

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIERE DE DOMICILE CIVIL  
A L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.  
(Session de Cambridge 1931.)

par Ernest MAHAIM,  
Professeur à l'Université de Liège,  
Membre de l'Institut de Droit international.

Jusque dans ces toutes dernières années, les conflits de lois en matière de domicile n'ont guère attiré l'attention des auteurs. C'est d'autant plus surprenant que tous les traités, tous les manuels de Droit international privé s'occupent du domicile à propos de la détermination du statut personnel, et en reconnaissent la grande importance dans le passé et dans le présent pour la solution des conflits de lois. Mais on ne s'avise guère que le domicile lui-même peut donner naissance à des conflits, parce qu'on répète que la notion du domicile est une notion simple partout la même, ce qui est, pour tous ceux qui ont quelque peu étudié la matière, une flagrante erreur.

Jusqu'à sa session de New-York, en 1929, l'Institut ne s'était pas occupé de cette question. Lors de la session d'Oxford en 1880, on avait touché incidemment à la question du domicile à propos du statut personnel; c'est à New-York, que, sur la proposition de M. Niboyet, fut constituée une vingtième commission, avec ce programme : « Conflits de lois relatifs au domicile. »

M. le vicomte Poulet en devait être le rapporteur. Mais comme il dut se désister de ce mandat pour des raisons personnelles, le Bureau de l'Institut en chargea l'auteur de ces lignes.

L'Institut, à sa session de Cambridge, fut donc saisi du rapport que nous avons présenté à la Commission, et adopta, après deux séances de discussion, une série d'articles dont je voudrais faire, très brièvement, le commentaire.

\* \* \*

Il convient tout d'abord, d'expliquer dans quel esprit nous avons rédigé notre rapport.

Une question préalable se présentait à notre examen : fallait-il proposer à l'Institut un projet de convention internationale ou un énoncé de principes, — l'un et l'autre procédé étant d'usage à l'Institut.

Un projet de convention avait cet avantage d'offrir aux Gouvernements un texte qui pouvait servir de base aux délibérations d'une conférence et, dans le cas le plus heureux, passer d'emblée dans le Droit positif.

Il y avait déjà un précédent : le *Code de Droit International Privé*, qui a pour auteur notre éminent confrère, M. A. de Bustamante, a été adopté par la sixième Conférence Pan-Américaine de La Havane en 1928, et forme une convention qui lie un grand nombre d'Etats de l'Amérique. Les articles 22 à 26 visent ces conflits de lois en matière de domicile.

D'autre part, le Comité d'experts pour la codification progressive du Droit international de la Société des Nations a adopté, le 27 juin 1928, deux projets de convention, l'un ayant pour but la fixation de règles uniformes en matière de domicile, l'autre, qui y fait suite, le règlement des conflits de lois. Ces deux projets ont pour auteur M. Barbosa de Magalhaes. Ce savant jurisconsulte portugais, spécialiste en la matière, en a fait l'objet d'un cours à l'Académie de Droit International de La Haye en 1928, où il a proposé, en conclusion, une nouvelle version de ses deux projets sous le titre de : « Projet d'une convention internationale sur le domicile. »

Malheureusement, il y a peu de chances actuellement qu'une convention internationale soit acceptée. Le précédent du Code Bustamante ne vaut pas pour l'Europe ni pour le Droit anglo-saxon. Le Comité d'experts de la Société des Nations a transmis ses projets aux Gouvernements sans se prononcer ni pour ni contre, et la question du domicile n'a pas été portée à l'ordre du jour de la Conférence de Codification du Droit International de La Haye (mars-avril 1930). Il semble donc bien qu'elle ne soit pas encore mûre pour une action diplomatique.

Evidemment, ce ne serait pas une raison pour que l'Institut s'abstînt de proposer un projet de convention, puisqu'il se doit au progrès du Droit International. Mais les observations dont M. Brierly, professeur à l'Université d'Oxford et associé de l'Institut, avait fait suivre les projets de M. Barbosa de Magalhaes ne lais-

saient pas d'espoir de voir se rallier les États anglo-saxons à une convention qui satisferait les autres États.

Ces raisons nous ont décidé à ne pas nous arrêter à un texte de convention, et même plus, à ne pas tenter de formuler un projet d'*unification* des législations. C'eût été, sans doute, une manière de résoudre les conflits, puisque, dans un système de lois semblables ou identiques, les conflits eussent été évités. Mais on fût retombé devant le même obstacle que pour le projet de convention.

Nous avons pris un autre point de vue. Comme on nous demandait, non une théorie générale du domicile, mais un règlement des conflits des lois, nous nous sommes proposé d'aborder directement ce problème. Sans doute, tout règlement parfait de ce genre implique une théorie du domicile, mais, comme la perfection n'est pas de ce monde, nous nous sommes résigné à formuler un règlement *partiel* en cherchant la moindre résistance.

C'est dans cet esprit que nous avons rédigé notre rapport. Les quatre articles que nous proposons étaient tous conçus comme la réponse à un *tribunal* valablement saisi d'un litige, et qui nous eût demandé « quelle était la loi compétente » parmi celles qui se trouvaient en conflit. De là, les expressions qui se répétaient dans notre texte : « la loi compétente pour déterminer le domicile... » ou : « il y a lieu d'appliquer la loi... »

Au cours de la discussion au sein de l'Institut, on ne s'est pas toujours tenu à ce point de vue. Quelques dispositions adoptées sont des normes de compétence législative. Nous nous y sommes rallié parce qu'elles étaient impliquées dans nos propositions, et qu'il n'y avait pas d'inconvénient à les rendre explicites. Mais l'ensemble du texte y a perdu en unité.

Une objection avait été faite par plusieurs de nos confrères, à propos de notre méthode. On avait dit : « ce n'est pas seulement quand le conflit de lois est né devant le tribunal qu'il y a lieu de le résoudre, c'est auparavant, pour déterminer la compétence même du tribunal, quand le tribunal doit être celui du domicile. » Sans doute, mais les règles mêmes qui s'appliquent au conflit né devant le tribunal suffisent pour déterminer, à l'avance, sa compétence. Les résolutions de l'Institut sont de nature à aider aussi bien la partie qui doit assigner l'autre que le tribunal qui a à décider, et

le tribunal jugeant d'après ces règles, saura lui-même s'il est compétent. L'Institut s'est rangé à cette opinion, en supprimant une observation générale sur ce point que nous avons fini par inscrire en tête du projet.

\* \* \*

Avant d'entrer dans l'examen du texte adopté, il faut faire observer qu'il ne s'occupe que du domicile *civil*, et du domicile général. On ne s'est pas occupé du domicile fiscal, politique, électoral ou autre, pas plus que de ce qu'on appelle en droit français le domicile élu, pour l'accomplissement de certaines formalités de procédure relatives à un acte déterminé. Aussi, la résolution de l'Institut porte pour titre : « *Principes pour la solution des conflits de lois en matière de domicile civil.* »

L'article 1<sup>er</sup>, qui fut adopté à l'unanimité s'exprime ainsi : « Il appartient, en matière civile, aux tribunaux de chaque Etat de déterminer d'après leur législation quels sont les individus domiciliés ou non dans ce pays. » La formule est de M. Henri Rolin.

Nous avons proposé : « La loi compétente pour déterminer le domicile d'une personne physique est celle du tribunal saisi du litige (*lex fori*) s'il s'agit de choisir entre la loi du tribunal et une ou plusieurs autres. »

Il est clair que notre formule, destinée au tribunal saisi, impliquait le principe adopté par l'Institut, qui est plutôt d'ordre législatif. Mais peu importe. Le principe est capital et gros de conséquences. La détermination du domicile ne rentre pas dans l'*autonomie de la volonté*, comme le voulait Loiseau (<sup>1</sup>), ni dans le domaine de la loi *nationale*, car il ne s'agit pas d'un attribut de la personne. Elle dépend de la *lex fori* parce qu'il appartient à chaque Etat de déterminer les personnes domiciliées sur son territoire, comme il lui appartient de dire celles qui sont ses nationaux. Un Etat, c'est un ensemble de citoyens, mais c'est aussi un territoire.

Ce principe fut adopté à l'unanimité, parce qu'il était admis aussi bien par les pays où le statut personnel dépend de la loi nationale que par les pays où il dépend du domicile. M. Brierly s'y était rallié dans ses observations au rapport de M. Barbosa de Magalhaes, et M. Pearce Higgins y avait donné son adhésion dans sa lettre au rapporteur.

(<sup>1</sup>) Thèse de Paris, 1923, p. 134.

Il est évident que les motifs qui imposent ainsi la *lex fori* ne sont valables que si le conflit a lieu entre la loi du tribunal et une autre. Nous avons eu soin de le dire dans notre première formule, et il est clair que le texte de l'Institut doit être entendu de même.

Mais le conflit peut se présenter entre deux lois toutes deux étrangères à celle du tribunal. Il n'est plus question alors de parler de l'intérêt de l'État du tribunal, et il faut nécessairement choisir entre deux lois qui lui sont « indifférentes ». C'est l'objet de l'article 2, qui s'occupe des conflits *positifs*, ceux où plusieurs lois concourent à donner un domicile à un individu. Il distingue d'abord le cas du domicile légal et dispose :

« Si le conflit s'élève entre deux ou plusieurs lois étrangères à celle du tribunal :

a) le domicile *légal* est préféré au domicile *volontaire*. »

La raison en est dictée par le principe de l'article 1<sup>er</sup>. En l'adoptant, l'Institut avait en quelque sorte déjà admis la primauté du domicile *légal* : la loi du domicile légal parle d'une manière impérative, tandis que la loi du domicile volontaire ne fait que s'en remettre à la volonté individuelle.

Mais deux lois peuvent parler en maîtresses. Comment faire un choix entre elles? Rappelons qu'il s'agit toujours de lois « indifférentes » au tribunal. Dans ce cas, il faut chercher un critère extérieur aux dispositions légales. Nous proposons, comme M. Barbosa de Magalhaes, d'appliquer la loi du pays où l'intéressé, outre son domicile légal, a sa résidence actuelle, ou, à défaut, la loi du pays où il a eu sa dernière résidence.

L'embarras est ici du même ordre que dans le conflit de deux nationalités, et nous employons le même procédé, qui consiste à choisir la loi pour laquelle il y a deux raisons plutôt qu'une à la préférer.

Certains auteurs laissent au tribunal la faculté de choisir, entre les deux lois, celle qui se rapproche le plus de la loi du for. Nous avons repoussé cette solution, comme étant un expédient peu juridique. Il encourage une certaine paresse d'esprit du juge et il entretient le préjugé nationaliste : le droit national serait toujours « le meilleur ». Encore, en matière de nationalité, l'opposition bien tranchée entre deux systèmes et rien que deux, le *jus soli* et le *jus sanguinis*, rend la solution relativement facile. Mais en ce qui con-

cerne le domicile, on peut avoir affaire à des divergences variées qui ne pourraient s'opposer comme de véritables « systèmes ».

On a proposé aussi que le tribunal se décide pour la loi qui serait le plus conforme au « droit commun » actuel dans la matière. Cette solution nous a paru tout à fait illusoire : où est donc ce droit commun ? Il n'y a pas de plus grande erreur que de croire que la notion du domicile est la même partout. Dès qu'on approche les législations, on ne trouve que des différences — parfois de nuances, sans doute, mais parfois extrêmement tranchées. Pour notre part, nous avons relevé plus de trente définitions différentes. C'est ce qui nous a fait dire que nous avions beau invoquer la grande ombre de Savigny, nous ne connaissons pas de « droit commun » du domicile.

Enfin, il paraît qu'il faut prévoir aussi le cas où des individus n'ont pas même de résidence du tout. Il ne s'agirait pas seulement de vagabonds, mais de « millionnaires qui voyagent continuellement à bord de leur yacht pour échapper au fisc ». Dans ce cas, nous les supposerons domiciliés à l'endroit où ils seront rencontrés.

L'Institut a donc adopté un second paragraphe sous la lettre a) de l'article 2, en ces termes :

« S'il existe deux ou plusieurs domiciles *légaux*, la préférence est donnée au domicile de celui des Etats dans lequel l'intéressé possède sa résidence actuelle, ou, à défaut, à celui de ces Etats où il possédait sa dernière résidence, ou, à défaut, à celui du pays où il se trouve. »

Dernière hypothèse, le conflit a lieu entre deux domiciles volontaires. Les raisons invoquées pour le cas précédent ont plus de force encore, et il n'y a aucune difficulté à adopter la même solution. C'est ce que fit l'Institut :

« b) Entre deux ou plusieurs domiciles *volontaires*, il y a lieu d'appliquer la loi du pays où l'intéressé possède sa résidence actuelle, ou, à défaut, celle du pays où l'intéressé possédait sa dernière résidence et, à défaut, celle du pays où il se trouve. »

\*\*\*

A deux reprises, l'article 2 emploie le masculin singulier en parlant de l'*intéressé*. M. James Brown Scott, l'éminent président américain de la session de New-York, protesta : il aurait voulu une

expression qui permît d'entendre par là la femme aussi bien que l'homme « pour que tous les individus fussent placés sur un pied « d'égalité, quel que fût leur sexe ». Il lui fut répondu que dans la langue juridique française, le masculin singulier désigne aussi bien les femmes que les hommes, lorsqu'il n'y a aucune raison de l'entendre dans un sens particulier.

C'était faire penser au cas de la femme mariée. M. Niboyet proposa alors d'introduire dans le projet une disposition spéciale, consacrant la possibilité pour la femme mariée, quand elle est abandonnée de son mari, d'avoir son domicile à sa résidence actuelle. Cette disposition est destinée à sauvegarder les intérêts de la femme mariée. La jurisprudence récente de la Cour de cassation de France a consacré cette doctrine. Comme elle eût été en contradiction avec le principe adopté sous l'article 2, a), on a jugé utile de le spécifier explicitement, et l'Institut a adopté un article 3 ainsi conçu : « Par dérogation à l'article 2, a) la loi applicable au domicile de la femme mariée abandonnée de son mari, est celle du pays où elle a sa résidence actuelle. »

\*\*\*

Dans les articles précédents, le projet ne s'était occupé que des personnes physiques.

Il fallait prévoir les conflits de lois à propos du domicile des personnes juridiques.

On n'a pas voulu lier le domicile de ces personnes à leur nationalité. Nous avons proposé de placer le domicile là où ces personnes ont leur administration ou leur siège social. Le but de l'institution du domicile est évidemment de déterminer un endroit où la personne est censée toujours *présente* au point de vue juridique. C'est parfois une fiction pour les personnes physiques, mais c'est aisé à déterminer pour une personne juridique. En effet, s'il s'agit d'une fondation, d'un établissement public ou d'une institution analogue, il y a nécessairement un siège administratif où l'on peut toujours trouver une personne responsable. Pour les sociétés commerciales, ce sera le siège social. Sans doute il peut être situé dans un pays autre que celui où la société fait des affaires. Mais, là aussi, il y aura toujours un mandataire responsable, et cela suffit.

De là, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 4, ainsi conçu :

« Le domicile des personnes juridiques est déterminé par la loi du pays où se trouve leur administration ou leur siège social. »

Comme il peut y avoir des difficultés au sujet des filiales, succursales ou agences, l'Institut s'est rallié au texte que nous avons emprunté à M. Barbosa de Magalhaes :

« Le domicile des filiales, des succursales et des agences des sociétés étrangères est au lieu où elles fonctionnent et c'est la loi de ce lieu qui est compétente pour déterminer si la représentation que ces sociétés y possèdent doit être considérée comme une filiale, une succursale ou une agence. »

Le changement de domicile peut également donner lieu à des conflits de lois. Mais les principes déposés dans les articles précédents suffisent pour les résoudre.

L'article 5 dispose donc :

« Les règles qui précèdent s'appliquent également au cas de conflits consécutifs à un changement de domicile. »

Nous avons ajouté, dans nos premières propositions : « Tant que les conditions requises pour l'établissement du nouveau domicile ne sont pas remplies, l'intéressé conserve son ancien domicile. »

On a pensé que l'on pouvait aller plus loin, et M. Niboyet a proposé un nouvel article, auquel nous nous sommes rallié, et qui a été adopté par l'Institut. Il vise le conflit négatif de domiciles. C'est l'article 6 :

« Un individu ne peut perdre son domicile sans en acquérir un nouveau.

« A défaut d'autre domicile, tout individu doit néanmoins posséder dès sa naissance, un domicile au lieu où il est né.

« Si ce lieu est inconnu, la *lex fori* est applicable. »

Ce dernier alinéa a été adopté sur la proposition de M. Arminjon.

\*\*\*

Telles sont les résolutions de Cambridge. Elles furent votées par 30 voix contre 1 et 12 abstentions. Certains les trouveront bien anodines et bien incomplètes. Sans doute, il eût été plus glorieux d'aboutir à un règlement se basant sur une théorie fondamentale du domicile. Mais il faut se rappeler que le travail qui se fait à

l'Institut est nécessairement un travail de compénétration des esprits, qui demande nécessairement du temps.

Toutes les questions relatives au domicile mettent en présence le droit « continental » et le droit anglo-américain, de même que les questions d'état et de capacité. La session de Cambridge a vu s'affronter une fois de plus les deux systèmes juridiques. Mais l'Institut a fait sien un appel émouvant du vicomte Poulet aux juristes de l'autre côté de la mer. On leur demande si, au prix d'une atténuation du domaine de la loi nationale, ils seraient disposés à une concession de la loi du domicile. C'est avec le plus vif intérêt que l'on attend leur réponse. Il est hors de doute que, sur la notion même du domicile, il faudra un jour que, d'un côté comme de l'autre, on fasse des concessions.

C'est ce qui nous fait dire qu'en amorçant, sous l'aspect du conflit de lois, ce grand problème, nous n'avons pas perdu notre temps : au bout du compte, on voit s'annoncer l'époque si désirée de l'unification du Droit.