

Demande d'avis n° P1370007

Séance du 10 février 2014

Juridiction : tribunal de grande instance de La Rochelle

Monsieur Bernard X...

C/

Madame Chantal Y...

Rapporteur : Rachel Le Cotty

RAPPORT

Par ordonnance du 22 octobre 2013, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de La Rochelle a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis 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 ?”

Après le rappel des faits et de la procédure (I), seront examinés successivement la recevabilité de la demande d'avis (II) et les éléments de réponse au fond (III).

I - Rappel des faits et de la procédure

Le 3 avril 2009, Mme Y... épouse X... a déposé une requête en séparation de corps devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Rochefort sur Mer.

Le 22 janvier 2010, le juge aux affaires familiales a rendu une ordonnance de non-conciliation autorisant notamment *“l’assignation devant le tribunal de grande instance selon les dispositions de l’article 1113 du code de procédure civile”*.

Le 29 novembre 2011, M. X... a assigné son épouse en divorce pour altération définitive du lien conjugal, sur le fondement des articles 237 et 238 du code civil.

Par conclusions d'incident du 6 décembre 2012, M. X... a sollicité la désignation d'un notaire en vue d'établir un projet d'état liquidatif de la communauté.

Par conclusions du 28 janvier 2013, Mme Y... a acquiescé à la demande formulée par son époux.

Par ordonnance du 5 mars 2013, le juge de la mise en état a ordonné la réouverture des débats et fait injonction aux parties de conclure sur la recevabilité de l'assignation en divorce au regard des dispositions de l'article 1076 du code de procédure civile.

Les deux parties ont conclu à sa recevabilité.

Par ordonnance du 22 octobre 2013, le juge aux affaires familiales a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la possibilité pour l'époux non requérant d'assigner son conjoint en divorce après une requête initiale en séparation de corps.

II - Recevabilité de la demande d'avis

A - Au regard des règles de forme

Le juge aux affaires familiales, conformément aux dispositions de l'article 1031-1 du code de procédure civile, a invité les parties à conclure sur son intention de saisir la Cour pour avis.

Le ministère public a, par conclusions du 25 juin 2013, émis un avis favorable à la saisine de la Cour pour avis.

Le 24 septembre 2013, une injonction a été faite aux parties de présenter leurs observations sur la procédure de saisine pour avis pour le 22 octobre 2013.

L'ordonnance sollicitant l'avis a été notifiée, dans les formes de l'article 1031-2, alinéa 2, du code de procédure civile, aux parties, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, lesquels ont été signés le 9 novembre 2013.

Le premier président de la cour d'appel, le procureur général et le procureur de la République auprès du tribunal de grande instance de la Rochelle ont été avisés par lettre du 8 novembre 2013.

Les diligences accomplies satisfont en conséquence aux règles de forme prévues par les articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

B - Au regard des règles de fond

S'agissant des règles de fond, conformément à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il importe de déterminer si la question posée est "*une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*".

Pour être recevable, la demande d'avis doit en conséquence porter sur une question de droit (1), nouvelle (2), qui présente une difficulté sérieuse (3) et se pose dans de nombreux litiges (4).

1 - Une question de droit

La question porte sur l'interprétation de l'article 1076 du code de procédure civile, aux termes duquel :

*"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."*

L'époux qui a engagé une procédure de séparation de corps ne peut donc ensuite, à quelque stade de la procédure que ce soit, former une demande en divorce. Mais son conjoint peut-il l'assigner en divorce ? Cette question est une question de droit. Elle est formulée de manière précise.

La question posée doit également commander l'issue du litige¹.

La question soumise à la Cour commande l'issue du litige, à condition toutefois que le juge puisse soulever d'office l'éventuelle irrecevabilité de l'assignation en divorce. En effet, si le juge ne pouvait relever d'office cette fin de non-recevoir, l'épouse n'ayant pas soulevé l'irrecevabilité de l'assignation de son conjoint mais ayant au contraire acquiescé à la procédure de divorce qu'il avait engagée, la procédure aurait dû suivre son cours.

¹ Avis de la Cour de cassation, 23 avril 2007, n°07-00.008 ; 20 octobre 2000, n°02-00.014 et n°02-00.015

Il est rappelé qu'aux termes de l'article 125 du code de procédure civile, *"les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée"*.

Il a été jugé par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation que, les dispositions relatives à la procédure de divorce étant d'ordre public, la fin de non-recevoir tirée de la substitution d'une demande en divorce à une demande en séparation de corps était d'ordre public et devait être soulevée d'office par les juges du fond (2^{ème} Civ., 28 février 1962, pourvoi n°61-10.388, *Bull.* 1962, II, n°239) :

"Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir déclaré cette demande irrecevable, bien que le défendeur n'ait pas soulevé de fin de non-recevoir ;

Mais attendu que les dispositions relatives à la procédure de divorce sont d'ordre public ; que si, aux termes de l'article 239 du code civil, une demande en divorce peut, en tout état de cause, être transformée en demande en séparation de corps, à l'inverse, une demande en séparation de corps ne peut être transformée en demande en divorce ; qu'à juste titre, la cour d'appel a opposé à la demande de Mme A... une irrecevabilité d'ordre public".

Il résultait en effet de l'interprétation *a contrario* de l'article 239, alinéa 2, du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 (*"le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps"*), qu'une demande en séparation de corps ne pouvait être transformée en demande en divorce.

Il est par ailleurs traditionnellement jugé qu'en matière d'état des personnes, les fins de non-recevoir sont d'ordre public (1^{ère} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n°07-21.826, *Bull.* 2009, I, n°89).

S'agissant de la jurisprudence des juges du fond, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a énoncé, dans un arrêt du 22 février 2002² : *"Attendu que la règle ainsi édictée [par l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile] interdisant la substitution d'une demande en divorce dans le cadre d'une procédure initialement introduite pour solliciter le prononcé d'une séparation de corps est d'ordre public, s'agissant de l'état des personnes ; que dès lors, la violation de ces dispositions constitue une irrecevabilité qui doit être soulevée d'office par le juge"*.

Dans un arrêt de la même cour en date du 24 février 2003³, la fin de non-recevoir a été relevée d'office en dépit de l'accord des parties :

"Attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile que si 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 ; que ces dispositions sont d'ordre public ; qu'en l'espèce, F.V. a présenté une demande en séparation de corps ; que sa demande qu'il formule en appel aux fins de voir prononcer le divorce aux torts exclusifs de son épouse, et qui est acceptée par cette dernière, se heurte toutefois aux dispositions impératives de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile".

² Cour d'appel d'Aix-en-Provence (Chambre 6, section A), 22 février 2002, n° 99/9193, 99/14864

³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 24 février 2003, n° 00/19299

De même, la cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 15 octobre 2002⁴, a retenu que le caractère d'ordre public du mariage avait conduit le législateur à stipuler des règles précises pour sa rupture, qui ne dépendaient pas de la seule volonté des époux, et qu'il avait notamment institué un contrôle judiciaire du juge aux affaires familiales chargé d'autoriser l'assignation à venir, contrôle qui conduirait la juridiction saisie à soulever d'office l'éventuelle fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation d'agir. Ainsi, selon cette juridiction, *"l'époux assigné sans droit ne peut acquiescer pour supprimer le vice qui touche la procédure puisqu'un tel accord aurait pour effet de permettre aux parties de se dispenser consensuellement de la phase préalable de tentative de conciliation, fait contraire au vœu du législateur"*.

Le caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir a également été retenu par la cour d'appel de Riom dans un arrêt du 9 mars 2009⁵ et par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 juillet 2013⁶. Aucune décision en sens contraire n'a été identifiée.

Dès lors, si la fin de non-recevoir tirée d'une éventuelle irrégularité de l'assignation sur le fondement de l'article 1076 du code de procédure civile est d'ordre public, il appartenait au juge aux affaires familiales de la relever d'office, comme il l'a fait, sans que l'accord des époux ne permette la poursuite de la procédure de divorce.

Selon la réponse apportée à la question soumise à la Cour, l'assignation de l'époux devra donc être ou non déclarée irrecevable. La question commande bien l'issue du litige.

2 - Une question nouvelle

La question ne porte pas sur l'application d'un texte nouveau. En effet, l'ancien article 1076 du code de procédure civile, issu du décret n°81-500 du 12 mai 1981, a été repris à l'identique par le décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale.

Comme il vient d'être exposé, l'impossibilité pour un époux de substituer une demande en divorce à une demande en séparation de corps existait même en jurisprudence avant la loi du 11 juillet 1975, en application de l'article 239, alinéa 2, du code civil *a contrario*.

Toutefois, il existe deux aspects de la nouveauté : la question est nouvelle, soit parce qu'elle est suscitée par l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un texte ancien, elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation statuant sur un pourvoi⁷ ou une précédente demande d'avis⁸.

Il a été rappelé dans un arrêt du 16 avril 2008 (1^{ère} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n°07-14.891, *Bull.* 2008, I, n°110), au visa de l'article 1076, alinéa 2, du code civil, que l'époux qui avait formé une demande en séparation de corps ne pouvait lui substituer une demande en divorce. En conséquence, l'époux qui avait formé une demande initiale en séparation de corps ne pouvait lui substituer une demande

⁴ Cour d'appel de Bordeaux (Chambre 6), 15 octobre 2002, n° 00/01693

⁵ Cour d'appel de Riom (Chambre civile 2), 9 mars 2009, n° 08/01676

⁶ Cour d'appel de Paris, 2 juillet 2013, Pôle 3, chambre 2, RG n°08/00734

⁷ Avis de la Cour de cassation, 29 avril 2002, n°02-00.002 ; 10 janvier 2011, n°10-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n°1

⁸ Avis de la Cour de cassation, 6 octobre 2008, n°08-00.010, *Bull.* 2008, Avis, n°3

reconventionnelle en divorce après que son conjoint eût formé une demande reconventionnelle en divorce.

A l'inverse, l'époux qui a formé une demande en divorce peut lui substituer, même en appel, une demande en séparation de corps, ce qui a été rappelé très récemment par la première chambre civile (1^{ère} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n°12-22.362, en cours de publication).

Il a également été jugé que l'irrecevabilité de la demande principale en divorce pour faute, par application de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, avait pour effet de rendre irrecevable la demande reconventionnelle en divorce formée par l'autre époux en raison de l'indivisibilité des demandes en matière de divorce (1^{ère} Civ., 19 avril 2005, pourvoi n°02-19.881, *Bull.* 2005, I, n°189).

Mme Trassoudaine-Verger, rapporteur, indiquait dans son rapport : *“Les juridictions du fond ont déjà jugé que l'interdiction édictée par l'article 1076 du nouveau code de procédure civile ne vise que l'auteur de la demande. En conséquence, à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint est en droit d'assigner lui-même en divorce, d'autant que l'article 1113 du nouveau code de procédure civile n'impose pas que la procédure finale soit la même que la procédure d'origine (cf JCL fasc 310 n°37 joint pour les références citées dont TGI Bourgoing-Jallieu en sens contraire).”*

Mais aucun de ces arrêts n'a répondu à la question posée, qui ne porte pas sur la substitution par le même époux d'une demande en divorce à sa demande initiale en séparation de corps, mais sur la possibilité pour l'autre époux d'assigner en divorce sur une requête initiale en séparation de corps.

Enfin, dans un avis du 3 avril 2006⁹, la Cour de cassation a dit que : *“Lorsqu'une demande en séparation de corps pour faute a été formée avant l'entrée en vigueur de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et qu'une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal est formée sur le fondement de la loi nouvelle, il y a lieu d'examiner en premier lieu la demande en divorce, en application du premier alinéa de l'article 297-1 du code civil.”*

Toutefois, cet avis portait sur les dispositions transitoires de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et sur la priorité accordée par l'article 297-1 du code civil à l'examen de la demande en divorce lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, étant observé que la possibilité de former une demande reconventionnelle en divorce en réponse à une demande initiale en séparation de corps résulte expressément de l'article 297 du code civil, comme il sera exposé ci-dessous.

3 - Une question sérieuse

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence.

L'examen de la jurisprudence des juges du fond montre que la réponse apportée à la question soumise à la Cour n'est pas uniforme.

En effet, alors que certaines décisions admettent la recevabilité de l'assignation en divorce délivrée par le conjoint du requérant initial en séparation de corps, d'autres excluent cette possibilité.

⁹ Avis de la Cour de cassation, 3 avril 2006, n°06-00.002, *Bull.* 2006, Avis, n°2

Dans le sens d'une recevabilité, on citera notamment les deux décisions commentées par la doctrine, à savoir le jugement du tribunal de grande instance d'Albertville du 31 mai 1988¹⁰ et celui du tribunal de grande instance de la Rochelle du 12 juillet 1995¹¹, qui retiennent qu'à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint est en droit d'assigner lui-même en divorce. Selon ces décisions, l'article 1113 du code de procédure civile, qui autorise en ce cas le conjoint à assigner le demandeur initial et à requérir un jugement sur le fond, ne dit pas que ce jugement sur le fond doit tendre uniquement au prononcé de la procédure visée dans la requête initiale.

Dans le même sens, il convient de citer un arrêt de la cour d'appel de Poitiers du 1^{er} septembre 2010¹², un arrêt de la cour d'appel de Douai du 14 avril 2011¹³ et, plus récemment, un arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 3 avril 2013¹⁴.

Ces décisions retiennent que l'interdiction posée par l'article 1076 du code de procédure civile concerne la partie qui a engagé une procédure en séparation de corps et qu'en application conjuguée de l'article 297 du code civil et de l'article 1113 du code de procédure civile, il convient d'admettre qu'à défaut par l'époux demandeur de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint est en droit d'assigner lui-même en divorce.

Dans le sens de l'impossibilité pour l'époux d'assigner en divorce sur une requête en séparation de corps de son conjoint, c'est le jugement du tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu du 27 février 1981¹⁵ qui est cité par la doctrine. Selon cette décision, l'époux qui assigne doit se conformer aux termes de l'ordonnance de non-conciliation. Dès lors, en présence d'une ordonnance autorisant une assignation en séparation de corps rendue à la requête de l'époux, l'épouse ne pourrait assigner en divorce.

Dans le même sens, un jugement du tribunal de grande instance de Nanterre du 19 mars 1997¹⁶ a retenu que l'autorisation d'assigner délivrée par le juge aux affaires familiales était toujours donnée pour une procédure particulière : divorce ou séparation de corps, de sorte que la demande en divorce d'un époux sur le fondement d'une ordonnance de non-conciliation autorisant les époux à assigner en séparation de corps était irrecevable.

Ont également statué en ce sens la cour d'appel de Grenoble dans un arrêt du 6 novembre 2001¹⁷, la cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 15 octobre 2002¹⁸, la cour d'appel de Besançon dans deux

¹⁰ TGI Albertville, 31 mai 1988, *Defrénois* 1988, art. 34350, p. 1293, obs. J. Massip

¹¹ TGI La Rochelle, 12 juillet 1995, JurisData n° 1995-053307

¹² Cour d'appel de Poitiers, chambre civile 4, 1^{er} septembre 2010, n°09/01035

¹³ Cour d'appel de Douai, chambre 7 section 2, 14 avril 2011, n°RG : 10/07295

¹⁴ Cour d'appel de Nîmes, chambre civile 2 C, 3 avril 2013, n°12/00140

¹⁵ TGI Bourgoin-Jallieu, 27 février 1981, *D.* 1983, inf. rap. p. 33, obs. J. Groslière

¹⁶ TGI Nanterre, 19 mars 1997, numéro Juris-Data : 1997-045012

¹⁷ Cour d'appel de Grenoble, 6 novembre 2001, RG n°00/04816

¹⁸ Cour d'appel de Bordeaux (Chambre 6), 15 octobre 2002, n° 00/01693

arrêts des 2 février et 14 juin 2012¹⁹ et la cour d'appel de Douai dans un arrêt très récent du 5 décembre 2013²⁰.

La cour d'appel de Paris, après avoir, dans un arrêt du 7 septembre 2000²¹ jugé que l'interdiction posée par l'article 1076 du code de procédure civile concernait la partie qui avait engagé la procédure en séparation de corps et n'interdisait pas à l'autre époux d'assigner en divorce, a décidé très récemment²² que, l'épouse ayant déposé une requête en séparation de corps et les époux ayant été autorisés à introduire l'instance en séparation de corps, le mari ne pouvait assigner en divorce.

La doctrine est également partagée.

C. Watine-Drouin²³ indique que : *"l'interdiction édictée par l'article 1076 du Code de procédure civile vise l'auteur de la demande. En conséquence, certaines juridictions avaient, avant la réforme, considéré qu'à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint était en droit d'assigner lui-même en divorce (TGI Albertville, 31 mai 1988 : Defrénois 1988, art. 34350, p. 1293, obs. J. Massip. – TGI La Rochelle, 12 juill. 1995 : JurisData n° 1995-053307 ; RTD civ. 1996, p. 587, obs. J. Hauser. – CA Paris, 7 sept. 2000 : JurisData n° 2000-125474). D'autres juridictions lui avaient en revanche dénié une telle faculté (TGI Bourgoing-Jallieu, 27 févr. 1981 : D. 1983, inf. rap. p. 33, obs. J. Groslière. – TGI Nanterre, 19 mars 1997 : JurisData n° 1997-045012 ; Dr. famille 1997, comm. n° 178, obs. H. Lécuyer). La controverse reste là encore ouverte car la rédaction de l'article 1076, alinéa 2, du Code de procédure civile n'a pas été modifiée".*

De même, A. Breton et J. Bouton²⁴ exposent que :

"En matière d'assignation, la jurisprudence n'est pas uniforme concernant l'application de cette interdiction. Ainsi, il a été jugé que, lorsqu'une autorisation d'assigner concerne la séparation de corps, une assignation en divorce est irrecevable, même lorsqu'il s'agit de l'époux qui n'est pas le bénéficiaire de l'autorisation d'assigner (TGI Bourgoing-Jallieu, 27 févr. 1981, D. 1983, IR 33, obs. Groslière), ou encore lorsque le demandeur, dans une procédure de séparation de corps pour faute, n'assigne pas son conjoint dans le délai de trois mois de l'ordonnance de non-conciliation, le défendeur ne peut, à la veille de la péremption des mesures provisoires, assigner son conjoint en divorce (TGI Nanterre, 19 mars 1997, Dr. fam. 1997, no 178, note crit. Lécuyer). Deux jugements traitant de cette même question y ont fort heureusement apporté une réponse inverse (TGI Albertville, 31 mai 1988, Defrénois 1988, 1293, obs. Massip. - TGI La Rochelle, 12 juill. 1995, Juris-Data, n°053 307 ; RTD civ. 1996, 587, obs. Hauser)."

Deux approches peuvent donc être raisonnablement soutenues.

4 - Une question se posant dans de nombreux litiges

¹⁹ Cour d'appel de Besançon, 2 février 2012, RG n°10/01053 et 14 juin 2012, RG n°11/01278

²⁰ Cour d'appel de Douai (chambre 7, section 1), 5 décembre 2013, RG n°13/01751

²¹ Chambre 24, section C, 7 septembre 2000, n°2000/02328, Juris-Data n°2000-125474

²² Cour d'appel de Paris, 2 juillet 2013, Pôle 3, chambre 2, RG n°08/00734

²³ *J.-Cl. Civil* - art. 296 à 304 - Fasc. unique : séparation de corps - causes - procédure - effets - date de fraîcheur : 15 mai 2009, spéc. n°38

²⁴ *Rép. civ. Dalloz* - séparation de corps - actualisation par E. Fortis - janvier 2013, spéc. n°84

Les demandes en séparation de corps sont très nettement inférieures aux demandes en divorce, puisque le nombre de séparations de corps prononcées est de moins de 4.000 par an²⁵, alors que le nombre de divorces prononcés est de plus de 130.000 par an.

La séparation de corps n'a donc pas, et de loin, l'importance du divorce, mais elle convient toujours à certains couples qui souhaitent être dispensés de l'obligation de cohabiter sans dissoudre le lien matrimonial. *"C'est sans doute pour cette raison que le législateur de 2004, pas plus que son prédécesseur, ne s'est risqué à la supprimer"*²⁶.

S'il n'est pas possible de disposer de statistiques sur la fréquence des hypothèses semblables à celle actuellement en instance devant le juge aux affaires familiales de La Rochelle, les décisions rendues par les juges du fond témoignent de l'existence d'un contentieux en la matière. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la question posée est une question de droit nouvelle qui conditionne l'issue du litige. Si la Cour de cassation estime que, posant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, elle entre dans les prévisions de l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire, ces considérations pourraient justifier un examen au fond de la question posée.

III - Eléments de réponse à la question posée

Nous verrons que la similitude des causes et des procédures de divorce et de séparation de corps (A) a conduit le législateur à prévoir des mécanismes d'articulation entre ces deux modes de rupture, qui ne sont pas toujours d'une parfaite cohérence (B).

A - Les procédures de divorce et de séparation de corps

Si les procédures de divorce et de séparation de corps sont similaires (1), leurs effets diffèrent quant au lien matrimonial, dissous dans un cas et simplement relâché dans l'autre (2).

1 - Deux procédures similaires

La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce n'a pas remis en cause les similitudes procédurales existant sous l'empire des textes antérieurs entre les procédures de divorce et de séparation de corps.

Selon l'article 296 du code civil, la séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce.

Ainsi, la séparation de corps peut, comme le divorce, être prononcée pour consentement mutuel, demande acceptée, altération définitive du lien conjugal ou faute (article 229 du code civil).

Il résulte de l'article 298 du code civil que les règles relatives à la procédure de divorce sont applicables à la procédure de séparation de corps.

²⁵ En 2010, les juges aux affaires familiales ont été saisis de 3387 demandes en séparation de corps et les cours d'appel de 249 demandes (Secrétariat Général - Service support et moyens du ministère - SOUS-DIRECTION DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES - Annuaire statistique de la Justice - Édition 2011-2012, La Documentation française 2012, *spéc.* p. 47)

²⁶ S. Del Arco et J.-J. Lemouland, "Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004", *Dr. famille* n°3, mars 2005, étude 5 ; V. Également l'objectif du législateur de *"préservé une pluralité des réponses judiciaires aux attentes des couples"*, Exposé des motifs de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

Ce principe est rappelé à l'article 1129 du code de procédure civile, qui dispose que *"la procédure de la séparation de corps obéit aux règles prévues pour la procédure de divorce"*.

La procédure de divorce par consentement mutuel est particulière puisqu'il s'agit d'une procédure gracieuse (article 1088 du code de procédure civile), qui repose sur l'accord des époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. Le juge est saisi par une requête conjointe des époux, requête unique à laquelle est annexée la convention de divorce réglant les conséquences du divorce (articles 250 du code civil, 1089 et 1092 du code de procédure civile). Cette convention est homologuée par le juge, qui prononce le divorce *"s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé"* (article 232 du code civil).

La séparation de corps par consentement mutuel est possible, mais elle se situe hors du champ de la question posée, laquelle vise expressément les procédures contentieuses, qui se déroulent en deux étapes, la première étape centrée autour de la tentative de conciliation et la seconde, l'étape contentieuse, introduite par l'assignation.

L'une des originalités de la procédure de divorce (ou de séparation de corps) contentieux est en effet la division de la procédure en deux parties : la première, phase préparatoire, le *"tronc commun procédural"* institué par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce²⁷, et la seconde, l'instance proprement dite, donnant lieu au jugement de divorce (ou de séparation de corps). Si la procédure débute par l'acte unilatéral d'un époux, la requête initiale, l'instance est introduite par une assignation ou une requête conjointe, conformément aux règles applicables à la procédure contentieuse devant le tribunal de grande instance.

a) le tronc commun procédural :

Le juge aux affaires familiales est saisi par une requête initiale qui ne doit pas indiquer les motifs du divorce ou de la séparation de corps (articles 251 du code civil et 1106 du code de procédure civile). Il convoque les époux pour tenter de les concilier et, à défaut, prescrit les mesures provisoires.

Dans l'ordonnance de non-conciliation, le juge autorise les époux à introduire l'instance et leur rappelle les délais pour ce faire.

L'article 1111 du code de procédure civile précise :

"Lorsqu'il constate, après avoir entendu chacun des époux sur le principe de la rupture, que le demandeur maintient sa demande, le juge rend une ordonnance par laquelle il peut soit renvoyer les parties, conformément à l'article 252-2 du code civil, à une nouvelle tentative de conciliation, soit autoriser immédiatement les époux à introduire l'instance en divorce.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner tout ou partie des mesures provisoires prévues aux articles 254 à 257 du code civil.

Lorsqu'il autorise à introduire l'instance, le juge rappelle dans son ordonnance les délais prévus à l'article 1113 du présent code".

b) l'instance :

C'est l'assignation en divorce (ou en séparation de corps) qui introduit l'instance. Ainsi, l'article 257-1 du code civil dispose qu'après l'ordonnance de non-conciliation, un époux peut *"introduire l'instance"*, et

²⁷ V. Exposé des motifs de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

l'article 257-2 précise qu'à peine d'irrecevabilité, la "demande introductive d'instance" comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.

Cette instance est en principe "formée, instruite et jugée selon la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance" (article 1114 du code de procédure civile).

Des particularités distinguent toutefois la procédure de divorce des autres procédures:

- les délais et l'autorisation d'assigner : l'autorisation d'assigner est accordée par le juge aux affaires familiales dans l'ordonnance de non-conciliation et des délais sont imposés aux époux.

Ainsi, selon l'article 1113 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 :

"Dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner en divorce.

En cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance".

Dans les trois mois de l'ordonnance de non-conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut donc assigner son conjoint. Mais, à défaut pour lui d'avoir agi dans ce délai, l'autre époux peut également délivrer l'assignation, et ce, pendant les vingt-sept mois qui suivent. Les deux époux ont donc la possibilité d'agir, passé le délai de trois mois. La loi du 26 mai 2004 a prévu un délai aussi long afin de permettre à l'époux demandeur de réaliser le délai de deux ans de séparation nécessaire pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Ces principes sont rappelés par la circulaire du 23 novembre 2004 de présentation de la loi relative au divorce²⁸ :

"La réforme a conservé la règle selon laquelle, pendant les trois mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner (article 1113 du nouveau code de procédure civile, issu de l'ancien article 1111 du même code).

A l'expiration de ce délai, cette faculté est ouverte à l'époux le plus diligent. En effet, l'autorisation d'introduire l'instance accordée par le juge dans l'ordonnance de non conciliation vise désormais les deux époux et non plus seulement celui des deux qui a déposé la requête initiale (article 1111 nouveau).

Il convient toutefois d'observer que le premier alinéa de l'article 1113 ne vise que « l'assignation » en divorce formée par un époux et non « l'introduction de l'instance ».

Ainsi, le privilège reconnu au requérant pour assigner dans les trois mois de l'ordonnance de non conciliation ne s'applique pas à la requête conjointe, laquelle peut être présentée par les époux immédiatement après l'ordonnance de non conciliation."

- l'introduction de l'instance : c'est seulement à l'issue de la tentative de conciliation que l'assignation précisera le fondement choisi. Un époux peut alors choisir l'un des trois cas de divorces contentieux. En principe, l'acte introductif d'instance est une assignation, mais les époux peuvent également introduire l'instance par requête conjointe lorsqu'à l'audience de conciliation, ils ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du code civil.

²⁸ Circulaire (N° NOR : JUS C 0420849 C - CIV / 16 / 04) du 23 novembre 2004 de présentation de la loi relative au divorce, du décret portant réforme de la procédure en matière familiale et du décret fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire, 2.1.5.1. Introduction de l'instance, n°40, a) "délais"

L'assignation contient les mentions obligatoires des articles 56 et 752 du code de procédure civile.

La circulaire d'application du 23 novembre 2004 expose sur ce point²⁹ :

“L'introduction de l'instance peut, conformément aux dispositions prévues en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance, s'effectuer par assignation ou par requête conjointe. Cette dernière présente un intérêt particulier en matière de divorce accepté. Le recours à la requête conjointe est même obligatoire lorsque les époux s'accordent après l'ordonnance de non conciliation sur le prononcé d'un divorce sans considération des faits à l'origine de la rupture”.

Elle précise ensuite³⁰ :

“Le demandeur peut introduire l'instance pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute (article 257-1 du code civil). Son choix doit porter sur l'un seul de ces cas, sans possibilité de demande subsidiaire. Une telle demande, si elle était toutefois formulée dans l'assignation, ne saisirait pas le juge (article 1077 du nouveau code de procédure civile).”

La question posée par le juge aux affaires familiales de La Rochelle nous invite à examiner les effets de l'autorisation d'assigner donnée par l'ordonnance de non-conciliation : il s'agit d'une autorisation générale, qui ne distingue pas selon les différents cas de divorces contentieux. Mais s'agit-il aussi d'une autorisation donnée pour la séparation de corps comme pour le divorce ?

Le “tronc commun procédural” concerne-t-il tout autant les cas de divorce que les procédures de divorce et séparation de corps ?

Cette question nous conduit à examiner le cas particulier du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage : une assignation en divorce est-elle possible en cas de requête en séparation de corps et d'ordonnance de non-conciliation ayant constaté l'acceptation par les époux du principe de la séparation de corps ?

c) le cas particulier du divorce accepté :

L'article 233 du code civil permet à l'un des époux ou aux deux époux de demander le divorce lorsqu'ils *“acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celui-ci”*. Il précise que *“cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel”*.

L'objectif recherché par le législateur de 2004 était de favoriser une plus grande sécurité juridique en évitant la remise en cause dilatoire de l'acceptation du divorce sur le fondement de l'article 233, comme cela pouvait être le cas auparavant, avec le divorce sur double aveu issu de la loi du 11 juillet 1975.³¹

Dans un avis du 9 juin 2008³², la Cour de cassation a rappelé ce principe en affirmant que *“l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf vice du consentement”*.

²⁹ Circulaire précitée, n°41, b) *“forme”*

³⁰ Circulaire précitée, n°42, c) *“choix du cas”*

³¹ Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n°120

³² Avis de la Cour de cassation, 9 juin 2008, n°08-00.004

En raison de cette acceptation irrévocable, l'article 257-1, alinéa 2, du code civil énonce que *"lorsqu'à l'audience de conciliation, les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233, l'instance ne peut être engagée que sur ce même fondement"*.

Ainsi, l'article 1123, alinéas 2, 3 et 4, du code de procédure civile, précise qu'*"à l'audience de conciliation, cette acceptation est constatée immédiatement dans un procès-verbal dressé par le juge et signé par les époux et leurs avocats respectifs. Le juge renvoie alors les époux à introduire l'instance pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets, la cause du divorce demeurant acquise. Le procès-verbal est annexé à l'ordonnance.*

A défaut chaque époux peut déclarer, par un écrit signé de sa main, qu'il accepte le principe de la rupture du mariage.

Les deux déclarations sont annexées à la requête conjointe introductive d'instance".

Comme le rappelle la circulaire du 23 novembre 2004, *"il n'existe qu'une seule exception à [la] liberté de choisir le cas de divorce. Si, lors de l'audience de conciliation, les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du code civil, l'instance ne peut être introduite que sur ce fondement"*³³.

Dès lors, du fait du parallélisme des procédures, si à l'audience de conciliation, un procès-verbal d'acceptation du principe de la séparation de corps est signé par les époux, sur requête en séparation de corps de l'un d'eux, il semble que l'autre ne puisse assigner en divorce et ce, quelle que soit la réponse apportée à la question posée, le principe même d'une séparation de corps acceptée étant définitivement acquis³⁴.

2 - Des effets qui diffèrent : relâchement ou dissolution de l'union

La séparation de corps est une dispense judiciaire de l'obligation de vie commune. Contrairement au divorce, elle n'a pas pour conséquence la dissolution du mariage, mais opère seulement un relâchement du lien matrimonial. L'article 299 du code civil l'exprime ainsi : *"la séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation"*. Il en résulte une *"incontestable ambiguïté"*, une situation *"à mi-chemin entre l'état de mariage de l'état de célibat"*³⁵.

Pour cette raison, elle a été, pendant longtemps, présentée comme le divorce des catholiques car elle est compatible avec le dogme de l'indissolubilité du mariage prôné par le droit canonique. Toutefois, elle peut être convertie en divorce, y compris contre le gré d'un époux. Elle est donc souvent aujourd'hui une étape intermédiaire vers le divorce³⁶.

³³ A noter également que, selon la majorité de la doctrine, dès lors que l'acceptation du principe de la rupture se concrétise postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation, les époux ne peuvent introduire l'instance que par requête conjointe contentieuse et non par assignation (et ce, en application des alinéas 3 et 4 de l'article 1123 . V. notamment Ph. Malaurie et H. Fulchiron, Droit civil, La famille, *Defrénois*, 3^{ème} ed., n°668 ; O. Matocq et Y. Favier, Droit de la famille, *Dalloz Action* 2010, Cas de divorce, n°132.173 et circulaire du 23 novembre 2004, 2.1.5.1, n°41 et 50)

³⁴ *Lamy Droit des Personnes et de la Famille - Partie 3 - Les couples - Titre 2 - Le divorce- Etude 374 - La séparation de corps, spéc. n°374-18*

³⁵ A. Bénabent, Droit civil, Droit de la famille, Montchrestien, 2010, *spéc. n°364*

³⁶ P. Courbe, A. Gouttenoire, Droit de la famille, Sirey, 6^{ème} éd, 2013, *spéc. n°701*

Pour certains auteurs, le législateur de 2004 a contribué à faire évoluer la séparation de corps vers le divorce : *“Si la séparation de corps présente toujours un double visage, d'un côté tourné vers le mariage (qu'elle ne dissout pas et qui peut être revivifié par la simple reprise de la vie commune), d'un autre côté vers le divorce (dans lequel elle peut se transformer par simple conversion), c'est vers le second que la loi du 26 mai 2004 fait nettement pencher la balance”*.³⁷

Certains effets de la séparation de corps sont identiques à ceux du divorce, comme le sort des donations et avantages matrimoniaux (article 304 du code civil).

Les époux n'étant plus tenus de cohabiter, chaque époux recouvre le droit de fixer librement sa résidence puisqu'il n'y a plus de résidence commune (article 108-1 du code civil). La disparition du devoir de cohabitation est l'effet essentiel recherché généralement par les époux.

De ce fait, *“la séparation de corps entraîne toujours séparation de biens”* (article 302 du code civil). En effet, le régime de la communauté serait peu adapté à la cessation de la cohabitation.

Mais pour le reste, les effets de la séparation de corps sont marqués par le maintien du mariage.

Ainsi, la séparation de corps est sans incidence sur le nom, chaque époux conservant l'usage du nom de l'autre, sauf si le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur l'interdit (article 300 du code civil).

La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours, qui prend la forme d'une pension alimentaire ou d'un capital lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête (article 303 du code civil). En revanche, la séparation de corps n'ouvre pas droit à une prestation compensatoire.

En cas de décès de l'un des époux, l'autre conserve *“les droits que la loi accorde au conjoint survivant”* quel que soit le cas de séparation de corps ou la répartition des torts (article 301 du code civil).

Enfin, la séparation de corps prend fin soit en raison de la reprise de la vie commune (article 305 du code civil), soit par sa conversion en divorce selon les modalités prévues aux articles 306 à 308 du code civil, avec une conversion de plein droit lorsque la séparation a duré deux ans.

B - L'articulation séparation de corps/divorce au regard des dispositions des articles 1076 du code de procédure civile et 297 du code civil.

L'interdiction posée par l'article 1076 du code de procédure civile, qui peut apparaître comme la survivance d'une préférence ancienne pour la séparation de corps (1), contraste avec la souplesse prévue par les articles 297 et 297-1 du code civil (2), ainsi que le souligne une partie de la doctrine (3).

1 - La règle édictée par l'article 1076 du code de procédure civile : le maintien d'une “faveur au profit de la solution la moins destructrice” ?

La similitude des causes et des procédures de divorce et de séparation de corps a conduit le législateur à prévoir des “passerelles” entre ces deux modes de séparation.

Ainsi, le demandeur qui présente une demande en divorce peut toujours lui substituer une demande de séparation de corps. Il s'agit d'une dérogation au principe de l'immutabilité de la demande.

³⁷ S. Del Arco et J.-J. Lemouland, “Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004”, *Dr. famille* n°3, mars 2005, étude 5

En revanche, et c'est l'objet de la question, la substitution inverse est interdite. En application de l'article 1076 du code de procédure civile, il n'est pas possible de transformer une demande initiale en séparation de corps en demande en divorce.

Comme il a été exposé précédemment, cette interdiction est ancienne. On la retrouve en jurisprudence dès 1888 : *“les demandes en séparation de corps et en divorce forment deux types de demandes essentiellement distinctes par leurs caractères et le but auquel elles tendent, puisque les premières comportent le maintien du lien conjugal, dont les secondes poursuivent la rupture. 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 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”* (Civ., 22 février 1888 : DP 1888, 1, p. 223).

Commentant l'arrêt précité du 16 avril 2008 (1^{ère} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n°07-14.891, *Bull.* 2008, I, n°110 ; V. déjà en ce sens 2^{ème} Civ., 28 février 1962, *Bull.* 1962, II, n° 239, D. 1962, p. 293), M. Douchy-Oudot³⁸ explique : *“En l'espèce, le mari avait initié une séparation de corps, sa femme ayant opposé une demande en divorce, il entendait substituer à sa demande en séparation une demande en divorce aux torts exclusifs de celle-ci. La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, refuse la substitution et casse l'arrêt de la cour d'appel. La solution est antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 qui ne l'a pas modifiée. L'idée sans doute est que celui qui intente une action en justice pour demander la séparation de corps n'a pas la volonté de divorcer mais seulement de distendre le lien conjugal. Pour autant, on soulignera que la présence simultanée d'une demande en séparation de corps et d'une demande en divorce prive, quelle que soit l'hypothèse, le demandeur en séparation de corps du prononcé d'un divorce aux torts exclusifs de celui qui lui aura opposé à titre reconventionnel le divorce”*.

Pour les auteurs, la raison d'être de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile réside dans le risque de fraude en cas de substitution par le demandeur d'une demande en divorce à une demande initiale de séparation de corps : *“l'interdiction ne s'applique qu'au demandeur lui-même et s'explique par le risque de fraude qui consisterait à offrir une simple séparation à l'autre, à obtenir des concessions en contrepartie et ensuite à transformer la demande en divorce. Le risque n'existe évidemment pas dans [l'autre] hypothèse”*³⁹.

Le requérant initial ne peut donc *“aggraver”* sa demande. Il ne peut que la *“réduire”*⁴⁰.

J.-J. Lemouland⁴¹ s'interroge toutefois sur *“la faveur ainsi maintenue au profit de la solution la moins destructrice”*, alors que le législateur de 2004 a accordé une primauté au divorce. Il ajoute qu'une partie de la doctrine conteste cette préférence *“qui peut sembler dépassée (F. TERRÉ et D. FENOUILLET, Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, 7e éd., 2005, Dalloz, n°509). Il est vrai que l'une des raisons qui la justifiait a disparu : la procédure de divorce exigeait autrefois la présentation de la*

³⁸ M. Douchy-Oudot, *Rec. D.* 2009. 53

³⁹ J. Hauser, *RTD civ.* 1996 p. 587, “Demandeur et défendeur dans les actions imbriquées en divorce et séparation” ; dans le même sens, J.-J. Lemouland, *Rép. proc. civ. Dalloz - séparation de corps - spéc.* n°37 et C. Watine-Drouin, *J.-Cl. Civil - articles 296 à 304 - Fasc. unique : séparation de corps - causes - procédure - effets, spéc.* n°34

⁴⁰ A. Bénabent, *Droit civil, Droit de la famille, Montchrestien*, 2010, *spéc.* n°363

⁴¹ *préc.* n°39

requête initiale par l'époux en personne, formalité substantielle qui n'était pas nécessaire pour la séparation de corps. Le souci d'éviter les fraudes permettait de comprendre que le passage fût en sens unique, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui".

J. Massip⁴² s'interroge également sur le bien fondé de cette solution à l'heure de la "banalisation" du divorce : "On a fait observer que les règles de l'article 1076 avaient une certaine valeur philosophique, dans la mesure où elles allaient dans le sens du maintien du lien conjugal et semblaient sous-entendre que la séparation de corps était préférable au divorce. On faisait aussi valoir que l'interdiction de substituer une demande en divorce à une demande en séparation de corps pouvait se justifier par des raisons pratiques : éviter de remettre en cause certains arrangements auxquels les époux pouvaient être parvenus dans la perspective d'une séparation de corps dont la base se trouverait remise en cause en cas de transformation de la demande initiale en demande en divorce. Mais on peut se demander si ces arguments conservent leur valeur à l'heure actuelle, compte tenu de la banalisation des divorces. Quant aux accords qui auraient pu intervenir entre les époux, ils sembleraient pouvoir être remis en cause si l'objet de la demande se trouvait modifié".

Cette analyse est partagée par E. Mulon⁴³ qui, commentant l'arrêt du 16 avril 2008, se demande "si ces dispositions, qui témoigneraient de l'attachement du législateur à l'institution du mariage, ne sont pas vieillissantes. Il paraît quelque peu hypocrite aujourd'hui de permettre la substitution d'une demande en séparation de corps à une demande en divorce (article 1076, alinéa 1 du code de procédure civile) et de ne pas permettre l'inverse (article 1076, alinéa 2 du même code), et ce d'autant que rien n'empêche le demandeur à la séparation de se désister de son action pour engager, finalement, une procédure de divorce. Cette interdiction de substitution qui lui est faite alourdit ainsi la procédure, et entraîne des coûts inutiles. Elle est, de plus, dangereuse, car le conjoint peut, comme en l'espèce, face à la demande en séparation de corps formée, faire une demande reconventionnelle en divorce, par application de l'article 297 du code civil. Et le juge est tenu d'examiner d'abord la demande en divorce, sauf à ce que les deux demandes soient fondées sur la faute, auquel cas le juge les examine toutes les deux, et peut prononcer le divorce aux torts partagés. Les dispositions de l'article 1076, alinéa 2 sont donc clairement de nature à décourager un époux incertain de commencer par une procédure de séparation de corps. À quand donc une réforme de cet article, qui pourrait prévoir, par exemple, que peut être substituée à la demande en séparation de corps une demande en divorce, dès lors que le conjoint a formé une demande reconventionnelle en divorce ?"

Comme exposé par cet auteur, la voie du divorce n'est toutefois pas fermée à l'époux demandeur, qui peut se désister de sa demande en séparation de corps et lui substituer une demande nouvelle et distincte en divorce (Civ., 31 décembre 1928, DH 1929.84). Mais, en cas de contestation relative à ce désistement, il lui faudra attendre que la décision concernant le désistement soit devenue définitive (2^{ème} Civ., 19 juillet 1963, pourvoi n°61-12.748, Bull. 1963, II, n° 555).

Quoi qu'il en soit, l'interdiction de l'article 1076, alinéa 2, s'étend-elle au conjoint de l'époux requérant à la séparation de corps ? La circulaire du 23 novembre 2004 ne contient aucun développement sur la mise en oeuvre de l'article 1076 du code de procédure civile et aucun élément de réponse à la question posée dans l'avis. Peut-on trouver des éléments de réponse dans l'article 297 du code civil ?

2 - La souplesse offerte par l'article 297 du code civil et la primauté accordée au divorce par l'article 297-1.

⁴² J. Massip, *Defrénois*, 30 septembre 2008 n° 16, art. 38829, p. 1833

⁴³ E. Mulon, *Gaz. Pal.*, 25 novembre 2008, n°330, p. 25

L'article 1076 du code de procédure civile n'interdit pas à un époux de former une demande reconventionnelle en divorce, en réponse à une demande principale en séparation de corps, ce que l'article 297 du code civil lui permet expressément.

En effet, aux termes de l'article 297 du code civil :

“L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Toutefois, lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce. L'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce”.

La solution était identique sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2004 à une réserve près : la demande reconventionnelle en divorce peut désormais être formée non seulement pour faute mais également pour altération définitive du lien conjugal (article 238, alinéa 2, du code civil), ce qui était antérieurement prohibé (article 241, alinéa 2, ancien du code civil, abrogé).

Par exception, si la demande principale est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre à la séparation de corps : déjà séparé depuis deux ans (article 238 du code civil), le conjoint contre qui la demande est formée ne doit pas être à même de paralyser la demande en divorce puisqu'il existe désormais un droit à la rupture du lien conjugal⁴⁴.

La circulaire du 23 novembre 2004 rappelle la possibilité d'une demande reconventionnelle dans les deux sens⁴⁵ :

“En principe, l'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps et inversement, l'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande en divorce ou en séparation de corps. Toutefois, dans la continuité des dispositions de l'article 241 ancien, l'article 297 interdit toute demande reconventionnelle en séparation de corps lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal.”

La demande reconventionnelle ne pouvant être formée qu'une fois l'instance en divorce ou en séparation de corps introduite, l'article 297 du code civil ne permet pas de répondre à la question posée, qui concerne une assignation introduisant l'instance en divorce, alors que la requête initiale visait la procédure de séparation de corps.

Il témoigne toutefois de la souplesse voulue par le législateur dans l'articulation entre les procédures de séparation de corps et de divorce. En effet, si un époux dépose une requête en séparation de corps et assigne en séparation de corps, son conjoint pourra demander reconventionnellement le divorce. En outre, en application de l'article 297-1 du code civil, la demande en divorce sera examinée en priorité et, si elle est jugée fondée, c'est un divorce qui sera prononcé, du fait de la primauté qui lui est désormais accordée⁴⁶.

⁴⁴ Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n°120

⁴⁵ Circulaire précitée : IV - séparation de corps -1.1. présentation des demandes et 1.2. examen des demandes, n°92

⁴⁶ Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n°120 ; A. Bénabent, Droit civil, Droit de la famille, Montchrestien, 2010, spéc. n°363

L'article 297-1 du code civil dispose ainsi que :

“Lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies. A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps. Toutefois, lorsque ces demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine simultanément et, s'il les accueille, prononce à l'égard des deux conjoints le divorce aux torts partagés”.

La circulaire du 23 novembre 2004 précitée⁴⁷ explique que la demande en divorce prime à deux égards :

- *“Quel que soit le fondement respectif de la demande en séparation de corps et de la demande en divorce, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci si les conditions en sont réunies. A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.*
- *Quand les deux demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine toutes les deux et, s'il les accueille, prononce le divorce aux torts partagés.”*

Ces dispositions s'inscrivent dans l'évolution législative favorable au divorce plutôt qu'à la séparation de corps, l'esprit général des textes étant de ne pas maintenir les époux dans un lien matrimonial dont ils ne veulent plus⁴⁸.

Pour F. Terré & D. Fenouillet⁴⁹, l'interdiction posée par l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile *“s'accorde mal avec la solution retenue au sujet de la demande reconventionnelle en divorce admise face à une demande principale en séparation de corps. Certes, l'acte considéré n'est pas le même ; mais il y a quelque anomalie dans une certaine discordance entre le code civil et le code de procédure civile qui lui est, en quelque sorte, préféré”.*

En pratique, interdire à l'époux non requérant à la séparation de corps d'assigner son conjoint en divorce en application de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, peut conduire à bloquer pendant trente mois le divorce, si l'époux requérant n'assigne pas en séparation de corps. En effet, le premier ne peut alors assigner en divorce ni former de demande reconventionnelle à cette fin pendant les trente mois prévus par l'article 1113 du code de procédure civile précité. Il doit attendre que son époux assigne pour porter le débat sur le divorce, avec le risque d'une caducité de toutes les dispositions de l'ordonnance de non-conciliation.

La seule solution, s'il ne veut pas attendre ce délai, est d'engager une nouvelle procédure en divorce, distincte de la première, ce qui suppose une nouvelle tentative de conciliation et une nouvelle ordonnance de non-conciliation, laquelle ne pourra que réitérer la première, sauf éléments nouveaux.

3 - La position de la doctrine :

⁴⁷ Circulaire précitée, n°93

⁴⁸ M. Brusorio, “La nouvelle physionomie du divorce”, *JCP N* n°39, 24 septembre 2004, 1451, spéc. n°3 et 20 ; H. Fulchiron, “Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004, *Defrénois*, 15 septembre 2004, n°17, p.1103 ; J.-J. Lemouland, “La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce”, *Rec. Dalloz* 2004, p.1825 ; Rapp. Gélard, Doc. Sénat 2002-2003, n°120.

⁴⁹ F. Terré & D. Fenouillet, *Droit civil - La famille, Précis Dalloz*, 8è éd., 2011, spéc. n° 224

Comme cela a déjà été évoqué⁵⁰, la doctrine n'est pas unanime même si, dans leur majorité, les auteurs admettent la possibilité pour l'époux non requérant d'assigner en divorce.

J. Massip⁵¹ a commenté le jugement du tribunal de grande instance d'Albertville du 31 mai 1988 précité⁵². Les faits étaient les suivants : l'épouse, qui avait présenté une requête en séparation de corps et été autorisée à assigner par l'ordonnance de non-conciliation, n'avait pas usé de cette autorisation dans les trois mois. Son mari lui avait alors fait délivrer une assignation en divorce dont elle soulevait l'irrecevabilité au motif qu'elle n'avait formé aucune demande en séparation de corps et que, la demande du mari n'étant pas une demande reconventionnelle, mais une demande principale, elle ne pouvait être reçue.

Le tribunal a jugé qu'en rapprochant les articles 1113 du code de procédure civile et 297 du code civil, il convenait d'admettre qu'à défaut pour un époux demandeur en séparation de corps de saisir le tribunal dans le délai imparti par le juge conciliateur, son conjoint était en droit d'assigner lui-même en divorce.

Pour J. Massip, qui approuve la solution retenue par le tribunal, *"l'interdiction édictée par le 2^e alinéa de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile concerne la partie qui a engagé une procédure en séparation de corps. Elle peut se justifier au plan pratique par l'idée que le défendeur a pu, parce que son conjoint ne demandait que la séparation de corps, consentir certaines concessions qu'il n'aurait pas faites en cas de demande en divorce. Cette raison ne peut être mise en avant lorsque la demande en divorce émane de l'époux défendeur. Et il est logique d'admettre, comme l'a fait le tribunal d'Albertville, que la disposition de l'article 297 du code civil, qui permet justement à l'époux défendeur de riposter à une demande en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce, doit être étendue au cas où l'époux qui a pris l'initiative du divorce s'abstient d'assigner son conjoint. Admettre la solution inverse obligerait l'époux qui n'a pas présenté la requête à en présenter lui-même une et à provoquer une nouvelle tentative de conciliation, ce qui aboutirait à un alourdissement totalement inutile de la procédure"*.

Rappelant que, sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 11 juillet 1975, non seulement la substitution d'une demande en divorce à une demande en séparation de corps était interdite, mais encore, qu'il ne pouvait être répondu à une demande en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce, il explique que ces solutions étaient alors justifiées par des différences procédurales qui ont aujourd'hui disparu et, de façon plus profonde, par l'idée qu'il convenait de décourager par tous les moyens, y compris procédurales, les époux de recourir au divorce. Ces solutions ayant, depuis, perdu beaucoup de leur force, il estime que *"l'article 1076 du nouveau code de procédure civile maintient quelque chose du droit ancien ; il apparaît comme un ultime "coup de chapeau" au mariage, et on peut se demander s'il ne constitue pas une sorte de survivance historique. Toutes choses qui nous paraissent militer à l'encontre de la conception extensive de ce texte soutenue par l'épouse dans la présente affaire, solution extensive qui aurait eu pour conséquence de ressusciter les embûches procédurales du passé"*.

⁵⁰ cf. *supra* II - B - 3

⁵¹ J. Massip, *Defrénois* 1988, 1293

⁵² cf. *supra* II - B - 3

H. Lecuyer⁵³ a émis les mêmes réserves en commentant le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre du 19 mars 1997 précité⁵⁴ ayant retenu que l'autorisation d'assigner délivrée par le juge aux affaires familiales était donnée pour une procédure particulière, de sorte que la demande en divorce de l'épouse sur le fondement d'une ordonnance de non-conciliation autorisant les époux à assigner en séparation de corps était irrecevable. Il soutient que *“l'article 1113 du nouveau code de procédure civile ne s'oppose nullement à ce que le défendeur initial assigne en divorce : l'article ne distingue pas et autorise simplement le défendeur à requérir un jugement sur le fond. Comme l'avait souligné en son temps le tribunal de La Rochelle, rien dans le texte de l'article 1113 ne dit que la procédure finale doit être la même que la procédure d'origine (V. J. Hauser, obs. préc.). On ne doit pas pouvoir non plus opposer à la demande du conjoint défendeur les dispositions de l'article 1076 du nouveau code de procédure civile. Le tribunal de Nanterre en livre, selon nous, une interprétation trop amplifiante en posant que ce texte interdit de substituer à titre principal une demande en divorce à une demande en séparation de corps. Comme l'a si bien souligné M. Massip, “l'interdiction édictée par le deuxième alinéa de l'article 1076 nouveau code de procédure civile concerne la partie qui a engagé une procédure en séparation de corps”[...]“En conclusion, ni l'article 1113 ni l'article 1076 du nouveau code de procédure civile ne constituent des obstacles à la recevabilité de la demande en divorce du défendeur, dans l'hypothèse soumise au tribunal”.*

Il convient toutefois de préciser que l'article 1113 du code de procédure civile ancien, issu du décret n°81-500 du 12 mai 1981, a été modifié par le décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004. Il était alors ainsi rédigé : *“Si l'époux n'a pas usé de l'autorisation d'assigner dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, son conjoint pourra, dans un nouveau délai de trois mois, l'assigner lui-même et requérir un jugement sur le fond. Si l'un ou l'autre des époux n'a pas saisi “le juge aux affaires familiales” (mod. D. n°94-42, 14 janvier 1994) à l'expiration des six mois, les mesures provisoires seront caduques”.*

Il n'était donc pas fait référence à une “assignation en divorce”, comme c'est le cas aujourd'hui dans l'article 1113, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile (ainsi que dans l'article 1111, alinéa 1^{er}, du même code)⁵⁵.

Néanmoins, l'analyse de A. Breton et J. Bouton⁵⁶ est la même, alors qu'ils commentent les textes actuels :

“dans l'hypothèse où un époux demandeur dans une procédure de séparation de corps pour faute n'assigne pas son conjoint dans le délai de trois mois, il semblerait logique, ainsi que l'ont affirmé les jugements d'Albertville et de La Rochelle, que le défendeur initial puisse prendre l'initiative et assigner son conjoint, non en séparation de corps mais en divorce. En effet, selon l'article 1113, alinéa 2, du code de procédure civile : « En cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance ». Figurant au titre des règles relatives au divorce demandé par un époux, cet article s'applique en matière de séparation de corps puisque celle-ci est soumise aux règles prévues pour la procédure du divorce (C. pr. civ., art. 1129). Comme le constatent H. LÉCUYER (note crit. préc.) et J. HAUSER (obs. préc.), l'article 1113 ne s'oppose pas à ce que le défendeur initial assigne en divorce. De plus [...], l'interdiction posée par l'alinéa 2 de [l'article 1076], à savoir l'interdiction de substituer une

⁵³ H. Lecuyer, *Dr. famille* 1997, comm. 178

⁵⁴ cf. *supra* II - B - 3

⁵⁵ cf. *supra* III - A - 1, les articles 1113 et 1111 du code de procédure civile

⁵⁶ A. Breton et J. Bouton, *Rép. civ. Dalloz* - séparation de corps - actualisation par E. Fortis - janvier 2013 - spéc. n°84

demande en divorce à une demande en séparation de corps, ne vise, comme l'a démontré J. MASSIP (obs. préc.), que la partie qui a engagé une procédure de séparation de corps et non le conjoint défendeur à cette action. L'article 1113 du code de procédure civile n'exige pas que la procédure finale soit la même que la procédure initiale. Mais comme l'assignation détermine la demande introductive d'instance, il appartient à l'époux ex-défendeur qui assigne de le faire sur la base d'une autorisation conforme et non sur la base d'une autorisation qui aurait été prévue pour une autre cause (raisonnement procédural tenu par HUET-WEILLER, in HAUSER et HUET-WEILLER, op cit., n°354). Ainsi donc, les articles 1113 et 1076 du code de procédure civile ne s'opposent pas, dans le cas de figure indiqué, à la recevabilité de la demande en divorce du défendeur. Donc l'interdiction instituée par l'article 1076 du code de procédure civile ne concerne que l'époux auteur de la demande initiale."

De même, selon J. Hauser⁵⁷ :

"L'article 1113 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'en cas de non-usage par le demandeur de l'autorisation d'assigner dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance le défendeur peut assigner à son tour dans un délai de trois mois. En somme il va user de l'autorisation d'assigner dont l'autre n'avait pas profité. Mais si l'autorisation d'origine visait une procédure précise de séparation le défendeur est-il tenu par cette qualification ? En un mot si, par exemple, le demandeur avait obtenu l'autorisation d'assigner en séparation de corps, l'autre pourrait-il assigner en divorce ? C'est la solution qui avait été retenue par le tribunal d'Albertville le 31 mai 1988 [...] et qui vient d'être réaffirmée par le tribunal de La Rochelle (12 juill. 1995, inédit). Le tribunal constate que rien dans le texte de l'article 1113 du nouveau code de procédure civile ne dit que la procédure finale doit être la même que la procédure d'origine et que l'article 297 du code civil autorise l'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps à former une demande reconventionnelle en divorce. Il serait inutile, a-t-on soutenu, d'obliger le premier défendeur à initier une nouvelle procédure pour obtenir le divorce. Pourtant on a pu parfois invoquer l'article 1076 du nouveau code de procédure civile qui interdit à l'époux qui a introduit une demande en séparation de lui substituer une demande en divorce (rappr. TGI Bourgoin-Jallieu, 27 févr. 1981, D. 1983.IR.33, obs. Groslière) mais, comme on l'a remarqué (obs. Massip, préc.), l'interdiction ne s'applique qu'au demandeur lui-même [...]. En réalité l'argumentation inverse (soutenue par D. Huet-Weiller in Hauser et Huet-Weiller, vol. 2, n°354) repose sur un strict raisonnement procédural selon lequel, l'assignation déterminant la demande introductive d'instance, c'est désormais l'époux ex-défendeur qui assigne et on voit mal comment il peut assigner sur la base d'une autorisation qui avait été prévue pour une autre cause".

Cette argumentation inverse, soutenue par D. Huet-Weiller⁵⁸, est la suivante :

"L'instance judiciaire proprement dite débute, par une assignation du défendeur devant le tribunal de grande instance qui, outre les prescriptions habituelles, doit viser l'ordonnance du juge aux affaires matrimoniales portant permis de citer et s'y conformer sous peine d'irrecevabilité. Aussi faut-il considérer comme irrecevable la demande principale de la femme et par voie de conséquence la demande reconventionnelle du mari tendant l'une et l'autre au prononcé du divorce lorsque la femme avait été autorisée à assigner en séparation de corps (Cass. civ. 2^e, 7 juill. 1983 : J.C.P. 1983, IV, 298). La même solution s'impose, à notre sens, lorsque l'assignation est délivrée non pas par le requérant initial mais par son conjoint (en ce sens, Trib. gr. inst. Bourgoin-Jallieu, 27 février. 1981 : D. 1983, IR 33, obs. Groslière).

⁵⁷ J. Hauser, "Demandeur et défendeur dans les actions imbriquées en divorce et séparation", *RTD Civ.* 1996 p. 587

⁵⁸ J. Hauser & D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil (ss dir. J. Ghestin)- La famille - Dissolution de la famille, LGDJ, 1991, spéc. n° 354*

L'opinion contraire a, il est vrai, été retenue par une décision (Trib. gr. inst. Albertville, 31 mai 1988 : Rép. Defrénois 1988, p. 1293, obs. Massip) et son commentateur l'approuve en invoquant les dispositions de l'article 297 du code civil qui permettent de riposter à une demande en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce. Mais il s'agit précisément de déterminer la position procédurale du conjoint qui utilise le permis de citer délivré à l'autre. Si l'on s'en tient à la doctrine dominante qui voit dans l'assignation la demande introductive d'instance, c'est l'époux qui assigne (et non le requérant initial) qui devient le demandeur principal et il doit à ce titre respecter les termes de l'ordonnance de non-conciliation. Il ne saurait donc utiliser une autorisation d'assigner à une fin autre que celle pour laquelle elle a été accordée”.

N. Fricéro⁵⁹ explique également que l'instance judiciaire proprement dite débute en principe par une assignation du défendeur devant le juge aux affaires familiales, qui doit *“viser l'ordonnance du juge aux affaires familiales portant permis de citer et s'y conformer sous peine d'irrecevabilité (Cass. 2e civ., 7 juill. 1983 : JCP G 1983, IV, 298). À cet égard, le défendeur ne saurait assigner en divorce, si la requête initiale et l'ordonnance de non conciliation visent la séparation de corps (TGI Bourgoin-Jallieu, 27 févr. 1981 : D. 1983, inf. rap. p. 33, obs. Groslière)”*.

L'argumentation développée par ces auteurs tient notamment au fait que l'assignation doit viser, à peine d'irrecevabilité, l'ordonnance de non-conciliation et s'y conformer.

Au soutien de leur analyse, ils visent un seul arrêt, celui de la deuxième chambre civile du 7 juillet 1983 (2^{ème} Civ., 7 juillet 1983, pourvoi n°82-10.352, *Bull.* 1983, II, n° 148), lequel approuve une cour d'appel qui, après avoir déclaré irrecevable la demande principale de l'épouse ayant assigné son mari en divorce alors qu'elle avait été autorisée à l'assigner en séparation de corps, a, par voie de conséquence, déclaré irrecevable la demande reconventionnelle en divorce du mari, dès lors que la femme avait conclu en ce sens, une telle énonciation impliquant que la femme n'avait pas, sur la demande reconventionnelle, accepté la juridiction du tribunal saisi :

“Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué, qui a déclaré irrecevable la demande principale en divorce pour faute de Mme N, d'avoir, par voie de conséquence, déclaré irrecevable la demande reconventionnelle en divorce du mari, alors, d'une part, que la demande reconventionnelle lorsqu'elle ne constitue pas seulement une demande incidente serait recevable, quand bien même la demande principale ne le serait pas, que tel serait le cas d'une demande reconventionnelle en divorce, formée sur une demande en divorce ou en séparation de corps [...] ;

Mais attendu qu'après avoir déclaré irrecevable la demande principale de Mme N qui, autorisée à assigner son mari en séparation de corps, l'avait assigné en divorce, l'arrêt relève que la femme avait conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en conséquence de l'irrecevabilité de sa propre demande ; que par ces énonciations, d'où il résulte que Mme N n'avait pas, sur la demande reconventionnelle, accepté la juridiction du tribunal saisi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision”.

Comme le reflète le moyen, cet arrêt porte sur la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle en présence d'une irrecevabilité de la demande principale. La question de l'irrecevabilité de l'assignation en divorce sur le fondement d'une autorisation d'assigner donnée pour une séparation de corps n'était pas posée par le moyen. En outre, l'irrecevabilité de l'assignation en divorce de l'épouse, qui avait initialement formé une requête en séparation de corps, ne résultait-elle pas de l'application de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n°81-500 du 12 mai 1981, et de la jurisprudence antérieure à ce décret?

⁵⁹ *J.-Cl. Divorce - Cote : 05,2012 - Fasc. 140 : procédure de divorce - Introduction et déroulement de l'instance - Jugement et voies de recours, date de fraîcheur : 24 juillet 2012, spéc. n°5*

Doit-on généraliser les enseignements de cet arrêt et en déduire que l'assignation doit toujours se conformer à l'ordonnance de non-conciliation, à peine d'irrecevabilité ?

A cet égard, l'article 1076, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile constituerait une dérogation à ce principe puisqu'il autorise expressément l'époux qui a présenté une requête initiale en divorce à assigner en séparation de corps. Dans cette hypothèse, il ne se conforme donc pas à l'autorisation d'assigner qui lui a été donnée pour une procédure de divorce.

Surtout, cette analyse, fondée sur un arrêt de 1983, est-elle encore d'actualité aujourd'hui, alors que la réforme de 2004 a créé un "*tronc commun procédural*" pour toutes les procédures et une dissociation très nette entre les deux phases de la procédure : la phase de conciliation d'une part, sans aucun examen des causes du divorce ou de la séparation de corps, et l'instance contentieuse d'autre part, qu'elle soit de divorce ou de séparation de corps ?

*

* *

En conclusion, si la Cour estime la demande d'avis recevable, elle devra trancher entre deux approches :

- l'une fondée sur l'absence d'interdiction instituée par l'article 1076 du code de procédure civile pour l'époux de l'auteur de la requête initiale, sur la souplesse offerte par le législateur dans l'article 297 du code civil et la primauté désormais accordée au divorce ;
- l'autre fondée sur une interprétation stricte du cadre procédural résultant de l'ordonnance de non-conciliation, dont il résulterait que l'autorisation d'assigner est donnée pour une procédure, à l'exclusion de l'autre.

C'est au regard de l'ensemble de ces considérations qu'il conviendra de répondre à la demande d'avis.