p. 159, notes 2, 3 et 5.

⁵ *Neuhaus*, p. 149.

cile interne, ou le détermine-t-on de manière indépendante, en priorité à ce dernier ?

256. *Domicile international déterminé par le domicile interne ?* La première solution signifierait que telle personne n'a un domicile international dans un certain pays que si elle a le centre de sa vie et de ses relations en un endroit précis de ce pays. En termes plus concrets on s'exprimerait donc ainsi : M. Dupont est établi en permanence au N° 15 de la rue du Mont-Blanc à Genève, donc il a son domicile en Suisse. Ce procédé a été souvent utilisé par la jurisprudence, avec les conséquences que nous verrons plus loin. Pour le moment il suffit de noter que la méthode est fautive.

257. *Domicile international déterminé en priorité.* La question doit être traitée en sens inverse. Le domicile international se détermine pour lui-même, indépendamment du domicile interne. C'est ce qu'enseigne en particulier la doctrine anglaise : « It is not necessary to show in what part of the country he had his permanent home »¹. Sur le continent cette opinion est représentée surtout par des auteurs allemands, MM. Henry Neuhaus² et Braga³ pour le domicile proprement dit, M. Kegel pour la résidence habituelle⁴. Ces auteurs relèvent également la conséquence qui découle, pour les droits continentaux, de cette méthode de détermination : une personne peut avoir son domicile international dans un Etat et simultanément n'avoir aucun domicile interne à proprement parler.

En France cette opinion quant à la question de méthode est représentée par M. Francescakis⁵. Quant à Niboyet, qui ne s'est jamais exprimé formellement à ce sujet, il soutenait implicitement le même point de vue ; ainsi, après avoir remarqué que le domicile interne se situe à un endroit très précis du territoire d'un pays (localité, rue, numéro, étage), il indiquait : « Le domicile international n'a pas besoin d'entrer dans tous ces détails. Il est ou en France, ou en pays étranger »⁶.

Quelques exemples tirés de la jurisprudence illustreront l'intérêt pratique de cette question de méthode.

¹ Dicey - Marris, loc. cit. Idem : Vieira, p. 13.

² Henry Neuhaus, p. 18.

³ Braga, p. 59.

⁴ Soergel - Kegel, n. 23 ad art. 29 EGBGB.

⁵ Francescakis, pp. 303 et 314.

⁶ Niboyet, Tr. Com. fr. 1948/1952.67.

258. *Premier cas pratique (solution correcte)*. Après la guerre les autorités de l'Allemagne de l'Ouest n'ont pu faire face à l'afflux de réfugiés venant de l'Est qu'en reléguant ces derniers provisoirement dans des camps. Un camp de réfugiés est assez comparable, sous l'angle qui nous occupe, à un établissement pénitentiaire : un occupant ne s'y trouve généralement que contre sa volonté ; aussi un séjour dans un tel camp ne vaut-il, au point de vue interne, ni domicile ni résidence habituelle. Néanmoins l'*Oberlandesgericht* du Schleswig-Holstein a considéré que de tels réfugiés avaient leur résidence habituelle en Allemagne fédérale¹. Cette solution est juste, car les réfugiés se trouvaient effectivement en Allemagne fédérale, où ils avaient volontairement cherché asile, dans l'intention de s'y établir. La localisation interne de leur résidence habituelle est une question secondaire, qu'il convient de résoudre après celle du rattachement international. Mais si, au contraire, le tribunal avait commencé par rechercher la résidence habituelle interne des intéressés pour en faire dépendre la résidence habituelle internationale, il aurait été conduit à nier l'existence de cette dernière en Allemagne fédérale. C'est la voie qu'ont suivie, à tort, d'autres juridictions, notamment dans les trois affaires suivantes.

259. *Deuxième cas pratique (solution incorrecte)*. Une femme avait fui l'Allemagne de l'Est pour retrouver son fiancé, l'épouser et s'établir avec lui en Allemagne fédérale. A la date déterminante pour l'examen de ce cas cette femme se trouvait provisoirement chez des connaissances qui l'avaient hébergée lors de sa fuite à l'Ouest quelques jours auparavant. Le *Landgericht* de Francfort a déclaré qu'à cette date elle n'avait acquis ni domicile ni résidence habituelle en Allemagne de l'Ouest (y compris Berlin-Ouest)¹. Cette solution paraît erronée ; la plaignante se trouvait sur le territoire ouest-allemand, elle avait l'intention de s'y établir durablement, et toutes les circonstances permettaient de considérer que cette intention était réalisable (elle fut même réalisée par la suite). De ce fait l'intéressée avait bien son domicile en Allemagne fédérale, quoique la localisation interne de cet établissement fut encore imprécise, parce que provisoire, à la date déterminante.

¹ OLG Schleswig-Holstein 1954, IZRspr. 1954/1957 I 104. n. 45.

² LG Francfort 1964, IZRspr. 1964/1965.4, n. 2.

260. *Troisième cas protique (solution incorrecte)*. Une affaire semblable a occupé le Tribunal fédéral suisse¹ : un citoyen suisse demeurant à Rome a des dissensions avec sa femme ; il abandonne son emploi et sa famille pour s'établir en Suisse. Il prend un pied-à-terre à Genève en attendant de savoir dans quelle ville (de Suisse) il trouvera un nouvel emploi et se fixera. De là il entreprend de multiples déplacements, en Suisse et à l'étranger, mais tous ses actes concordent à montrer son intention de s'installer en Suisse. Où se trouve son domicile pendant cette période transitoire ?

Le Tribunal fédéral a déclaré que l'intéressé « n'avait pas acquis de nouveau domicile en Suisse », parce qu'il « n'y résidait nulle part avec l'intention de s'établir, comme l'exige l'art. 23 al. I CC. En particulier, s'il avait loué une chambre à Genève et s'y était inscrit au Contrôle de l'habitant, il n'avait pas fait de cette ville le centre de ses relations ». Le Tribunal fédéral raisonne donc à partir du domicile interne : selon lui l'intéressé n'a pas de domicile (international) en Suisse parce qu'il n'a pas de domicile (interne) à Genève. Les juges l'ont néanmoins déclaré domicilié en Suisse, mais par le biais de l'art. 24 II CCS. Le recours à ce moyen de fortune paraît infondé en l'espèce : certes le centre des relations de l'intéressé ne se localisait pas spécialement à Genève ; malgré cela il se situait bien en Suisse, non en Italie².

261. *Quatrième cas protique (cas extrême, solution incorrecte)*. Rien n'illustre mieux cette méconnaissance de l'étendue spécifique du domicile international qu'un arrêt rendu en 1893 par le *Reichsgericht* allemand³ : Très jeune, un citoyen allemand s'était établi aux Etats-Unis, et en avait acquis la nationalité ; après avoir pris de l'âge et acquis de la fortune il était rentré en Allemagne, qu'il ne devait plus quitter, mais où, pour des raisons fiscales, il n'avait fixé son domicile dans aucune localité ; il était mort après avoir vagabondé de pension en pension pendant plus de trente ans. Le *Reichsgericht* a appliqué à sa succession la loi du Missouri comme loi de son dernier domicile, au motif que le *de cuius* n'avait pas acquis de domicile en Allemagne. On ne saurait se montrer plus irréaliste ; une personne qui pendant plus de

¹ ATF 87 (1961) II 7.

² Dans une affaire très comparable à celle-ci la Cour française de cassation a adopté à juste titre la solution inverse ; l'affaire est rapportée par M. Francescakis, pp. 313-314, et date de 1963.

³ RG 1893, RGZ 31.189, spéc. pp. 197-198.

trente ans vagabonde à travers l'Allemagne y a bien son domicile, même si elle n'est établie fermement en aucun lieu précis.

III. Notion de « domicile commun »

262. *Principe.* Puisque le domicile s'entend non seulement d'une habitation, mais surtout d'un lien entre une personne et un ensemble territorial, deux personnes ont tout naturellement un même domicile, un *domicile commun*, dès qu'elles sont toutes deux établies dans le rayon déterminé. Ainsi l'*Oberlandesgericht* de Hesse a admis que deux époux avaient en leur première résidence habituelle commune à Marbourg, bien qu'ils n'eussent vécu en cette ville, après leur mariage, que dans des habitations séparées¹.

263. *Jurisprudence française (arrêt Yechilzuke).* En matière internationale il faut mentionner spécialement l'attitude de la jurisprudence française. Depuis les arrêts Rivière et Lewandowski le divorce d'époux de nationalité différente est soumis à la loi de leur *domicile commun*². Mais encore faut-il un *domicile commun*. Dans l'arrêt Tarwid la Cour de cassation a déclaré en 1961 que le divorce d'époux de nationalité différente est régi par la loi du for « s'ils habitent séparément en des pays différents »³. Par cette formule les juges réservaient le cas d'une habitation séparée dans le même pays.

Une telle hypothèse s'était déjà présentée auparavant à la Cour d'appel de Paris, qui avait déclaré que « la loi française est applicable si les époux ont effectivement en France soit un domicile commun ou une résidence habituelle commune, soit, à supposer qu'ils vivent séparés, leurs deux résidences habituelles »⁴. Ultérieurement la Cour d'appel de Grenoble a adopté la même attitude⁵, alors que le Tribunal de la Seine rendait en la matière des jugements contradictoires⁶. La Cour de cassation a adopté le point de vue des Cours d'appel dans l'arrêt Yechilzuke de 1967⁷ :

¹ OLG Hesse 1949, NJW 1949.868.

² Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 47.

³ Cass. 1961, Tarwid, Rev. crit. 1961.547.

⁴ Paris 1956, Bueno, Rev. crit. 1956.504.

⁵ Grenoble 1964, Napoli, Clunet 1965.657, note Goldman.

⁶ Trib. gde inst. Seine 1962, Clunet 1963.110, note Bredin (arrêt confirmé en appel, Paris 1964, Clunet 1964.810). Contra : Trib. gde inst. Seine 1965, Clunet 1966.858, note Goldman.

⁷ Cass. 1967, Yechilzuke, Rev. crit. 1969.479, note Jacques Foyer.

« Le divorce d'époux de nationalité différente est soumis à la loi du pays où tous deux sont intégrés par un établissement effectif, alors même qu'ils y vivent séparés ». En l'espèce les époux avaient vécu ensemble en Israël, puis séparément en France ; la Cour de cassation a appliqué la loi française.

264. *Opportunité de terminologie.* L'expression de *domicile commun* est d'un usage très courant depuis l'arrêt *Rivière*. On remarquera cependant que tant la Cour d'appel de Paris que la Cour de cassation évitent soigneusement ce terme à propos du domicile séparé des époux à l'intérieur d'un même pays. Cette prudence paraît infondée, et nous souscrivons pleinement à la déclaration, moins connue, de la Cour d'appel de Grenoble (arrêt précité) : « Attendu que la notion de communauté de domicile en pareille hypothèse s'écarte de celle traditionnellement admise qui suppose une vie commune sous un même toit, qu'elle doit s'entendre d'une façon plus extensive d'un établissement des deux époux dans un même pays ; que la question de vie commune est indifférente, étant donné que le fait essentiel réside dans l'intégration des deux époux au même milieu local, cette intégration commune les plaçant sous la dépendance de la loi locale de leur installation ».

Certes l'expression de « domicile commun d'époux séparés » heurte le langage courant ; mais la langue du droit s'en accommode parfaitement. Dès lors que l'on considère le domicile international comme un lien entre une personne et un pays, deux personnes ont bien un domicile international commun si elles sont toutes deux domiciliées dans un même pays. On dit bien de deux personnes qu'elles sont de « nationalité commune » alors même qu'elles vivent séparées !

265. *Opportunité de fond.* Autre est la question de savoir s'il est opportun de soumettre le divorce d'époux de nationalité différente à la loi du pays où ils vivent chacun pour soi. Sans aucun doute cette solution s'impose lorsque les conjoints habitaient préalablement ensemble dans le pays où ils ont vécu ensuite séparément. La Cour d'appel de Paris semble cependant en avoir récemment contesté le principe¹ — ce qui paraît discutable, car cela revient à ouvrir démesurément la porte à l'application de la *lex*

¹ Paris 1969, Zelenkin, *Clunet* 1970.701. Le sommaire de cet arrêt est incorrect sur ce point ; cf. les considérants p. 704. L'arrêt (qui se trouve également à la *Rev. crit.* 1971.497, note *Ponsard*) est rapporté et critiqué ci-après au chapitre VII, n. 278.

fori (règle Tarwid), alors que cette pratique devrait rester exceptionnelle. Lorsque deux époux de nationalité différente vivent ensemble puis séparément en Italie, on ne voit pas, dans l'esprit de la jurisprudence Rivière, ce qui peut justifier l'application de la loi française ; c'est pourtant la solution adoptée par la Cour d'appel de Paris (arrêt Zelenkio).

Quant à l'hypothèse, précisément réalisée dans l'affaire Yechilzuke, de deux époux vivant séparément dans un même pays après avoir habité ensemble dans un autre pays, elle semble appeler également l'application de la loi du domicile commun actuel, non celle de l'ancien domicile. Certains auteurs cependant critiquent sans appel cette solution. M. Bredin écrit que la loi du domicile commun est « la loi du climat conjugal, la loi du foyer, même désuni » ; si le groupe est désuni, poursuit l'auteur, à quel titre imposer la loi commune de leurs domiciles (par opposition à la loi de leur domicile commun) ¹ ? M. Goldman s'exprime de même : « Mais il reste que « l'intégration au milieu social », ainsi prise en considération, concerne séparément chacun des époux ; la loi du domicile n'est plus, dès lors, la loi unique du lien conjugal, mais la loi gouvernant le statut personnel d'un homme et d'une femme habitant fortuitement dans le même pays » ².

Ces objections sont parfaitement fondées. Seulement, en les formulant MM. Bredin et Goldman ne songent nullement — il y a d'ailleurs de bonnes raisons à cela — à en tirer la conséquence naturelle, qui serait la soumission du divorce à la loi du pays où les époux ont vécu ensemble en dernier lieu. En fait la véritable question est de savoir quel champ d'application doit être réservé à la *lex fori*, donc à la loi française. Or — si l'on dépasse l'optique purement nationale des conflits de lois — il est permis de penser que, lorsque des époux habitent séparément (« fortuitement », dit M. Goldman) dans un même pays, ils ont avec ce pays des liens plus certains et plus visibles qu'avec celui dont la loi deviendra fortuitement, au gré de la juridiction saisie, la *lex fori* — d'autant plus que, dans tous les arrêts développant la jurisprudence Rivière, la Cour de cassation s'est montrée assez exigeante quant aux conditions d'établissement du domicile.

Au demeurant lorsque les époux de même nationalité acquièrent une nouvelle nationalité après avoir mis fin à leur vie commune, il ne vient à l'idée de personne de soumettre leur

¹ Bredin, Clunet 1963.116.

² Goldman, Clunet 1965.658.

divorce à leur ancien droit national (mis à part le cas de fraude à la loi). Pourquoi appliquerait-on un autre régime à l'hypothèse du rattachement à la loi du domicile ?

266. *Rattachement subsidiaire.* Il reste cependant que le principe de l'arrêt Rivière, l'application de la loi de la *cellule familiale*, est dépassé lorsqu'on applique la loi du pays où les époux vivent séparés après avoir vécu ensemble dans un autre pays. Aussi admettons-nous avec M. Jacques Foyer qu'il « apparaît que, dans un souci de clarté, il serait préférable d'insérer un rattachement intermédiaire entre l'arrêt Rivière et l'arrêt Tarwid, celui de l'arrêt Yechilzuke »¹. Nous avons déjà dit pourquoi nous trouvons ce rattachement intermédiaire opportun.

267. *Convention sur la reconnaissance des divorces.* Lors des travaux préparatoires de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps le Bureau permanent de la Conférence a posé aux Etats membres la question suivante : « Le rattachement à la résidence habituelle doit-il être compris dans ce sens que la résidence habituelle commune signifie que le mari et la femme ont leurs résidences habituelles à l'intérieur d'un même Etat contractant, ou au contraire que les époux ont leur résidence habituelle en un même lieu »² ? La majorité des Etats, dont la France, se sont prononcés pour la première interprétation ; au contraire l'Allemagne a demandé que l'on prenne en considération le pays où les conjoints ont mené leur vie conjugale. Cette conception a fini par l'emporter, mais on a choisi pour cela une formule libre de toute ambiguïté, en se référant au territoire où les époux ont « habituellement résidé ensemble » (art. 2).

268. *Projets de réforme.* Le dernier projet français de réforme du droit international privé reprend la solution de l'arrêt Yechilzuke ; mais il évite le terme de « domicile commun »³ : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle est commune, sinon par la loi du pays où ils ont leur domicile et à défaut par celle du tribunal saisi ».

¹ Jacques Foyer, Rev. crit. 1969.482 (note sous l'arrêt Yechilzuke).

² Actes et doc. 1964 I 136, question 26 b). Voir les réponses aux pp. 174, 178, 183, 187, 195, 199, 201, 207, 209.

³ Rev. crit. 1970.843, art. 2295.

Il en va de même du projet allemand, où il est question du droit de « l'Etat où les deux époux résident habituellement »¹, toute équivoque sur le terme de « résidence habituelle commune » étant ainsi écartée.

IV. Changement de domicile

269. Puisque le domicile international s'entend du rapport entre une personne et un pays dans son ensemble, un changement d'établissement à l'intérieur d'un pays ne modifie en rien le domicile international.

Ainsi lorsqu'une femme majeure, domiciliée chez ses parents à Thonon (France), vient à Genève dans le seul but d'y accoucher d'un enfant, après quoi elle retourne chez ses parents qui entre-temps se sont installés à Grenoble, elle n'a pas perdu son domicile international en France, même si pendant son séjour en Suisse son domicile interne à Thonon a pris fin. Aussi est-ce à tort que le Tribunal fédéral suisse a déclaré cette femme domiciliée en Suisse par application de l'art. 24 II CCS² ; cette disposition suppose en premier lieu l'abandon du domicile à l'étranger, condition qui n'était pas réalisée en l'espèce.

V. Domicile dans les Etats sous droit privé unifié

270. *Principe.* Dans certains Etats (Etats-Unis, Canada, Grande-Bretagne) le droit privé est de la compétence des provinces (quel que soit le nom qu'on donne à ces dernières). L'étendue du domicile *international* recouvre donc en principe le territoire de celles-ci, non celui de l'Etat lui-même.

271. *Tempérament au principe.* Mais ce principe semble ne pas devoir être appliqué jusque dans ses derniers retranchements. Lorsque deux époux de nationalité différente sont établis au Canada, l'un en Ontario et l'autre en Colombie britannique, admettra-t-on que le juge français soumette leur divorce à la loi française par application de la « règle Tarwid » ? M. Malaurie accepte expressément cette solution — tout en admettant que

¹ RabelsZ 1960.340 (*Ehewirkungen*, § A) et 341 (*Ehescheidung*, § A).

² Tribunal fédéral 1969, Macler, ASDI 1969/1970.297. Cette décision est rapportée plus en détail au chapitre II, sous-chapitre III, n. 122.

« la situation pourra paraître absurde » — car, indique-t-il, « quel que soit le goût que l'on porte au réalisme, on ne peut néanmoins faire fi des structures formelles : on alors, autant dire aussi que Belges wallons et Français sont soumis à la même loi, malgré la différence de nationalité »¹.

Cette propension à l'application de la loi française nous paraît, ici également, regrettable. Il n'est pas possible de se placer hors de tout réalisme. En effet c'est le réalisme qui a inspiré la règle Rivière elle-même, qui formellement viole l'art. 3 III CCF ; or personne ne cherche plus à contester la règle Rivière. D'autre part si une solution peut « paraître absurde », il vaut mieux l'écarter. En outre il est contraire à tout réalisme d'appliquer la même loi aux Belges wallons et aux Français. Enfin les liens qui unissent l'Ontario à la Colombie britannique sont vraiment d'ordre juridique, ils ont des « structures formelles » qu'on chercherait vainement dans les rapports entre la France et la Wallonie. Et si l'on parle de réalisme, nous rappellerons que la règle Tarwid en est dépourvue, qu'elle n'est qu'un mal nécessaire dont il faut limiter l'application.

Nous sommes donc porté à penser que, dans l'hypothèse proposée, il faudra tenter de découvrir en quelle province canadienne peut se localiser le mariage à divorcer, avant de se réfugier dans l'application de la *lex fori*.

¹ Malaurie, D. Chron. 1963.54. Il ne s'agit plus, maintenant, que d'une hypothèse d'école, car depuis 1968 le droit du divorce est unifié au Canada.

Chapitre VII

Détermination du domicile

Section 1 - Généralités

272. *Délimitation et terminologie.* Dans ce chapitre il est question de la détermination du domicile dit « ordinaire », ou « indépendant », ou « volontaire », par opposition au domicile « légal », ou « dépendant », qui fera l'objet du chapitre suivant. Nous ne nous attarderons pas à la querelle de termes.

273. *Théorie classique du domicile.* D'après la théorie classique le domicile se fonde *animo et facto* ; il suppose la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif ; ce dernier s'entend de l'intention de s'établir. Les droits français, allemand et suisse s'inspirent de cette théorie (art. 103 CCF, §§ 7-8 BGB, art. 23 I CCS).

Section 2

L'élément « objectif » du domicile

274. *Ambiguïté de la théorie classique.* Nous contesterons plus loin la théorie classique du domicile¹. Disons d'emblée qu'elle est ambiguë, car, en considérant que l'élément subjectif du domicile s'entend de l'intention de s'établir, elle ramène l'autre élément, qu'elle appelle parfois « résidence », à un concept purement objectif.

¹ Cf. ci-après, n. 289 ss.

Or la résidence simple est plus que cela. Lorsque le Tribunal fédéral suisse exige « que la présence dans le pays ne soit pas purement passagère — c'est-à-dire qu'elle comporte plus que le temps matériellement nécessaire pour accomplir un acte déterminé », et « qu'elle ne soit pas purement fortuite — c'est-à-dire qu'il y ait une connexité voulue entre le séjour et la cause de l'obligation litigieuse »¹, il pose autant de conditions subjectives, sujettes à appréciation². Est objectif ce qui existe matériellement, indépendamment de toute question d'appréciation ; la présence corporelle est un élément objectif ; la résidence est quelque chose de plus.

275. *Élément objectif du domicile.* Il n'y a donc pas beaucoup à dire sur l'élément objectif du domicile. Il est réalisé par la présence réelle, corporelle, de la personne au lieu considéré. En matière personnelle — la seule qui nous intéresse ici — on prend essentiellement en considération l'endroit où l'individu dort, non où il travaille. Il en va de même de la résidence habituelle.

Naturellement il ne suffit pas de dormir en un endroit pour y avoir son domicile, sa résidence habituelle, ou même sa résidence simple. Mais tout le reste appartient au côté subjectif de l'établissement.

276. *Exception à l'élément objectif.* Dans certains cas on admet que le domicile soit fondé sans présence réelle. Par exemple l'étudiant majeur absent de la maison pendant le semestre, et dont les parents déménagent, acquiert le nouveau domicile en même temps que ceux-ci, avant même d'y avoir posé le pied. De tels cas de domicile fondé par représentation sont admis en doctrine³, mais rares en pratique.

On se demandera alors ce que devient, sous cet angle, la théorie classique. Considérant des cas de ce genre, M. Simond estime que le domicile ne comprend pas un élément objectif et un élément subjectif, mais deux éléments subjectifs : le *siège des intérêts généraux* d'une part, la *durabilité* d'autre part. Nous

¹ ATF 46 (1920) I 369 (372).

² Idem en jurisprudence française, cf. chapitre IV, n. 181 ; à propos de la condition de « résidence » à l'art. 24 II CCS, cf. chapitre II, sous-chapitre III, n. 125 ss.

³ En Suisse : Grossen, pp. 352-353 ; Egger, n. 28 ad art. 23 CCS. En Allemagne : Staudinger-Coing, n. 5 ad § 8 BGB.

reviendrons plus loin à ce dernier élément. Voyons pour le moment le premier.

277. *Siège des intérêts généraux.* Le critère du *siège des intérêts généraux* — nous l'avons dit — n'est pas d'ordre purement objectif, mais il se recouvre presque toujours avec l'élément objectif du domicile. Cependant il permet, non seulement d'expliquer le cas de domicile fondé par représentation, mais aussi de répartir entre plusieurs établissements celui qui est prépondérant. En effet lorsque, par exemple, une personne passe la semaine en un endroit et le week-end en un autre, l'élément objectif du domicile est réalisé en deux lieux ; mais cette personne n'a pas deux domiciles, car le siège de ses intérêts généraux ne se trouve qu'à un endroit¹.

En règle générale, pour le rattachement du statut personnel, le milieu familial, c'est-à-dire celui où vivent le conjoint et les enfants, l'emporte sur les autres endroits entrant en considération. Encore faut-il que l'intéressé soit étroitement lié avec les siens. « Lorsque celui-ci n'habite pas régulièrement au sein de sa famille, mais n'y passe que de temps à autre quelques jours seulement, de telle sorte qu'il apparaît presque comme y étant en visite »², on doit admettre que le siège de ses intérêts généraux se situe ailleurs. Or cette détermination suppose l'analyse de l'intensité de la vie familiale, critère assurément subjectif.

278. *Arrêt Zelenkin.* Sous l'angle de ce premier élément du domicile — présence corporelle ou centre des intérêts généraux — le domicile international répond aux mêmes principes que le domicile interne. Cela semble aller de soi.

Néanmoins la Cour d'appel de Paris s'est récemment prononcée en sens contraire (du moins en ce qui concerne le résultat pratique), dans une affaire dont les faits sont les suivants³ : Une Française et son mari italien, tous deux inscrits à l'Ordre des médecins italiens, exercent leur profession ensemble à Milan ; en 1962 un tribunal italien prononce la séparation de corps entre ces époux ; en 1966 la femme ouvre action en divorce devant un

¹ Autre est le cas de la personne qui partage son année entre deux établissements qui l'accaparent à égalité, par exemple lorsque les nécessités de sa profession l'amènent à passer régulièrement six mois par an à un endroit et six mois à un autre endroit ; on est alors dans l'hypothèse du double domicile, cf. chapitre V, n. 240 ss.

² *Simond*, p. 82.

³ Paris 1969, Zelenkin, Clunet 1970.701, note *Malaurie*.

tribunal français (demande de conversion) ; en cours de procédure elle vient s'établir en France.

La Cour de Paris reconnaît qu'à la date de l'assignation la demanderesse était domiciliée à Milan¹ ; elle admet ainsi, selon un principe désormais consacré par la Cour suprême², que le « domicile commun » s'entend également de deux établissements séparés dans le même pays. Cependant la Cour veut absolument appliquer la loi française, et elle s'y emploie par la considération suivante : « La dame Zelenkin, qui avait pour ainsi dire, à la demande de son mari, des études médicales en Italie où elle s'était ultérieurement établie avec lui, a rompu par la procédure de séparation de corps dont elle a pris l'initiative, le lien qui avait motivé cet établissement ». La Cour omet de considérer qu'après la séparation de corps dame Zelenkin est encore restée plus de quatre ans en Italie. Mais qu'à cela ne tiennent : le domicile que la demanderesse « avait encore à cette date » (soit à la date de l'assignation en divorce), indique la Cour de Paris, « ne caractérisait plus l'intégration étroite à la communauté italienne seule propre à faire obstacle à l'application de la loi française ... ».

L'arrêt paraît admissible quant à son résultat, mais il l'est en tant qu'arrêt d'espèce rendu en considération du fait que la femme était revenue en France en cours de procédure. En revanche la motivation nous semble malheureuse, car elle ignore jusqu'au principe élémentaire selon lequel le domicile n'existe pas sans une résidence corporelle au lien ou dans le pays considéré³.

Section 3

L'élément intentionnel du domicile

1. Théorie classique

279. *Généralités.* Le domicile est un lien à la fois territorial et personnel. L'influence de ces deux facteurs varie à raison des fonctions du domicile. En matière fiscale on insiste sur l'élément

¹ Sous cet angle le sommaire en tête de l'arrêt est incorrect.

² Cass. 1967, Yechilzuke, Rev. crit. 1969.479.

³ C'est pour des motifs assez semblables que, dans sa note sous l'arrêt Zelenkin, M. Ponsard émet à propos de celui-ci « les plus sérieuses réserves » (Rev. crit. 1971.507).

territorial ; au contraire pour le rattachement international du statut personnel on met l'accent sur la personne. Or il n'y a pas de meilleur moyen de savoir avec quel endroit ou quel pays un individu est lié le plus intimement que d'interroger l'intéressé lui-même ; aussi accorde-t-on à sa volonté un poids prépondérant dans la détermination de son domicile.

280. *Ancien droit et droit anglais.* Ainsi dans l'ancien droit, où le domicile servait exclusivement de point de rattachement du statut personnel, on mettait l'accent principal sur l'élément intentionnel. Boullenois écrivait par exemple¹ : « Ainsi, les lois qui commandent aux hommes et aux choses, commandent aux uns et aux autres par un même principe : aux hommes, parce qu'ils sont attachés d'intention dans un lieu, et aux biens en tant qu'ils sont inhérents réellement dans un lieu ». De même Ferrière indiquait² : « Deux choses établissent le domicile naturel ; savoir, l'habitation réelle, et la volonté de le fixer au lieu que l'on habite. Mais la volonté seule suffit pour le conserver ».

Quant au droit anglais, on connaît bien l'importance qu'il accorde à l'élément intentionnel du domicile, lequel est exclusivement un instrument du droit des conflits.

281. *Volonté juridique.* Comme élément de fondation du domicile, la volonté suppose la capacité civile. En France et en Suisse seules les personnes majeures et non interdites ont un domicile indépendant ; les autres ont un domicile légal. Quant au droit allemand, qui considère la fondation et l'abandon du domicile comme des « quasi-actes juridiques », il applique à l'ensemble de la matière du domicile les dispositions sur la capacité civile (cf. notamment §§ 7, 8 et 11 BGB).

282. *Mode de détermination de l'élément intentionnel.* D'après l'art. 104 CCF la preuve de l'intention de changer de domicile « résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile » (art. 104 CCF). Cette disposition, qui n'institue d'ailleurs qu'une présomption simple, est pratiquement restée lettre morte. Mais l'art. 105 CCF dispose qu'à défaut de déclai-

¹ Boullenois, cité par G. Delaume, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Paris, 1947, p. 205.

² Ferrière, p. 550.

ration expresse « la preuve de l'intention dépendra des circonstances ». C'est également, sans textes exprès, la solution des droits allemand et suisse.

Le mode de détermination de la volonté est difficile à décrire ; cette question échappe à une systématisation. Il est en tout cas certain qu'une déclaration de volonté ne joue pas le rôle qu'elle exerce à propos des actes juridiques ; elle ne constitue qu'un indice parmi d'autres. L'intention de fonder un domicile se déduit des circonstances, des signes extérieurs et visibles que la personne en manifeste, consciemment ou inconsciemment. Le seul fait de s'établir en un lieu permet souvent de conclure à une volonté correspondante ; la présomption augmente à mesure que l'établissement dure, bien que dans la conception classique la durée en elle-même ne soit pas constitutive du domicile ¹.

283. *Objet de la volonté.* En matière d'actes juridiques la volonté du déclarant se rapporte aux effets de droit de l'acte accompli ; ainsi la personne qui achète une voiture connaît et veut la conséquence juridique de son acte, à savoir l'acquisition d'une voiture. Il en va tout autrement en matière de domicile : les faits par lesquels une personne crée son domicile, en particulier son établissement en un lieu, sont censés être voulus par elle ; en revanche la conséquence juridique — l'existence légale du domicile et ses effets — ne dépend pas de la volonté ; on peut fort bien fonder un domicile sans en être conscient ; la loi requiert un *Tatwille*, non un *Erfolgswille* ².

284. *Sincérité du domicile.* Il en découle que la fondation ou l'abandon du domicile ne saurait avoir comme but la recherche d'un avantage lié au découpage juridique d'un territoire. Certains auteurs discernent dans la loi le principe non écrit de la *sincérité du domicile* (« Echtheit des Wohnsitzes ») ³. Ce principe postule deux conditions : le domicile doit être réel, non fictif (ou simulé) ; d'autre part il doit être sincère, non frauduleux. En d'autres termes il ne suffit pas que la personne ait effectivement changé le centre de sa vie quotidienne, il faut encore que cet événement soit le but du déplacement. Par exemple la création effective d'une nouvelle demeure régulière en vue de trouver en ce lieu

¹ Sur l'ensemble de la question, cf. Egger, n. 27 ad art. 23 CCS ; Henry Neuhaus, pp. 13-15 et (sur le domicile anglais) p. 21.

² Cf. Henry Neuhaus, pp. 12-13.

³ Levasseur, pp. 319 ss. ; von Steiger, pp. 42 ss.

un for favorable au divorce ne vaut pas fondation d'un domicile ¹.

En droit international privé le principe de la sincérité du domicile est indépendant du problème général de la fraude à la loi ; contrairement à ce dernier cas l'absence de « sincérité » vicie l'existence même du domicile ; d'autre part elle produit son effet même si c'est un ordre juridique étranger que l'intéressé a voulu évincer.

En vertu du principe de la sincérité on fonde un domicile international dans un certain pays pour y vivre, non dans le but d'être soumis à ses lois, en particulier à son droit privé. Mais, bien que ce principe soit, à l'encontre de l'enseignement de Savigny, unanimement admis, on rencontre périodiquement des allusions en sens contraire ².

285. *Objet de la volonté : La durabilité.* Pour fonder un domicile il n'est donc ni nécessaire ni suffisant de vouloir les conséquences juridiques de cet acte. Il faut vouloir demeurer durablement au lieu où l'on séjourne. Le droit suisse situe le domicile au lieu où la personne réside « avec l'intention de s'y établir » (art. 23 I CCS) ; le texte allemand de la même loi précise : « mit der Absicht dauernden Verbleibens ». Les lois française et allemande sont fondées sur le même principe, bien que formellement la première ne contienne pas d'allusion à la durabilité (art. 103 CCF) et la seconde ne mentionne pas expressément la volonté (§ 7 I BGB).

Le durable se distingue d'une part du perpétuel, d'autre part du provisoire. Nous reviendrons plus loin à cette notion ³. Il suffit de retenir ici que, dans le cadre de la théorie classique, la

¹ Cf. ATF 64 (1938) II 395 (domicile frauduleux de la femme) et p. 402 (domicile frauduleux du mari).

² Cf. p. ex. Stoll, *RebelsZ* 1957.191 (à propos de la résidence habituelle). En jurisprudence, on se rappelle que dans l'arrêt Ortiz Patino de 1959 (Rev. crit. 1959.700) la Cour de Paris a considéré l'application aux époux de nationalité différente de la loi de leur domicile commun comme « éminemment pratique et juridiquement satisfaisante, les conjoints devant être naturellement présumés avoir voulu, en se fixant dans un pays déterminé, se conformer ... à la législation de ce pays » (p. 704). Pour dissiper tout malentendu il a fallu une nette mise au point de la Cour de cassation (arrêt Ortiz, 1961, Rev. crit. 1961.545), qui a déclaré que « la règle française de conflit soumet impérativement le divorce d'époux de nationalité différente à la loi de leur domicile effectif commun, et ne se réduit nullement à une présomption d'élection par les conjoints, susceptible d'être combattue par la preuve d'une intention contraire ».

³ Cf. ci-après, n. 312.

durabilité intervient en tant qu'objet de l'élément subjectif du domicile, qui est la volonté.

286. *Animus non revertendi. Animus manendi.* Sous l'ancien droit le changement de domicile s'opérait par le déplacement de la résidence et l'intention d'établir une demeure perpétuelle dans le nouveau lieu, sans esprit de retour à l'ancien. Il en va de même en droit anglais actuel, à propos du *domicil of choice*. M. Francescakis aimerait voir la pratique française évoluer dans le même sens en matière de domicile international¹ : La Cour de cassation pourrait, estime-t-il, « permettre aux juges du fond de reprendre, dans l'appréciation de l'élément intentionnel du domicile, la vieille idée d'esprit de retour dans le pays d'origine. Sans la pousser à l'extrême, ce qui reviendrait à exiger que le nouveau domicile ait été acquis à titre perpétuel, on pourrait faire signifier à cette idée que l'intéressé s'est effectivement détaché de son milieu social d'origine et y voir une condition d'acquisition du nouveau domicile ».

De son côté M. Neuhaus préférerait au critère de l'absence d'esprit de retour (*animus non revertendi*) celui de l'intention de rester perpétuellement au nouveau lieu (*animus manendi*)².

287. *Esprit de retour et loi nationale.* Quoi qu'on puisse penser de ces propositions, il faut remarquer qu'elles se ramènent en fait à l'application de la loi nationale. Nous avons déjà montré que le domicile de l'ancien droit a conduit tout naturellement, à l'introduction du Code civil français, à l'application de la loi nationale au statut personnel, et qu'à cet égard l'événement de 1804 représente moins une modification du droit existant que, à la longue, un changement dans les concepts — le domicile ayant, avec le temps, acquis un tout autre sens qu'avant³. Nous avons également souligné l'étroite parenté entre le domicile anglais et la nationalité continentale⁴.

Quitter un pays dans l'intention de ne jamais y revenir — pratiquement la question ne présente d'intérêt que lorsque la personne quitte son pays — n'est-ce pas « abdiquer sa patrie », comme on disait autrefois ? Inversement s'établir dans un pays

¹ Francescakis, pp. 312-313.

² Neuhaus, pp. 161 ss., spéc. p. 163.

³ Cf. chapitre I, n. 6 ss.

⁴ Cf. chapitre I, n. 14 ss.

dans l'intention d'y rester *ad aeternam*, n'est-ce pas adopter une nouvelle patrie ? Les propositions de MM. Francescakis et Neuhaus traduisent en réalité la fidélité des auteurs au rattachement du statut personnel à la loi nationale, avec l'avantage — par rapport au système actuel — que la nationalité s'entendrait au sens matériel, non au sens formel.

La question de savoir s'il faut se référer ou non à l'absence d'esprit de retour est donc une question d'appréciation, qui touche au fond du débat sur le rattachement du statut personnel. Lorsque M. Malaurie estime que ce critère « appartient à un système de droit qui est maintenant révolu »¹, il ne fait que constater la situation telle qu'elle est ; mais la question reste posée *de lege ferenda*. Il faut remarquer en tout cas que l'application de ce critère engendre maintes difficultés de preuve et une grande insécurité, ce dont témoigne avec évidence la pratique anglaise².

II. Critique de la théorie classique

288. *Mittelpunkt der Lebensverhältnisse*. Nous avons indiqué que dans la recherche du domicile les juridictions allemandes et suisses se demandent continuellement où la personne a le *Mittelpunkt der Lebensverhältnisse*, le centre de gravité de sa vie courante et de ses relations³. Il convient maintenant de confronter ce critère à la théorie classique, dont les mêmes droits allemand et suisse — et aussi le droit français — sont réputés s'inspirer, et que les tribunaux sont censés appliquer.

La question se résume ainsi : la personne a-t-elle toujours le centre de sa vie là où elle veut — pour autant qu'elle soit en mesure d'exprimer une volonté ? Il y a de bonnes raisons de penser que non, ainsi que M. Simond l'a montré avec verve il y a déjà un demi-siècle, à la suite de Roguin.

289. *Origine de la théorie classique*. M. Simond explique que les tenants de la théorie classique prétendent à mauvais escient s'inspirer du droit romain, en particulier du Digeste⁴. Quant à

¹ Malaurie, D. 1966.4-5.

² Cf. Cheshire (7^{me} éd., 1965), p. 148 ; comp. Cheshire - North (8^{me} éd. du même ouvrage), p. 158.

³ Cf. chapitre V, n. 202 ss.

⁴ Simond, pp. 26 ss.

la célèbre formule « *in eodem loco ...* » du Code de Justinien¹, que M. Simond ne cite pas, elle ne laisse pas paraître l'exigence d'un élément intentionnel nécessaire à la fondation du domicile ; en voici en effet une traduction² : « Il est certain que chacun a son domicile à l'endroit où il a établi son foyer, l'ensemble de ses biens et le siège de ses affaires, d'où il ne part pas tant que rien ne l'en éloigne, loin duquel il semble être en voyage dès qu'il l'a quitté, dont la réintégration fait alors cesser le séjour au dehors ».

290. *Ancien droit et droit anglais.* Sous cet angle encore la conception du domicile a varié en fonction de ses effets ; M. Simond l'explique ainsi³ : « Alors qu'en droit romain, le domicile avait pour conséquences principales de déterminer la juridiction compétente et le domicile fiscal (...), sa fonction essentielle était, au début de l'époque moderne, de fixer quelle était la législation applicable ». Donc « on devait tendre à rendre le domicile aussi immuable que possible. Et quel meilleur moyen de parvenir à ce résultat, que d'exiger de celui qui allègue un changement de domicile la preuve de l'*animus morandi* au nouvel endroit ? Ainsi la Coutume de Paris (...) et Pothier également faisaient-ils de l'élément intentionnel une des conditions du domicile. On est donc fondé à admettre que la théorie classique du domicile n'était pas celle des juristes romains, mais qu'elle est au contraire un produit de la science romanisante postérieure ».

Au demeurant les juridictions de l'ancien droit ont appliqué sans rigueur l'exigence d'absence d'esprit de retour, ce qui a rendu le régime supportable. En revanche la jurisprudence anglaise se signale par une telle intransigeance en la matière qu'elle est violemment critiquée dans son propre pays⁴ et a fait du *domicil* une figure que le juriste continental prend avec humour comme une manifestation de l'exotisme anglais.

291. *Volonté et absence de discernement.* Une personne sans discernement est en général sous tutelle et a ainsi un domicile légal (droits suisse et français), ou un domicile ordinaire

¹ Lex 7 Cod. de incolis X.40 : « *in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil rediit, peregrinari jam destitit* ».

² Traduction de M. Zumbach, p. 14.

³ Simond, p. 29.

⁴ Cf. *Cheshire - North*, pp. 182-183.

déterminé par le représentant légal (droit allemand). Mais l'art. 17 LRDC dispose que « quand l'autorité tutélaire autorise le changement de *domicile* de la personne placée sous tutelle, le droit et l'obligation d'exercer la tutelle passent à l'autorité du nouveau *domicile* ». Aux deux endroits où le mot *domicile* est employé ici il signifie « domicile effectif », non « domicile légal », sinon la disposition n'aurait aucun sens. Or, en se rapportant à celle-ci, le Tribunal fédéral a déclaré ceci dans un arrêt de 1913, relatif à une personne privée de tout discernement¹ : « Danach steht fest, dass unter dem Ausdruck « Wohnsitz » in Art. 17 des erwähnten Gesetzes ... zu verstehen ist ein mit (...) Zustimmung der bisherigen Vormundschaftsbehörde hergestelltes *tatsächliches Verhältnis* des Bevormundeten zu einem Orte im Bereiche einer andern Vormundschaftsbehörde, *das für eine nicht unter Vormundschaft stehende Person den Wohnsitz im Rechtssinn begründen würde* »

En d'autres termes le Tribunal fédéral admet qu'au sens de l'art. 17 LRDC le domicile d'une personne sans discernement est identique au domicile ordinaire de l'art. 23 I CCS. Or si une personne démente peut avoir un tel domicile, c'est que l'intention n'est pas un élément nécessaire de ce dernier².

292. *Déplacement forcé de la résidence.* Dans les systèmes à domicile unique un ancien domicile est réputé maintenu tant qu'un nouveau n'a pas été fondé. Qu'en est-il lorsqu'un individu majeur et non interdit est transporté *manu militari* d'un endroit où il avait l'intention de continuer de vivre en un lieu qui lui déplaît, mais où il est condamné à vivre ?

Dans des cas de ce genre, relatifs à des affaires intercantionales, le Tribunal fédéral n'a pas voulu recourir à la fiction de l'art. 24 I CCS, qui aurait conduit *ad oeternum* à une constatation juridique contraire à la réalité. Néanmoins il a entendu appliquer expressément les art. 23 ss. CCS. Pour s'en tirer il a déclaré que les instructions obligatoires de l'autorité d'assistance se substituent à l'intention de l'intéressé³. Or ni la lettre de la loi ni la théorie classique n'autorisaient cette solution.

Mais il y a mieux : Dans une autre affaire le Tribunal fédéral a déclaré⁴ : « die Absicht dauernden Verbleibens hat Bedeutung

¹ ATF 39 (1913) I 601 (607).

² Cf. *Simond*, pp. 72-73.

³ ATF 69 (1943) II 1.

⁴ ATF 65 (1939) II 97 (99).

nur in Verbinduag mit wirklicher Niederlassung ». Ici il ne s'agit plus d'une entorse, mais bien d'une injure à la théorie classique.

293. *Domicile des saisonniers.* Dans un arrêt de 1963 concernant un ouvrier italien dont le séjour en Suisse était limité à neuf mois par ao le Tribunal fédéral des assurances a tenu les propos suivants¹ : « Ce statut de travailleur saisonnier ... était ... incompatible avec la création d'un domicile en Suisse, parce qu'il excluait « l'intention de s'y établir » exigée à l'art. 23 CC. Il est vrai que le recourant désirait en fait un tel établissement et qu'il a cherché les moyens d'y parvenir ; mais ce seul désir subjectif ne suffit pas ; pour qu'il y ait domicile au sens de l'art. 23 CC, il faut que l'intention repose sur des faits reconnaissables pour les tiers. Le statut de saisonnier fixé par la police des étrangers ... est précisément un de ces faits reconnaissables. Dans l'espèce, le recourant savait, dès son entrée en Suisse, qu'il n'avait pas le droit de s'y établir ».

Mais la volonté et le pouvoir de réaliser un projet sont deux choses différentes ! Le saisonnier en question avait donné des signes manifestes de son intention de s'établir en Suisse ; c'est donc contre son indéniable volonté que ce projet a échoué. Peut-être était-il opportun de lui contester l'existence d'un domicile en Suisse ; mais il eût fallu le faire par d'autres moyens, et non lui attribuer une volonté qu'il n'avait pas².

294. *Malades.* Certaines personnes sont contraintes par la maladie de séjourner durablement, voire perpétuellement, ailleurs qu'au lieu où elles habitaient avant et s'imeraient retourner. En vertu de l'art. 26 CCS une personne placée dans un établissement d'éducation, de santé ou de détention n'y a pas son domicile ; nous verrons plus loin que cette disposition o'natitue qu'une présomption, qui découle du système général du domicile.

Dans une affaire de 1919 le Tribunal fédéral devait déterminer le domicile d'une personne atteinte d'une maladie durable, en raison de laquelle elle séjournait dans un établissement visé à l'art. 26 CCS, loin de ses proches et de son ancien domicile. Les juges de Lausanne ont déclaré cette personne domiciliée à l'endroit où elle séjournait bien qu'en toute rigueur (« aller Regel nach »)

¹ ATFA 1963.20 (22).

² Cf. plus loin, n. 332.

la condition subjective du domicile n'y fût pas réalisée¹. Qu'est-ce à dire ?

295. *Affaire Rougeron*. En droit international privé l'affaire Rougeron est bien connue, d'autant plus qu'elle a occupé les justices française et suisse. Le *de cujus* avait passé les deux dernières années de sa vie dans une de ses propriétés en Suisse, empêché qu'il était par la maladie de réintégrer son domicile antérieur aux Etats-Unis, où il avait continué de payer ses impôts, était resté membre de quelques clubs, etc. La Cour française de cassation a estimé que Rougeron avait gardé son principal établissement aux Etats-Unis, en considérant qu'il y serait retourné si la maladie ne l'en avait empêché². Au contraire la Cour de justice civile de Genève a déclaré le *de cujus* domicilié en Suisse³, où il n'avait certes pas l'intention de rester, mais où l'on peut admettre qu'il avait le centre de ses relations.

Assurément seule la solution française est fidèle à la théorie classique ; mais il se trouve que même M. Franciscakis en a été étonné⁴ : « Voilà une solution qui va loin — et même peut-être trop loin — dans le sens de l'importance accordée au domicile d'origine ». Tel n'est pas l'avis de M. de Winter, pour qui le « domicile social » de Rougeron se situait en Amérique⁵.

296. *Réfugiés*. Selon un principe généralement reçu les réfugiés sont soumis, pour leur statut personnel, à la loi de leur domicile (ou de leur résidence habituelle). On admet donc qu'un réfugié peut avoir un domicile hors de son pays d'origine, alors même qu'il a souvent l'intention de retourner dans sa patrie lorsque les conditions le permettront. Mais admettons que les réfugiés peuvent avoir un principal établissement, donc un domicile, dans leur pays d'accueil.

Cependant la qualité de réfugié, dont l'expérience démontre qu'elle peut durer très longtemps, a acquis, en droit international, un sens technique. Qu'en est-il des personnes qui n'entrent pas dans cette catégorie et fuient des événements normalement passagers ?

¹ Tribunal fédéral 1919, cf. *Simond*, pp. 65-66.

² Cass. 1963, *Rougeron*, *Rev. crit.* 1965.366.

³ Cour de just. civ. de Genève 1958, *SJ* 1959.589.

⁴ *Franciscakis*, p. 314.

⁵ *De Winter*, pp. 432-433.

297. *Affaire française.* Au siècle dernier la Cour française de cassation a admis que le duc de Brunswick avait conservé son domicile en France, bien qu'après en avoir été expulsé lors des événements de 1870, il eût séjourné deux ans et demi à Genève, où il était mort¹. Cette solution inspire quelque malaise, car il paraît passablement artificiel de déclarer domicilié en France un individu qui en est expulsé et n'y réside pas. *A fortiori* la Cour de cassation se serait prononcée dans le même sens si le duc de Brunswick avait fui la France de sa propre initiative en raison de la guerre. Au moins la théorie classique était-elle sauve.

298. *Affaire allemande.* Au début de la dernière guerre, dont il estimait la durée probable à deux ans, un Juif allemand a trouvé asile chez sa fille à Bâle, avec l'intention manifeste de retourner en Allemagne dès que possible ; il est mort à Bâle en 1946. Le *Bundesgerichtshof* l'a déclaré domicilié en Allemagne². Cette solution est conforme à la théorie classique, mais elle a quelque chose d'irréal.

299. *Jurisprudence suisse.* La jurisprudence suisse va en sens contraire. Le Tribunal fédéral a connu en 1917 d'une affaire relative à une femme qui, laissant à Mulhouse fortune, « appartement, domesticité, cheval et cocher », s'était établie à Baden (Suisse) pour la durée de la première guerre mondiale, avec l'intention de retourner à son principal établissement après la fin des hostilités³. Le Tribunal fédéral a déclaré que la *de cuius* s'était créé un domicile en Suisse car elle pensait rester à Baden « bis zum Ende des Krieges, d. h. bis zu einem Augenblicke ..., bis zu dem noch geraume Zeit vergehen konnte ».

La Cour suprême s'est exprimée de même dans un arrêt de 1943, relatif à des événements semblables survenus pendant la deuxième guerre mondiale⁴.

Cependant en 1944, toujours à propos de gens ayant fui loin des hostilités, elle a adopté la même solution, mais avec une motivation nouvelle, qui trache particulièrement avec les arrêts français et allemand rapportés plus haut ; le Tribunal fédéral a déclaré⁵ : « Le recourant n'a plus de domicile de fait en France.

¹ Cass. 1895, S. 1896.1.225.

² BGH 1961, MDR 1961.841.

³ Tribunal fédéral 1917, cf. *Simond*, p. 62.

⁴ ATF 69 (1943) I 9.

⁵ Tribunal fédéral 1944, JT 1945 I 378 (379).

Sans doute une absence même prolongée n'entraîne pas la perte du domicile. Mais il faut que cette durée soit d'emblée limitée ou, si elle est indéterminée, que l'absence soit involontaire ». Et plus loin : « Le logement conservé à Paris montre que le recourant a l'intention d'y retourner. Toutefois, il s'est volontairement installé à Lausanne jusqu'à la fin des hostilités ». Nous nous demandons s'il est vraiment conforme à la théorie classique de considérer l'élément volontaire du domicile comme existant lorsqu'il se réalise sous la contrainte telle que la fuite loin du champ des hostilités, surtout lorsqu'existent en outre des signes évidents de volonté de retourner à l'ancien domicile.

300. *Elément commun à ces affaires.* On a remarqué que les juridictions suprêmes de France et d'Allemagne ont adopté une attitude autre que celle du Tribunal fédéral suisse¹ en matière de domicile des réfugiés provisoires. Mais il est douteux que cette divergence soit à mettre au compte de conceptions théoriques. La France et l'Allemagne étaient des pays exportateurs et la Suisse un pays importateur de réfugiés de guerre. Or les décisions rapportées ont ceci de commun qu'elles ont toutes conduit les tribunaux à déclarer les intéressés domiciliés sur leur territoire respectif.

301. *Exception.* Signalons toutefois une affaire de droit privé interlocal allemand, qui à ce point de vue constitue une exception. Pendant la guerre une femme avait abandonné provisoirement sa demeure dans une ville de la future Allemagne fédérale et s'était réfugiée chez sa fille, domiciliée sur le territoire de la future Allemagne de l'Est ; mais cette femme avait l'intention manifeste de retourner à son ancien domicile une fois le calme revenu ; constamment empêchée de réaliser cette intention, elle est décédée après avoir longtemps résidé à l'Est. L'*Oberlandesgericht* de Sarrebruck a déclaré que l'intention de saisir la première occasion de retourner à l'Ouest n'excluait nullement le maintien du domicile fondé à l'Est, puisque le retour à l'ancien domicile était exclu pour des motifs personnels². Peu importe que l'arrêt ne précise pas la nature de ces motifs ; cette affaire est remarquable non seulement parce qu'elle a conduit le juge à domicilier la *de cujus*

¹ Les trois affaires suisses se rapportent à des questions fiscales ; mais il est certain que le Tribunal fédéral aurait agi de même pour le domicile privé international, d'autant plus qu'il a raisonné à partir des art. 23 ss. CCS.

² OLG Sarrebruck 1964, IZSpr. 1964/1965.5, n. 3.

à l'étranger (du moins hors d'Allemagne *fédérale*), mais aussi parce qu'elle paraît difficilement compatible avec la théorie classique, dont le droit allemand passe pourtant pour être le plus fidèle représentant.

302. *Conclusion.* Arrêtons ici cette liste d'exemples montrant qu'en droit interne comme en droit international privé la théorie classique du domicile est un mythe. Mais par quoi faut-il la remplacer ? Quel élément convient-il de substituer à la volonté comme condition du domicile ? La réponse découlera de l'étude de la résidence habituelle.

Section 4

L'élément subjectif de la résidence habituelle

303. *Généralités.* En matière de résidence habituelle il n'y a pas de théorie classique. Mais ce lien comporte également un élément objectif et un élément subjectif. Quel est alors ce dernier ? Et quel est son rôle ? Ces questions sont sans doute celles qui préoccupent le plus la doctrine allemande en la matière. Les avis divergent énormément, mais l'expérience formée à l'école des ces pratiques a finalement permis de dégager une ligne générale.

304. *Arrêt du Reichsgericht de 1917.* L'origine de la solution actuelle remonte à un arrêt fondamental rendu en 1917 par le *Reichsgericht* allemand¹. Le Tribunal d'Empire a déclaré que le recurant dont il était saisi avait tort en exigeant que l'on tienne compte absolument de l'intention de l'intéressé pour savoir s'il avait sa résidence habituelle ; il suffit, indiquait la Cour suprême, de constater le fait d'un séjour qui n'est pas seulement passager mais paraît avoir une certaine durée et de la régularité.

Cette indication du *Reichsgericht* n'autorise nullement la conclusion, qu'un auteur a cru pouvoir en dégager², selon laquelle la volonté de la personne ne joue aucun rôle pour la fondation de

¹ RG 1917, RGZ 91.287.

² *Lauterbach*, DR 1942.I.535.

sa résidence habituelle ; car une autre phrase du même arrêt de 1917 indique clairement l'intention des juges d'Empire : « Auch wenn es *rechtsgrundsätzlich* auf den Willen der betreffenden Person *entscheidend* nicht ankommt, kann immerhin aus der bei der Aufenthaltsnahme bestehenden *Absicht auf das Vorhandensein des Erfordernisses der Stetigkeit* geschlossen werden ».

On remarquera surtout que d'après cette phrase, dont chaque terme a son importance, la *volonté* (« der Wille ») n'a pas de poids déterminant (contrairement à ce qui vaut pour le domicile), mais que l'on peut *tenir compte* de l'*intention* (« die Absicht ») de l'intéressé.

305. *Intention et volonté.* Où se situe la différence entre la volonté et l'intention ? La volonté est une notion conditionnée par le droit positif ; elle suppose la capacité civile. Il en va autrement de l'intention, qui est un concept libre de tout cadre juridique ; les auteurs allemands la désignent volontiers par l'expression de « volonté naturelle », par opposition à la « volonté juridique ». L'intention se détermine donc sans référence aux règles sur la capacité civile ; elle suppose seulement la « capacité naturelle » d'agir avec conscience et volonté ; une personne sans discernement ne saurait avoir d'intention susceptible de conséquences juridiques.

306. *Influence de l'arrêt de 1917.* L'arrêt rendu par le *Reichsgericht* en 1917 a fait autorité. La doctrine allemande se montre quasi-unanime sur le fait que la fondation d'une résidence habituelle n'exige pas la « volonté juridique » requise pour le domicile¹. D'autre part la jurisprudence et la grande majorité des auteurs estiment que l'intention de l'intéressé joue un rôle dans la détermination de la résidence habituelle². La discussion porte moins sur ce sujet que sur le poids qu'il faut accorder à l'élément intentionnel. Il en va de même en France, où la question est

¹ Contra : Mann, p. 470.

² LG Hambourg 1947, NJW 1949.154 ; OLG Hesse 1949, NJW 1949.868 ; OLG Hamm 1954, NJW 1954.1731 ; OLG Cologne 1954, NJW 1955.755. Wic-zorek, n. C I a 1 ad § 606 ZPO ; Erman-Arndt, n. 3 ad art. 29 EGBGB ; Gutzler, NJW 1949.154 ; Stoll, RabelsZ 1957.192 ; Neuhaus, p. 152 ss. ; Papen-fuss, p. 75 ; Dölle, p. 56 ; Makarov, p. 74 ; Soergel-Kegel, n. 20 ad art. 29 EGBGB. Contra : Lauterbach, DR 1942.I.535 ; Michaelis, NJW 1949.574 ; Nagel, RabelsZ 1957.184-185.

cependant peu débattue et où la distinction entre *volonté* et *intention* n'a pas cours¹.

307. *Rôle de l'élément intentionnel.* Il ressort de l'arrêt du *Reichsgericht* que l'élément subjectif de la résidence habituelle n'est pas la volonté de l'intéressé, mais la stabilité ; or la stabilité (« *die Stetigkeit* ») peut s'inférer de l'intention, qui joue ainsi le rôle d'un indice, non d'un élément nécessaire.

Ce principe est maintenant très largement défendu. Qu'ils s'inspirent expressément ou non de l'arrêt du *Reichsgericht*, les auteurs les plus récents énoncent des propos assez semblables. Lorsque la personne s'établit en un lieu ou dans un pays avec l'intention d'en faire le centre de ses relations, elle y fonde sa résidence habituelle ; mais lorsque cette intention fait défaut, d'autres circonstances viendront éventuellement y suppléer et feront aussi de cet établissement une résidence habituelle. Parmi ces circonstances il faut mentionner spécialement le facteur *temps*. Un établissement qui n'a pas été voulu durable mais l'a été effectivement devient à la longue une résidence habituelle. Le temps remédie à l'absence d'intention, car, même si la personne n'a pas vraiment voulu s'établir durablement, elle a fini par s'adapter au milieu social, aux coutumes de l'endroit, elle s'est habituée aux lois, s'est créé des relations, bref le lieu de son établissement a fini par devenir le centre de gravité de son existence.

Les auteurs les plus récents enseignent que l'intention et le temps sont deux éléments alternatifs de la résidence habituelle². L'énumération ne paraît cependant pas exhaustive. En particulier il est bien des cas où un établissement paraît d'emblée durable malgré l'absence d'intention correspondante, notamment chez les personnes sans capacité de discernement.

¹ Cf. Cass. 1965, Clunet 1966.89, note *Malaurie*. *Malaurie*, n. 9 ; *Francescakis*, in Actes et doc. 1964 I 284-285 ; *P. Bellet*, in Actes et doc. 1968 II 60 ; *P. Bellet* et *B. Goldman*, in Clunet 1969.852 (nuancé).

² *Neuhaus*, p. 153 ; *Papenfuss*, pp. 72-73 ; *Dölle*, p. 56 ; *Saergel-Kegel*, n. 20 ad art. 29 EGDGB.

Section 5 - Durabilité

1. Généralités

308. *Rappel.* L'élément subjectif déterminant de la résidence habituelle est la durabilité. C'est ce qu'enseigne le développement de ce concept par une pratique qui a pu faire face aux réalités sans être hypothéquée d'emblée par des définitions légales, des théories et des principes rigides. C'est par une évolution naturelle que la notion s'est formée.

309. *Théorie de M. Simond.* Il est remarquable de constater que, dans sa critique systématique mais théorique de la conception classique du domicile, M. Simond est arrivé également à la conclusion que le second élément nécessaire du domicile est la durabilité, non la volonté, celle-ci n'ayant que la valeur d'un indice. Or l'ouvrage de l'auteur date de 1922, soit d'une époque où malgré l'arrêt fondamental du *Reichsgericht* le concept de résidence habituelle n'était encore qu'à ses balbutiements.

310. *Durabilité et volonté.* Dans la conception classique la durabilité intervient comme objet de l'élément subjectif du domicile, la volonté. Dans l'autre conception, que l'on appellera « moderne », elle est l'élément subjectif du domicile, et elle peut — mais ne doit pas nécessairement — se déduire de la volonté de l'intéressé. C'est aussi ce que précise M. Simond, aux propos duquel nous souscrivons entièrement¹ : « Nous devons affirmer nettement, pour éviter toute méprise, que nous ne contestons pas l'existence, dans l'esprit d'un grand nombre d'hommes, de l'élément intentionnel. En fait, dans la grande majorité des cas litigieux, le domicile est au lieu où l'intéressé a le siège de ses intérêts généraux et l'intention de s'établir. La raison en est que beaucoup d'individus ont la *faculté psychique* d'avoir une telle intention et la *possibilité physique* de vivre où ils veulent et d'y rester aussi longtemps qu'ils le désirent. Il serait donc absolument faux de prétendre que, dans les cas de domicile, l'élément

¹ *Simond*, p. 44.

intentionnel n'existe jamais ». M. de Winter s'exprime en des termes presque identiques à propos de la résidence habituelle¹.

311. *Durabilité comme condition du domicile*. Nous croyons que, par la substitution de la durabilité à la volonté comme condition du domicile, il est possible d'expliquer tous les genres de cas, rapportés plus haut, que la pratique a voulu fonder sur la théorie classique en empruntant à cette dernière des éléments qui lui sont étrangers ; cela vaut aussi bien pour les personnes démunies de tout discernement que pour celles qui, pour diverses raisons, sont empêchées de réaliser leur volonté, à savoir les malades, les réfugiés (au sens large), les individus déplacés *manu militari*, les saisonniers, etc.

Comme nous l'avons déjà indiqué au début de cet ouvrage², le domicile d'une personne se situe moins là où elle est par sa propre volonté, subsidiairement là où elle voudrait être, que dans le cadre du pays auquel elle a le sentiment d'appartenir et appartient en fait, sociologiquement³.

Au XVIII^e siècle Boullenois — au lieu de définir le lien du domicile comme celui auquel on est « attaché d'intention », ainsi qu'on s'exprimait alors — écrivait fort opportunément⁴ : « N'est-ce pas ... adhérer en quelque manière dans un lieu, que d'y être en esprit de permanence et d'habitation ordinaire ? » Actuellement en France, dans le cadre de la jurisprudence Rivière, on exige que l'intéressé soit *fixé à demeure* dans un pays pour y être regardé comme domicilié. Or on peut fort bien être *fixé à demeure*, en esprit de permanence en un lieu ou dans un certain pays tout en ayant l'intention, ou au moins le désir, de ne pas y rester ; c'est pourtant là qu'on a son domicile.

II. Notion de durabilité

312. M. Simond définit la durabilité en des termes qu'il nous paraît inutile de paraphraser⁵ : « La durabilité est une notion abstraite ; c'est la propriété qu'a un fait quelconque de remplir

¹ De Winter, p. 430.

² Cf. chapitre I, n. 38.

³ Cf. à ce sujet De Winter, pp. 430-431.

⁴ Boullenois, cité par M. Delaume, loc. cit. (note 1, p. 172).

⁵ Simond, p. 45.

les conditions ou de posséder les qualités nécessaires pour durer un certain temps. D'une façon moins lourde, le siège des intérêts généraux est durable quand les circonstances concomitantes permettent de supposer qu'il subsistera un certain temps. »

« La durabilité est en outre une notion abstraite relative, au même titre que la largeur ou la longueur, par exemple, tandis que la vérité, l'égalité ... sont des notions abstraites absolues. En effet, de même qu'il n'est pas possible de dire combien il faut de graines pour faire un tas de blé, de même on ne peut préciser complètement et à priori la notion de durabilité. Cette difficulté d'ailleurs n'est pas particulière à notre théorie du domicile. La théorie classique n'y échappe pas, puisqu'elle doit distinguer l'intention de rester d'une façon durable (...) de l'intention de ne séjourner que d'une façon passagère. »

Le durable s'oppose au perpétuel d'une part, au provisoire d'autre part. L'intention de quitter un établissement après un certain temps, de durée déterminée ou indéterminée, n'exclut nullement la durabilité de cet établissement. D'autre part une absence provisoire ne suspend pas le domicile ou la résidence habituelle ; mais à mesure qu'elle se prolonge elle fait naître et croître la présomption de durabilité. Cependant certaines absences peuvent être longtemps provisoires ; ainsi des juridictions allemandes ont décidé que le soldat passant de nombreuses années de guerre sous les drapeaux peut fort bien avoir maintenu sa résidence habituelle antérieure¹.

III. Domicile des étudiants

313. *Séjour d'études présumé provisoire.* Les études sont regardées comme un but provisoire de séjour, donc la résidence d'études dans une ville universitaire ne constitue en général pas un établissement susceptible d'être considéré comme domicile ou résidence habituelle. Ce principe est reconnu depuis les temps anciens ; il est admis notamment ; en droit suisse il est même fixé expressément (art. 26 CCS).

Mais il est également admis unanimement que cette règle ne constitue qu'une présomption. Comme M. Simond le note², « les notions de siège des intérêts généraux et de durabilité permettant

¹ LG Hambourg 1947, NJW 1949.154 ; OLG Hesse 1949, NJW 1949.868.

² Simond, p. 78.

des appréciations quelque peu différentes, le législateur a tenu à préciser que le séjour de l'étudiant au lieu des études était insuffisant, normalement et à lui seul, à créer le domicile, soit qu'il ne présente pas un degré de stabilité assez accentué, soit que l'intéressé reste dépendant de sa famille ou conserve avec elle des rapports étroits ». Donc l'étudiant peut fort bien établir le centre de ses relations et de ses intérêts au lieu de ses études et y fonder ainsi son domicile ; l'art. 26 CCS n'est qu'une règle d'interprétation, non une norme matérielle (au moins en tant qu'il concerne le domicile des étudiants).

Savigny enseigne qu'aux temps romains l'étudiant n'acquerrait un domicile au lieu de ses études qu'au bout de dix ans ; et l'auteur ajoute qu'il ne s'agissait que d'une présomption¹.

314. *Domicile international*. On peut admettre qu'en matière internationale la présomption d'absence de domicile au lieu des études a moins d'importance qu'en droit interne, car il n'est pas rare qu'un étudiant inmatriculé à l'étranger y établisse le centre de ses relations et intérêts. Certes l'étudiant domicilié en Suisse qui passe quelques semestres dans une université d'un pays limitrophe et retourne dans sa famille à chaque occasion conserve son domicile en Suisse. En revanche le jeune Indonésien qui entreprend des études de médecine en Europe et y restera dix ans sans retourner dans sa famille (sauf en visite) se crée naturellement un domicile au lieu de ses études ; et des cas de ce genre sont de plus en plus fréquents².

Quant à la résidence habituelle des étudiants, elle semble répondre aux mêmes principes que le domicile des étudiants ; c'est du moins ce qu'indiquent le peu d'arrêts rendus en la matière jusqu'à présent³.

Et qu'en est-il du domicile ou de la résidence habituelle de l'enfant placé par ses parents dans un internat à l'étranger ? La diversité des réponses trahit l'embarras des auteurs⁴ et la difficulté du problème⁵ ; la solution dépendra notamment du nombre

¹ Savigny, p. 60 (y compris note k).

² Pour un cas tangent, et discuté, cf. Paris 1949, Thompson, Rev. crit. 1949.558, note *Franceschakis*.

³ Cf. VerwG Gelsenkirchen 1964, NJW 1965.268 ; BVerwG 1959, MDR 1959.517-518 ; BVerwG 1966, FamRZ 1966.236. *Papenfuss*, p. 74. En France : Cass. 1964, Clunet 1966.89, note *Malaurie*.

⁴ Pour la loi de l'internat : *Neuhaus*, DRZ 1950.402 ; *Mann*, p. 467. Contre : *Stoll*, *RabelsZ* 1957.192.

⁵ Cf. aussi, en Suisse, ATF 86 (1960) II 323.

et de la durée des séjours qu'il fera à la maison pendant l'année, et de l'intensité des rapports qu'il aura avec sa famille.

IV. *Molodes et prisonniers*

315. *Art. 26 CCS.* Le problème du domicile des malades et prisonniers est très délicat ; il ne paraît pas possible d'en donner une solution d'ensemble.

En Suisse l'art. 26 CCS dispose que le séjour « dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constituent pas le domicile ». Nous avons déjà indiqué qu'en ce qui concerne les étudiants cette disposition n'institue qu'une présomption.

La règle relative aux personnes placées dans les établissements d'éducation, de détention ou de santé se présente dans une autre perspective. Elle n'était primitivement envisagée que pour les individus sans domicile volontaire, en particulier pour les personnes sous tutelle ; le but était d'éviter qu'un transfert de la résidence n'entraîne un changement de tutelle et que la commune où se trouve l'établissement en question ne soit favorisée ou défavorisée par le hasard de la fortune des personnes séjournant dans cet établissement¹. Dans cette conception l'art. 26 *in fine* CCS est donc une norme matérielle, mais elle n'a qu'un but bien défini et ne regarde que l'ordre interne suisse.

D'autre part cette disposition régit également les personnes majeures et non interdites ; alors elle n'a que la valeur d'une présomption² ; elle n'est plus une règle matérielle, mais une norme d'interprétation, comme pour le domicile des étudiants.

316. *Solution générale.* Selon la théorie classique l'absence de domicile dans l'établissement de santé, d'éducation ou de détention repose sur l'idée que l'élément intentionnel manque à la constitution d'un tel domicile ; dans cette optique la personne qui, au lieu d'être placée, s'installe volontairement dans un hospice peut y acquérir un domicile³.

Selon M. Simond, dont nous partageons la manière de voir, la règle trouve son fondement dans la considération que l'« éta-

¹ Egger, n. 5 ad art. 26 CCS.

² Egger, n. 6 ad art. 26 CCS.

³ Egger, n. 6 ad art. 26 CCS.

blissement » au sens de l'art. 26 CCS ne saurait dans la règle constituer le « siège durable des intérêts généraux » de la personne ¹ — la preuve du contraire étant réservée.

Remarquons qu'en droit international privé la question intervient beaucoup moins souvent qu'en droit interne. Une personne est en général hospitalisée ou incarcérée dans le pays même où elle a — ou a eu en dernier lieu — son domicile. Il n'y a de véritable problème, sur le plan international, que lorsqu'un individu change de pays pour cause de santé ou en raison d'une peine à purger.

317. *Malades.* Or lorsqu'une personne s'établit durablement, voire définitivement, dans les montagnes suisses parce qu'il lui faut de la hauteur, ou sur la Côte d'Azur à cause du climat méditerranéen, ou encore à Francfort parce qu'elle ne trouve que là le médecin qui peut la maintenir en vie, on ne saurait nier qu'elle acquiert un domicile en ces pays respectifs, car elle y établit le centre de sa vie et de ses relations, elle s'intègre au milieu ambiant. Il en est de même — pour revenir à l'affaire Rougeron ² — lorsque la personne est empêchée par la maladie de retourner à son ancien domicile, si elle est en mesure de mener une vie sociale normale à l'endroit où elle est retenue — ce qui était réalisé dans l'affaire Rougeron. Dans toutes ces hypothèses le domicile peut se fonder instantanément, lorsque d'emblée l'établissement paraît durable, ou au contraire résulter *a posteriori* de la durée effective du séjour.

318. *Malades reclus.* Les malades reclus de toute société, en particulier les déments, et placés dans des maisons spécialisées posent un autre problème, car que peut encore signifier pour eux l'expression « centre des relations et intérêts personnels » ? Leur existence se limite à une présence corporelle. Nous estimons cependant que pour les conflits de juridictions et de lois le pays où ces personnes sont placées doit être regardé comme étant celui de leur domicile, non seulement parce que cet établissement est en général très durable, mais aussi parce que ces gens n'ont de rapports territoriaux avec aucun autre pays ; le caractère fictif du maintien de l'ancien domicile est, nous l'avons déjà dit ³,

¹ *Simond*, p. 79.

² Cf. ci-devant, n. 295.

³ Cf. chapitre V, n. 246 ss.

contraire à la nature et aux impératifs du droit international privé. Dans le seul cas pratique que nous avons découvert, et relatif à un Hollandais ayant quitté le Brésil pour être placé successivement dans divers établissements psychiatriques suisses, le Tribunal fédéral n'a pas voulu appliquer l'art. 23 I CCS, mais par le biais de l'art. 24 II CCS il a pu déclarer cet individu domicilié en Suisse et ainsi lui nommer un tuteur¹.

319. *Prisonniers*. En général les prisonniers vivent également hors de la société ambiante du lieu où ils résident. Cependant leur détention, même si elle est durable, n'est ordinairement pas destinée à se perpétuer ; ce n'est pas une raison pour soustraire tout détenu à la loi de ce pays, mais il y a lieu à notre avis d'interpréter largement la notion de provisoire, et de n'admettre l'existence d'un domicile dans le pays de détention que lorsque celle-ci doit durer très longtemps ; à moins, naturellement, qu'il ressorte des circonstances que le détenu a rompu tout lien avec son précédent pays de domicile. En définitive le critère reste ici le centre des relations et intérêts de la personne concernée².

V. *Intégration au milieu local*

320. *Généralités*. Certaines décisions, en particulier en France dans les développements de la jurisprudence Riviére, requièrent qu'une personne soit « intégrée au milieu local » pour y être regardée comme domiciliée. Ce critère représente en quelque sorte une durabilité qualifiée. Nous ne l'avons rencontré que dans des affaires internationales et, sauf erreur, que lorsque le problème était de déterminer la loi applicable. En ce qui concerne les conflits de juridictions, la jurisprudence exige en moyenne un lien plus lâche, ainsi en France dans la jurisprudence Patino. C'est fort naturel : dans la mesure où l'on n'abuse pas de l'application de la *lex fori*, la détermination de la juridiction compétente n'influence pas la loi applicable à la question en litige et répond à des

¹ ATF 61 (1935) II 12, Vaynes van Brakel Buys.

² Le Tribunal fédéral (ATF 80 (1954) II 107) a appliqué l'art. 24 II CCS au cas d'un prisonnier qui avait quitté son domicile à l'étranger pour se rendre aux autorités suisses afin de purger sa peine. En revanche un séjour forcé au camp d'Auschwitz ne saurait être considéré comme une résidence habituelle : OLG Hamm 1954, NJW 1954.1731 ; OLG Cologne 1954, NJW 1955.755.

nécessités pratiques. En revanche la détermination de la loi applicable suppose un lien étroit et spécialement stable, et le critère de l'intégration au milieu local (c'est-à-dire à l'ensemble du pays d'établissement) semble satisfaire cette exigence.

321. *Elément de durée.* A part la question de degré, l'intégration à un milieu se distingue de la durabilité en ce qu'elle implique une certaine durée effective. Il ne semble pas possible d'être intégré à un nouveau pays sans s'y être habitué préalablement. La durée d'assimilation ne peut être fixée d'emblée ; elle dépend des circonstances, des intentions de l'intéressé, de sa faculté d'assimilation, etc. Dans la grande majorité des cas où les juridictions françaises ont dû déterminer le domicile international d'une personne, celui-ci résultait d'une longue résidence dans le même pays.

322. *Cas pratiques.* Dans tout le corps de la jurisprudence Rivière on ne note que trois exceptions. La première est l'arrêt Zelenkin, où la Cour d'appel de Paris a déclaré domiciliée en France une personne qui, au moment déterminant, ne s'y était pas encore installée¹ ; nous avons dit plus haut ce qu'on peut penser de cet arrêt, qui échappe à toute systématisation².

La deuxième exception est l'affaire Rivière elle-même³. Les époux, une Française et un émigré russe, se sont mariés en France en février 1934 et divorcés en Equateur en avril 1936 ; entre-temps ils ont été « domiciliés » successivement en France et en Equateur. Chacun des domiciles n'a donc duré que peu de temps. Mais on admettra que les époux étaient relativement bien intégrés en Equateur, puisque le mari en a acquis la nationalité avant le divorce.

Le dernier cas impliquant une résidence de courte durée est l'affaire Beinoglu, où la Cour d'appel de Paris a admis en 1965 qu'une Française avait déjà son domicile international en France onze mois après son retour de l'étranger, malgré le fait qu'au début ce séjour en France avait été voulu provisoire⁴. Les circonstances de la cause justifient cette solution : cette femme avait

¹ Paris 1969, Zelenkin, Clunet 1970.701 (= Rev. crit. 1971.497).

² Cf. ci-devant, n. 278.

³ Cass. 1953, Rivière, Rev. crit. 1953.412.

⁴ Paris 1965, Beinoglu, Rev. crit. 1965.359.

toujours vécu en France avant d'épouser à Paris un diplomate grec domicilié, en droit puis en fait, en Grèce ; des dissensions étant survenues entre les époux, la femme était revenue dans sa patrie après avoir résidé environ quatre ans seulement en Grèce. Dans ces conditions il était facile d'admettre qu'après onze mois elle était de nouveau intégrée au milieu parisien, qui lui était déjà bien familier.

323. *Influence de la notionnalité.* Ces deux dernières affaires illustrent l'importance de la nationalité comme élément du domicile international stable. Dans le doute c'est dans son pays d'origine que la personne est le mieux intégrée ; aussi la durée, comme indice d'assimilation à un milieu, a-t-elle peu d'importance lorsqu'une personne s'est établie dans son propre pays d'origine. M. Batiffol exprime une idée assez voisine lorsqu'il indique qu'« on ne peut exclure l'éventualité d'une exigence plus grande dans la preuve que l'étranger a eu l'intention effective de fixer son établissement hors de son pays d'origine »¹.

324. *Droit de refuge.* La nationalité exerce également une influence sur le domicile international en tant qu'elle implique, en général, le droit de refuge ; l'individu chassé de partout a le droit de rentrer dans son pays d'origine. « Als letzter Zufluchtsort spielt so der Heimatort eine Rolle für die Bestimmung des Wohnsitzes », indique justement le Tribunal fédéral suisse². Signalons également l'art. 49 de l'ancien Code civil de Fribourg (Suisse) : « Celui dont on ne peut connaître le domicile d'après les dispositions qui précèdent, est censé l'avoir au lieu où il a un droit de bourgeoisie, d'habitation perpétuelle ou de ressort ».

325. *Existence d'un domicile niée : L'affaire Romano.* Dans tout le corps de la jurisprudence Riviére l'emplacement du domicile n'a pratiquement jamais fait de doute. On se demandera alors à quoi il sert d'établir des conditions très précises pour la fixation du domicile international. Un récent jugement du Tribunal de grande instance de Paris vient de montrer opportunément que les critères de « fixation à demeure » et d'« intégration au milieu local » ne sont pas simplement des clauses de style, mais qu'elles ont au contraire une signification concrète³. Le tribunal a rejeté

¹ Batiffol - Lagarde I, n. 182.

² ATF 65 (1939) II 97 (100).

³ Trib. gde inst. Paris 1970, Romano, Rev. crit. 1971.532, note A. P.

une demande en divorce formée par une Française contre son mari italien, au motif que le domicile commun en Italie n'avait pas pris fin, bien que lors de l'introduction de l'action la demanderesse se trouvât en France depuis deux mois. Le jugement indique que « le retour de la femme en France ... ne permettait pas d'établir son intention de se fixer à demeure en France ». Pour nier la fondation d'un domicile en France le tribunal prend en considération le fait que la séparation des époux a été envisagée à titre provisoire — ce dont témoignent divers indices retenus par les juges — et le fait que, jusqu'à l'introduction de l'instance, l'établissement de la femme en France a été de courte durée.

Cette affaire, qui supporte avantageusement la comparaison avec l'arrêt Zelenkin rendu par la Cour d'appel de Paris¹, a eu comme conséquence la non-application de la loi française, en raison du fait que les conditions du « principe Tarwid » n'étaient pas réalisées en l'espèce. Il est à espérer que cet exemple fera école, car il procède d'un esprit respectueux de certains principes, même si cela conduit à écarter l'application, tant recherchée, de la *lex fori*.

326. *Intégration et esprit de retour.* L'intégration au milieu local d'un pays n'exclut pas l'esprit de retour à un précédent domicile, principalement au pays national. C'est en ce sens que le domicile international de la jurisprudence Rivière se distingue essentiellement de la nationalité de fait et du domicile de l'ancien droit (et du droit anglais).

Section 6

Domicile et liberté de mouvement

327. *Recherche du domicile.* La détermination du domicile d'une personne est une opération concrète, qui ne se fonde que sur des faits concrets. Il convient d'analyser les circonstances du cas pour en déduire l'emplacement du domicile : on examine où la personne se trouve en général, où elle dort, quel est son genre de vie, où elle a sa famille, quels rapports elle a avec celle-ci, où

¹ Cf. ci-devant, n. 278 et 322 *in initio*.

elle travaille, quel genre d'activité professionnelle elle exerce, etc. Aucun élément de droit n'est à même de donner à lui seul la solution du problème. Les circonstances de droit entrent en considération comme de simples faits. C'est en particulier le cas des mesures de droit public relatives à la liberté de mouvement.

328. *Éléments de droit.* Il n'en a pas toujours été ainsi. Comme nous l'avons montré, le « domicile de droit » de l'art. 13 CCF, abrogé en 1927, dépendait exclusivement d'un acte du Gouvernement¹. L'art. 1 du décret-loi de 1938, abrogé en 1945, était fondé sur une conception semblable². Et il n'en allait pas autrement des propositions de Niboyet³, qui par le terme de « séjour régulier », qu'il préconisait, entendait « séjour conforme à la loi » (de droit public), et non « séjour habituel »⁴, contrairement aux idées admises actuellement. Toutes ces constructions ont ceci de commun qu'elles considèrent le domicile comme existant *ex jure* par un acte de droit public, à l'exemple de la nationalité, et ne font pas dépendre le domicile directement des circonstances de fait.

329. *Domicile et prescriptions sur la liberté de mouvement.* Mais dans la conception qui envisage la détermination du domicile comme le fruit de l'estimation et de la pondération de multiples circonstances purement factuelles, les prescriptions de droit public sur la liberté de mouvement, en particulier sur la liberté d'établissement, ne peuvent entrer en considération que comme l'une de ces circonstances, comme un pur fait.

Il est admis unanimement que le fait d'annoncer son arrivée ou son départ à la police des habitants d'une commune n'entraîne pas par lui-même la fondation, respectivement l'abandon, du domicile ; ce ne sont que des indices.

L'interdiction durable de sortir d'un pays constitue une forte présomption en faveur d'un domicile dans ce pays⁵. Inversement l'expulsion hors d'un Etat assortie de l'interdiction d'y revenir entraîne la perte du domicile⁶, à moins que les circonstances ne permettent de conclure au caractère provisoire de la mesure.

¹ Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 53 ss.

² Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 55.

³ Cf. chapitre III, n. 165 ss.

⁴ Cf. Tr. Comm. réf. 1948/1949, p. 735.

⁵ C'est apparemment l'hypothèse d'OLG Sarrebruck 1964, IzRspr. 1964/1965.5, n. 3.

⁶ Cf. RG 1936, RGZ 152.53.

330. *Succession du duc de Brunswick.* Cette dernière condition n'était pas réalisée dans l'affaire relative à la succession du duc de Brunswick, chassé de ses Etats mais resté allemand, domicilié très longtemps en France, puis expulsé lors des événements de 1870 et mort à Genève, après avoir vécu deux ans et demi dans cette sorte d'exil ; la Cour de cassation, chargée de se prononcer sur la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une action successorale, a déclaré que le *de cujus* avait eu son dernier domicile en France¹. La solution est contestable car il paraît contradictoire d'affirmer qu'une personne est domiciliée et simultanément interdite de séjour durablement dans le même pays ; on ne saurait prétendre qu'au moment de sa mort le duc de Brunswick avait un établissement personnel stable en France.

331. *Présomptions selon les divers permis de résidence.* Un problème plus délicat est celui du rapport entre les diverses autorisations de résider et le domicile. Mais ici encore ce n'est pas un problème abstrait, chaque cas est particulier. On peut seulement dire que la présomption de domicile varie en fonction des différents genres de permis. Ainsi en Suisse un « permis d'établissement », qui n'est en général octroyé qu'au bout d'une dizaine d'années de séjour, constitue une très forte présomption en faveur du domicile, alors que le « permis de séjour » est un indice moins certain. De même en France on présume plus facilement l'existence d'un domicile lorsque l'intéressé est titulaire d'une carte de « résident privilégié » que s'il n'a qu'une carte de « résident ordinaire »².

332. *Saisonniers.* Le problème le plus épineux est celui du domicile des saisonniers étrangers, qui ne vivent pas en permanence toute l'année dans le pays où ils travaillent régulièrement. Dans un arrêt de 1963, le Tribunal fédéral des assurances a nié l'existence d'un domicile en Suisse dans le cas d'un saisonnier italien dont le permis de séjour, renouvelable, était limité à neuf mois par an³. Lors d'une discussion à ce sujet, à la Société suisse des juristes, M. Kupper, relevant qu'on commençait de multiplier les permis de séjour de onze mois par an, a estimé que dans un

¹ Cass. 1895, S. 1896.1.225.

² Pour un cas intéressant, cf. Cass. 1966, Rev. crit. 1968.50, note Simon-Depitre.

³ ATFA 1963.20.

tel cas on ne peut plus parler véritablement d'un « saisonnier ». Et il poursuivait ¹ : « Daraus ergibt sich, dass eine Saisonarbeitsbewilligung an sich nicht geeignet ist, die Wohnsitznahme am Arbeitsort von vornherein auszuschliessen. Sogar freundenpolizeilich wird mit der Wiedereinreisezusicherung, die einem Saisonarbeiter am Saisonende erteilt werden kann, der Möglichkeit Rechnung getragen, dass ein Saisonarbeiter die Absicht haben kann, sich für unbestimmte Zeit zur Arbeit in der Schweiz aufzuhalten. Es ist darum für alle ausländischen Saisonarbeiter, deren wirtschaftliche Existenz ganz oder fast ganz auf ihrem Erwerb in der Schweiz gründet, wenn sie die Absicht haben, sich für unbestimmte Zeit zur Arbeit in der Schweiz aufzuhalten, schweizerischer Wohnsitz anzunehmen — es sei denn, es lägen ausserdem besonders starke Beziehungen zu einem ausländischen Ort vor ». Nous souscrivons entièrement à ces propos. Il reste à déterminer, dans chaque cas concret, avec quel pays le saisonnier a les liens territoriaux les plus étroits ; pour cela on s'enquerra notamment de savoir où vit sa famille.

333. *Légitimité des mesures de droit public.* Puisque les mesures de droit public restreignant la liberté de mouvement des individus n'entrent en considération que comme des faits susceptibles d'influencer l'élément de *durabilité* dans la détermination du domicile, il n'y a pas lieu d'en examiner le bien-fondé. Ainsi le *Reichsgericht* allemand a justement déclaré domicilié en Allemagne un individu qui s'y était installé après avoir été expulsé du territoire du Sud-Ouest africain, où il prétendait vouloir retourner ; la haute juridiction allemande ne s'est pas souciée de savoir si la mesure d'expulsion était justifiée ou non ².

¹ Kupper, RDS 1967 II 711-713.

² RG 1936, RGZ 152.53 (56-57).

Section 7

La durée comme condition du domicile ou de la règle de conflit

I. Les propositions

334. *Idée de fond.* La question est souvent débattue en droit international privé de savoir s'il est souhaitable de n'admettre l'existence d'un domicile — ou de ne rattacher une institution au domicile — que si celui-ci a déjà duré un certain temps, lequel est fixé par des textes. Diverses propositions ont été faites en ce sens¹. Elles répondent toutes au désir de trouver une solution de compromis entre le rattachement à la nationalité et le rattachement au domicile, par l'élaboration d'un concept de fait (contrairement à la nationalité), qui ne soit pas trop lâche. L'idée de fond est certainement juste : les partisans de la loi du domicile prétendent soumettre l'individu à la loi de son milieu ambiant et stable, et il n'y a pas de milieu stable pour quelqu'un qui change continuellement d'établissement.

335. *Considérations notionales sous-jacentes.* Il faut cependant remarquer que plusieurs des propositions avancées en faveur d'un domicile international qualifié par une durée répondent au désir de soumettre les étrangers à la loi interne après un certain délai, sans qu'on se soucie de ce qui se passe à l'étranger. Ainsi lorsque, sous l'influence de Niboyet, la Commission de réforme du Code civil proposait que la loi française régie le statut des Français d'une part, des étrangers domiciliés depuis cinq ans en France d'autre part², elle ne pensait nullement soumettre à la loi étrangère les Français établis depuis cinq ans dans un autre pays. Dans cette optique le rattachement à un domicile qualifié par une durée paraît moins dicté par la tentative de conciliation entre deux principes que par des mobiles purement nationaux.

336. *Délai de naturalisation.* Quant à la fixation de la durée qualifiant le domicile, on rencontre différentes propositions. On

¹ Cf. chapitre I. n. 36.

² Cf. Rev. crit. 1950.111 ss. (114), art. 27.

a, semble-t-il, envisagé parfois de soumettre à la loi du domicile les étrangers établis depuis un temps équivalent au délai de naturalisation¹. Cette suggestion est intéressante, car l'individu qui est considéré comme suffisamment intégré à un Etat pour en devenir ressortissant l'est également pour que la loi de cet ordre juridique gouverne son statut privé. On objectera sans doute que les stages de naturalisation varient beaucoup d'un Etat à l'autre — et pour des raisons entièrement étrangères au droit international privé — de sorte que la proposition conduirait à des inégalités. Néanmoins les inconvénients de ces inégalités ne représentent peut-être qu'un moindre mal par rapport au strict rattachement à la nationalité de droit. A titre de transition un tel développement paraît souhaitable, même *de lege lata*.

Un problème pratique va se poser alors : quel droit sera-t-il applicable à la détermination de ce délai, la loi territoriale ou la loi à laquelle appartient la règle de conflit ? Personnellement nous préférons la seconde solution ; cela signifierait que le juge suisse appliquerait la loi suisse aux étrangers domiciliés depuis plus de douze ans en Suisse et la loi étrangère aux Suisses domiciliés depuis plus de douze ans à l'étranger, sans tenir compte des délais de naturalisation des législations étrangères. Une telle solution présente les mêmes avantages et les mêmes inconvénients que le principe de la détermination du domicile *lege fori*, principe que nous avons soutenu ailleurs dans cet ouvrage².

337. *Affaire Grigolo*. A propos de substitution à la nationalité, comme point de rattachement, d'un domicile qualifié par le délai de naturalisation, il convient de signaler l'affaire Grigolo de 1968³, où l'autorité d'état civil de Bâle-Ville a autorisé un Italien divorcé à se remarier, au motif que diverses conditions, que l'autorité posait par la même occasion, se trouvaient réalisées en l'espèce. Parmi ces conditions figure un domicile en Suisse ayant duré au moins le temps nécessaire à la naturalisation. Le fait mérite d'être noté, mais il ne faudrait pas en exagérer la portée dans le cadre du problème qui nous occupe ; en effet, si la décision rapportée a permis de remédier, dans un cas d'espèce, aux conséquences regrettables qu'engendrait alors en ce domaine

¹ Comp. F. Meili, *Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zurich, 1902, t. I, pp. 165-166.

² Cf. chapitre III, n. 148 ss.

³ Département de justice de Bâle-Ville 1968, Grigolo, *Revue de l'état civil* 1969.180, note P. M. Gutzwiller.

la jurisprudence du Tribunal fédéral¹, on a justement montré qu'il y a des moyens plus heureux de parvenir au même résultat². D'ailleurs le Tribunal fédéral vient de changer sa jurisprudence³.

338. *Stage du permis d'établissement.* M. Schnitzer a émis la suggestion de soumettre à la loi suisse les étrangers titulaires du permis d'établissement⁴; un permis d'établissement n'est généralement accordé qu'après dix ans de séjour en Suisse. M. Lalive trouve cette suggestion intéressante, mais critiquable, au motif suivant⁵: « est-il opportun de confier à l'administration le soin de décider, fût-ce indirectement, du statut personnel des étrangers ? » Certes non. Mais on peut retourner l'objection : n'a-t-on pas le sentiment que cet autre acte de droit public qu'est la naturalisation comporte plus d'arbitraire (surtout en Suisse) ? Quel est alors le moindre mal ?

Il reste que la proposition de M. Schnitzer n'offre aucune solution pour le cas inverse des Suisses de l'étranger ; elle paraît donc insuffisante.

339. *Durée déterminée.* La plupart des propositions tendant à qualifier le domicile par un stage en fixent la durée en nombre d'années : dix ans pour Meili⁶, six ans pour Asser⁷, cinq ans pour la Commission de réforme du Code civil français⁸, trois ans pour Frankenstein⁹ et pour l'Institut de Droit international en 1948¹⁰, une année pour Rabel¹¹ et M. Papenfuss¹². Dans l'ancien droit certaines coutumes exigeaient dix ans, mais la plupart se contentaient d'un établissement d'« an et jour ».

Lors de la préparation de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps le Bureau

¹ ATF 80 (1954) I 427, Caliaro.

² Cf. la discussion générale et les nombreuses références de doctrine in ATF 97 (1971) I 389, Dal Bosco.

³ Arrêt Dal Bosco, précité.

⁴ A. Schnitzer, cité, sans indication de référence, par M. Lalive, *Regards*, p. 186.

⁵ Lalive, loc. cit.

⁶ Meili, loc. cit. (note 1, p. 200).

⁷ Asser, *La codification du Droit international privé*, AIDI 1906.443 ss., not. pp. 453 ss.

⁸ Rev. crit. 1950.111 ss. (114), art. 27.

⁹ E. Frankenstein, *Prajet d'un Code européen de droit international privé*, Bibliothecana Visseriana, Leiden, 1950, art. 56 ss.

¹⁰ AIDI 1948.282.

¹¹ Rabel, p. 172.

¹² Papenfuss, pp. 72 et 165-166.

permanent a demandé aux Gouvernements si la résidence habituelle doit être précisée par l'exigence d'une durée déterminée, et, le cas échéant, quelle devrait être cette durée¹. Quelques pays ont répondu affirmativement², mais la proposition n'a pas suscité grand intérêt. Lors de la discussion en commission les délégués français, MM. Batiffol et Bellet, ont proposé de qualifier par une durée la résidence habituelle du demandeur, mais non celle du défendeur³; cette intéressante suggestion a trouvé quelque écho dans le texte final de la Convention (art. 2 ch. 2 a et ch. 4 b).

340. *Critiques.* Les adversaires du domicile qualifié par une durée déterminée allèguent principalement que la fixation de celle-ci est arbitraire et ne tient pas compte de ce que le centre durable des intérêts et relations de la personne dépend uniquement de circonstances de fait, variables d'une espèce à l'autre, et ne se laisse guère enfermer dans des précisions aussi rigides⁴. L'argument est pertinent, mais il nous paraît insuffisant pour motiver d'emblée le rejet de l'institution en cause. Ici aussi, si l'on applique ces objections à la nationalité de droit, on trouvera certainement que sous cet angle le danger d'arbitraire y est plus réel que pour le domicile qualifié par une durée.

Au demeurant les auteurs cités se montrent en général fort nuancés; ils rejettent en principe le remplacement de la nationalité, comme point de rattachement, par un domicile qualifié par une certaine durée; mais ils admettent un aménagement de ce genre, à titre exceptionnel, pour des hypothèses déterminées⁵.

341. *Problème de fond.* Le problème de fond concernant le rattachement du statut personnel se ramène au dilemme suivant: On veut à la fois un critère sûr, facilement déterminable et un critère correspondant à la réalité des choses; or la nationalité réalise le premier de ces avantages, tandis que le second est mieux assuré par le domicile. Mais le critère qui assure à la fois l'un et l'autre n'existe pas, ni en réalité ni dans l'imagination. Il est impossible de sortir de ce dilemme de manière entièrement satis-

¹ Actes et doc. 1964 I 136, question 26 a).

² Actes et doc. 1964 I 194-195 (Etats-Unis), 199-200 (France, avec réserve), 204 (Italie), 224 (Suède) et 228 (Suisse).

³ Actes et doc. 1964 I 276-277 et 280.

⁴ Braga, p. 68; Neuhaus, p. 155, y compris la note 372; De Winter, pp. 434-435; Vischer, Rapport, p. 60.

⁵ Neuhaus, De Winter et Vischer, loc. cit.

faisante, et on ne résoudra rien en rejetant tout ce qui est proposé. Il faut donc choisir : soit la solution du domicile, et s'accommoder de son instabilité et de quelques difficultés de détermination ; soit la solution de la nationalité, et supporter l'irréalisme dont elle est parfois la source ; soit une ou plusieurs solutions de compromis (selon les domaines d'application du domicile) assurant un certain équilibre entre les avantages et les inconvénients des deux systèmes. A tout prendre nous estimons qu'en général le rattachement à un domicile qualifié par une durée est le moindre mal, et que dans certains cas il se justifie comme solution de compromis.

II. Méthode

342. *Fixation du temps de durabilité.* Comme élément du domicile international la durée peut être envisagée de plusieurs manières. Puisque la durabilité est une condition du domicile on peut déterminer, d'une manière générale ou pour certains domaines seulement, que telle durée, par exemple deux ans, est le critère de la durabilité ; en d'autres termes un séjour conçu comme devant durer ou ayant effectivement duré deux ans ou plus est un domicile, en-deçà il est considéré comme provisoire et ne vaut pas domicile. Ce critère de durée peut d'ailleurs être envisagé comme une condition absolue ou comme une présomption simple.

Dans cette optique de durée comme condition du domicile, citons l'avant-projet soumis par Niboyet à la Commission de réforme du Code civil français ; l'auteur proposait que l'étranger fût considéré comme domicilié en France s'il y résidait et manifestait formellement son intention de s'y établir, subsidiairement s'il y résidait de manière habituelle et permanente depuis trois ans, même sans déclaration formelle ad hoc¹. Au-delà de la limite de trois ans il y avait donc présomption absolue de domicile, mais il n'y avait pas de présomption absolue inverse en-deçà de cette limite. La Commission de réforme a substitué un autre régime à ces propositions.

Dans le même ordre de conceptions l'Institut de Droit international, dans ses propositions de 1948 tendant à faire admettre la compétence judiciaire du pays de résidence habituelle dans les affaires de divorce, précisait : « Au sens de la présente disposition, cette résidence ne sera considérée comme habituelle que si

¹ Cf. Tr. Comm. réf. 1948/1949, pp. 713 ss. (715), art. 16.

elle a duré au moins trois ans avant la formation de la demande »². Il y a ici, au contraire de l'exemple précédent, une présomption absolue négative : avant le délai de trois ans il n'y a pas de résidence habituelle, au sens du projet de l'Institut.

343. *Condition de durée supplémentaire au domicile.* Au lieu d'affecter le domicile lui-même, la durée déterminée peut aussi être envisagée comme une condition supplémentaire au domicile international, d'une manière générale ou seulement pour le rattachement de certaines institutions. Ainsi le domicile existe en lui-même indépendamment de cette durée fixe, mais on ne lui attache tels effets que s'il a effectivement existé pendant le temps déterminé. Il s'agit d'une condition absolue pour l'application de la règle de conflit ; cet élément temporel n'affecte pas le domicile lui-même. Ainsi — contrairement au cas où la durée intervient comme un élément du domicile lui-même — l'étudiant réputé domicilié chez ses parents ne tombe pas sous le coup de cette règle de rattachement, alors même que ses études l'appellent à l'étranger plusieurs années de suite.

La plupart des propositions en faveur d'un domicile qualifié par une durée se situent dans cette catégorie.

¹ AIDI 1948.282, ch. 1^o b).

Chapitre VIII - Le domicile légal

Section 1

Réglementation du domicile légal

344. *Notion.* Le terme de « domicile légal » s'applique à tout domicile qui n'existe pas en fonction de faits — par exemple la présence, l'intention, la durabilité — mais qui est assigné impérativement et fictivement par la loi en raison de certaines circonstances extérieures à l'emplacement de l'intéressé. La loi suisse dit très justement que le domicile du mari est « considéré comme » celui de la femme, celui des parents « considéré comme » celui des enfants sous puissance paternelle, et que le siège de l'autorité tutélaire est « considéré comme » le domicile des personnes sous tutelle (art. 25 I CCS). Cela ne signifie pas que le domicile du mari est celui de la femme, mais simplement que la loi considère qu'il en est ainsi.

Dans ce chapitre nous ne nous intéresserons qu'à ces domiciles légaux en quelque sorte « classiques », à savoir ceux de la femme mariée, des enfants et des interdits, laissant de côté ceux des fonctionnaires (art. 106-107 CCF), des domestiques (art. 109 CCF) et des soldats (§ 9 BGB).

Les droits français, allemand et suisse envisagent les domiciles légaux de manière fort différente.

345. *Droit français.* Le plus vieux des trois codes, le Code civil français, est le plus attaché aux fictions. « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari », indique l'art. 108 CCF ; cela ne signifie pas qu'elle vit toujours avec lui, puisqu'en vertu de l'art. 215 II CCF elle peut se faire autoriser à avoir pour elle et les enfants une autre résidence lorsque celle fixée par le mari « présente pour la famille des dangers d'ordre physique

ou d'ordre moral » ; l'application de cette disposition ne met pas fin au domicile légal. Ce n'est qu'en 1893 qu'une nouvelle (art. 108 III CCF) a introduit le principe que la femme séparée de corps cesse de partager le domicile du mari.

Quant aux autres domiciles légaux, ils sont tout aussi rigides : « Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur : le majeur interdit aura le sien chez son tuteur » (art. 108 CCF). Ces principes ne souffrent aucun tempérament.

346. *Droit allemand.* L'ancien § 10 BGB, selon lequel la femme avait son domicile chez le mari, n'est plus en vigueur depuis le 1^{er} avril 1953 et a été formellement abrogé en 1957¹.

Quant au domicile des mineurs et interdits, la loi allemande le régit plus dans la perspective des théories volontaristes du domicile que par l'établissement de fictions. La personne incapable ou partiellement capable civilement n'a pas de domicile rattaché automatiquement à celui d'une autre personne ; elle a un domicile propre, mais, comme elle n'est pas entièrement capable, la volonté du représentant légal se substitue — en cas d'incapacité totale — ou s'ajoute — en cas de capacité restreinte — à la sienne pour la fondation d'un domicile (§ 8 BGB). A défaut d'un domicile fondé de cette manière, le mineur a un domicile légal chez la personne qui en a la garde (§ 11 BGB).

347. *Droit suisse.* Le droit suisse se situe entre les droits français et allemand, tout en étant plus proche du second que du premier.

Le domicile commun des époux dépend de leur devoir mutuel de demeurer ensemble ; le domicile commun peut cesser lorsque le devoir de cohabitation prend fin, soit en cas de séparation de corps, après l'ouverture d'un procès en divorce ou en séparation de corps, ou lorsque la santé, la réputation ou la prospérité des affaires d'un époux est compromise par la vie en commun (art. 25 II et 170 CCS). Le droit suisse n'est donc pas aussi rigide — fictif que le droit français en ce qui concerne le domicile de la femme mariée ; il ne tient pas compte de toutes les réalités — si des époux vivent séparés sans cause légalement valable, leur domicile commun est considéré comme subsistant — mais il est logique avec lui-même, en tirant les conclusions d'une séparation de fait intervenue pour de justes motifs.

¹ Cf. chapitre II, sous-chapitre II, n. 95.

Le domicile de la personne sous tutelle se situe fictivement au siège de l'autorité tutélaire ; cela ressort tant de l'art. 4 III LRDC que de l'art. 25 I CCS. Il ne s'agit cependant pas d'un principe absolu ; le domicile légal est présumé conforme au domicile réel. Cela ressort de l'art. 17 LRDC, soit d'un texte appartenant à un ensemble législatif dont l'objet était de régler des conflits de lois et de juridictions ; voici ce texte : « Quand l'autorité tutélaire autorise le changement de *domicile* de la personne placée sous tutelle, le droit et l'obligation d'exercer la tutelle passent à l'autorité du nouveau *domicile*, et c'est à cette dernière que la fortune de ladite personne doit être remise ». Dans cette disposition le mot « domicile » est employé les deux fois dans le sens de « domicile effectif », et non de « domicile légal »¹ ; autrement le texte n'aurait pas de sens. Il résulte de l'art. 17 LRDC qu'un changement de domicile effectif est soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire, donc que sans cette approbation le pupille n'a pas le droit de changer de domicile effectif ; en conséquence, selon l'attitude de l'autorité, il restera à son précédent domicile ou il déménagera. S'il reste, la tutelle continue d'être exercée par la même autorité ; s'il déménage, l'exercice de la tutelle passe à l'autorité du nouveau domicile effectif, lequel devient de ce fait le nouveau domicile légal. Dans les deux cas le domicile légal suit le domicile effectif ; il en constitue donc une présomption. La même conclusion se déduit de l'art. 377 CCS : « Le pupille ne peut changer de *domicile* qu'avec le consentement de l'autorité tutélaire. Si le changement a eu lieu, la tutelle *passé au nouveau domicile* ».

Signalons que ce régime vaut également en matière internationale, soit lorsque le pupille déplace son domicile effectif d'un pays à l'autre. Le Tribunal fédéral en a admis le principe².

Le domicile du mineur sous puissance paternelle est au domicile des père et mère. Ce principe ne comporte aucun tempérament, au contraire de ce qui vaut pour la femme mariée et la personne sous tutelle.

¹ ATF 36 (1910) I 66 ; 39 (1913) I 65 et 601 ; 54 (1928) II 346 ; 56 (1930) I 174.

² ATF 54 (1928) II 346.

Section 2

Domicile international — La pratique

I. Généralités

348. Nous montrerons plus loin pourquoi l'institution des domiciles légaux est propre au droit interne et n'a aucun titre d'application en droit international privé. Mais il est intéressant de noter au préalable les tenants et aboutissants de la pratique en ce domaine.

II. En France

349. *Débat ambigu.* Naturellement l'application de l'art. 108 CCF en matière internationale ne soulève pas de grandes objections lorsqu'il s'agit par ce biais de domicilier en France quelqu'un qui réside en fait à l'étranger. Mais — non moins naturellement — cette disposition paraît gênante dans l'hypothèse inverse. Cependant ce problème a pu rester très longtemps dans l'ombre, en raison de ces curieux rapports, passablement confus, que l'on avait établis entre la nationalité et le domicile, rapports qui se sont perpétués, sous diverses formes, jusque dans l'œuvre de Niboyet. Et la lecture de l'ouvrage de M. Levasseur montre qu'à l'époque de sa parution (1931) le problème était encore entièrement dominé par ces ambiguïtés¹. On veut avant tout qu'une Française restée au pays alors que son mari, français ou étranger, est parti pour l'étranger puisse se prévaloir d'un *for* en France ; mais les art. 14 et 15 CCF la protègent suffisamment sur la base de la nationalité française, de sorte que le recours au domicile est superflu. Quant à l'étrangère restée en France dans les mêmes conditions, il serait peut-être opportun de lui reconnaître un domicile indépendant en France ; mais, au fond, le cas n'intéresse pas tellement l'ordre juridique français.

Le problème de fond n'a donc pas été abordé franchement, car le besoin ne s'en est pas fait sentir impérieusement.

¹ Cf. Levasseur, pp. 239 ss.

350. *Jurisprudence Rivière et jurisprudence Patino*. On sait que le domicile de la jurisprudence Rivière (relative à la loi applicable) et celui de la jurisprudence Patino (relative à la compétence judiciaire internationale) se distinguent en premier lieu en ce que la femme mariée a un domicile indépendant dans la première catégorie, tandis qu'on applique expressément l'art. 108 CCF dans la seconde catégorie¹. En doctrine on a vu dans cette différenciation une contradiction, un illogisme². Mais ces solutions divergentes ont ceci de commun qu'elles favorisent toutes deux la compétence, législative ou judiciaire, française. Voici comment :

Rien n'indique pourquoi ni comment la Cour de cassation en est venue à écarter le domicile légal dans les développements de la jurisprudence Rivière. Il est seulement certain que cette attitude est constante³. Elle paraît très judicieuse. Mais il faut se rendre compte que, si la Cour de cassation avait appliqué l'art. 108 CCF au domicile de la femme, le « domicile commun » aurait été réduit au domicile du mari, et la « règle Tarwid »⁴, excellent facteur d'application de la loi française, n'eût pas vu le jour.

Mais en matière de conflits de juridictions tous les grands arrêts rendus jusqu'ici en ce domaine se rapportaient à des cas où le mari avait son domicile en France. Dans le litige des époux Patino il était constant que les deux époux vivaient en France. Mais dans les affaires Scheffel⁵ et Cabassa⁶ seul le recours à l'art. 108 CCF, donc à une fiction, a permis de justifier formellement la compétence des juridictions françaises, car les épouses respectives vivaient à l'étranger (et n'avaient jamais vécu en France) et les causes n'avaient qu'un maigre point de contact avec la France. On aimerait que l'hypothèse inverse se présente.

III. En Allemagne

351. En Allemagne nous ne connaissons aucun cas intéressant à signaler. Mais on notera que l'ancien § 10 BGB, qui instituait le domicile légal de la femme mariée, prévoyait cependant

¹ Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 70 et 75.

² *Francescakis*, Rev. crit. 1963.396-397 ; *Malaurie*, D. Chron. 1963.56 ; *Simon-Depitre*, Rev. crit. 1964.711.

³ Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 70.

⁴ Cass. 1961, Tarwid, Rev. crit. 1961.547 ; cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 70.

⁵ Cass. 1962, Scheffel, Rev. crit. 1963.387.

⁶ Amiens 1964, Cabassa, Rev. crit. 1964.705.

que celle-ci pouvait se fonder un domicile indépendant lorsque le mari s'établissait à l'étranger, si elle n'était pas tenue de le suivre et ne le suivait pas ; mais si le mari était domicilié en Allemagne, la femme, même établie à l'étranger pour de justes motifs, était considérée comme ayant également son domicile en Allemagne. Il y avait donc un régime différenciel.

IV. En Suisse

352. *Domicile des mineurs ; arrêt de 1960.* En Suisse signalons deux curieux arrêts relatifs au domicile des mineurs.

Dans une affaire bien connue et jugée en 1960 le Tribunal fédéral a dû résoudre la question de savoir où était domicilié un enfant placé dans un institut en Suisse par son père domicilié, puis décédé, au Venezuela ¹. Les juges ont fait cette bien singulière déclaration : « Denn in diesem Fall ist das Kind trotz dem seit längerer Zeit bestehenden Aufenthalt in der Schweiz als landesabwesende Bürgerin zu betrachten ». Cependant la déclaration relative à ce bien curieux « Suisse de l'étranger » n'a pas porté à conséquence, le Tribunal fédéral ayant trouvé un autre moyen — la nationalité de l'enfant — d'appliquer la loi suisse.

353. *Domicile des mineurs ; arrêt Salcher de 1968.* Mais le récent arrêt Salcher n'offrait pas une si belle échappatoire, et il a fallu entrer dans le vif du sujet ². Les faits sont simples : une mineure autrichienne travaille en Suisse et y accouche d'un enfant illégitime ; les parents de la mère habitent l'Autriche. Une jurisprudence, constante depuis 1945, fixait le domicile de l'enfant naturel au domicile de la mère, par application extensive — la mère n'ayant pas l'autorité paternelle — de l'art. 25 I CCS. En l'espèce, à la rigueur de ce principe et des textes, l'enfant était domicilié chez ses grands-parents en Autriche. Mais pour éviter cette conséquence les juges de Mon-Repos ont déclaré ceci : « Lorsque la mère est une étrangère mineure, qui travaille en Suisse, mais dont les parents vivent à l'étranger, le curateur doit être nommé par l'autorité tutélaire du lieu de Suisse où, au moment de la naissance, la mère a en fait le centre de ses relations personnelles et où sa minorité seule l'empêche de se créer un domi-

¹ ATF 86 (1960) II 323 (328).

² ATF 94 (1968) II 220 (221), Salcher.

cile » (« wo die Mutter ... nur deshalb noch keinen Wohnsitz besass, weil sie noch minderjährig war »).

Au lieu d'écarter expressément le recours au domicile en cette affaire, les juges auraient pu indiquer que le domicile international ne répond pas aux notions de l'art. 25 I CCS. Mais c'est la démarche qui importe avant tout : le Tribunal fédéral a été amené à reconnaître implicitement que la réglementation sur le domicile interne ne convient pas, sur ce point, au domicile international ; cela rejoint nos affirmations.

354. *Domicile de la femme mariée.* Concernant le domicile des époux les tribunaux se sont rendus à la même évidence, mais ils ont résolu la question d'une manière qui nous paraît beaucoup plus heureuse. Ce mouvement a pris du temps, et c'est fort naturel en raison de la souplesse que réserve l'art. 25 II CCS, qui rend moins urgent l'abandon du principe général de l'art. 25 I CCS. Mais dans deux affaires relativement récentes, comme la solution qui s'imposait manifestement était inconciliable avec le texte même de la loi, les juges fédéraux ont amené quelques innovations à leur jurisprudence. Dans les deux cas le texte de base était l'art. 7 g III LRDC, en vertu duquel « lorsque le divorce d'époux suisses habitant l'étranger a été prononcé par le juge qui est compétent aux termes de la loi de leur domicile, ce divorce est reconnu en Suisse, même s'il ne répond pas aux exigences fédérales ».

355. *Arrêt Baumberger.* La première affaire est l'arrêt Baumberger, rendu en 1963 ¹. Soit un mari suisse et une femme devenue suisse par mariage tout en conservant sa nationalité allemande. Les époux vivent ensemble en Allemagne, puis le mari s'établit seul en Suisse, sans que les conditions légales d'une séparation (art. 25 II et 170 I CCS) soient réalisées. La femme intente une action en divorce au for allemand ; le mari ne s'oppose pas à la compétence du tribunal saisi et se fait représenter au procès. Le divorce est prononcé, mais les autorités bernoises refusent son inscription au registre de l'état civil. Le Tribunal fédéral a admis le recours du mari, reconnaissant ainsi le jugement allemand. Cette solution s'imposait en fait, mais il a fallu lever plus d'un obstacle pour y parvenir.

¹ ATF 89 (1963) I 303, Baumberger.

Depuis un célèbre arrêt de 1930¹ le Tribunal fédéral a constamment indiqué que l'application de l'art. 7 g III LRDC suppose que l'un et l'autre époux étaient domiciliés à l'étranger au moment du jugement à reconnaître. En l'occurrence la condition n'est en tout cas pas réalisée à propos du mari ; mais, sans renoncer à sa jurisprudence traditionnelle, le Tribunal fédéral indique que celle-ci n'a pas cours lorsque le seul conjoint qui avait son domicile à l'étranger était établi dans un pays dont il a également la nationalité (en plus de la nationalité suisse).

Mais il y a un autre obstacle à lever, car avant leur divorce, les époux Baumberger se sont séparés sans motif suffisant ; à la rigueur de l'art. 25 CCS la femme était donc domiciliée chez le mari en Suisse, et le juge allemand n'était pas compétent aux yeux du droit suisse. Le Tribunal fédéral ne peut ni ne veut tirer cette conclusion ; il affirme ouvertement qu'il faut considérer l'affaire dans une optique supra-nationale (« überstaatliche Art der Betrachtung ») — ce dont on ne saurait que l'approuver — et s'abstient d'appliquer l'art. 25 CCS à la femme qui vit effectivement dans l'Etat ou dans un Etat dont elle a la nationalité.

356. *Arrêt Boujon*. Cet important arrêt a été confirmé en 1968 dans l'affaire Boujon, également jugée par le Tribunal fédéral et dont les faits sont à peu près les mêmes : mari suisse, femme suisse et suédoise, domicile commun à Genève ; en décembre 1962 la femme, à laquelle les juridictions suisses ont refusé la dissolution de son mariage, s'établit avec les enfants en Suède, où elle intente une action en divorce en mars 1964. Le tribunal suédois, qui en vertu de sa loi est compétent dès que la résidence en Suède a duré une année, prononce le divorce des époux Boujon en appliquant la loi suédoise, en vertu de laquelle une séparation de fait de trois ans permet d'obtenir le divorce (en l'occurrence une grande partie de cette séparation a eu lieu en Suisse). L'autorité suisse est appelée à reconnaître ce jugement.

Les considérants de l'arrêt Boujon² sont une traduction presque littérale de ceux de l'arrêt Baumberger ; le Tribunal fédéral déclare écarter l'art. 25 CCS lorsque la femme « vit en réalité continuellement séparée de son mari dans l'autre pays dont la législation, qui attache de l'importance à la durée du séjour dans un endroit donné, l'autorise également à porter l'action en divorce

¹ ATF 56 (1930) II 335 (339-341), Zeller.

² ATF 94 (1968) I 235, Boujon.

devant les tribunaux de ce pays ». Il poursuit : « En outre, la notion de domicile comprend des éléments juridiques qui diffèrent d'une législation à l'autre. Pour déterminer la compétence à raison du lieu, il convient *en règle générale* de considérer la « résidence habituelle » d'une personne comme une circonstance de rattachement équivalente au « domicile » et en particulier à un domicile dépendant et fictif. Il est, d'autre part, conforme à la LRDC, lorsqu'il s'agit d'une femme qui possède la nationalité suisse et une nationalité étrangère et qui vit habituellement dans son autre pays d'origine (fût-ce sans être autorisée à vivre séparée de son mari), d'admettre que les tribunaux des deux pays sont également compétents pour connaître de l'action en divorce ». Le Tribunal fédéral constate ensuite que l'application de la Convention entre la Suisse et la Suède de 1936 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des sentences arbitrales aboutit au même résultat.

357. *Appréciation de ces arrêts.* Les arrêts Baumberger et Boujon ont un objet très limité : ils ne concernent que l'art. 7 g III LRDC dans l'hypothèse où l'époux suisse double national a son domicile dans son autre patrie. Mais les propos sur le domicile international de la femme mariée ont au contraire une portée qui dépasse manifestement le cadre des affaires jugées ; tant les considérants de l'arrêt Baumberger que ceux de l'arrêt Boujon sur ce point reflètent un caractère général, de sorte que l'on peut considérer l'interprétation du terme de « domicile » par celui de « résidence habituelle » en matière internationale comme une acquisition du droit suisse. Ainsi le domicile international de la femme se détermine, à la rigueur de ces arrêts, indépendamment de celui du mari, nonobstant l'un et l'autre alinéas de l'art. 25 CCS¹.

358. *Récent projet du Conseil fédéral.* En même temps qu'il demande aux Chambres l'approbation de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption — convention dont le point de rattachement de principe est la résidence

¹ Comp. OG Zurich 1969, Revue suisse de jurisprudence 1971.308. La juridiction zurichoise n'a pas agi comme le Tribunal fédéral. Elle a préféré admettre, d'une manière un peu facile (à notre sens), que les conditions des art. 25 II et 170 CCS étaient réalisées en l'espèce. Mais, si les moyens diffèrent, la fin est la même.

habituelle — le Conseil fédéral propose la modification, sur la même matière, de la loi de 1891, mais en ce qui concerne le critère de rattachement il préfère en rester au domicile, plutôt que de se référer à la résidence habituelle. Dans son message il s'exprime ainsi¹ : « Il a paru plus judicieux d'en rester à la notion du domicile, qui bénéficie de la confiance du juge, que de s'en remettre à celle de la résidence habituelle, qui est d'usage dans les conventions internationales ».

En réalité la résidence habituelle — nous l'avons montré² — n'est pas utilisée uniquement dans des conventions internationales. D'ailleurs il nous semble que le fréquent recours à ce critère dans les conventions internationales devrait précisément inciter les législateurs à en faire autant.

D'autre part, on comprend fort bien le souci de choisir un critère (le domicile) qui a, dit-on, la confiance du juge. Mais à la lecture des arrêts Salcher, Baumberger et Boujon, précités, on se demande de quelle confiance il s'agit. Et le Conseil fédéral ne dit pas ce qu'il faut entendre par « domicile des époux adoptants », si cela signifie « domicile du mari, chez qui la femme est légalement domiciliée sauf dans le cas de l'art. 25 II CCS » ou « domicile effectif commun » ; or en pratique c'est essentiellement sur ce point que domicile et résidence habituelle divergent de manière sensible.

Section 3

Domicile légal et droit international privé

1. Doctrine moderne

359. *Généralités.* L'opinion selon laquelle le domicile légal est une institution de pur droit interne et n'est pas approprié aux relations internationales n'a surgi que récemment. Dans l'ancien droit et en droit anglais contemporain la femme mariée, le mineur et l'interdit n'ont aucun domicile propre.

360. *La pensée de Mendelssohn Bartholdy.* Au début de ce siècle le père, ou l'un des pères, de la théorie fonctionnelle du

¹ FF 1971 I 1266, texte pp. 1292-1293.

² Cf. chapitre IV, n. 174 ss.

domicile, Mendelssohn Bartholdy, estimait possible mais inutile d'ériger un concept de domicile spécial pour le droit international privé. Ce n'est pas une nécessité mais un hasard, opinait-il, si les notions de domicile général et de domicile international se recouvrent ; il ajoutait que cette identité existe, et doit exister, en tout cas à propos du domicile légal¹.

361. *Mouvement des années vingt et trente.* Dans le grand débat des années vingt et trente relatif au domicile, l'ampleur des développements consacrés au domicile légal atteste du poids qu'on reconnaissait à celui-ci en droit international privé. M. de Magalhaes, l'un des principaux auteurs de l'époque et partisan de la détermination *lege loci* du domicile, estimait qu'en cas de conflit positif entre un domicile indépendant et un domicile légal la prépondérance devrait être accordée au dernier².

362. *Pensée de Neuner.* Quant à Neuner, le premier auteur à avoir contesté l'assimilation de principe entre le domicile des droits internes et le domicile international, il a surtout consacré des développements à l'aménagement du domicile légal en droit international, montrant ainsi qu'il y était très favorable³.

363. *Mouvement contemporain.* Il faudra attendre les années cinquante et soixante pour trouver une contestation réelle, encore que partielle et timide, de l'application du domicile légal en droit international privé. Comme éléments de cette tendance, citons en Allemagne l'ouvrage de M. Braga⁴, en France les développements de la jurisprudence Rivièrre, d'une manière générale le succès de la résidence habituelle, le mouvement en faveur de l'égalité des époux et un certain éclatement de la famille.

II. Domicile légal et capacité civile

364. Selon une conception ancienne, le domicile légal est fondé sur l'idée que certains individus ne sont pas des personnes

¹ Mendelssohn Bartholdy, *Das BGB und seine « Nebengesetze »*, revue *Blätter für Rechtsanwendung* 75 (1910) 49 ss. et 91 ss. (95).

² De Magalhaes, p. 138 (art. 5).

³ R. Neuner, *Die Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, RabelsZ 1934.81 ss. (90-91).

⁴ Braga, p. 67.

sui juris, ou tout au moins ne sont pas maîtres de leur volonté. C'était la conception de l'ancien droit¹, et c'est encore aujourd'hui le fondement du domicile anglais². Dans cette perspective il n'y a pas de différence de nature entre domicile interne et domicile international.

Mais à l'époque contemporaine, spécialement dans les droits codifiés, la majeure du syllogisme est abandonnée, en tout cas en ce qui concerne la femme mariée. On envisage le mariage comme l'union de deux êtres fondamentalement égaux ; aussi dans les droits continentaux le domicile légal de l'épouse, là où il existe encore, n'est-il pas fondé sur la capacité restreinte de celle-ci.

Quant aux mineurs et interdits, la question se pose autrement, puisqu'ils ne sont juridiquement pas maîtres de leur volonté. Mais dans une théorie qui n'envisage pas la volonté comme une condition absolue de la fondation d'un domicile et y substitue le critère de la durabilité, il n'y a plus lieu de rechercher qui est juridiquement capable et qui ne l'est pas. Il est vrai que même en matière de résidence habituelle — où il n'est pas question de « théorie classique » — les auteurs et les tribunaux ont de la peine à se départir de l'idée que la résidence du mineur ou de l'interdit se trouve nécessairement au lieu fixé par le représentant légal. Nous y reviendrons plus loin.

III. Motifs pratiques du domicile légal

365. *Avantages d'ordre pratique.* Certains auteurs considèrent les dispositions légales sur le domicile des femmes mariées, des mineurs et des interdits comme des règles posées par le législateur pour des « motifs purement pratiques »³. Cela paraît quelque peu surprenant, puisque les législateurs n'ont fait en général que reprendre un principe existant précédemment sans loi. Mais qu'en pratique il soit commode au juge ou à l'administration de localiser certaines personnes fictivement en un endroit du territoire, en particulier la femme et les enfants chez le père de famille, cela ne fait pas de doute.

¹ Ferrière, p. 550 : « Comme le domicile consiste plus dans la volonté que dans le fait, ceux qui ne sont pas maîtres de leur volonté, ne peuvent pas se faire un domicile ».

² Cf. Henry Neuhous, pp. 34-35, 37-40 et 44-46.

³ Simond, p. 70, cite d'autres références.

366. *Conflits de juridictions*. Cependant cet intérêt pratique est propre au droit interne tandis que les relations internationales confèrent au domicile des fonctions trop graves, trop lourdes de conséquences pour que de simples considérations de commodité jouent un rôle dans sa détermination. En matière de conflits de juridictions ce n'est peut-être pas un inconvénient majeur, en droit interne, si la femme est assignée devant le tribunal du domicile de son mari alors qu'elle est établie en un autre endroit du territoire ; mais sur le plan international le même artifice devient insupportable, car dans ce cas les distances sont plus grandes et les différences juridiques plus sensibles, d'autre part le rattachement par simple fiction à un ordre judiciaire étranger peut être inéquitable, ainsi que le montrent les arrêts Scheffel et Cabassa, rapportés ailleurs¹.

367. *Conflits de lois*. En matière de conflits de lois l'exclusion des domiciles légaux s'impose encore davantage, car c'est la solution même du litige en cause qui en dépend ; le droit interne n'attache aucune conséquence aussi grave au domicile. Or cette différence à elle seule postule la recherche du pays où la personne est établie effectivement, indépendamment de la question de savoir où elle devrait se trouver d'après les normes de tel ou tel droit.

Lorsque la loi dispose que la succession s'ouvre au dernier domicile du défunt (art. 538 I CCS, art. 110 CCF), elle *localise* les opérations successorales en un endroit du territoire, pour des raisons administratives ; peu importe alors que le patrimoine d'une défunte soit rassemblé fictivement au domicile du mari plutôt qu'à l'endroit où la femme était établie en fait. En revanche lorsque la règle de conflit rattache la succession au droit du domicile, elle ne fait pas que la localiser, elle l'*intègre* à un ordre juridique, la soumet à une loi matérielle déterminée ; dans ce cadre c'est tout simplement de l'irréalisme de se référer à une loi avec laquelle la défunte n'avait, par hypothèse, aucun lien.

368. *Exemple*. Prenons, à titre d'illustration, l'exemple, déjà rapporté ailleurs², du chef monteur qui, après avoir abandonné sa famille, est envoyé par son employeur en divers pays, où il reste pour des périodes plus ou moins longues. Il fait un tel séjour en Irak, et un démêlé fiscal avec les autorités saint-galloises l'amène

¹ Cf. chapitre II, sous-chapitre I, n. 76 et 77.

² ATF 86 (1960) I 10 ; cf. chapitre V, n. 235.

devant le Tribunal fédéral. Les juges le déclarent domicilié en Irak et s'empressent, sans nécessité, de préciser qu'en l'espèce les domiciles fiscal et civil se recouvrent parfaitement.

Imaginons ce qui se serait passé si l'affaire soumise à la Cour suprême, au lieu de toucher aux soucis fiscaux du mari, s'était rapportée à la succession de la femme ; le Tribunal fédéral eût-il soumis cette succession à la loi irakienne ? Malgré ses déclarations formelles sur l'application des art. 23 ss. CCS, il est permis d'en douter. Du reste, les juges n'ont pas examiné si les époux avaient le droit de vivre séparés en vertu de l'art. 170 CCS, ce qui est nettement contraire à leur pratique constante. Mais il y a plus : ils déclarent qu'à n'en pas douter (« unbestrittenermassen ») la femme du recourant ne saurait compter parmi les relations personnelles de celui-ci (susceptibles de guider le juge dans la recherche du domicile), étant donné que les époux vivent séparés en fait depuis plus de dix ans. Or une telle déclaration, qui laisse entendre en quelque sorte que la durée de la séparation internationale des époux remédie à l'absence de causes de séparation, est toute nouvelle ; le même Tribunal fédéral a rejeté expressément cette conception dans un arrêt antérieur, relatif cette fois au droit international privé¹. Il reste que l'affaire fiscale rapportée ici, qui semble avoir passé inaperçue, jette le trouble sur la position du Tribunal fédéral en la matière ; en tout cas elle illustre, tant directement par les faits qu'indirectement par les motifs, ce qu'il faut penser d'un prétendu domicile légal international.

369. *Autre exemple.* Pensons également aux faits suivants, qui ont servi de base à un arrêt du *Reichsgericht* allemand² : un citoyen allemand quitte sa famille et s'établit successivement au Paraguay et en Angleterre ; le Tribunal d'Empire a admis que pendant le voyage (par bateau) entre ces deux pays, l'intéressé n'avait pas de domicile. Si l'on applique à ce cas les dispositions sur le domicile légal on dira que la femme avait son domicile au Paraguay, puis en Allemagne pendant le voyage du mari — puisqu'une femme dont le mari n'a pas de domicile a un domicile propre — puis en Angleterre dès le débarquement de son époux sur la côte britannique. On le voit, c'est absurde.

¹ ATF 68 (1942) II 181 ; cette hypothèse est cependant très particulière, cf. nos observations au chapitre II, sous-chapitre III, p. 87, note 5.

² RG 1895, RGZ 36.207 (209).

IV. Unité de la famille

370. Dans les droits modernes, l'institution des domiciles légaux de la femme et des enfants est fondée sur l'idée de l'unité de la famille. Nous ne discuterons pas du bien-fondé de cette idée en droit interne. Mais ce principe ressortit au droit matériel, non au droit des conflits. Et il s'agit d'un postulat, non d'un axiome. Dans la mesure du possible¹, le droit international privé doit, autant que le droit interne, aider à promouvoir l'unité de la famille, mais il ne convient pas qu'il parte de ce principe au mépris des réalités ; car il est irréaliste de prendre comme point de départ l'unité d'une famille qui, par hypothèse, n'est justement pas unie. Comme point de rattachement international le domicile est une notion de fait, il doit donc permettre de situer la personne où elle est, non où la loi veut simplement « considérer » qu'elle est.

L'opinion selon laquelle le principe du domicile légal trouve application en toute hypothèse se justifie dans une société internationale hypothétique dominée par l'idée que le mari n'est pas seulement le chef de la famille, mais qu'il en incorpore l'existence, qu'en lui réside juridiquement toute la société familiale ; alors seulement il est admissible de considérer *juris et de jure* la femme comme domiciliée chez le mari et les enfants comme domiciliés chez le père. Mais dès que l'on admet que, malgré la hiérarchie instituée au sein de la famille, celle-ci se compose de membres ayant tous une existence juridique propre, il importe de localiser chacun de ceux-ci pour lui-même.

¹ Cf. P. H. Neuhaus, *Familieneinheit im internationalen Privatrecht?* *RabelsZ* 1955.52 ss.

Section 4

Détermination du domicile de la femme mariée, du mineur et de l'interdit

I. Généralités. Influence du milieu familial

371. Le domicile international de la femme mariée, du mineur et de l'interdit se détermine comme celui d'une autre personne, il se situe pour chacun d'eux au siège durable de ses relations personnelles et de ses affaires.

La femme et le mineur sous puissance paternelle ne sont pas domiciliés de droit chez le père de famille ; cependant, comme pour ce dernier, leur domicile subit une certaine attraction du milieu familial, car on présume, sauf preuve contraire, que les membres de la famille sont groupés au même lieu — en matière internationale dans le même pays. Nous avons déjà fait allusion à cette sorte d'attraction au chapitre précédent¹ ; il importe de noter ici qu'elle s'exerce de la même manière et avec la même intensité à l'égard de tous les membres de la famille.

II. Mineurs et interdits

372. *Généralités.* Puisque la volonté n'est pas un élément nécessaire et décisif en matière de résidence habituelle et ne devrait pas l'être non plus, à notre avis, pour toutes les formes de domicile international, la détermination de l'établissement des personnes incapables (civilement ou naturellement) ne pose pas de problème particulier. En matière de résidence habituelle, où ce principe est déjà théoriquement de droit positif, les tribunaux ont toutefois de la peine à s'en accommoder en pratique.

373. *Personnes capables de discernement.* Puisque l'intention comme élément de la résidence habituelle ne suppose pas la capacité civile, un mineur ou un interdit capable de discernement peut fonder sa propre résidence habituelle, sans le concours du représentant légal². Cette conclusion si naturelle, dont l'importance

¹ Cf. chapitre VII, n. 277 et 327.

² Cf. *Soergel - Kegel*, n. 19 ad art. 29 EGBGB et les citations.

est d'ailleurs plus théorique que pratique, semble cependant heurter les dispositions légales selon lesquelles la résidence des enfants mineurs est déterminée par les parents (art. 215 CCF, § 1631 BGB), subsidiairement par le tuteur. Il y a là une incompatibilité entre deux règles du droit positif. Cependant les dispositions sur les droits et devoirs du représentant légal à l'égard du mineur appartiennent au droit matériel et ne touchent pas au problème de la délimitation des lois applicables sur le plan international ; la règle de conflit n'a pas à s'embarrasser de ces dispositions de droit matériel — même si celles-ci se retrouvent dans toutes les législations internes — de sorte qu'un mineur capable de discernement qui, au mépris des injonctions paternelles, se rend à l'étranger et s'y établit dans des circonstances qui permettent de conclure à une fixation durable, a en ce lieu sa résidence habituelle¹.

374. *Jurisprudence.* Il est curieux de constater que la jurisprudence allemande n'a que rarement tiré cette conséquence de la distinction entre volonté et intention, à laquelle elle a pourtant déclaré adhérer. Lorsqu'un mineur capable de discernement, domicilié (de droit) et résidant en Allemagne de l'Est fuit et s'établit en République fédérale, volontairement et contre l'avis de ses parents, il y acquiert bien sa résidence habituelle. Il est regrettable que dans un cas aussi flagrant certains tribunaux n'aient pas admis cette solution² et se soient crus en devoir de chercher par d'autres moyens — dont le bien-fondé paraît d'ailleurs discutable — à se déclarer tout de même compétents (malgré une résidence habituelle prétendument maintenue à l'Est)³.

375. *Personnes sans discernement.* Lorsque le mineur ou l'interdit est incapable de discernement, il ne saurait évidemment fonder lui-même sa résidence habituelle. Celle-ci est donc déterminée par d'autres personnes. Il s'agit en général du détenteur

¹ Papefuss, p. 169 ; contra : Stoll, *RabelsZ* 1957.192.

² Heureuse exception : OLG Bavière 1965, *FamRZ* 1965.628.

³ LG Berlin 1963, *IzRepr.* 1962/1963.48, n. 13 ; OLG Düsseldorf 1967, *FamRZ* 1968.43 ; LG Nuremberg-Fürth 1963, *IzRepr.* 1962/1963.49, n. 13 A ; LG Frankenthal 1964, *IzRepr.* 1964/1965.29, n. 11 (sommaire in *FamRZ* 1965.446). Ce dernier jugement est des plus singuliers : pour la question préalable, relative à la capacité civile de l'intéressé, le tribunal a admis que celui-ci avait sa résidence habituelle en Allemagne fédérale ; mais il a rejeté cette même opinion lorsqu'il s'est agi d'examiner sa propre compétence, qu'il a fini par admettre tout de même, mais en se fondant sur d'autres moyens.

de la puissance paternelle ou du titulaire du droit de garde ; mais il n'en va pas nécessairement ainsi¹. On a assez dit qu'au contraire du domicile des droits positifs la résidence habituelle est un point de rattachement de fait, réel, libéré des contingences du droit interne, et qu'elle doit son succès à son réalisme. Dans les cas, certes rares, où l'enfant habite régulièrement dans un autre pays que celui que son représentant légal a fixé, il est irréaliste de ne pas en tenir compte et de déclarer que l'enfant a sa résidence habituelle ailleurs.

376. *Jurisprudence.* Ici également la jurisprudence fait preuve d'un embarras injustifié, ainsi que l'attestent les deux affaires suivantes, soumises au *Kammergericht* de Berlin-Ouest : un tribunal est-allemand a attribué les enfants à la mère lors du divorce. Le père a fui à l'Ouest avec l'un des enfants et s'y est établi ; le *Kammergericht*, dont la compétence est fondée sur la résidence habituelle de l'enfant, s'en est tiré par le recours au § 1696 BGB² et s'est alors déclaré compétent³.

La seconde affaire est tout aussi éloquente : l'enfant vivait à Berlin-Est chez sa grand-mère, qui en avait la garde (chez qui il était donc aussi domicilié en droit) ; les parents, qui vivaient dans un camp de réfugiés de Berlin-Ouest, ont fait enlever l'enfant, l'ont fait amener à l'Ouest, où il a été pris en charge par les autorités de la ville ; placé devant le même problème de compétence, le *Kammergericht* déclare⁴ : « Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im westlichen Rechtsgebiet ist nicht der alleinige Anknüpfungspunkt für die Begründung der interlokalen Zuständigkeit. Es kommt auf das Gewicht der gesamten Umstände an, die eine Beziehung zum westlichen Rechtsgebiet begründen ». Autrement dit le tribunal écarte le principe de droit commun parce que celui-ci lui paraît ne pas aboutir au résultat désiré.

377. *Critique.* C'est à juste titre que le *Kammergericht* de Berlin s'est déclaré compétent dans ces deux affaires. Mais on

¹ Contra : *Papenfuss*, p. 169.

² § 1696 BGB : « Das Vormundschaftsgericht kann während der Dauer der elterlichen Gewalt seine Anordnungen jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält ».

³ KG Berlin 1963, *IzRepr.* 1962/1963.431, n. 148. On remarquera que le *Kammergericht* a complètement éludé la question de compétence ; en l'espèce l'art. 1696 BGB, qu'il a déclaré appliquer, n'attribuait compétence qu'aux tribunaux de l'Est pour autoriser le transfert de résidence.

⁴ KG Berlin 1958, *FamRZ* 1958.426.

regrette sa motivation inutilement embarrassée. Certes l'opération perpétrée par le père dans le premier cas et par les parents dans le second n'apparaît pas très régulière au regard du droit interne ; le tribunal devait, dans cette optique, renvoyer les enfants à leur véritable représentant légal. On conçoit fort bien qu'il ne voulait ni ne pouvait le faire. Dès lors il était inutile d'employer le § 1696 BGB ou quelque autre argument de fortune pour fonder la compétence du tribunal ; l'enfant avait en fait sa résidence habituelle à Berlin-Ouest — dans les deux cas — et cet élément à lui seul fondait la compétence du *Kammergericht*.

CONCLUSION

1. Rappel des principales thèses avancées

378. *Domicile anglais.* Matériellement, sinon formellement, le domicile du droit anglais n'est en rien comparable au domicile des droits français, allemand et suisse. Une conciliation de ces deux genres d'institutions est illusoire. Une comparaison entre elles n'a ni sens que sur un plan formel.

379. *Aspect formel de la détermination du domicile international.* La notion de domicile comme point de rattachement d'une règle de conflit est donnée, sauf indication contraire, par l'ordre juridique auquel est empruntée cette règle. Mais cela n'implique pas nécessairement le recours au domicile tel qu'il est défini sur le plan interne par les divers codes civils.

380. *Résidence habituelle.* Malgré des divergences formelles, le domicile ordinaire — par opposition au domicile légal — est conçu de manière très semblable par les lois du continent européen. Ce fonds commun s'exprime dans le terme de « résidence habituelle », critère ni plus ni moins territorial que le domicile, mais conçu pour les relations internationales et échappant à l'emprise de définitions nationales divergentes.

381. *Notion de domicile.* D'une manière générale le domicile est un lien à la fois matériel et subjectif entre une personne et un ensemble territorial. Sa fondation suppose l'établissement en un lieu ou dans un pays du siège des intérêts généraux de la personne et la durabilité de cet établissement ; le critère de la durabilité s'infère des circonstances, particulièrement — mais non exclusivement — de la volonté de l'intéressé. Inversement l'abandon du domicile requiert que l'on cesse d'avoir au lieu considéré le siège de ses intérêts généraux, et que cette cessation paraisse durable.

382. *Théorie fonctionnelle du domicile.* Les fonctions du domicile, en droit international privé comme en droit interne, sont fort diverses. Le terme de « domicile » n'a en lui-même aucun contenu concret ; sa notion varie en fonction de ses conséquences.

383. *Surface territoriale du domicile.* En droit international privé le lien du domicile s'étend à l'ensemble d'un *pays*, soit à l'ensemble territorial convert par un ordre de droit privé. La localisation interne de cet établissement est indifférente.

384. *Nature juridique du domicile.* Dans les droits internes le domicile est un élément permettant de localiser fictivement une personne en un endroit du territoire national. En droit international privé le domicile doit exprimer le lien *réel* d'une personne avec la société dans laquelle elle vit. De ce principe fondamental découlent des conséquences importantes :

1. Si une personne n'a de domicile en aucun pays, on ne la « considérera » pas comme domiciliée fictivement en un endroit quelconque, par exemple au lieu de son dernier établissement ; elle sera regardée comme n'ayant aucun domicile, et son statut sera rattaché à un ordre juridique au moyen d'un critère subsidiaire (selon les cas l'ancien domicile, la résidence simple, éventuellement la nationalité).

2. Inversement si une personne a réellement des domiciles dans deux pays, il y aura lieu, non pas de considérer automatiquement comme déterminant le domicile fondé en premier ou en dernier lieu, mais de rechercher avec lequel de ces pays ses liens sont les plus forts.

3. Il n'y a pas de « domicile légal » en droit international privé ; chacun a un domicile propre.

II. Evolution prévisible du rattachement du statut personnel

385. *Généralités.* Même s'ils reposent sur une base commune — à savoir la préférence de principe accordée à la loi nationale — les systèmes français, allemand et suisse de rattachement du statut personnel (au sens étroit) divergent trop actuellement pour qu'il soit possible d'en envisager un rapprochement sensible. Les Conférences de La Haye vont probablement continuer d'uni-

fier certaines règles de conflit sur le plan international ; mais il n'y a pas lieu d'attendre avant longtemps une œuvre de grande envergure, car les esprits ne sont pas préparés aux changements importants que cela impliquerait.

386. *Conflits de juridictions.* Sur le plan des conflits de juridictions les trois droits positifs considérés, de même que bien d'autres, instituent la compétence de leurs tribunaux pour connaître de toutes les affaires de statut personnel relatives à leurs ressortissants. Certes cette compétence n'est en général pas exclusive ; par exemple le juge français reconnaîtra, dans certaines circonstances, un jugement de divorce rendu à l'étranger entre des époux français ; d'autre part il peut, maintenant, dissoudre l'union de deux époux étrangers domiciliés en France. Mais on ne se départira pas, dans un avenir prévisible, du principe selon lequel tout Français, même habitant l'étranger, a un juge naturel en France pour toutes les questions ressortissant à son statut personnel. Et ce principe n'est pas propre à la France ; il existe aussi inébranlablement en droit allemand et en droit suisse.

Quant à la compétence concurrente directe fondée sur le domicile ou la résidence habituelle, elle existe dans une large mesure dans les pays considérés. Sur le plan des conflits de juridictions les droits français, allemand et suisse reposent donc sur des bases assez semblables. Il n'y a pas lieu d'envisager des modifications prochaines de ce fonds commun. Seul doit être revu le concept même de domicile comme chef de compétence, en particulier en droit français en ce qui concerne le domicile légal.

387. *Conflits de lois en France.* Sur le plan des conflits de lois en France, une modification du droit positif actuel semble improbable. En effet d'une part le rattachement de l'état et de la capacité à la loi nationale reste inébranlable, même de *lege ferenda*, d'autre part les domaines réservés au domicile sont bien délimités : régimes matrimoniaux, successions et « règle Rivière ». Dans les deux premiers de ces domaines la notion de domicile est assez incertaine, mais on voit mal comment il serait possible de remédier à l'insécurité que cela engendre ; car le régime actuel de rattachement en ces matières résulte d'une très longue tradition, dont on ne changera pas l'orientation d'un jour à l'autre. Quant à l'arrêt Rivière — avec toute la jurisprudence développée à sa suite — on a affirmé récemment qu'il a dix-huit ans, soit l'âge de l'émancipation, mais « pas encore celui de la majorité,

encore moins de la maturité »¹ ; nous pensons cependant que les fondements en sont établis fermement, tant quant aux principes de rattachement — domicile des conjoints vivant ensemble, subsidiairement domicile des époux vivant séparément dans le même pays, plus subsidiairement *lex fori* — que quant au concept de domicile, entendu comme le lien entre une personne et le milieu au sein duquel elle est effectivement intégrée.

388. *Conflits de lois en Allemagne.* En Allemagne, une modification du droit des conflits de lois paraît également improbable — de même qu'une évolution *intra legem*, étant donné que la loi est en ce domaine beaucoup plus détaillée qu'en France. Le prochain développement pourrait bien résulter des circonstances politiques : si l'on reconnaît l'Allemagne de l'Est comme un Etat — cela semble devoir arriver un jour — on admettra en conséquence l'existence d'« Allemands de l'Est » et d'« Allemands de l'Ouest », alors que maintenant on ne connaît qu'une « Allemagne » et que des « Allemands » — raison pour laquelle on a développé un « droit privé interzonal » ; une régression de ce dernier amènerait une diminution sensible du champ d'application de la résidence habituelle.

389. *Conflits de lois en Suisse.* Seul le droit suisse des conflits semble aller au-devant d'une évolution. Cependant cette évolution, dont la forme est incertaine, ne se produira que dans le cadre de la loi de 1891, que chacun condamne mais qui paraît promise à un avenir encore long. Pour notre part, tout en étant conscient des inconvénients de ladite loi, nous ne sommes pas de ceux qui la rejettent sans appel. Si l'on en regarde l'importance pratique, seules trois de ses dispositions présentent des difficultés particulières : l'art. 7 g III (divorce des Suisses de l'étranger), l'art. 7 h (divorce des étrangers en Suisse) et l'art. 8 (questions de filiation).

En ce qui concerne l'art. 7 g III LRDC, nous estimons que la jurisprudence Baumberger/Boujon² devrait être étendue à tous les cas où le jugement étranger à reconnaître émane du tribunal du domicile du demandeur (art. 144 CCS), voire du domicile du défendeur, même si l'époux en question n'avait pas simultanément la nationalité de l'Etat de ce tribunal lors du jugement — et ceci à tout le moins lorsque le défendeur n'a pas contesté

¹ P. Lagarde, *Destinées de l'arrêt Rivière*, Clunet 1971.241 ss.

² Cf. chapitre VIII, n. 355 ss.

d'emblée la compétence du juge étranger ; si l'art. 7 g III LRDC supporte la jurisprudence Banmherger/Boujon, il ne s'oppose pas à notre suggestion¹.

En ce qui concerne l'art. 7 h LRDC — en vertu duquel le divorce entre étrangers domiciliés en Suisse est prononcé en application de la loi suisse, mais seulement s'il apparaît que le pays d'origine du demandeur admet la cause de divorce invoquée et reconnaîtra le jugement — cette disposition ne paraît pas insoutenable ; elle assure une solution équilibrée au problème du rattachement du statut personnel ; et, en ce qui concerne les inconvénients surgissant à propos des mariages mixtes, nous avons dit que l'arrêt *Cardo* ouvre la voie à une solution très satisfaisante².

Quant à l'art. 8 LRDC, en vertu duquel les questions de filiation sont soumises à la juridiction et à la loi d'origine du père ou de l'adoptant, c'est également une disposition qui en elle-même se défend, et nous avons montré que dans de nombreux cas certains moyens permettent de s'en détacher tout naturellement³.

D'ailleurs la pérennité probable de la loi de 1891 est confirmée par le projet de réforme du droit international de l'adoption proposé récemment par le Conseil fédéral, projet qui se situe exactement dans l'économie de ladite loi telle que nous l'avons décrite⁴.

390. *Conclusion générale.* En définitive rien n'est entièrement satisfaisant : ni le système français, ni le système allemand, ni le système suisse, ni aucun système, ni le rattachement à la nationalité, ni le rattachement au domicile. Il semble qu'un compromis doive être trouvé par une répartition des points de rattachement entre les diverses institutions du statut personnel. On pourrait parfaitement instituer, parmi les points de rattachement, plusieurs notions de domicile ou de résidence habituelle. Mais il incombe de fixer des limites à cette liberté : il faut fixer pour chaque institution le critère applicable, et il faut que chacun des domiciles corresponde à une notion plus ou moins fixe — même si la détermination du domicile dans chaque cas concret ne peut jamais être certaine d'avance. C'est le maximum qu'on peut se permettre si l'on tient à rester dans le cadre classique de résolution des conflits de lois. Au-delà de cette limite, ce n'est plus notre domaine.

¹ Cette suggestion n'est d'ailleurs pas nouvelle, cf. *Vischer*, pp. 602-603.

² Cf. chapitre II, sous-chapitre III, n. 111 et note 3 p. 77.

³ Cf. chapitre II, sous-chapitre III, n. 102 et 109-110.

⁴ Cf. chapitre II, sous-chapitre III, n. 99 et 112.

*Principales abréviations
des lois, des tribunaux, recueils et revues*

Actes	Actes de la Conférence de La Haye de Droit international privé
Actes et doc.	Actes et documents de la Conférence de La Haye de Droit international privé
AIDI	Annuaire de l'Institut de Droit international
ASDI	Annuaire suisse de Droit international
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
ATFA	Arrêts du Tribunal fédéral suisse des assurances (recueil officiel)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cass.	Cour de cassation
CC	Code civil
CCF	Code civil français
CCS	Code civil suisse
Clunet	Journal du Droit international
CO	Code des obligations
CPC	Code de procédure civile (français)
D.	Recueil Dalloz
D.P.	Recueil périodique Dalloz
Doc.	Documents de la Conférence de La Haye de Droit international privé
DR	Revue « Deutsches Recht »
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
EGBGB	Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
FamRZ	Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

FF	Feuille fédérale (suisse)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GG	Grundgesetz
IzRspr.	Sammlung der deutschen Entscheidungen zum interzonalen Privatrecht
JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des Tribunaux (suisse)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LRDC	Loi fédérale (suisse) sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDS	Revue de Droit suisse
Recueil	Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye
Rev. crit.	Revue critique de Droit international, et Revue critique de Droit international privé
Rev. DIP	Revue de Droit international privé
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Recueil Sirey
SJ	Semaine judiciaire (suisse)
StAZ	Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
Tr. Com. fr.	Travaux du Comité français de Droit international privé
Tr. Comm. réf.	Travaux de la Commission de réforme du Code civil français
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VerwG	Verwaltungsgericht
ZPO	Zivilprozessordnung

BIBLIOGRAPHIE PRINCIPALE

Les ouvrages suivants sont cités par le seul nom de leur auteur ou sous une forme abrégée :

- P. Arminjon* *Conflits de lois en matière de domicile*, Rev. DIP 1932.613 ss.
- H. Batiffol* *Droit international privé*, 5^{me} éd. avec la collaboration de *P. Lagarde*, Paris, 1970 (t. I) et 1971 (t. II). Cité : *Batiffol - Lagarde*.
- Idem* *Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale*, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, Leyde, 1961, pp. 295 ss. Cité : *Batiffol*, Mélanges Yntema.
- R. Cassin* *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois*, Recueil 1930 IV 655 ss.
- G. C. Cheshire* *Cheshire's Private International Law*, 8^{me} éd. avec la collaboration de *P. M. North*, Londres, 1970. Cité : *Cheshire - North*.
- R. Dayont* *Domicile (Droit international privé)*, in *Jurisclasser civil*, art. 102-111, fasc. 543 A.
- H. Dölle* *Internationales Privatrecht*, Karlsruhe, 1968.
- A. Egger* *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Personenrecht*, 2^{me} éd., Zurich, 1930.
- W. Erman* *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4^{me} éd., Munich, 1967, t. II (commentaire de l'*Einführungsgesetz* assuré par *M. Arndt*). Cité : *Erman - Arndt*.
- Cl.-J. de Ferrière* *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2^{me} éd., Toulouse, 1787, t. I.

- Ph. Francescakis *Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel*, Tr. Com. fr. 1962/1964.291 ss.
- J.-M. Grossen *Der Wohnsitz*, in *Schweizerisches Privatrecht*, t. II, Bâle, 1967, pp. 345 ss.
- P. M. Gutzwiller *Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht*, Berne, 1969.
- M. H. van Hoogstraten *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, Recueil 1967 III 337 ss.
- G. Kegel *Internationales Privatrecht*, 3^{me} éd., Munich, 1971.
- P. A. Lalive *Regards sur le droit international privé suisse*, in *Regards sur le droit suisse. Aujourd'hui et demain*, recueil publié par la Société suisse des juristes à l'occasion de l'Exposition nationale suisse de 1964, Bâle, 1964, pp. 181 ss. Cité : *Lalive, Regards*.
- J. Laube *Wohnsitz und Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsbegriffe im internationalen Privatrecht. Wandel in ihrem gegenseitigen Verhältnis*, Zurich, 1961.
- P. Lerebours-Pigeonnière *Droit international privé*, 9^{me} éd. par Y. Loussouarn, Paris, 1970. Cité : *Lerebours-Pigeonnière - Loussouarn*.
- G. Levasseur *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, Paris, 1931.
- B. de Magalhães *La doctrine du domicile en droit international privé*, Recueil 1928 III 1 ss.
- A. N. Makarov *Grundriss des internationalen Privatrechts*, Francfort, 1970.
- Idem *Réflexions sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une Convention internationale*, in *Mélanges offerts à J. Maury*, Paris, 1960, t. I, pp. 207 ss. Cité : *Makarov, Mélanges Maury I*.

- Ph. Malaurie *Domicile*, in *Répertoire de droit international* publié sous la direction de Ph. Francescakis, Paris, 1968, t. I, pp. 636 ss.
- Idem *Le divorce des mariages mixtes en cas de séparation de fait. La règle Tarwid*, D. Chron. 1963.53 ss. Cité : Malaurie, D. Chron. 1963.
- F. A. Monn *Der « gewöhnliche Aufenthalt » im Internationalen Privatrecht*, JZ 1956.466.
- G. Mösslang *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im Kollisionsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika, Englands, Frankreichs und Deutschlands. Ein rechtsvergleichender Überblick*, thèse, Munich, 1964.
- H. Neuhaus *Der Wohnsitz im deutschen und englischen bürgerlichen Recht*, thèse, Hambourg, 1930. Cité : Henry Neuhaus (par opposition au suivant).
- P. H. Neuhaus *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin / Tubingue, 1962.
- J.-P. Niboyet *Traité de droit international privé*, 2^{me} éd., t. I, Paris, 1947 (comp. 1^{re} éd., t. I, Paris, 1938).
- Idem *Le domicile dans le projet de la Commission de réforme du Code civil*, Tr. Com. fr. 1948 / 1952.65 ss. Cité : Niboyet, Tr. Com. fr. 1948 / 1952.
- W. Niederer *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 3^{me} éd., Zurich, 1961.
- H. R. Papenfuss *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen und interlokalen Privatrecht*, thèse, Cologne, 1963.
- Pothier *Introduction générale aux Coutumes*, n. 8 ss., in *Oeuvres, de Pothier, contenant les traités du droit français*, nouvelle éd., Paris, 1824, t. X.
- L. Raape *Internationales Privatrecht*, 5^{me} éd., Berlin / Francfort, 1961.
- E. Rabel *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, 2^{me} éd., t. I, Ann Arbor - Michigan, 1958.

- Fr. C. von Savigny* *System des heutigen Römischen Rechts*, t. VIII, Berlin, 1849.
- A. F. Schnitzer* *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^{me} éd., Bâle, 1957, t. I.
- W. Simand* *L'élément intentionnel du domicile*, thèse, Lausanne, 1923.
- Soergel* . *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar*, 10^{me} éd., Stuttgart / Berlin / Cologne / Mayence, 1967 ss. L'ouvrage étant collectif, on accole au nom de *Soergel* celui de l'auteur du passage cité ; le plus fréquemment rapporté ici est : *Soergel - Kegel*, commentaire de l'*Einführungsgesetz*, au t. VII (1970) de l'ouvrage précité.
- Staudinger* . *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar*, 11^{me} éd., Berlin, 1957 ss. L'ouvrage étant collectif, on accole au nom de *Staudinger* celui de l'auteur du passage cité ; p. ex. : *Staudinger-Coing*. La première partie du commentaire de l'*Einführungsgesetz* (1970) est assurée par MM. *Beitzke, Coing, Weick, Firsching* et *Karkisch*.
- W. von Steiger* *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht*, Berne, 1934.
- R. F. Vaucher* *Le statut des étrangers en Suisse*, rapport présenté à la Société suisse des juristes en 1967, RDS 1967 II 488 ss.
- M. A. Vieira* *El domicilio en el derecho privado internacional*, Montevideo, 1958.
- Fr. Vischer* *Internationales Privatrecht*, in *Schweizerisches Privatrecht*, t. I, Bâle, 1969, pp. 509 ss. (existe aussi en tirage à part).
- Idem* *Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts*, rapport présenté à la Société suisse des juristes en 1971, RDS 1971 II 1 ss. Cité : *Vischer*, Rapport.

- B. Wieczorek* *Zivilprozessordnung und Nebengesetze · auf Grund der Rechtsprechung*, commentaire, Berlin, 1957.
- L. I. de Winter* *Nationality or Domicile ? The present state of affairs*, Recueil 1969 III 347 ss.
- E. Wolff* *Probleme des interlokalen Privatrechts in Deutschland*, in *Festschrift für Leo Raape*, Hambourg, 1948, pp. 181 ss. Cité : *Ernst Wolff* (par opposition au suivant).
- M. Wolff* *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^{me} éd., Berlin / Göttingen / Heidelberg, 1953.
- P. Zumbach* *Le domicile en droit comparé*, thèse, Neuchâtel, 1927.

TABLE DES MATIERES

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	7
PREMIÈRE PARTIE	15
CHAPITRE I : LA CONTROVERSE « NATIONALITÉ - DOMICILE » .	17
Section 1 : Le rattachement du statut personnel avant Mancini . .	17
1. Ancien droit français, Nos 1-S	17
2. Nouveau droit français, Nos 6-13	19
Section 2 : Le domicile du droit anglais	24
1. Domicile anglais et nationalité, Nos 14-19	24
2. Domicile anglais et domicile continental, Nos 20-22	26
Section 3 : Nationalité et domicile depuis Mancini, Nos 23-2S . .	28
Section 4 : Le rattachement du statut personnel	31
1. Les grandes lignes de la controverse, Nos 26-33	31
2. Aplanissement de la controverse, Nos 34-36	35
Section 5 : Contexte du dilemme — Trois remarques, Nos 37-39 . .	37
Conclusion : Notion de « domicile » dans le cadre du dilemme, N°	
40	40
CHAPITRE II : LE STATUT PERSONNEL ET LE DOMICILE EN	
DROIT FRANÇAIS, EN DROIT ALLEMAND ET EN	
DROIT SUISSE	41
Sous-chapitre I : Le statut personnel et le domicile en droit français	41
Section 1 : Le statut personnel	41
1. Le rattachement à la nationalité, Nos 41-42	41
2. Le rattachement au domicile, Nos 43-49	42
Section 2 : Le domicile général, Nos 50-52	46
Section 3 : Le « domicile de droit », Nos 53-57	48
Section 4 : Les domiciles internationaux	51
1. Le domicile matrimonial, Nos 58-61	51
2. Le domicile successoral, Nos 62-67	53
3. Le domicile des apatrides, N° 68	55
4. Le domicile de la jurisprudence Rivière, Nos 69-72	55
5. Le domicile pour la compétence judiciaire internationale,	
Nos 73-78	57
Sous-chapitre II : Le statut personnel et le domicile en droit alle-	
mand	60

	<i>Pages</i>
Section 1 : Le statut personnel	60
1. Loi nationale et conflits de lois, Nos 79-81	60
2. Loi du domicile et conflits de lois, Nos 82-86	61
3. Loi de la résidence habituelle et conflits de lois, Nos 87-89	62
4. Conflits de juridictions, Nos 90-91	64
Section 2 : Le domicile, Nos 92-96	65
Sous-chapitre III : Le statut personnel et le domicile en droit suisse	68
Section 1 : Le statut personnel	68
1. Vue d'ensemble, Nos 97-99	68
2. Examen de la loi, Nos 100-106	70
3. Critiques de la loi, Nos 107-112	74
Section 2 : Le domicile, Nos 113-116	78
Section 3 : L'art. 24 II CCS	81
1. Généralités, Nos 117-119	81
2. Première condition : Abandon du domicile à l'étranger, Nos 120-122	81
3. Deuxième condition : Non-acquisition d'un domicile en Suisse, Nos 123-124	84
4. Troisième condition : Résidence, Nos 125-128	85
5. Domaine d'application de l'art. 24 II CCS, Nos 129-135	86
Sous-chapitre IV : Les conventions internationales	90
1. Conventions de La Haye, Nos 136-137	90
2. Autres conventions, No 138	91
CHAPITRE III : LA DÉTERMINATION DU DOMICILE INTERNATIONAL	92
Section 1 : Contexte historique du problème, Nos 139-145	92
Section 2 : Loi applicable à la détermination du domicile	95
1. Généralités, Nos 146-147	95
2. Application de la « loi de l'institution », Nos 148-153	96
Section 3 : Le domicile international, concept autonome	100
1. Généralités, No 154	100
2. Propositions ne touchant pas à la notion même de domicile, Nos 155-156	100
3. Contestation de l'assimilation, Nos 157-160	101
4. Domicile « au sens de résidence habituelle », Nos 161-164	104
5. Théorie de Nihoyet, Nos 165-173	106
CHAPITRE IV : LA RÉSIDENCE HABITUELLE	110
Section 1 : Généralités	110
1. Domaine d'application, Nos 174-179	110
2. Terminologie, No 180	112
3. Résidence simple, No 181	112
Section 2 : Éléments historiques du rattachement à la résidence habituelle	113
1. Domicile et résidence habituelle, Nos 182-184	113
2. Première <i>ratio legis</i> de la résidence habituelle : Universalité, Nos 185-187	114
3. Deuxième <i>ratio legis</i> de la résidence habituelle : Plus de domicile légal, Nos 188-191	116
Section 3 : Identité matérielle du domicile et de la résidence habituelle, Nos 192-196	119

	Pages
DEUXIÈME PARTIE	123
CHAPITRE V : CONCEPTION ET FONCTIONS DU DOMICILE	125
Section 1 : Notion du domicile	125
1. Définition du domicile, Nos 197-201	125
2. Signification du domicile, Nos 202-205	128
Section 2 : Nature juridique du domicile	131
1. Généralités, No 206	131
2. Le domicile et la résidence habituelle : des éléments de fait ou de droit ?, Nos 207-216	131
3. Liens entre la loi et le domicile, Nos 217-221	135
4. Délimitation du droit et du fait en matière de domicile, Nos 222-227	138
Section 3 : Théorie fonctionnelle du domicile	141
1. Le problème et les solutions positives, Nos 228-232	141
2. Que faut-il en penser ?, Nos 233-239	145
Section 4 : Nécessité et unité du domicile	150
1. Le problème et les solutions positives, Nos 240-244	150
2. Le domicile international, Nos 245-248	151
CHAPITRE VI : ÉTENDUE TERRITORIALE DU DOMICILE	155
1. Étendue variable selon les fonctions du domicile, Nos 249-254	155
2. Domicile international et domicile interne, Nos 255-261	158
3. Notion de « domicile commun », Nos 262-268	162
4. Changement de domicile, No 269	166
5. Domicile dans les États sans droit privé unifié, Nos 270-271	166
CHAPITRE VII : DÉTERMINATION DU DOMICILE	168
Section 1 : Généralités, Nos 272-273	168
Section 2 : L'élément « objectif » du domicile, Nos 274-278	168
Section 3 : L'élément intentionnel du domicile	171
1. Théorie classique, Nos 279-287	171
2. Critique de la théorie classique, Nos 288-302	176
Section 4 : L'élément subjectif de la résidence habituelle, Nos 303-307	183
Section 5 : Durabilité	186
1. Généralités, Nos 308-311	186
2. Notion de durabilité, No 312	187
3. Domicile des étudiants, Nos 313-314	188
4. Malades et prisonniers, Nos 315-319	190
5. Intégration au milieu local, Nos 320-326	192
Section 6 : Domicile et liberté de mouvement, Nos 327-333	195
Section 7 : La durée comme condition du domicile ou de la règle de conflit	199
1. Les propositions, Nos 334-341	199
2. Méthode, Nos 342-343	203
CHAPITRE VIII : LE DOMICILE LÉGAL	205
Section 1 : Réglementation du domicile légal, Nos 344-347	205

	Pages
Section 2 : Domicile international. La pratique	208
1. Généralité, N° 348	208
2. En France, Nos 349-350	208
3. En Allemagne, N° 351	209
4. En Suisse, Nos 352-358	210
Section 3 : Domicile légal et droit international privé	214
1. Doctrine moderne, Nos 359-363	214
2. Domicile légal et capacité civile, N° 364	215
3. Motifs pratiques du domicile légal, Nos 365-369	216
4. Unité de la famille, N° 370	219
Section 4 : Détermination du domicile de la femme mariée, du mineur et de l'interdit	220
1. Généralités. Influence du milieu familial, N° 371	220
2. Mineurs et interdits, Nos 372-377	220
CONCLUSION	224
1. Rappel des principales thèses avancées, Nos 378-384	224
2. Evolution prévisible du rattachement du statut personnel Nos 385-390	225
Principales abréviations des lois, des tribunaux, recueils et revues	229
Bibliographie principale	231

IMPRIMERIE H. MESSEILLER, NEUCHÂTEL (SUISSE)
1973