

DEMANDE D'AVIS N° P1370007

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE LA ROCHELLE

SÉANCE du 10 Février 2014 à 11 Heures

**Conclusions de Monsieur le premier avocat général
Léonard BERNARD DE LA GATINAIS**

Par ordonnance du 22 octobre 2013 Mme le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de la Rochelle sollicite l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante : « l'assignation en divorce, délivrée par l'époux à la suite d'une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales saisi par l'épouse d'une requête en séparation de corps est-elle recevable, au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile ? »

I- Faits et procédure.

Sur requête en séparation de corps du 1^{er} avril 2009 de Mme Chantal Y... épouse X... le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Rochefort-sur-Mer a rendu le 22 janvier 2010 une ordonnance de non-conciliation autorisant assignation devant le tribunal de grande instance selon les dispositions de l'article 1113 du code de procédure civile, outre diverses mesures provisoires.

Le 22 novembre 2011, M. Bernard X... a fait notifier ladite ordonnance à son épouse et assigné celle ci en divorce devant le tribunal de grande instance de la Rochelle¹, sur le fondement de l'article 237 du Code civil pour altération définitive du lien conjugal.

À l'occasion d'une procédure d'incident devant le juge de la mise en état, ce dernier a fait injonction aux parties le 5 mars 2013 de conclure sur la recevabilité de l'assignation en divorce au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile, qui prohibe la transformation en procédure de divorce de la procédure en séparation de corps. Celles-ci ont conclu à la recevabilité de la demande en divorce de M. X....

¹ Changement de juridiction lié à la réforme de la carte judiciaire

C'est dans le cadre de cette procédure qu'intervient la présente demande d'avis.

II - Recevabilité de la demande d'avis

II-1-Conditions de forme

La procédure de demande d'avis, en répondant aux conditions des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile apparaît recevable en la forme.

- La demande d'avis a été formulée par une juridiction, le juge aux affaires familiales qui, par lettre simple du 4 juin 2013 a informé les parties et le ministère public qu'il envisageait la saisine pour avis de la Cour de cassation et souhaitait recueillir leurs observations. Seul le ministère public a fait part de celles-ci le 25 juin 2013.

- Par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 8 novembre 2013, les parties ont d'une part reçu notification de l'ordonnance du 22 octobre 2013 et d'autre part été avisées de la transmission de cette dernière à la Cour de cassation. Le fait qu'elles n'aient pas été formellement informées de la date de transmission du « dossier » comme l'exige l'article 1031-2 du code de procédure civile ne semble pas de nature à nuire à la recevabilité de la demande d'avis dans la mesure où la date de transmission de l'ordonnance a bien été notifiée.

Le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Poitiers, le procureur de la république près le tribunal de grande instance de la Rochelle ont été informés de la saisine de la Cour de cassation pour avis.

II-2-Conditions de fond.

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : « avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

La question posée par le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de la Rochelle a été formulée clairement. Il s'agit bien d'une question de droit dont la réponse est susceptible de conditionner la recevabilité d'une instance en divorce.

Pour autant, comme l'exige le législateur, pour que la Cour de cassation soit amenée à émettre un éventuel avis, il convient que la question soit nouvelle, sérieuse, et posée dans de nombreux litiges.

La règle édictée par l'article 1076 du code de procédure civile : « l'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps. La substitution inverse est interdite », est ancienne et sa formulation n'a pas été modifiée par le décret n°2004 -1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale. S'agissant d'une disposition relative à la procédure de divorce, elle est, d'après un arrêt du 28 février 1962, d'ordre public².

² Cass 2^{ème} civ 28 fév 1962 bull .ii,p168

Cette ancienneté pourrait conduire à rejeter, pour absence de nouveauté cette demande d'avis mais une telle position serait tout à la fois contraire à la volonté du législateur et non conforme à l'approche de la Cour. En effet, lors de la présentation du texte Georges Kiejman ministre délégué auprès du garde des sceaux, avait précisé que si le problème soulevé ne pouvait avoir été "plusieurs fois jugé et commenté", cela ne signifiait pas que le texte en cause devait être "récent".

La Cour de cassation ne fait d'ailleurs pas de l'ancienneté du texte un critère important. Il convient surtout de considérer en quoi la question de droit posée est nouvelle, au regard de la loi, du règlement ou encore de la jurisprudence.

Qu'en est-il de cette dernière ?

La Cour de cassation a eu à diverses reprises à se prononcer sur l'impossibilité de transformer une demande en séparation de corps en demande en divorce. Les espèces dans lesquelles elle a été saisie ont le plus souvent concerné des mutations d'une demande initiale en séparation de corps en demande en divorce à la suite de la demande reconventionnelle en divorce qui avait été formée par le défendeur à l'assignation en séparation de corps.

La fermeté de la position de la Cour a toujours été affirmée³ et, en cassant les arrêts, soit ayant ignoré la substitution intervenue, soit l'ayant validé, la Cour en tire toutes les conséquences concernant la demande reconventionnelle qui devient caduque. Cette jurisprudence est la confirmation des arrêts rendus⁴ en cette matière par la deuxième chambre civile .

Il en résulte que sauf désistement accepté et définitif de sa requête en séparation de corps et dépôt d'une nouvelle requête, en divorce cette fois, le demandeur est en quelque sorte prisonnier de celle -ci ; il ne peut en sortir en la transformant en assignation en divorce.

Mais l'interrogation soumise par le juge a un contenu différent, puisque la question porte sur le point de savoir si l'autorisation d'assignation accordée sur requête en séparation de corps, non suivie d'effet dans les trois mois par le demandeur, peut servir de fondement à l'assignation en divorce formée par le défendeur à la requête.

Si, ainsi formulée, il n'a jamais été répondu par la Cour suprême à cette question, les juridictions du fond en ont été saisies et ont choisi des voies divergentes: ainsi, si certaines ont considéré que le défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge offrait la possibilité au conjoint d'assigner lui-même en divorce⁵, d'autres ont estimé qu'une telle assignation était irrecevable au visa de l'article 1076 al2⁶. Sur une période d'une trentaine d'années, il n'y a pas eu d'inflation procédurale sur le sujet puisque selon le service de documentation, des études et du rapport

³ Cass 1^{ère} civ 19 avril 2005 bull 2005,I,n°189 et 16 avril 2008 bull 2008, I,n°110

⁴ Cass 2^{ème} civ ,28 février 1962 bull 1962 II n°239 et 6 janvier 1993 n°91-16.020

⁵ TGI Albertville 31 mai 1988 Defrenois 1988,1293;la rochelle 12 juillet 1995 (jurisdata 1995-053307); CA paris 7 sept.200 (jurisdata 200-125474);CA Poitiers 1 sept 2010 ;CA Douai 14 avril 2011;nîmes 3 avril 2013

⁶ TGI de Bourgoin-Jallieu 27 février 1981D1983 IR 33;naterre 19 mars 1997 (jurisdata 1997-045012; CA Grenoble 6 novembre 2001 RG n°00/04816; CA Besançon 2 fév 2012 n°10/1053; CA Paris 2 juillet 2013 RG 08/00734;

de la Cour de cassation, entre les juridictions de première instance et les juridictions d'appel, seulement un peu plus d'une dizaine de procédures ont émergé.

Si la question apparaît sérieuse au regard de cette divergence d'approche et pouvoir ainsi entraîner pour le justiciable une certaine insécurité juridique, encore faut-il qu'elle puisse se poser à l'avenir dans de nombreuses procédures pour justifier que la Cour envisage d'émettre un avis.

Selon le ministère de la justice, les juridictions de première instance ont été saisies en 2005 de 3930 demandes en séparation de corps et en 2012 de 2899 . Le nombre de décisions de séparation de corps prononcées a été de 3040 en 2005 et de 1283 en 2012, quand dans le même temps étaient prononcés 155253 divorces en 2005 et 129654 en 2012.

En 2012, les cours d'appel ont été saisies de 249 affaires nouvelles de séparation de corps dont 103 concernaient des modifications de mesures provisoires.

Il est, par ces données, établi que nous sommes en présence d'un contentieux marginal en nombre mais surtout en constante diminution, ce qui correspond parfaitement à l'évolution de la société et à celle du droit de la séparation devenu depuis la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 un véritable droit au divorce.

En outre, l'hypothèse, objet de la demande d'avis, au regard du nombre de procédures ne peut qu'être elle-même très marginale . Si la seule donnée comptable ne saurait justifier une irrecevabilité, la potentialité très limitée de litiges futurs permet sans doute de l'entraîner.

Les conditions de fond de la recevabilité de la demande d'avis ne me semblent donc pas réunies car la question n'apparaît ni véritablement nouvelle ni concerner de nombreuses procédures.

III- Sur le fond

Avant d'aborder le fond du droit, tel que prévu par l'article 1076 du code de procédure civile, il convient d'évoquer la place de la séparation de corps dans le droit du « démariage » selon le vocable du doyen Carbonnier, notamment après l'évolution législative la plus récente.

La séparation de corps, dont le principal effet est de constater en droit la séparation des époux et d'en régler les conséquences humaines et matérielles, tout en laissant subsister le lien conjugal, a longtemps été considérée comme le divorce des catholiques, attachés au maintien de ce lien, certes civil, mais par ailleurs consacré et donc dogmatiquement indissoluble.

En dehors d'une longue période située entre 1816 et 1884 (loi Bonald du 8 mai 1816 abolissant le divorce puis loi Naquet du 27 juillet 1884 le rétablissant) pendant laquelle elle seule a subsisté, la séparation de corps a toujours coexisté avec le divorce au cours des diverses réformes législatives du droit de la séparation des époux.

La jurisprudence d'abord, puis les textes réglementaires accompagnant les réformes successives du divorce en 1975 et 2004 ont consacré le principe selon lequel, si une demande en divorce était transformable en séparation de corps, l'inverse n'était pas possible. L'argument simple soutenant cette règle tient à ce que si le divorce, par ses éventuels effets, contient en lui-même la séparation de corps, la séparation de corps, quant à elle, ne porte pas l'élément essentiel du divorce qu'est la rupture du lien conjugal.

Très rapidement⁷ après le rétablissement du divorce par la loi Naquet, la Cour de cassation a été amenée à préciser sa position. Ainsi, dans un arrêt du 22 février 1888⁸ la chambre civile de la Cour, après avoir fait le constat « que les demandes en séparation de corps et les demandes en divorce forment deux sortes de demandes essentiellement distinctes par leur caractère et le but auquel elles tendent... » en tire les conséquences : « si la demande en divorce comprend virtuellement la demande en séparation de corps et si le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en simple demande en séparation, il en est tout différemment quand la première instance introduite est une demande en séparation de corps qui ne saurait être considérée comme comprenant une demande de dissolution du mariage»

Mais, par ailleurs, si le législateur, tout en maintenant la séparation de corps dans le corpus du droit de la séparation des époux, en a considérablement diminué la portée, il n'a fait que prendre en compte le changement du regard social sur le divorce, corollaire du quasi abandon de jugement moral qui était parfois associé à l'échec du mariage, entraînant de facto une chute significative des demandes en séparation de corps.

L'évolution fondamentale est intervenue avec la loi numéro 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. En effet, cette oeuvre législative a abouti à une refonte totale des textes, modifiant les conditions du divorce en substituant à un divorce fondé uniquement sur la faute, pluralité de cas de divorce, dont le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture de la vie commune. Cette loi est incontestablement le socle de l'évolution historique vers la liberté de divorcer.

Toutefois c'est la loi numéro 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce qui a permis de consacrer un véritable droit unilatéral au divorce, quelle qu'ait pu être le choix procédural initial.

L'examen de l'exposé des motifs du texte présenté aux débats devant les parlementaires, tout en démontrant le caractère totalement accessoire de la séparation de corps dans l'économie du texte, établit avec force la volonté du législateur qui repose sur deux axes : d'une part la reconnaissance de la liberté de divorcer et d'autre part, la recherche autant que faire se peut d'une rupture apaisée.

Malgré ce choix fondamental, le législateur a entendu maintenir la séparation de corps comme une possibilité offerte aux époux qui ne souhaitent pas divorcer, d'organiser leur séparation sans rompre le lien conjugal. Cette procédure reste donc à disposition de ceux ou celles qui ne souhaitent pas aller jusqu'au divorce ou en tout cas être à l'origine de la dissolution du lien conjugal souvent pour des raisons religieuses et (ou) de convictions personnelles. En outre, ce choix peut aussi être lié à l'aboutissement de négociations entre époux, permettant à l'époux qui ne veut pas divorcer mais qui accepte des concessions dans le cadre d'une séparation de corps d'adhérer à une procédure moins brutale dans ses conséquences.

Mais que peut peser cette volonté, quand par ailleurs :

-si l'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps, cette possibilité lui est refusée si la demande

⁷ Cass civ 30 juin 1886,D1887,1,60

⁸ Cass civ ,22 février 1888 ,DP1888,1,223

principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal. Dans cette hypothèse la demande reconventionnelle ne pourra tendre qu'au divorce (article 297 du code civil).

-l'article 297-1 al.2 prévoit que lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge doit examiner en premier lieu la demande en divorce et le prononcer si les conditions en sont réunies. À défaut, il doit statuer sur la demande en séparation et s'il accueille les deux demandes, toutes deux fondées sur la faute, il doit prononcer le divorce aux torts partagés. La priorité au divorce est donc clairement affirmée.

- le délai rendant la conversion obligatoire de la séparation de corps en divorce à la demande de l'un des époux, acquis depuis la loi du 6 juin 1908 a été réduit de trois à deux ans (article 306 du Code civil) par le législateur de 2004.

Mais c'est surtout la création du divorce pour altération définitive du lien conjugal qui démontre de la manière la plus significative la volonté du législateur de ne pas contraindre un époux à maintenir un lien conjugal dont il souhaite se défaire. Si ce cas de divorce prévu par l'article 297 du code civil a été présenté comme issu de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune créé par la loi 1975, il en est très éloigné quant à sa philosophie. En effet, en abaissant à deux ans le délai de six ans requis antérieurement pour que soit constatée la rupture de la vie commune, en abolissant la clause d'exceptionnelle dureté ou en supprimant le dispositif pénalisant pour le demandeur, toute résistance de l'un des époux au divorce apparaît, à terme, vouée à l'échec .

C'est donc dans ce contexte très favorable à la priorité donnée à la dissolution du lien conjugal que doit être analysée la règle posée par l'article 1076 du code de procédure civile. Il a été vu plus haut que si le principe de non substitution d'une demande en divorce à une demande initiale en séparation de corps s'imposait lorsqu'il s'agissait de répondre à une demande reconventionnelle en divorce, il donnait lieu à une interprétation diversifiée par les juges du fond quant à la faculté offerte au défendeur à la requête en séparation de corps d'assigner en divorce, passé le délai de trois mois de l'article 1113 du code de procédure civile qui réserve ce premier délai au seul auteur de la requête.

Sur requête, le juge, s'il ne peut concilier les parties, les autorise à assigner selon les délais de l'article 1113 du code de procédure civile. Cette assignation doit-elle avoir pour seul objet le but initialement poursuivi : divorce ou séparation de corps ?

L'autorisation d'assignation donnée sur requête de l'un des époux vise les deux époux comme le prévoit le texte de l'article 1111 du code de procédure civile : « le juge... .. peut....autoriser immédiatement les époux à introduire l' instance en divorce... ». Les règles procédurales étant identiques pour les procédures de séparation de corps et celles du divorce, il faut sans doute lire «instance» en séparation de corps au lieu de «instance» en divorce lorsque la requête présentée au juge visait cet objet. Dès lors, face à la carence de l'auteur de la requête en séparation de corps d'assigner dans le délai de trois mois, l'assignation en divorce est-elle ouverte au défendeur à la requête?

Certains ont cru déceler dans un arrêt de la deuxième chambre civile de 1983⁹ qu'il faut se conformer, sous peine d'irrecevabilité, au permis de citer délivré par le juge saisi sur requête. D'autres¹⁰, pour parvenir au même résultat négatif, ont considéré, qu'en prenant l'initiative, passé le délai de trois mois, le défendeur à la requête devenait demandeur à l'instance et endossait ainsi les habits de la prohibition de l'article 1076 du code de procédure civile.

⁹ JCP,G,1983,IV,298 ;N Fricero Jurisclasseur divorce fasc 140 n°5

¹⁰ Huet-Weiller ,vol 2,n°354

Mais ces positions doctrinales sont très minoritaires et la plupart des auteurs estiment que dans une telle hypothèse le défendeur à la requête peut parfaitement assigner en divorce¹¹.

Il est vrai, et c'est l'argument principal avancé, que si l'auteur de la requête en séparation de corps avait fait suivre celle-ci d'une assignation, l'article 297 du Code civil ouvrirait au défendeur la possibilité d'assigner en divorce. Quel contre argument pourrait justifier la position inverse ?

Le premier tient à la procédure. Saisi sur requête en séparation de corps, le juge, en autorisant d'assigner dans l'ordonnance de non-conciliation, ne peut viser dans son autorisation un autre objet que celui qui lui est demandé, même s'il est vrai que l'article 1111 du code de procédure civile ne spécifie pas que le juge ait obligation de qualifier l'objet de l'assignation qu'il autorise. Mais c'est tout de même forcer la main du juge.....

Le second tient au fond et a été évoqué plus haut. Il s'agit des concessions qui ont pu être faites pour parvenir à l'accord de l'un des époux à souscrire à une procédure en séparation de corps. Mais ici, par définition, c'est le défendeur à la requête qui aurait fait les concessions et s'il fait le choix de la demande en divorce, il en prend la responsabilité.

Et si, dans une conception extensive de la portée de l'article 1076 du code de procédure civile, il était considéré que la règle s'applique aussi dans l'hypothèse soumise par le juge votre cour, est-elle encore au regard de l'évolution du droit du divorce une règle d'ordre public que le juge pourrait relever d'office? Lorsque les parties qui ont la possibilité de soulever cette fin de non recevoir s'accordent pour poursuivre la procédure, n'assiste-t-on pas une forme de déclasserement de cette exigence procédurale? Le juge devrait alors décider des seules conséquences humaines et patrimoniales, sauf à constater la rupture de l'accord initial. C'est le sens de l'arrêt rendu le 2 juillet 2013 par la cour d'appel de Paris, qui, après avoir rappelé : « que les questions relatives à l'état des personnes sont d'ordre public », a poursuivi ainsi son raisonnement : « considérant que, même s'il s'agit d'une fin de non recevoir qui peut être opposée en tout état de cause, la cour aurait pu ignorer le problème si les deux parties avaient admis la recevabilité de leurs demandes respectives en divorce... ».

Mais comme J Massip¹², il convient de défendre une conception restrictive de l'article 1076 du code de procédure civile qui correspond à l'évolution du droit de la séparation, dans lequel la séparation de corps apparaît comme une "sorte de survivance historique", une institution en voie de lente disparition de fait et à ce titre, protégée pour l'usage d'une minorité d'époux aux motivations parfaitement respectables.

Si tous ces éléments pourraient me conduire à vous inviter à émettre un avis, je considère que les conditions de fond n'en sont pas réunies pour les raisons que j'évoquais plus haut à savoir d'une part la nouveauté et d'autre part le nombre de litiges. Il n'y a donc pas lieu à avis.

¹¹ EFortis Rcv dalloz Séparation de corps n°8; Hauser RTDCiv 1996 p 587; Massip le nouveau droit du divorce Defrénois 4^{ème} partie; Defrénois 1988.p1293 obs Massip

¹² Cf note 10 Obs Massip