



**HAL**  
open science

**Note sous Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion,  
Chambre civile, 17 février 2009, numéro 08/01679,  
Mamodtaky**

Élise Ralser

► **To cite this version:**

Élise Ralser. Note sous Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, Chambre civile, 17 février 2009, numéro 08/01679, Mamodtaky. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2010, 11, pp.255-259. hal-02622968

**HAL Id: hal-02622968**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02622968>**

Submitted on 26 May 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## ***7. Droit international privé***

---

Par **Elise RALSER**, Maître de conférences à l'Université de La Réunion

### **7.3. Conflits de lois**

#### **Divorce – conséquences (extrapatrimoniales) - exercice de l'autorité parentale et résidence de l'enfant – loi applicable**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre civile, 17 février 2009 (Arrêt n°08/01679), *Mamodtaky*

(Voir *infra*, 7.4. Conflits de juridictions).

### **7.4. Conflits de juridictions**

#### **Divorce – conséquences (extrapatrimoniales) - exercice de l'autorité parentale et résidence de l'enfant –conflit d'autorités - Exception d'incompétence – article 74 du Code de procédure civile – Traité d'entraide judiciaire franco-malgache du 4 juin 1973 – Article 14 du Code civil - Compétence internationale des tribunaux français – compétence territoriale – Détermination du domicile – détention provisoire et détermination de la résidence habituelle**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre civile, 17 février 2009 (Arrêt n°08/01679), *Mamodtaky*

La décision ici présentée soulevait une question très intéressante de compétence internationale des tribunaux français, ainsi qu'une question de loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale.

D'une union mixte, aujourd'hui dissoute, est née une fille, le 28 novembre 1998, à Madagascar. En 2001, suite à certains événements dramatiques dont elle avait été le témoin, la mère de l'enfant quitta la Grande Ile pour La Réunion, mais sans sa fille, « retenue » par sa famille paternelle. En effet, dans le même temps que le divorce était prononcé, les juges malgaches avaient confié la garde de l'enfant à son père, puis à ses grands-parents paternels. Ceux-ci ont par ailleurs toujours refusé tout contact avec la mère, l'empêchant même de communiquer avec l'enfant.

Le 14 janvier 2008, Madame R., mère de l'enfant, de nationalité française et domiciliée en France, saisissait le juge aux affaires familiales de Saint-Denis de La Réunion aux fins de se voir confier l'autorité parentale exclusive sur l'enfant, du moins l'autorité parentale conjointe avec résidence de l'enfant à son domicile réunionnais.

Par jugement du 8 septembre 2008, le Tribunal de grande instance de Saint-Denis répondait favorablement à la demande de Madame R. et lui attribuait l'autorité parentale exclusive sur l'enfant.

Le 10 septembre 2008, le père interjetait appel de cette décision, pour (entre autres) voir déclarée la juridiction française territorialement incompétente pour connaître du litige<sup>1</sup>.

L'exception d'incompétence soulevée par Monsieur M. se fondait sur les dispositions du Traité d'entraide judiciaire franco-malgache du 4 juin 1973, « écartant la règle de compétence de la juridiction de la nationalité du demandeur lorsque le défendeur a son domicile ou sa résidence habituelle dans l'Etat dont il est le national ou lorsque l'obligation doit être exécutée dans l'Etat dont le défendeur est le national. »

Monsieur M. se fondait également sur l'article 1070 du Code de procédure civile du droit français posant les règles de compétence territoriale en matière de divorce, désignant ainsi le « tribunal du lieu où se trouve la résidence de la famille et, si les époux [*sic*] ont des résidences distinctes, le tribunal du lieu où réside l'époux avec lequel habitent les enfants mineurs ou, dans les autres cas, le tribunal du lieu où réside l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande. »<sup>2</sup>

Monsieur M., de nationalité malgache et s'estimant domicilié à Madagascar, prétendait ainsi que seules les juridictions malgaches étaient compétentes pour statuer sur la question de l'exercice de l'autorité parentale.

Il restait à déterminer si le domicile ou la résidence habituelle de Monsieur M. pouvaient être regardés comme se situant à Madagascar, seconde condition d'application des dispositions du Traité.

Cette détermination du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur constituait le nœud du problème.

En effet, expulsé par les autorités malgaches en 2003 et soupçonné dans une affaire criminelle ayant fait beaucoup de bruit à La Réunion, le père de l'enfant se trouve détenu et incarcéré dans une maison d'arrêt française depuis le mois de juin 2005, soit depuis plus de trois ans.

Quel est alors son domicile ou sa résidence effective ?

C'est sur ce point que la réponse des juges dionysiens est déterminante : selon eux, « il s'en induit [de l'incarcération en France] que l'ex-époux défendeur demeure réellement et durablement dans la maison d'arrêt où il se trouve, même si cette localisation résulte de circonstances indépendantes de sa volonté ».

La Cour d'appel rejette alors l'exception d'incompétence fondée sur le Traité d'entraide-judiciaire franco-malgache mais aussi celle fondée sur l'article 1070 du Code de procédure civile, pour les mêmes raisons tenant à la détermination de la résidence de l'intéressé. Celle-ci se situe, selon eux, à La Réunion et non à Madagascar. Les juges précisent alors enfin que le

---

<sup>1</sup> Il demandait aussi la nullité du premier jugement pour contrariété à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais nous ne développerons pas pendant ce dernier point.

<sup>2</sup> Le texte dispose en réalité que « le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

*le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;*

*si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;*

*dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure. »*

demandeur pouvait fonder la compétence des tribunaux français sur le fondement de l'article 14 du Code civil (compétence privilégiée fondée sur la nationalité française du demandeur).

Les juges se prononcent ensuite sur la loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale, qu'ils qualifient de « conséquence extra patrimoniale d'un divorce » et qu'ils rattachent à la nationalité de l'enfant concerné. L'enfant ayant la nationalité française, ils désignent alors la loi française comme applicable à la question litigieuse<sup>1</sup>.

Le lieu de détention provisoire d'une personne pourrait donc être un élément de détermination du domicile ou de la résidence... Cela aurait dû suffire pour fonder la compétence des juges français (l'article 1070 CPC attribuant compétence au tribunal du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la demande). C'est cependant à l'article 14 du Code civil, et nul autre texte, que les juges ont recours pour asseoir leur compétence internationale.

Par ailleurs, la loi personnelle de l'enfant est désignée pour régir la question litigieuse sur le fond, sans que l'on sache pour autant quelle règle de conflit de lois a permis cette désignation...

Autant de points qu'il nous faut désormais éclairer.

Toute convention internationale dument ratifiée ayant une autorité supérieure à celle des lois, il convenait nécessairement d'en vérifier en premier lieu les conditions d'application.

Était ici en cause une convention conclue à Paris le 4 juin 1973 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République malgache relative aux affaires judiciaires, entrée en vigueur en France le 19 mars 1973<sup>2</sup>. L'annexe II de cette convention est relative à la « compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions » et son article 1<sup>er</sup> pose la règle rappelée ci-dessus dans l'affaire commentée. Les privilèges de juridictions fondés sur la nationalité du demandeur, tels que celui prévu par l'article 14 du Code civil français ne sont pas applicables aux nationaux de l'autre Etat « lorsque le défendeur a son domicile ou sa résidence habituelle dans l'Etat dont il est le national ».

Le défendeur était-il alors considéré comme ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans son Etat d'origine ou bien en France, où il était détenu depuis quelques années ?

La réponse à cette question est difficile à donner.

Les notions de domicile et de résidence habituelle, bien que très proches, doivent être clairement distinguées. Le fait que le traité bilatéral se réfère aux deux notions en même temps peut soulever une certaine ambiguïté : les assimile-t-il l'une à l'autre ou bien donne-t-il une alternative entre deux critères distincts ?

Cela suppose de définir les deux notions en cause.

---

<sup>1</sup> Nous n'entrerons pas ici dans le détail de l'application concrète du droit français au présent litige pour ne retenir que les aspects de pur droit international privé.

<sup>2</sup> Loi du 22 décembre 1974, *JO* 22 décembre 1974, p. 12907 ; Décret du 22 juillet 1975, *JO* 30 juillet 1975, p. 7708 ; *RTAF* 1975, n°49 ; O.N.U., vol.978 p.319.

Rares sont les textes ou les décisions donnant de telles définitions.

La première indication utile (mais non normative) a été donnée par une résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en date du 18 janvier 1972 relative à l'unification des concepts juridiques de « domicile » et de « résidence »<sup>1</sup>.

Selon cette résolution, le domicile implique un lien *de droit* résultant du fait que cette personne établit ou maintient volontairement sa résidence unique ou principale dans ce pays, avec l'intention d'en faire et d'y maintenir le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques. De son côté, la « simple » résidence d'une personne est uniquement déterminée par des critères *de fait* et ne dépend pas d'une autorisation de résider. Une personne a une (simple) résidence dans un pays lorsqu'elle y habite un certain temps, sans que le séjour soit nécessairement continu. Sur cette « simple » résidence, la jurisprudence française est un peu plus précise et il semble qu'elle doive présenter un caractère de stabilité et d'habitude<sup>2</sup>, voire même le caractère d'une *demeure*, avec la sincère volonté de s'installer, même provisoirement, dans ce lieu<sup>3</sup>.

La résidence « habituelle », quant à elle, serait constituée d'une *habitation*, d'une durée assez longue d'établissement, de relations personnelles, d'intérêts professionnels mais l'intention ne serait pas une condition de détermination de la résidence, tout en pouvant être prise en considération<sup>4</sup>. Pour la Cour de cassation, il s'agit du « lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts »<sup>5</sup>.

Le domicile établit un lien de droit ; la résidence établit un lien de fait. Mais la volonté de s'établir semble malgré tout un élément déterminant. Il paraît alors à tout le moins curieux de considérer que la résidence du défendeur était actuellement en France, tout en soulignant qu'il ne s'y trouvait pas volontairement car détenu dans une prison française. Peut-on y voir une « demeure » ou une « habitation » ? Il reste que s'il l'intéressé a effectivement été « expulsé » de Madagascar, il n'avait d'autre choix que fixer ailleurs son domicile et sa résidence et que ceux-ci ne pouvaient plus être localisés à Madagascar.

Si tel était le raisonnement du juge français, sa compétence internationale était alors peut-être effectivement assurée... sur le fondement de l'article 1070 du Code de procédure civile<sup>6</sup> et non sur celui de l'article 14 du Code civil<sup>7</sup>. Cette dernière disposition prévoit un *for exorbitant* de

---

<sup>1</sup> Résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en date du 18 janvier 1972 sur l'unification des concepts juridiques de domicile et de résidence, *RCDIP* 1973, 55.

<sup>2</sup> TGI Arras, 4 octobre 1977, *D.* 1978, IR, 266 ; Besançon, 23 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 406, obs. Brazier ; Bordeaux, 22 mars 1978, *D.* 1979, IR, 166.

<sup>3</sup> Toulouse, 18 avril 1977, *D.* 1978, IR, 266.

<sup>4</sup> Cf. Résolution du 18 janvier 1972, précitée.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2005. La notion de résidence habituelle fait désormais l'objet d'une définition à l'échelle communautaire : l'article 19 du Règlement Rome I du 17 juin 2008 prévoit, aux fins d'application du Règlement, que : « La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal ».

<sup>6</sup> L'article 1179 CPC opérant un renvoi au chapitre où figure l'article 1070 CPC.

<sup>7</sup> Rappelons que la compétence internationale des tribunaux français, selon les règles du droit commun, se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne ; cf. arrêts *Pelassa* (Civ. 19 octobre 1959) et *Scheffel* (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 1962). Précisons également que le Règlement « Bruxelles II bis », applicable depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005 et relatif, entre autres, à la compétence des tribunaux en matière d'attribution, d'exercice de délégation et de retrait de l'autorité parentale, n'est en principe pas limité aux litiges « intracommunautaires ». Cependant, le champ d'application spatial de ce texte doit être vérifié article par article ; or, dans notre hypothèse, son applicabilité est limitée au cas où l'enfant a sa résidence dans l'Etat dont la juridiction est saisie (article 8).

compétence auquel il n'a lieu de recourir que si la compétence des tribunaux ne peut être fondée sur un autre critère.

S'agissant, maintenant, de la question de la loi applicable à l'attribution et à l'exercice de l'autorité parentale, les réponses données par les juges dans notre affaire méritent quelques précisions.

La France étant liée par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, on pouvait légitimement s'interroger sur son application (sachant que la protection des mineurs est généralement assurée par le biais des personnes exerçant sur eux l'autorité parentale). Celle-ci, cependant, prévoyant son application à tous les mineurs ayant leur résidence habituelle en France, ce qui n'était pas le cas de la fille des plaideurs, ne pouvait recevoir application.

Il fallait donc se retourner vers le droit commun pour déterminer cette loi applicable.

L'autorité (ou la « responsabilité ») parentale est considérée non comme un effet du divorce, mais souvent comme un effet de la filiation. La tendance est alors de la soumettre à la loi des rapports parents-enfants. La discussion sur le rattachement à retenir reste cependant ouverte, après l'avant-dernière réforme du droit de la filiation (du 3 janvier 1972)<sup>1</sup> : faut-il soumettre la question à la loi de la mère (art. 311-14, C. Civ.), à la loi de l'auteur de la reconnaissance (art. 311-17, C. Civ.), à la loi des effets du mariage ou encore à la loi personnelle de l'enfant ? Les débats ne sont pas officiellement tranchés. Il apparaît toutefois, après la réforme du droit de la filiation la plus récente<sup>2</sup>, et supprimant la distinction entre enfant légitime et naturel, qu'il serait plus sage de faire relever cette question de la loi personnelle de l'enfant<sup>3</sup>.

La solution des juges dionysiens paraît donc bien justifiée sur ce point.

---

<sup>1</sup> AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 3<sup>e</sup> éd., n°605 ; 719, 720.

<sup>2</sup> Issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005.

<sup>3</sup> Sous réserve du jeu du renvoi ou de l'exception d'ordre public international.