

LA MISE EN ŒUVRE DE LA NOTION DE DOMICILE DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ NÉO-ZÉLANDAIS

Yves-Louis Sage*

Les règles concernant le domicile sont dans la common law, relativement peu nombreuses et reposent sur des principes longtemps posés par le droit anglais.

Ce domaine du droit est toutefois devenu au fil du temps extrêmement complexe, totalement artificiel voire anachronique à telle enseigne une grande partie de la doctrine comme de la jurisprudence ont depuis longtemps préconisé la mise en œuvre de réformes jugées nécessaires ou urgentes.

Le droit néo-zélandais surtout par le Domicile Act 1976 les a entreprises mais sans toutefois remédier à l'ensemble des difficultés posées.

En effet pour novatrices qu'elles furent, ces dispositions n'ont pas pour autant réglé toutes les difficultés inhérentes à l'application des principes dégagés par la common law en matière de domicile.

Le droit international privé, est généralement défini¹ comme le corps de règles applicables aux personnes physiques et morales impliquées dans des relations internationales et a notamment pour fonction de déterminer quelle sera la loi applicable lorsqu'un élément d'extranéité est introduit dans le raisonnement juridique.

Rapportée au domaine particulier du statut personnel, c'est la mise en œuvre des principes qui gouvernent la matière qui permettra d'appliquer à une personne physique

* Maître de Conférences à l'Université de Polynésie Française,

1 Sur les difficultés de fournir une définition précise, voir notamment Y Loussouam et P Bourel, Droit international privé, 4e édition, p 1-2, 1993, Précis Dalloz.

ou morale,² la loi d'un pays particulier³ ou encore de connaître quel sera le tribunal compétent, le processus reposant alors sur deux facteurs de rattachement principaux⁴: la nationalité⁵ et le domicile.⁶

Globalement, on s'aperçoit que dans tous les domaines⁷ où la loi reste intimement imprégnée et profondément rattachée à une culture particulière, à la morale, aux croyances religieuses d'un pays déterminé, c'est le domicile qui jouera un rôle prépondérant.⁸

Ainsi, si les juridictions de deux Etats peuvent avoir compétence pour connaître d'une même contestation, le choix définitif sera souvent opéré en retenant le domicile des parties⁹ et a fortiori, si toutes les parties en cause sont domiciliées dans le même Etat. Le

2 Les développements qui suivront seront uniquement consacrés aux personnes physiques. Pour les principes applicables en matière de personnes morales, sur la question en général dans la common law voir notamment Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* (11th ed 1987, Stephens & Sons Ltd. London, p 290 et s., et pour la Nouvelle Zélande en particulier, voir Sections 397,404 et 460 du Company Act 1955, les dispositions de l'article 198 du High Court Rules et *Vogel v R& A Kohnstamm Ltd* [1973] QB 133, *BHP Petroleum PTY Ltd v Oil Basins Ltd* [1985] VR 725, *Rome v Puniab National Bank (n 2)* [1989] 2 Lloyd's LR 354 (CA).

3 Qui formera ainsi sa loi personnelle.

4 Ou facteurs de rattachement, étant ici précisé que le domicile et la citoyenneté ne sont pas pour autant les seuls facteurs de rattachement qui peuvent être retenus en droit international privé et ils ne sont pas pour autant véritablement exclusifs les uns des autres..

5 La plupart des pays d'Europe continentale retiennent ce fondement; voir F. Terré, *Réflexions sur la notion de nationalité*, Rev.cr.dr.int.privé 1975.197. Sur l'influence de cette notion dans les pays de la common law, voir Parry, *Nationality and Citizenship Laws in the Commonwealth and the Republic of Ireland* (London, Stevens & Son Ltd, 1957), p 8-27. Sur la notion de domicile en droit comparé, voir Cassin, *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de loi*, Rec.Cours la Haye, t 54, 668.

6 Fondement retenu par la plupart des pays de la common law, y compris les Etats Unis d'Amérique, les pays du Commonwealth (dont la Nouvelle Zélande)

7 A commencer par le statut des personnes (filiation légitime, adoption, capacité pour se marier pour divorcer et le droit des parents sur leurs enfants) mais aussi dans les règles de formation des contrats, la responsabilité civile, les successions et les droits de propriété.

8 Par exemple, la dévolution successorale des biens mobiliers d'une personne décédée se trouvera réglée par la loi du dernier domicile du de cujus. *Sells v Rhodes* (1905) 26 NZLR 87.

9 Par la mise en œuvre des principes dégagés par la doctrine dite du "*forum non conveniens*", selon laquelle, en droit international privé, on attribuera compétence à la juridiction qui apparaît la mieux adaptée pour rendre la décision. Cette théorie a été en grande partie reformulée par la Chambre des Lords dans l'affaire "*The Spiliada*" [1987] AC 460. Les juridictions néo-zélandaises l'applique régulièrement, voir notamment *McConnell Dowell Constructors Ltd v Lloyd's Syndicate* 396 [1988] 2 NZLR 257 et *Club Méditerranée v Wendell* [1989] 1 NZLR 216.

fait également que le défendeur soit domicilié dans le forum, justifiera qu'il puisse y être cité à comparaître¹⁰.

Le droit interne néo-zélandais¹¹ imprégné des principes du droit anglais,¹² s'inscrit parfaitement dans cette logique.¹³

Ainsi à titre d'exemple, la section 37 du Family Proceeding Act 1980 prévoit, que la Family Court n'aura compétence pour dissoudre un mariage que si l'un des époux est domicilié en Nouvelle-Zélande.¹⁴

On peut encore citer, le principe selon lequel la recevabilité des requêtes tendant à l'attribution d'une pension alimentaire pour les enfants ou pour l'un des époux,¹⁵ est subordonnée à la preuve que l'une des parties au moins, est résidente ou domiciliée en Nouvelle-Zélande, ou encore les dispositions de l'article 219 (g) du code de procédure de la High Court¹⁶ qui autorisent, qu'un défendeur physiquement absent de la Nouvelle-Zélande soit néanmoins cité à comparaître sans autorisation préalable, dès lors qu'il est domicilié ou résident en Nouvelle-Zélande.¹⁷

Si d'une manière générale, les règles concernant le domicile sont dans la common law, relativement peu nombreuses et peuvent être énoncées simplement (I), une grande partie de la doctrine comme de la jurisprudence, s'accorde toutefois pour reconnaître que cette

10 Voir *Re Annesley, Davidson v Annesley* [1926] Ch 692; *Re Martin, Loustalan v Loustalan* [1900] P 211 at 227, CA; *Re Askew, Marjoribanks v Askew* [1930] 2 Ch 259 p 266.

11 Sur le système juridique de la Nouvelle Zélande, voir A.H Angelo et A.M Gordon, *Le système légal de la Nouvelle Zélande* RJP 1996, vol 2, p 485

12 Sur l'interpénétration du droit anglais dans le système juridique néo-zélandais, voir Morag McDowell & Duncan Webb, *The New Zealand Legal System (Structures, processes and legal theory)* Butterworths, Wellington 1995, p 56 et s.

13 Au prix, il est vrai, de quelques accommodements avec les principes traditionnels dégagés par la common law. Voir infra III.

14 Pour la définition du terme Nouvelle Zélande, l'Acts Interpretation Act 1924 précise: que les expressions: "The colony", "this colony", "The Dominion", "New Zealand", lorsqu'elles sont utilisées comme entités territoriales doivent être comprises comme "the Dominion of New Zealand", qui comprend toutes les îles et territoires de la Nouvelle Zélande, à l'exception des îles Cook, de Tokelau ou de Niue.

15 Section 4 du Family Proceeding Act 1980, pour une application voir *Steele v Steele* [1993] NZFLR 282.

16 Sur les dispositions de l'article 219 voir Sykes and Pryles, *Australian Private International Law* (3ed. 1991, The Law book Comp. Sydney. Pp 33 à 51 et la liste de décisions citées en annexe concernant la Nouvelle Zélande.

17 Voir par exemple *Thuran Investments Pty Ltd v Rowles* [1991] 3 PRNZ 385.

matière est devenue au fil du temps extrêmement complexe, voire totalement artificielle et qu'elle appelle de sérieuses réformes (II), que certains pays, dont la Nouvelle-Zélande ont certes entrepris mais sans toutefois remédier à l'ensemble des difficultés posées (III).

I LES PRINCIPES DÉGAGÉS PAR LA COMMON LAW EN MATIÈRE DE DOMICILE

Le postulat de départ se formule aisément: Chaque individu (aussi appelé le *propositus*) doit toujours avoir un domicile dans un, mais pas plus d'un, pays¹⁸ et s'il lui est possible d'avoir autant de résidences qu'il lui plaît (ou qu'il peut s'offrir), un seul endroit parmi cet ensemble, pourra être légalement qualifié de domicile.

Ainsi défini, le domicile s'analyse fondamentalement, comme un lien juridique continu entre le *propositus* et un territoire ou un Etat particulier dont les lois formeront sa loi personnelle.

Toutefois, dans la pratique, le domicile ne se confond pas obligatoirement avec le lieu d'habitation permanente.

Ce lieu, le plus souvent qualifié de résidence, peut aussi servir de support à la détermination de droits et obligations et on pourrait penser que la notion de résidence sera souvent utilisée,¹⁹ pour remplir une fonction similaire à la celle de domicile. Mais en réalité, elle n'en sont pas moins distincte²⁰ (A).

Correspondant schématiquement aux diverses circonstances de la vie d'un individu, la common law distingue et reconnaît trois types de domicile: celui d'origine,²¹ celui librement choisi par le *propositus*²² et enfin le domicile des personnes de qui l'on dépend²³ (B).

18 *Re Orr* [1935]GLR 675, *Re Dix* [1951] NZLR 642;[1951] GLR 304. *Udny v Udny* (1869) LR I Sc & Div 441 à 453, HL. *Henderson v Henderson* [1967] P 77 à 79. *Re McKenzie* (1951) 51 SR(NSW) 293 à 295.

19 Notamment en matière de compétence juridictionnelle et de détermination de la loi applicable.

20 *Re Craignish, Craignish v Hewitt* [1892] 3 Ch 180 at 192, CA; *Bell v Kennedy* (1868) LR I Sc & Div 307, HL; *Udny v Udny* (1869) LR I Sc & Div 441 at 453, HL.

21 Domicile of origin

22 Domicile of choice.

23 Domicile of dependence.

A De la distinction entre domicile et résidence²⁴

Tout autant pour des raisons de commodité de langage que pour tenter de répondre aux principaux reproches que l'on adresse²⁵ à la notion de domicile telle qu'elle est traditionnellement conçue dans la common law, on a parfois voulu lui substituer celle de résidence habituelle.²⁶

Il est vrai que l'on ne peut manquer de constater, une tendance affirmée tant pour les tribunaux²⁷ que pour le législateur.²⁸ d'utiliser indistinctement voire alternativement, ces deux notions lorsqu'il s'agit notamment de décrire des relations que peut avoir un individu avec un Etat plutôt qu'avec une nation.

Ce mouvement a du reste, pris une telle ampleur, qu'une partie de la doctrine n'hésite pas à préconiser une fusion de ces deux notions.²⁹

En fait, il suffit d'aller au delà de ce simple constat, pour s'apercevoir que de profondes différences existent encore et qu'elles se justifient pleinement.

Tout d'abord, la notion de résidence est un élément purement factuel qui somme toute, reste aisé à établir, de telle sorte qu'il est beaucoup plus facile de devenir résident habituel ou ordinaire³⁰ d'un pays que d'y être légalement domicilié, la preuve de l'intention requise³¹ étant beaucoup plus lâche dans le premier cas.

24 Sur la question en général, voir Dicey & Morris *The Conflict of Laws* 12ème Ed. (London, Sweet & Maxwell, 1993) p 158-163.

25 Voir infra II

26 Surtout dans les litiges relatifs aux régimes matrimoniaux.

27 *Mc Mullen v Wadsworth* (1889) 14 App Cas 631, PC; *Le Mesurier v Le Mesurier* [1895] AC 517, PC. *Henderson v Henderson* [1967] P 77 à 79, [1965] 1 All ER 179 at 180, 181.

28 Ainsi en Nouvelle Zélande, les textes retiennent, comme facteur de rattachement, soit la notion de résidence (The Family Proceeding Act 1980, The Goods and Services Tax Act 1985, The Matrimonial Property Act 1976, The Income Tax Act 1976, The Income Tax Act 1994, and The Tax Administration Act 1994) soit celle de résidence habituelle (The Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act, The Carriage by Air Act 1977, The Child Support Act 1991, The Crime Act 1961, The Marriage Act 1955, the Overseas Investment, The protection of Personal and Property Rights Act 1988, The Social Security Act 1964, The Guardianship Amendment Act 1991).

29 D Cavers "Habitual Residence - A Useful Concept?" in D Cavers *The Choice of Law - Selected Essays 1933-1983* (Duke University Press, Durham, 1985).

30 Un concept souvent utilisé en matière fiscale (en Nouvelle Zélande, voir notamment S 245Q du Income Tax Act 1994).

31 Une des conditions *sine qua non* de l'acquisition d'un domicile, voir infra.

En ce sens, la résidence apparaît souvent et simplement, comme l'énoncé d'une condition préalable qu'un Etat impose avant de permettre à une personne de voter, de bénéficier de prestations sociales ou encore de pouvoir engager une procédure judiciaire.³² Le terme résidence, peut donc revêtir, une signification différente, obligeant le juriste, à chaque fois l'appréhender dans son contexte particulier, pour savoir exactement quelle réalité il recouvre exactement.³³

Mais plus important encore, cette notion est affectée d'un aléa quant à sa durée. En effet, la résidence sera toujours plus ou moins permanente³⁴ et ce bien qu'elle implique une présence physique volontaire³⁵ dans un pays, se distinguant ainsi de la situation du simple voyageur de passage.³⁶

A l'inverse la notion de domicile, repose sur une nécessaire stabilité laquelle répond à des critères et des conditions précisément définis par la common law.³⁷

La Chambre des Lords³⁸ a eu l'occasion d'opérer clairement la distinction, en rappelant que si les termes de résidence habituelle³⁹ ou ordinaire⁴⁰ pouvaient être tenus pour synonymes, ni l'un et l'autre ne peuvent cependant être considérés comme des termes précis comme l'est la notion de domicile dans la common law.⁴¹

B Enoncé des principes posés par la common law en matière de domicile

Si dans la pratique, le domicile est souvent le lieu où le propositus habite, il devra avant tout correspondre à "son centre légal de gravité"⁴² auquel la common law confère

32 Ce qui est souvent le cas en Nouvelle Zélande, voir note 28 supra.

33 Pour une illustration des différents sens du terme "residence", voir par exemple *Foreman v Beagley* [1969] 3 All ER 838 p. 841, [1969] WLR 1387 p 1392, CA. *Levene v IRC* [1928] AC 217, HL, et *IRC v Lysaght* [1928] AC 234; *Akbaraly v Brent London Borough Council* [1983] 2 AC p 309.

34 *Bell v Kennedy* (1868) LR 1 SC & Div 307, HL p 309. Dans *Cruse v Chittum*, [1974] 2 All ER 226, HL., il a été jugé que la résidence habituelle d'une personne, révèle "une présence physique régulière qui doit se prolonger pendant un certain temps".

35 *Akbaraly v Brent London Borough Council* p 344.

36 *Matalon v Matalon* [1952] P 233, [1952] 1 All ER 1025 (CA); *Sinclair v Sinclair* [1968] p 189.

37 Pour correspondre à l'une des trois catégories légalement reconnues.

38 *Shah v Barnet London Borough Council*, [1983] 2 AC 309, [1983] All ER 226 p 233.

39 *Cruse v Chittum (formely Cruse)* [1975] 2 All ER 940.

40 *In the Marriage of El Oueik* (1977) 29 FLR 171; *Kapur v Kapur* [1984] FLR 920, [1985] Fam Law 22.

41 *Shah v Barnet London Borough Council*, [1983] 2 AC 309, p. 340, [1983] All ER 226 p 240.

42 Wolff, *Private international law* 2nd ed 1950.

stabilité et certitude, toute la logique juridique dans ce domaine tendant à s'assurer qu'à aucun moment dans la vie du *propositus*, ces caractéristiques ne puissent être remise en cause quel que soit le type de domicile concerné.

Certains d'entre eux seront ainsi imposés (le domicile d'origine et de dépendance⁴³) et un autre relèvera sous certaines conditions, de la seule volonté du *propositus* (le domicile de choix).⁴⁴

1 Les domiciles imposés

Dès la naissance, un premier domicile, appelé le domicile d'origine, est immédiatement conféré au *propositus*, deux groupes de personnes, les enfants mineurs⁴⁵ et les femmes mariées,⁴⁶ se voyant attribuer un domicile particulier, dit de dépendance.

(a) Le domicile d'origine

Le domicile d'origine se caractérise par la place prééminente que la *common law* lui réserve, en l'investissant d'une stabilité et d'une continuité que les autres domiciles n'auront pas.

Ainsi, il subsistera jusqu'à ce qu'il soit remplacé par un domicile de choix ou par un domicile de dépendance,⁴⁷ et la preuve de son abandon s'avérera d'une manière générale beaucoup plus difficile à rapporter.⁴⁸

De surcroît, si le domicile de choix ou le domicile de dépendance venaient à disparaître sans pour autant être remplacés par un nouveau domicile du même type, le domicile d'origine revivra jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile, comblant dans l'intervalle le vide ainsi créé.

Sur le plan théorique, les principes de la prééminence et de la renaissance du domicile d'origine, forment la pierre angulaire de toute la construction doctrinale et

43 Parfois, pour les mineurs notamment, ils se confondent.

44 Sur la distinction entre domicile d'origine et domicile de choix, voir Bentwich, le développement récent du principe de domicile en droit anglais, Rec. Cours La Haye, t.49.375.

45 En ce qui concerne le domicile de l'incapable majeur, la *common law* estime que la personne qui est mentalement incapable de pouvoir choisir librement un domicile, conserve l'un des quelconques domiciles que la personne avait avant d'être frappée d'incapacité. Voir à ce propos, Dicey & Morris, op cit pp 160-161.

46 Sous les réserves, indiquées infra I, B, 1, (ii)

47 Pour le cas des enfants mineurs et des femmes mariées. *Bell v Kennedy* (1868) LR1 SC7 Div 307 at 309, HL.

48 *Fleming v Horniman* (1928) 138 LT 669.

jurisprudentielle en la matière⁴⁹ et ont été clairement posés dès 1869, par une décision de la Chambre des Lords.⁵⁰

Pour sécurisante qu'elle soit, une telle conception reste aussi très artificielle de telle sorte qu'elle n'a pas été à l'abri de critiques répétées,⁵¹ à telle enseigne que certains pays, au premier rang desquels on retrouve celle de la Nouvelle Zélande,⁵² n'ont pas hésité à s'en départir.⁵³

(b) le domicile de femmes mariées

Jusqu'au 1er janvier 1974, les juridictions des pays de la common law, dans leur grande majorité,⁵⁴ appliquaient les préceptes issus du droit anglais selon lesquels le domicile d'une femme mariée suivait obligatoirement le sort de celui de son mari.⁵⁵ Après le décès du mari ou encore après divorce, le domicile du de cujus ou de l'époux divorcé continuait à être retenu comme le domicile de choix⁵⁶ de sa veuve ou de son ancienne épouse.⁵⁷

Qualifiée en son temps "de dernier vestige barbare de l'état de servitude de la femme mariée",⁵⁸ cette position devait finalement être abandonnée par le droit positif anglais, après le vote et la promulgation du Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973.

C'est ainsi, qu'à compter du 1er janvier 1974, date d'entrée en vigueur de la loi, une femme mariée pouvait enfin avoir un domicile indépendant de celui de son mari.

Malheureusement, les dispositions de ce texte n'étant pas rétroactives, la détermination du domicile de l'épouse avant 1974, restera toujours soumise au principe antérieurs,⁵⁹ instaurant dans les faits un régime discriminatoire entre femme mariées.

49 *Forbes v Forbes* [1854].

50 *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & Div 441, HL.

51 Voir infra II.

52 Les Etats Australiens et les Etats-Unis d'Amérique ont eux aussi abandonné le principe de la renaissance du domicile d'origine.

53 Voir infra III.

54 Sur la position néo-zélandaise, voir infra III.

55 *Lord Advocate v Jeffrey* [1921] 1 AC 146, HL; *A-G for Alberta v Cook* [1926] AC 444, PC.

56 *Re Wallach* [1950] 1 All ER 199.

57 *Re Scullard* [1957] Ch 107, [1956] 3 All ER 898.

58 *Gray v Formosa* [1963] P 259, 267, per Lord Denning MR.

59 Section 1(1) Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973.

(c) Le domicile des enfants mineurs⁶⁰

D'une manière générale, le lieu où l'on est né, reste sans véritable influence sur la détermination du domicile, exception faite toutefois, de la situation des enfants dont les parents sont inconnus ou des enfants trouvés, le lieu de naissance permettant alors dans ces deux cas de présumer qu'il s'agit du domicile de l'enfant mineur.⁶¹

Ceci posé, un mineur de moins de 16 ans⁶² et qui n'est pas mariée, se voit conférer le domicile de l'un de ses parents, à savoir:

- Celui de la mère si l'enfant est un enfant naturel.⁶³
- Celui du père, pour les enfants légitimes dont les deux parents sont vivants et demeurent ensemble.⁶⁴
- Celui de ses parents adoptifs au moment de l'adoption⁶⁵
- Celui des parents avec qui l'enfant vit, lorsque ses parents bien que mariés ne vivent séparés.⁶⁶

A sa majorité, le mineur devenu capable, pourra si bon lui semble, acquérir un domicile de choix qui pourra être soit son ancien domicile de dépendance, soit une fois rapportée la preuve de son abandon, un domicile distinct.⁶⁷

60 Sur la question en général, voir Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* (12th ed 1993, Stephens & Sons Ltd. London, p 150 et s.

61 Pour les cas plus exceptionnels des enfants légitimes mort-nés et des enfants trouvés, on retiendra soit le domicile de la mère à la naissance soit celui du pays où l'enfant a été trouvé. Sur ces derniers points, voir notamment Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (11th ed. 1987), p,127 et *Re Mc Kenzie* (1951) 51 SRNSW 293.

62 Lorsque la personne atteint l'âge de 16 ans, elle acquiert alors la capacité d'avoir son propre domicile de choix, son ancien domicile de dépendance se transformant en domicile de choix (ou d'origine) jusqu'à ce qu'il le remplace.

63 *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & Div 441 p. 457, HL; Morris and North, *Cases and Material on Private International Law* (1984), 3. *Henderson v Henderson* [1967] P 77, [1965] 1 All ER 179; *Forbes v Forbes* (1854) Kay 341 p 3S3. *Bell v Kennedy* (1868) LR I SC & Div 307, HL Section 4 (4) Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973. Dicey & Morris, op cit p 155.

64 Si le père vient à décéder, l'enfant acquiert alors le domicile de sa mère, *Pottinger v Wightman* (1817) 3 Mer 67.

65 8 Halsbury Laws of England (4th ed) para. 442. Les règles applicables pour les enfants adoptés sont en principe les mêmes que pour les enfants légitimes.

66 Section 4 (1) et (2) Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973

67 *Gulbenkian v Gulbenkian* (1937) 54 TLR 241, 4 All ER 618.

2 *Le domicile de choix*⁶⁸

Marque de la volonté⁶⁹ du propositus, il est librement acquis par lui et seul son abandon volontaire entraînera sa disparition, le domicile d'origine renaissant alors sauf si un nouveau domicile de choix a été acquis entre-temps.

(a) *La détermination de l'intention d'acquérir un domicile de choix*

Pour la common law, le propositus est censé résider à un domicile pour une durée indéfinie, c'est-à-dire sans qu'aucune fin n'ait été planifiée,⁷⁰ dans un pays particulier et pas nécessairement à un endroit particulier de ce pays.

Dès lors la simple résidence, qui ne serait pas accompagnée de cet état d'esprit, sera toujours considérée par les tribunaux comme étant insuffisante pour établir qu'une personne a changé de domicile.

Ainsi, la simple intention de résider dans un pays pour une période limitée, ou encore jusqu'à la survenance d'un événement suffisamment et clairement identifiable, ne sera pas suffisante pour prouver un changement de domicile.⁷¹

Dans ces conditions, l'acquisition d'un domicile de choix, présupposera toujours que le propositus⁷² rapporte la preuve qu'il ait eu une volonté ou encore une intention certaine et non équivoque,⁷³ d'établir son domicile à un endroit particulier, marquant ainsi son désir d'abandonner son domicile précédent.

La jurisprudence est sur ce point bien établie admettant que si les faits démontrent que le propositus a vraiment l'intention de s'établir dans un nouveau pays pour une période de temps indéfini, il y acquiera alors son domicile de choix.⁷⁴ Il faut ici préciser que si ces décisions,⁷⁵ utilisent de manière alternative et bien souvent comme synonymes les deux

68 Sur la question en général, voir 8 Halsbury Laws of England (4th ed.) paras. 428 et 439.

69 Appelé "animus manendi".

70 *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & Div 441 p 457, HL.

71 *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & Div 441, HL; *Bell v Kennedy* (1868) LR 1 Sc & Div 307, HL; *Somervilk v Lord Somerville* (1801) 5 Ves 750; *Munro v Munro* (1840) 7 CL& Fin 842 at 876, HL; *Re Marrett*, *Chalmers v Wingfield* (1877) 36 ChD 400, CA .

72 Ou ses ayant droits.

73 *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & Div 441 p. 457, HL; *Re Evans* [1947] Ch 695.

74 *Forrest v Wesport Coal Ltd* (1910) 13 GLR 7; *Gulbenkian v Gulbenkian* prec.; *Udny v Udny* (1869) LR 1 Sc & Div 441, HL;; *Re Fuld's Estate (n 3)* [1968] p 685.

75 Voir par exemple *Re Edwards*, *Edwards v Edwards* (1969) 113 Sol JD 108.

adverbes "permanent" et "indéfiniment", seule cette dernière acception est à retenir,⁷⁶ dès lors qu'elle traduit plus précisément la prééminence de la place accordée à la volonté par rapport à la simple notion de durée qui doit rester sans influence sur la décision du *propositus*.⁷⁷

(b) *L'intention d'acquérir un domicile de choix doit être librement formée*⁷⁸

Si il est certain que les motifs de la présence dans un pays particulier resteront toujours d'importance secondaire (sauf à venir corroborer la preuve de l'intention du *propositus*⁷⁹), la jurisprudence impose que l'intention requise pour l'acquisition ou la perte de domicile émane d'un libre choix qui n'ait pas été entravée par des pressions extérieures.⁸⁰

Si l'on conçoit aisément que sans libre arbitre, il ne puisse y avoir d'intention parfaite, l'obligation de rapporter la preuve de l'absence de pression extérieure est loin d'emporter la conviction et ce d'autant plus qu'en pratique la preuve peut s'avérer difficile à rapporter.

Les tribunaux n'y accordent du reste, qu'une importance toute relative, écartant cette condition chaque fois que les circonstances de l'espèce le commandent.

Il en sera ainsi lorsqu'il s'agira de déterminer quel domicile attribuer aux réfugiés ou encore aux fugitifs, deux groupes de personnes qui ont souvent du quitter leurs pays d'origine sous la contrainte, le fait de savoir s'ils changent effectivement et réellement de domicile, dépendant surtout de la réponse que l'on apportera aux deux questions traditionnelles: Ces personnes entendent-elles retourner un jour dans leur pays d'origine? Souhaitent-elles rester de manière définitive dans le pays d'accueil?

Des lors seules seront pris en compte leur qualité de réfugié, les circonstances qui accompagnent leur demande de reconnaissance de cette qualité, pour démontrer si oui ou non ces requérants avaient l'intention de retourner dans son pays d'origine et sous quelles conditions.⁸¹

76 *Gulbenkian v Gulbenkian* [1937] 4 All ER 618.

77 *Bell v Kennedy* (1868) LR I Sc & Div 307, HL; p. 319 et 320.

78 Sur la question en général, voir 8 Halsbury Laws of England (4th ed.) paras. 428 et 429.

79 *Re Cooke's Trusts* (1887) 56 LJCh 637; *Drexel v Drexel* [1916] 1 Ch 251.

80 *Re Fuld's Estate (n 3)* [1968] p 675 à 684, Morris & North 14.

81 *Re Martin* [1900] P\ p 211. CA; *Puttick v A-G* [1980] Fam 1, [1979] 3 All ER 463 (fugitifs); *May v May and Lehmann* [1943] 2 All ER 146 (réfugiés); *Hoskins v Matthews* (1856) 8 De GM & G 13; *Re James* (1908) LT 438 (invalides); *Boldrini v Boldrini & Martini* [19032] p 9, CA (personne dont le domicile est affecté d'un élément de précarité).

(c) La preuve du changement de domicile⁸²

De quelle manière les tribunaux décident-ils qu'une personne est ou non domiciliée dans un pays à une période donnée?

Pour pouvoir répondre à cette interrogation, il faut se rappeler de l'importance accordée au domicile d'origine et du caractère de stabilité qui s'y attache.

Ce seront ces deux caractéristiques qui permettront de justifier la présomption de principe qui joue contre de tout changement de domicile.⁸³

Dans cette perspective, les tribunaux de la common law tendent à se montrer, bien plus exigeants lorsqu'il s'agit de prouver que le domicile d'origine a été remplacé par un domicile de choix,⁸⁴ que lorsqu'il s'agit de démontrer qu'un domicile de choix a été abandonné ou remplacé.⁸⁵

Bien qu'il s'agisse d'une présomption réfragable, la preuve contraire peut se révéler dans la pratique, extrêmement difficile à rapporter, et ce pour deux raisons.⁸⁶

Les premières difficultés apparaissent, lorsque s'agissant de déterminer une intention plutôt que de considérer des faits matériels,⁸⁷ les tribunaux n'accorderont qu'une importance très relative aux déclarations émanant du propositus, lesquelles seront toujours suspectes de partialité, de telle sorte qu'elles n'emporteront jamais à elles seules, la conviction des juges.⁸⁸

Ensuite, la charge de la preuve qui pèse sur le propositus, lui impose de prouver non seulement son intention d'acquiescer un nouveau domicile dans un pays déterminé, mais aussi qu'il a effectivement abandonné son domicile d'origine.

82 Sur la question en général, voir 8 Halsbury Laws of England (4th ed) paras. 425 et 430.

83 *Humphries v Humphries* [1992] NZFLR 18; *Re Greenfield* [1985] 2 NZLR 662; *Re Fuld's Estate* (n 3) [1968] p 684 à 686.

84 *Winans v Attorney-General* [1904] AC 287, 290.

85 Il a été jugé (*Henderson v Henderson* [1967] P 77), que la nature de la preuve exigée pour établir un changement de domicile d'origine devait dépasser le simple domaine des probabilités. Voir contra *Re Fuld's Estate* (n 3) [1968] p 675 à 684, Morris & North 14; *Buswell v IRC* [1974] 2 All ER 520, p 526-527, [1974] 1 WLR 1631, p 1637, CA.

86 Sur les difficultés de preuve, comparer *Re Flynn* [1968] 1 All ER 49 avec *Re Lloyd Evans* [1947] Ch 695.

87 *Winans v A-G* [1904] AC 287, HL, Morris & North, op cit 12.

88 *Ross v Ross* [1930] AC 1, 6, per Lord Buckmaster.

Jugée à l'aune d'éléments purement circonstanciels,⁸⁹ la preuve de l'intention du propositus de considérer un pays comme son domicile permanent sera établie de manière variée,⁹⁰ aucun fait n'étant a priori écarté.⁹¹

Le changement de nationalité, le changement de religion, le mariage avec une personne qui est originaire du pays de résidence, l'éducation acquise dans ce nouveau pays, l'achat, la vente ou l'acquisition de titres de propriété de terrain⁹², seront autant d'éléments que formeront un faisceau de circonstances permettant d'établir l'intention du propositus.⁹³

On constate néanmoins que certaines décisions de justice tendent à faire preuve de plus de souplesse surtout lorsqu'il s'agit de démontrer un changement de domicile entre deux pays culturellement semblables, se contentant alors d'éléments circonstanciels plus lâches.⁹⁴

II APPRÉCIATION DES PRINCIPES DÉGAGÉS

Si la majorité de la doctrine s'accorde pour dire que le domicile doit s'envisager comme le pays dans lequel le propositus habite de manière permanente,⁹⁵ là s'arrête le consensus et nombreuses sont les divergences lorsqu'il s'agit de définir quels critères il conviendra de prendre en compte pour pouvoir non seulement acquérir mais aussi pour attribuer un domicile⁹⁶ (A). Quelques solutions d'harmonisation ont été proposées mais sans pour autant être totalement retenues (B).

A Sur les principaux reproches faits à la notion de domicile dans la common law

C'est le caractère artificiel du raisonnement tendant à accorder ou à refuser un domicile qui concentre les principales critiques. En faisant valoir qu'en toute logique, il restera toujours préférable d'attribuer au propositus la loi du pays dans lequel il a eu, le plus

89 *Bryce v Bryce* [1933] P 83.

90 *Drevon v Drevon* (1864) 34 LJCh 129, et plus particulièrement l'opinion de Kindersley VC p 133.

91 Partants il n'est pas surprenant que les procès en contestation de domicile soient extrêmement longs et onéreux, dès lors qu'ils impliquent une analyse minutieuse de la signification et des conséquences de tous les faits et gestes d'une personne sur une période qui souvent s'étale sur plusieurs années consécutives

92 *Stanley v Bernes* (1830) 3 Hag Ecc 373; *Wahl v A-G* (1932) 147 LT 382, HL; *Re Flynn Flynn v Flynn* [1968] 1 All ER 49, [1968] 1 WLR 103

93 Chacune devant être considérée dans son propre contexte et aucune ne pouvant à elle seule être considérée comme définitive.

94 Webb, A *Casebook on the Conflict of Laws in New Zealand* (Butterworths, Wellington, 1970) 32.

95 A.JE Jeffrey, *Introduction to the conflict of laws*, Butterworths 1988, p 7.

96 Ainsi par exemple, pour ceux qui n'ont pas de domicile permanent ou stable.

récemment, son lieu d'habitation,⁹⁷ plutôt que de faire application de la loi d'un pays qu'il a peut-être abandonné de nombreuses années auparavant et avec lequel il n'a plus aucun rapport ni lien de fait.

Corollaire de cette attitude, les règles d'attribution du domicile sont devenues incertaines, ce qui n'est pas un moindre paradoxe quant on se souvient que l'un des objectifs poursuivis par la common law dans ce domaine est d'assurer continuité et stabilité au domicile.

Au second rang des critiques adressées au régime instauré par la common law, on retrouve les conséquences attachées au constant recours fait à la notion d'intention.

Sil est certain que si le propositus n'a plus, de manière non équivoque l'intention, de retourner vivre dans son précédent pays, le domicile qu'il y avait sera alors considéré comme ayant été abandonné, il en ira de même s'il entend dans le futur et toujours de manière non équivoque retourner vivre dans son ancien pays, où il y conservera sans aucun doute son domicile.

Mais dans la pratique se sont surtout les situations intermédiaires qui posent problèmes, notamment lorsque le propositus n'a pas encore arrêté de décision définitive quant à son retour éventuel ou définitif.

Dès lors que l'intention nécessaire pour acquérir un domicile de choix, est de vouloir rester dans un pays particulier de manière définitive, peut-on par analogie, considérer que l'abandon sera effectif dès que sera rapportée la simple preuve que le propositus a cessé d'avoir l'intention d'y résider définitivement ?

Si tel devait être le cas, le domicile librement choisi devrait alors être considéré comme abandonné, puisque le propositus n'a pas encore arrêté de décision définitive sur le point de savoir si oui ou non il y retournera. En de telles circonstances, il est évident que cette personne n'a certainement pas l'intention de continuer d'y résider de manière permanente.

De surcroît, à l'inverse du processus d'acquisition d'un domicile de choix,⁹⁸ les conditions nécessaires pour prouver son abandon ne sont pas cumulatives, de telle sorte que tant que l'intention ou la résidence effective perdureront, le changement du domicile de choix ne sera pas opéré et même si la personne a cessé d'avoir l'intention d'habiter de manière permanente dans un pays, le seul fait de ne plus y résider ne sera pas, selon les règles posées par la common law, à lui seul suffisant pour lui faire perdre son domicile

97 Laissant ainsi survivre le dernier domicile de choix jusqu'au changement avéré de domicile.

98 Qui requiert la concomitance de la résidence effective et de l'intention de résider définitivement dans un lieu déterminé, (voir supra I, B, 2).

légal dans ce pays. Pour se faire, il devra cesser de résider dans ce pays en tant qu'un de ses habitants.⁹⁹

Si le courant jurisprudentiel dominant tend à accréditer cette thèse,¹⁰⁰ une partie de la doctrine,¹⁰¹ prenant appui sur une décision qui reste encore minoritaire,¹⁰² considère néanmoins qu'il n'est pas opportun que le changement ou non du domicile d'une personne, (et partant le changement d'une grande partie de ses droits), soit réduit aux seules limites étroites de la volonté.

B Propositions de réformes

Il n'est donc pas surprenant que toutes les propositions de réformes dans ce domaine tendaient et tendent encore à principalement contourner ces deux difficultés principales ou à tout le moins d'en contrôler les conséquences néfastes.

De manière quelque peu radicale, un auteur a suggéré que plus de certitude pourrait être obtenue si l'on commençait par supprimer l'ensemble des règles qui soumettent la réalité de l'intention de résider dans un pays particulier à la survenance d'un certain nombre d'aléas.¹⁰³ Dans cette optique, il a préconisé que les tribunaux refusent de reconnaître comme formant une véritable intention de résider de manière permanente dans un pays, la situation dans laquelle une personne a déjà décidé de quitter ce pays dans le futur en ayant déjà arrêté les modalités précises.

En fait les principales propositions de réformes ont principalement émané de la Law Commission britannique.

Dans un premier temps, en 1954, un projet de réforme de la loi sur le domicile avait été présenté par le Private International Law Committee,¹⁰⁴ qui préconisait non seulement que l'on abandonne le principe de la renaissance du domicile d'origine mais aussi que l'on reconnaisse que la présence du propositus dans un pays soit considérée comme une présomption (simple) de son intention d'y vivre définitivement.

99 Morris, *The Conflict of Laws* (3ed, Stevens & Sons, London, 1984) 24; *IRC v Duchess of Portland* [1982] Ch 314, [1982] All ER 784.

100 *Re Flynn* [1968] All ER 49 p 56 à 58. *Qureshi v Qureshi* [1972] Fam 173, p 91.

101 Voir notamment Cheshire & North, *Private International Law* (11th ed, 1987), p 160. contra Morris *The Conflict of Laws* (3ed, Stevens & Sons, London, 1984) 24.

102 *Re Lloyd Evans* [1947] Ch 695.

103 *The Law of Domicile* (Law Commission 168). J Fawcett "Law Commission Working Paper No 88: *The Law of Domicile*" [1986] 49 *Modern LR* 225, 225.

104 First Report of the Private International Law Committee, 1954 (Cmnd 9068).

Sans doute jugé trop révolutionnaire pour son époque, ce projet devait rester lettre morte.

Il fallait attendre, le début des années 80, pour que la Law Commission britannique,¹⁰⁵ entreprenne une réflexion d'ensemble sur la question.¹⁰⁶ Elle recommanda alors que l'on admette que lorsque le propositus avait déjà vécu durant une période de sept années dans un pays déterminé, ce seul fait soit analysé comme l'expression de son intention¹⁰⁷ de s'établir définitivement dans ce pays.

Malgré son intérêt évident, cette proposition qui avait le mérite de réduire la rigueur et l'importance attachées à la notion d'intention, ne devait toutefois pas recueillir l'assentiment général, de telle sorte que le projet de loi final relatif au domicile ne devait absolument pas faire y référence.¹⁰⁸

La Law Commission, a aussi suggéré que la notion de domicile soit remplacée en tant que facteur de rattachement, par la nationalité ou encore par la résidence habituelle.

En fait en dépit d'un accueil favorable par une grande partie de la doctrine, la Law Commission devait en dernière analyse revenir sur chacune de ces deux propositions, aucune d'entre elles n'étant finalement retenue dans le projet final.

A l'appui de sa décision, la Law Commission a d'abord fait valoir que la prise en compte de la notion de nationalité¹⁰⁹ aurait impliqué, un mécanisme de mise en œuvre

105 On se souviendra que déjà le Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973 avait modifié les règles relatives au domicile des femmes mariées, Voir supra

106 Volontairement ne seront pas traitées dans les développements qui suivront, les dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence et l'effet des jugements, modifiée en 1978 après que l'adhésion de la Grande-Bretagne à la Communauté Européenne. Prises en compte dans le droit interne anglais par la promulgation du Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (entré en vigueur le 1er janvier 1987), la définition de la notion de "domicile" qui y est mentionnée diffère de celle que la common law lui confère traditionnellement. Elle s'apparente à beaucoup d'égards à la conception retenue par les autres pays d'Europe continentale. Cependant dans la mesure où son champs d'application reste limité entre les seuls pays de l'Union Européenne. Elle n'affecte en rien la conception traditionnelle de cette notion qui continue, à beaucoup d'égards à concerner la Nouvelle Zélande.

107 Réfragable.

108 La British Law Commission devait plus tard pour expliquer ses réticences ultimes, reconnaître, qu'à la réflexion, elle a estimé que le recours à une telle méthode ne pouvait pas garantir l'obtention du meilleur résultat.

109 Sur la définition de la notion de nationalité dans la common law, voir notamment *Perez v Brownell* 356 US p. 64; 2 L ed 2d 603 (1958) (U.S:SC); *Afroyim v Rusk* 387 US, 18 L ed 2d 757 (1967) (U.S:SC). Voir également Weis, Nationality and Statelessness in International Law Rev. 2nd ed (The Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1979) p 45 à 49.

complexe, notamment pour régler la situation des citoyens des états fédéraux, mais aussi que la nationalité devait dans la common law rester, la marque d'une allégeance à un Etat, la notion de domicile quant à elle demeurant fondée sur l'idée du pays où la personne à son véritable lieu d'habitation.¹¹⁰

Il reste que le recours au concept de nationalité¹¹¹ présente, plusieurs avantages par rapport à celle du domicile en tant que facteur de rattachement.

La nationalité apparaît être beaucoup plus stable que la notion de domicile, puisque la nationalité ne pas être changée sans le consentement formel et préalable d'un Etat et surtout elle est de plus beaucoup plus facile à déterminer par les tribunaux, puisqu'elle ne repose pas sur la seule preuve de l'intention de la personne.

La doctrine dominante mais aussi des tribunaux anglais ont ainsi fini par être sensibles à l'intérêt que pouvait présenter la prise en compte de la nationalité, de telle sorte que s'esquisse une tendance jurisprudentielle qui, même si elle reste encore marginale, commence à prendre en compte la nationalité, comme facteur de rattachement.¹¹²

Ceci dit, cette approche a aussi ses limites et cette facilité peut se révéler trompeuse. En effet, comme Morris l'a souligné,¹¹³ s'agissant de savoir quelle est la loi la mieux adaptée à la situation particulière du propositus, elle restera toujours affectée des réserves classiques, le recours à la notion de nationalité n'offrant guère plus de certitude à cet égard que la notion de domicile.

Ainsi, ce phénomène est particulièrement patent dans les états fédéraux tels que les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, et l'Australie, où du point de vue du droit international privé, la notion de nationalité n'y a que peu de d'importance.

La prise en compte de la résidence habituelle recueillie, quant à elle, de plus en plus la faveur des praticiens du droit, notamment en raison de la référence qui en est faite dans plusieurs conventions internationales de la Haye et son incorporation dans de nombreuses législations internes.¹¹⁴

110 The Law of Domicile (Law Commission 168) Para.3.9-3.11.

111 Voir note 5 supra.

112 voir notamment *Indyka v Indyka* [1969] 1 A C 33 at 80, 96, 97, III, [1967] 2 All ER 689 p 710, 711, 721, 730, HL; M Watt, note sur l'évolution de la conception du domicile au Royaume-Uni, *Rev. cr.dr.int.pr.*, 1988, 403.

113 Morris, *The Conflict of Laws*, op cit 34.

114 Notamment la Convention de la Haye du 15 juin 1955, qui définit le domicile comme "le lieu de la résidence habituelle"

Certains y voient un compromis acceptable entre l'incertitude du domicile et la rigidité de la nationalité pris en tant que facteur de rattachement. Ils font notamment valoir, que la notion de résidence habituelle élude une grande partie des problèmes qui peuvent survenir lorsqu'on utilise des concepts artificiels ou encore uniquement définie d'un point de vue juridique.

Pour séduisante qu'elle soit, cette approche a été néanmoins écartée par la Law Commission britannique, qui devait finalement estimer qu'elle n'était pas en soi suffisante pour représenter un lien véritable permettant de déterminer de manière certaine quelle devait être la loi applicable à une personne.¹¹⁵ Elle a insisté sur l'incompatibilité de la notion de résidence habituelle avec les conditions de vie moderne qui imposent aux individus de voyager fréquemment, de changer ainsi plusieurs fois de résidences, de telle sorte qu'il est nécessaire de trouver un élément de stabilité que seule la notion de domicile est à même d'apporter et peut garantir.

III A CONCEPTION NÉO-ZÉLANDAISE DE LA NOTION DE DOMICILE

Si en Nouvelle-Zélande, la loi du domicile, reste fortement inspirée par le droit anglais, elle s'en démarque aussi nettement dans des domaines importants.

Il faut tout d'abord noter que c'est à l'aune de critères propres à la loi néo-zélandaise¹¹⁶ que l'appréciation de l'existence ou non du domicile sera opérée.

Ensuite, au fil du temps, certaines dispositions législatives sont venues modifier de manière radicale parfois, les principes dégagés par la jurisprudence des tribunaux anglais, notamment en matière d'adoption, par l'Adoption Act 1955.¹¹⁷ en matière de garde d'enfant, par le Guardianship Act 1968¹¹⁸ et plus fondamentalement par le Domicile Act 1976.¹¹⁹ Seul ce dernier texte retiendra notre attention et à deux titres.

En effet s'il a indéniablement opéré une réforme d'envergure en matière de détermination du domicile (A), celle-ci s'est néanmoins avérée incomplète, permettant ainsi à certains des principes fondamentaux de la common law d'être encore applicables en Nouvelle Zélande (B).

¹¹⁵ The Law of Domicile (Law Commission 168) Para.3.5-3.8..

¹¹⁶ Voir par exemple *Re Martin* [1900] P211(CA), *Re Askey* [1930] 2 CH 259 à 266, [1930] All ER Rep 174; *Thuran Investments Pty Ltd v Rowles*[1991] 3 PRNZ 385;

¹¹⁷ Section 16 (2).

¹¹⁸ Section 22.

¹¹⁹ Ainsi par exemple selon le domicile acte section 6 (3) (4), un enfant dont les parents vivent ensemble, a le domicile de son père, et si les parents vivent séparément, cela dépendra selon avec qui l'enfant vit que de manière effective.

A les réformes opérées par le Domicile Act 1976

Pour l'anecdote, on notera que dès son passage en première lecture, le projet de loi avait été modifié de façon substantielle pour qu'il puisse correspondre quasiment mot pour mot à son équivalent australien lui aussi sur le point d'être voté.¹²⁰

Ce texte, entrée en vigueur le 1er janvier 1981, a non seulement repris nombre de principes dégagés par la common law, mais y a aussi introduit des changements radicaux.¹²¹

Une première lecture du texte révèle effectivement d'emblée, une volonté indéniable du législateur néo-zélandais de vouloir s'affranchir de quelques principes traditionnels lorsqu'ils s'étaient à l'usage révélés inadaptés ou encore trop artificiels.

Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la section 9 du Domicile Act qui forme la pierre angulaire du nouvel édifice juridique et qui régit maintenant les règles relatives au domicile en Nouvelle-Zélande.

"Acquisition d'un nouveau domicile - Une personne acquiert un nouveau domicile dans un pays déterminé à une époque particulière si, immédiatement avant cette période, :

- (a) Il n'est pas domicilié dans ce pays et
- (b) Il jouit de la pleine capacité civile pour avoir un domicile indépendant et
- (c) Il est présent physiquement dans ce pays et
- (d) Il a l'intention de vivre indéfiniment dans ce pays."

Ainsi, si dans les paragraphes (a) (b) et (d) de cette section, on retrouve une terminologie classique généralement en usage dans la common law, on constate néanmoins que dans le paragraphe (c) le législateur néo-zélandais s'en démarque nettement.

On se souvient, en effet que dans la common law, on impose au propositus, pour l'attribution d'un domicile que sa demande soit corroborée par la preuve d'une résidence effective,¹²² le texte néo-zélandais se satisfera quant à lui de la simple présence qui peut même être concomitante avec l'arrivée dans la nouveau pays.

120 A telle enseigne que cette loi a été décrite par le ministre de la justice néo-zélandais de l'époque comme une « parfaite illustration d'une coopération dans le domaine judiciaire entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie ». NZDPD, vol 404, 1137, 29 July 1976.

121 D Gordon, "Reform of the Law of Domicile" [1988] 16 Law Society Gazette.

122 D Gordon, op cit 30, 31. Voir supra I, B, 2.

On retrouve ici l'une des mesures préconisées en son temps par la Law Commission britannique.¹²³

L'esprit de réforme se retrouve également dans la section 5 de la loi qui met un terme à la position de la common law qui subordonnait le sort du domicile de la femme mariée à celui de son mari. Il s'agissait aussi ici, de mettre en harmonie les dispositions du Domicile Act 1976 avec les textes antérieurs qui dans d'autres domaines du droit, notamment en matière de régime matrimonial avaient dès 1968, déjà établi le principe de la liberté de choix de son domicile par la femme mariée.¹²⁴

Un autre changement d'importance par rapport aux règles traditionnelles se trouve dans la section 11 du Domicile Act 1976, qui fait abstraction de la doctrine de la renaissance du domicile d'origine.

Cette section précise en effet que le nouveau domicile acquis dans le respect des règles édictées à l'article 9, continue à être valable jusqu'à l'acquisition par le propositus de son nouveau domicile librement choisi.

Une autre disposition du Domicile Act 1976, apporte une solution au délicat problème posé par les personnes, qui au sein d'une même nation fédérale passent d'un Etat à l'autre.

On doit en effet, se souvenir qu'en droit international privé, la notion de pays est entendue uniquement comme étant une unité territoriale qui a son propre système légal. Par exemple, une personne ne peut pas être domiciliée en Amérique. Elle sera seulement domiciliée dans un des Etats particuliers de cette nation fédérale.

De plus lorsqu'une personne abandonne son domicile de choix pour aller vivre dans un Etat fédéral, et que cette personne voyage à travers cette nation, sans pour autant avoir décidé dans quel Etat elle voudra par la suite s'installer de manière définitive, celle-ci n'acquerra pas de nouveau domicile tant qu'elle ne se sera pas installée de manière permanente dans un Etat particulier.

123 Voir supra II, B.

124 Voir section 3 du Matrimonial Proceedings Act 1963 et section 6 du Domestic Proceedings Act 1968. A titre de comparaison, en Angleterre bien que vigoureusement critiqués par les cours anglaises depuis de nombreuses années (voir notamment *Gray v Formosa* [1963] P 259, 267, per Lord Denning MR.), il a fallu attendre le vote du Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 pour que des principes équivalents soient introduits dans la loi. Pour les enfants adoptés en Nouvelle Zélande, voir Section 16 (2) of The Adoption Act 1955 qui précise qu'un enfant adopté acquiert le domicile de son père adoptif ou de sa mère adoptive (domicile de dépendance). Le paragraphe (g) ajoutant que si l'enfant est adopté avant l'âge de trois ans le domicile ainsi acquis se transforme alors en domicile d'origine.

La législation néo-zélandaise, à l'instar de la législation australienne¹²⁵, a remédié à ces difficultés, en précisant qu'en pareilles circonstances le propositus sera considéré comme étant domicilié dans l'Etat avec lequel il a les attaches les plus étroites,¹²⁶ position qui concilie la liberté de mouvement du propositus et la nécessité de lui conférer un domicile qui corresponde à une réalité objective.

Dans le domaine de l'établissement de la preuve du changement de domicile, la section 12 du Domicile Act 1976, s'attache à unifier les différents régimes en vigueur dans la common law¹²⁷, en précisant que la preuve requise pour démontrer que le domicile d'origine a été remplacé doit être la même que celle que l'on exige pour établir le remplacement d'un domicile de choix. Dans l'un et l'autre cas, quand bien même la présomption contre le changement de domicile demeurera comme dans la common law,¹²⁸ les tribunaux néo-zélandais appliqueront alors les règles et conditions de preuves en usage en matière civile¹²⁹. On regrettera cependant que la loi n'indique pas de manière très claire ce que représente concrètement la preuve maintenant requise.

Enfin, si dans le passé doctrine¹³⁰ et jurisprudence¹³¹ étaient divisées sur le point de savoir si une personne qui résidait illégalement dans un pays ne se trouvait pas *de jure* dans l'impossibilité d'y acquérir le domicile de son choix, la rédaction du Domicile Act 1976 n'imposant pas que le propositus soit entré dans le pays légalement, rien n'interdit que les étrangers même en situation illégale¹³² en Nouvelle-Zélande puissent néanmoins être autorisés à y établir le domicile de leur choix.

B Conclusion : Les limites de la réforme néo-zélandaise

Pour novatrices qu'elles furent, les dispositions du Domicile Act 1976 n'ont pas pour autant réglé toutes les difficultés inhérentes à l'application des principes dégagés par la common law en matière de domicile.

125 The Australia's Family Law Act 1975.

126 "The closest connection".

127 Voir supra II, A.

128 Voir supra II, A.

129 *Humphries v Humphries* [1992] NZFLR 18.

130 Dicey & Morris p 130

131 *Puttick v A-G* [1980] Fam 1, [1979] 3 All ER 463 où il a été jugé qu'un domicile ne pouvait pas être valablement acquis en Angleterre si la résidence de celui qui s'en prévaut lui a été refusée par la loi anglaise.

132 Le même raisonnement s'applique pour les fugitifs.

Deux réformes, pourtant nécessaires, n'ont pas été entreprises par le texte néo-zélandais: Celle de la suppression (ou son assouplissement) de l'obligation, faite au propositus de rapporter la preuve de son intention d'acquérir un nouveau domicile et enfin que soient évitées les situations discriminatoires engendrées par le double régime applicable pour la détermination du domicile selon que l'on se place avant ou après l'entrée en vigueur de la loi.

Sur le premier point, on peut en effet regretter que le Domicile Act 1976 n'ait pas pris en compte, les critiques relatives à la trop grande importance accordée dans la common law en matière de domicile, à la notion d'intention, élément purement subjectif et difficilement quantifiable en pratique.

Force est de constater que sur ce point particulier, la loi néo-zélandaise ne déroge nullement à la règle traditionnelle de telle sorte que les incertitudes et les difficultés anciennes demeurent pleinement.¹³³

Sur le second point, on se souvient que si le Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 anglais avait apporté quelques aménagements, limités au seul régime du domicile de la femme mariée,¹³⁴ mais que se faisant, il avait aussi eu pour conséquence d'instaurer dans les faits, une discrimination reposant sur la date d'entrée en vigueur de la loi anglaise, imposant des contraintes plus importantes aux femmes mariées avant le 1er janvier 1974 date d'entrée en vigueur du texte anglais.

Dans ces conditions, on aurait pu croire qu'instruit par l'expérience, le législateur néo-zélandais aurait évité cette malencontreuse situation. En fait, il n'en a rien été, l'ayant même aggravée.

En effet, si le texte anglais était circonscrit à la seule question du domicile de la femme mariée, le Domicile Act 1976 néo-zélandais a quant à lui vocation à s'appliquer à tous.

C'est par rapport à la date d'entrée en vigueur du texte, à savoir le 1er janvier 1981, que les demandes tendant à prouver l'existence d'un des domiciles légaux seront envisagées.

Ainsi toutes demandes antérieures à cette date resteront soumises aux principes traditionnels et souvent rigoureux de la common law en matière de domicile, alors que les demandes intervenues après le 1er janvier 1981, bénéficieront d'un régime nettement plus favorable.

133 J Fawcett "Law Commission Working Paper No 88: The Law of Domicile" [1986] 49 Modern LR 225, 225.

134 Voir supra I, B, 2, (ii).

S'il est vrai qu'au fil du temps, la tendance tendra à s'orienter vers une vaste majorité de situations ayant vocation à être soumises au principes posés par le Domicile Act 1976, il demeurera toujours que rien ne justifiait l'instauration d'un tel *distinguo*, surtout pour un texte qui a été présenté en son temps comme progressiste et égalitaire.¹³⁵

¹³⁵ Voir à ce propos les déclarations du Ministre de la justice néo-zélandais de l'époque lors du débat parlementaire et reproduit dans le NZDPD, vol 404,1137, 29 July 1976

