

Recueil Dalloz 2008 p.144**Le divorce par notaire****Xavier Labbé****L'essentiel**

Xavier Labbé, Professeur à l'Université de Lille 2 et à la Faculté libre de droit, est avocat au barreau de Lille.

Peut-on imaginer qu'un notaire prononce un divorce par consentement mutuel ?

Il faut d'abord rappeler que notre système actuel distingue l'homologation de la convention et le prononcé du divorce. C'est le juge qui prononce le divorce en homologuant la convention préparée par l'avocat assisté quelquefois du notaire. La question posée revient à dire : peut-on imaginer qu'un notaire puisse prononcer un divorce en homologuant une convention qu'il a lui-même rédigée ? N'y a-t-il pas un risque de partialité ? On choisit toujours « son » notaire, mais on ne choisit jamais son juge... et c'est l'une des raisons pour lesquelles le juge demeure irréductiblement impartial.

Notre système actuel, alliant juge, avocat et notaire, présente d'énormes avantages pour les praticiens et pour la justice. Parce qu'un juge a vérifié le consentement des parties et la qualité d'une convention qu'il n'a pas rédigée, sa décision ne pourra faire l'objet de recours. L'appel n'existe pas. Le contentieux de la nullité pour vice de consentement est fermé. On dit que la présence du juge a pour effet de purger la convention de tout risque d'erreur, de dol, de violence ou de lésion. Le juge rend la convention inattaquable. Ce qui n'est pas rien. Un juge impartial qui homologue la convention préparée par le notaire ami de l'une des parties la purifie de toute suspicion, parce qu'il a contrôlé de façon impartiale la convention.

Peut-on imaginer un système où la seule présence du notaire aurait pour effet de purger la convention qu'il a lui-même préparée de tout vice de consentement ? Si le législateur suit une telle idée, il consacrerait un système totalement arbitraire et injuste qui confère au notaire un pouvoir exorbitant qu'il ne demande peut-être pas. Cela serait surprenant. S'il ne le fait pas, il doit permettre aux parties qui ont passé un contrat de divorce devant notaire, de remettre éventuellement en cause la convention qu'ils ont signée (comme on le ferait pour n'importe quel contrat). Nous rouvrons la porte aux procédures que le législateur contemporain avait réussi à éviter au nom de la paix des familles par l'alchimie de l'homologation judiciaire. Et nous ouvrons aussi la porte aux actions en responsabilité contre le notaire qui n'a pas donné de bons conseils, qui n'a pas justement calculé la prestation compensatoire ou qui serait suspecté d'avoir favorisé l'une des parties. Après tout, les notaires sont assurés. Ils sont responsables de leurs actes.

Il ne faut pas négliger le risque de telles procédures : tout le monde sait que bien des divorces d'accord sont obtenus « à l'arraché », qu'il existe des accords imposés ou subis... Qu'on se résigne à divorcer par consentement mutuel parce que le divorce pour faute n'est plus à la mode. Mais il ne faut se faire aucune illusion sur la qualité des accords présentés. On ne divorce jamais dans la joie, sans rancune et sans haine... Le système préconisé n'ouvre-t-il pas la porte au divorce pour faute... du notaire ?

La procédure proposée permet-elle de gagner du temps et de l'argent ?

La procédure nouvellement proposée ne va pas rendre le divorce par consentement mutuel plus simple et plus rapide. En effet, ce ne sont pas l'avocat ou le greffe du tribunal qui sont causes de lenteur, mais c'est bien le notaire qui est chargé de la liquidation de la communauté patrimoniale qui retarde par la force des choses la procédure, parce qu'une liquidation n'est jamais simple. Il n'est pas certain que la procédure proposée permette au justiciable de gagner beaucoup d'argent

puisqu'il devra toujours régler les frais de notaire qui représentent l'essentiel du coût de la procédure. Il est possible en revanche que l'Etat en gagne beaucoup : la part du divorce dans l'enveloppe de l'aide juridictionnelle est importante. Bon nombre d'avocats vivent de l'aide juridictionnelle. Pour gagner de l'argent, l'Etat propose aux avocats de travailler moins pour gagner moins. La déjudiciarisation est une bonne chose quand elle est consentie, elle est une injustice quand elle est imposée.

Quelle vraie réforme envisager pour gagner du temps et de l'argent ?

Il faut envisager une réforme (de plus) s'inspirant d'une réflexion d'ensemble sur les nouvelles formes de conjugalités. Cette réflexion n'a pas été menée : les promoteurs de la loi sur le divorce ne sont pas ceux qui ont fait la loi sur le PACS. Chacun a travaillé dans son coin, d'où un manque d'unité dans la pensée. Notre nouveau droit conjugal révèle une réalité qu'on peut regretter mais qui est bien là : on ne se met plus en couple pour la vie. Le mariage est aujourd'hui une union provisoire de deux individualités. On ne se marie plus pour créer une communauté durable. A peine marié, le couple se sépare. Et chacun refait sa vie en attendant la prochaine séparation. L'exemple présidentiel est frappant tant il stigmatise la réalité : même la fonction de première dame de France semble relever d'un contrat précaire. A cet égard, le succès grandissant du PACS est révélateur : on veut avoir l'air d'être engagé officiellement sans l'être véritablement, tout en ayant la certitude de pouvoir se délier unilatéralement en dehors du tribunal à la première occasion venue.

Le législateur devrait s'inspirer du PACS pour réformer le mariage et en particulier un de ses aspects qui nous semble anachronique : le régime légal de communauté. Pourquoi présumer que les époux veulent mettre en commun leurs acquêts ? Dans le droit du PACS, le régime légal des partenaires est celui de la séparation de biens, précision faite que si les partenaires le demandent, ils peuvent convenir d'une communauté de biens. Nous proposons au législateur d'élever le régime de la séparation de biens au rang de régime légal dans le droit du mariage. La conséquence est claire : il n'y a par principe plus de communauté à liquider... et donc plus de temps à perdre pour divorcer. Le notaire n'a donc plus à intervenir dans le domaine du divorce où il a toujours été un étranger. Il n'a plus à s'arroger une fonction de juge qui n'est pas la sienne. Et le divorce d'accord en gagnera en rapidité.

Mots clés :

DIVORCE * Procédure * Divorce par consentement mutuel * Projet de réforme * Divorce par notaire * Juge