

# **UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN**

## **XXIII Congrès International du Notariat Latin**

*Athènes, (Grèce), Octobre 2001*

### **THEME II**

**« LA FONCTION NOTARIALE CREATRICE DE DROIT »**

*Coordonnateur international: Me Federico Guasti (Italie)*

### **CONCLUSIONS**

#### **Rapport sur l'activité de la Commission pour le Thème II**

La Commission du Congrès pour le deuxième thème s'est réunie lundi matin et après-midi, mardi matin et après-midi, et a poursuivi ses travaux jeudi matin pour mettre au point le rapport de synthèse préparé par le Coordinateur International.

Dans l'ensemble, ont participé au développement du thème les représentants de 25 notariats membres, 21 desquels ont présenté des rapports écrits.

Au début des travaux la Commission, à la demande du Coordinateur International, a désigné Vice-président Nestor Pérez Lozano (Argentine) et Secrétaire Pascal Chassaing (France).

Au cours des deux premières journées de travail, tous les participants, donnant la priorité à ceux qui avaient préparé un rapport écrit, ont eu l'opportunité d'exposer oralement leurs considérations et/ou le résumé des rapports présentés.

Au terme de la deuxième journée, au bureau de la Commission, constitué par le Coordinateur International Federico Guasti en qualité de Président, Nestor Pérez Lozano, Vice-président, et Pascal Chassaing, Secrétaire, se sont ajoutés pour la rédaction du rapport de synthèse plusieurs rapporteurs participant aux travaux de la Commission, et précisément: Gerd-Jürgen Richter (Allemagne), Federico Magliulo (Italie), Nicole Pankert (Pays-Bas), Lucila Ortiz De Di Martino (Paraguay), Roman Sowinski (Pologne) et Ana Fernandez-Tresguerres Garcia (Espagne).

Au terme des travaux de la Commission, le Coordinateur International a présenté au Congrès le rapport de synthèse, au cours de la séance plénière qui s'est tenue dans l'après-midi du vendredi 5 octobre.

A ce propos, il a fait remarquer que, s'agissant d'un thème qui au premier abord peut sembler excessivement vague mais qui après un examen plus attentif donne l'occasion d'approfondir l'argument tant du point de vue essentiellement juridique que du point de vue de la politique du notariat, il avait préparé, pour ne pas trop élargir le champ de la recherche et pour mieux cibler l'étude en vue du Congrès, un plan de développement du thème basé principalement sur une réflexion se référant en particulier aux perspectives d'avenir dans un contexte juridique et technique en rapide évolution.

Les rapports présentés ont affronté le thème avec deux approches différentes :

- l'une du point de vue (direct) de l'acte notarié comme source de droits et de devoirs, librement négociés entre les parties, et qui deviennent coactifs pour ces parties et opposables aux tiers ; de nouvelles normes contractuelles élaborées par les notaires pour résoudre des situations non prévues par le droit en vigueur ;
- l'autre du point de vue (indirect) de la participation plus ou moins explicite du notaire et des institutions notariales au processus d'évolution des règles de droit privé et commercial par rapport aux changements de la société civile, des rapports économiques et des techniques de rédaction des actes. Une participation qui, pour ce qui concerne le notaire, a lieu également du fait de la « pratique », c'est-à-dire l'usage réitéré et constant du même type d'acte ou de mêmes clauses contractuelles pour régler des situations socialement importantes et qui, pour ce qui concerne les institutions notariales, se passe avec la collaboration fournie au législateur par les organismes officiels du notariat.

Dans les rapports présentés par plusieurs pays dotés d'une longue tradition de notariat latin, l'analyse du premier aspect l'a emporté.

Dans les rapports des pays où le notariat a été introduit ou réintroduit récemment, l'accent a plutôt été mis sur le second aspect, parce que ces pays sont plus sensibles et plus attentifs à la transformation du système de droit privé en cours ces dernières années, en considérant toutefois que, compte tenu du peu de temps que les notaires ont eu à disposition, la pratique n'a pu être créée.

D'autres rapporteurs ont affronté les deux aspects, puisqu'il n'avait pas été spécifié, dans le vaste exposé du thème du Congrès, sur lequel des deux il fallait mettre l'accent, sans doute expressément pour permettre à chaque pays de saisir celui qui le mieux s'adaptait à sa propre situation juridique.

Enfin, il y a un petit groupe de rapports qui ne voient pas dans la fonction notariale une activité de droit ou la considère comme marginale.

En tout cas, les rapports présentés, et surtout le débat du Congrès, ont fait apparaître que la fonction créatrice de droit est une caractéristique spécifique du notariat de type latin, où l'interprétation de la loi et de la volonté des parties appartient

traditionnellement à l'exercice de la profession. Dans les pays de Common Law, au contraire, l'intervention du notaire semble plutôt s'orienter vers une fonction de certification, laissant aux autres juristes, avocats et juges, l'adaptation de l'autonomie privée au système et à la création de droits dans le sens envisagé par le thème.

## **Rapport de synthèse et conclusions**

### ***I. Détermination de la fonction du notaire créatrice de droit.***

Est généralement considéré pour acquis le rôle de créateur de droit qui fait partie de la fonction du notaire lorsqu'on lui demande de régler les rapports juridiques de droit privé en rédigeant des actes authentiques, contraignants pour les parties et opposables au tiers, et dans certains cas dotés de force exécutoire.

Il s'agit d'une rédaction dont le notaire assume la paternité exclusive et qui a lieu après adaptation des volontés des parties au système existant, dans le respect des limites que celui-ci impose à la liberté de négociation en vertu de la typologie et/ou de l'inéluctabilité et/ou de l'indisponibilité de certains droits et devoirs.

Ceci a lieu à la demande des parties (qu'il s'agisse de personnes physiques ou juridiques) qui se mesurent avec la continuelle évolution de situations et d'exigences dans la sphère de l'économie, de la famille et des individus, du règlement des patrimoines héréditaires.

En général, c'est le notaire qui est le premier juriste à affronter de nouveaux cas de figure juridiques du secteur du droit privé dans le domaine non contentieux et à répondre à la nécessité de leur concrète réglementation contractuelle.

Le notaire, en essayant de comprendre la véritable portée d'application de la loi et de ses innovations et de les adapter au système en vigueur, parvient souvent à découvrir de nouveaux cas d'espèce. Ces derniers deviennent de la sorte le fruit d'une interprétation créatrice, sans laquelle les normes pourraient quelquefois n'avoir pas de champ d'application adéquat. On peut cependant dire que l'activité du notaire dans l'application de la loi est toujours dans une certaine mesure créatrice, parce que même lorsqu'elle ne donne pas naissance à de nouvelles formes d'actes elle vise toujours à cibler la véritable valeur de la prescription législative dont il est non seulement le premier responsable mais aussi le premier interprète.

### ***2. L'évolution dans le temps de la fonction créatrice de droit.***

Quant à l'ampleur de ce rôle, on constate une évolution dans le temps, subséquente à différents facteurs : toujours davantage, le législateur est attentif non seulement aux intérêts des individus mais aussi aux exigences et aux intérêts de la collectivité ; on assiste d'ailleurs en matière économique au passage de la spécialisation au standard, des contrats individuels à des contrats types, à des contrats par adhésion ou à des modèles standardisés de contrat ; en un mot, l'attention se déplace, de cas d'espèce

qui - bien que se rattachant à l'ensemble - protègent surtout l'intérêt de l'individu en tant que seul sujet, sur des cas d'espèce qui concernent des groupes (consommateurs, épargnants, usagers de services, utilisateurs de structures, etc.) ou qui résultent de la globalisation de l'économie, même si c'est en conséquence de l'évolution technique des nouveaux instruments de l'informatique, de la communication et de la transmission des données en temps réel.

Représentative est la situation de l'Union Européenne, au sein de laquelle il semble que les normes communautaires tenant compte de ces phénomènes doivent fortement endiguer le rôle du notaire en tant que créateur de droit.

On peut présumer un élargissement de ce système de normes communes même en dehors de l'Europe, comme conséquence de la globalisation en cours. Ajoutons aussi à ces phénomènes l'accès aisé, largement répandu, pour le public, à des sources d'informations spécialisées et/ou obligatoires, et une réglementation qui a tendance à être de plus en plus minutieuse dans certains secteurs d'activité.

Cela comporte une réduction, mais non une totale compression, des marges dans lesquelles on a recours à la créativité du notaire, à son expérience et à sa capacité professionnelle comme juriste, pour adapter cas par cas l'acte à la volonté contractuelle des parties, dans la juste composition de leurs intérêts respectifs.

### *3. Caractéristiques de la fonction créatrice et du rôle des organes de représentation du notariat*

Mais auprès des phénomènes évoqués ci-dessus, dont nous pourrions dire qu'ils compriment la liberté contractuelle, évoluent également dans le temps les rapports économiques et sociaux, et il apparaît indispensable de réglementer de nouvelles situations juridiques, elles aussi sont le fruit de l'évolution des besoins, des intérêts et des rapports entre les individus : de nouvelles formes du droit de propriété, de nouveaux types d'accords et de rapports entre groupes économiques, consortiums entre entreprises, de nouvelles formes de jouissance et d'utilisation de biens meubles et immeubles, des rapports de type fiduciaire, gestion du patrimoine de la famille, associationnisme et secteur du no profit, dispositions en cas d'incapacité survenue, tutelle de la famille naturelle, dispositions pour les propres organes, réglementation du partenariat hétérosexuel ou homosexuel, etc.

Il semble cependant que toutes les rapports présentés soient d'accord sur le fait que les inévitables lacunes du système et les retards du législateur à adapter la réglementation aux nouvelles exigences et à une situation en continuelle évolution, étant donné ce qui a été évoqué ci-dessus, offrent déjà une marge assez vaste pour une activité créative confiée à un juriste possédant les caractéristiques propres du notaire de type latin, proche des exigences du grand public et immergé dans la situation économique et sociale d'un territoire. C'est-à-dire un juriste qui, loin d'être un sévère gardien de la règle établie, sache au contraire devenir l'interprète des plus authentiques aspirations qui surgissent du contexte dans lequel il agit, en favorisant de la sorte l'application de ce droit nature] qui est le désir d'équité et de justice qui

naît spontanément, et quelquefois inconsciemment, du corps social. Un désir que le notaire pourra satisfaire au moment de former l'acte juridique, en ayant toujours comme points de référence le bien-fondé des intérêts en jeu et le respect constant du bien commun et de la sensibilité morale de la société dont il fait partie.

Une source de droit, celle qui naît du travail du notaire, qui a la particularité d'être l'expression directe des aspirations de ceux qui en sont les destinataires, aspirations rendues légitimes et réalisées grâce à l'intervention du notaire : en un mot, donc, un droit « pressenti » et non un droit « imposé ».

De nouveaux espaces pour cette fonction notariale semblent être disponibles, non seulement et non tant pour la créativité de chaque professionnel, mais plutôt du notariat comme catégorie professionnelle structurée et organisée.

La recherche du délicat point d'équilibre entre les initiatives du notariat comme groupe professionnel et celles de chaque notaire pour ce qui concerne le renouvellement du droit constituera l'un des défis les plus difficiles du notariat dans les prochaines années et exigera la collaboration et le sens des responsabilités de chacun des membres de la collectivité notariale.

Les organes de représentation de notre profession sont déjà en mesure dans beaucoup de pays - et il est souhaitable qu'ils le deviennent dans tous les pays dotés de notariat latin - en récoltant les apports de tous les notaires distribués sur le territoire et en distillant toute leur expérience, de se faire les interprètes, à travers les notaires, des exigences du public et de contribuer de la sorte à élaborer des solutions uniformes, mieux adaptées et plus conformes au système. Non seulement, mais en fonction de l'autorité acquise en qualité d'organe de représentation de la catégorie professionnelle, de solliciter, le cas échéant, les éclaircissements nécessaires auprès du législateur et même de lui demander son intervention au moment du règlement pour résoudre de nouveaux cas d'espèce et répondre à la demande d'un droit nouveau pour régler des situations personnelles ou contractuelles inédites ou engendrées par des usages importés d'autres systèmes suite à l'internationalisation des rapports économiques et sociaux.

En d'autres termes, on assiste (et il s'agit probablement d'un phénomène irréversible) au passage de la fonction créatrice du simple notaire au notariat comme organisation solide tant au niveau national que supranational. Il devra s'agir d'une organisation dotée d'une spécialisation propre, capable d'offrir des solutions uniformes à des problèmes qui sont communs aux usagers du service notarial, en mesure aussi d'importer l'exemple d'instances juridiques déjà expérimentées avec succès à l'étranger, en encourageant de la sorte des pratiques plus solides, parce que plus répandues et susceptibles d'attirer l'attention du juge ou du législateur sur les nouveaux phénomènes du droit privé.

Une fonction, donc, qui peut même justifier pour le notariat une activité de proposition envers le pouvoir législatif et aussi une attente légitime d'être consulté lors de l'élaboration de règles dans des matières où le notaire sera appelé à intervenir comme auteur du rapport juridique privé entre les parties.

Mais pour pouvoir pleinement revendiquer ce rôle, il faut que les organes de représentation du notariat, tant nationaux que supranationaux, n'aient pas une connotation marquée exclusivement par la tutelle politique du groupe.

Il faut au contraire que les sommets disposent de compétences juridiques et professionnelles de très haut niveau, d'une part pour pouvoir dialoguer sur le même plan avec les pouvoirs et les autorités chargées d'édicter les lois et les règlements, de l'autre pour transmettre à chaque notaire des informations lui permettant d'adopter ces comportements uniformes qui, en devenant des pratiques, sont destinés à imposer au législateur des choix normatifs.

#### *4. Globalisation des phénomènes.*

Le problème se pose également dans la sphère internationale. En effet, on a assisté récemment à la promulgation de règles dans un contexte juridique supranational, comme celui de l'Union Européenne, qui compriment l'autonomie contractuelle et conditionnent l'efficacité de l'acte voulu par les parties. Il est évident que ce phénomène peut avoir une influence restrictive considérable sur la fonction créatrice du notaire (un exemple en est le droit de résiliation prévu dans certains cas comme clause inéluctable, même pour des contrats conclus par l'intermédiaire d'un notaire).

Par conséquent, il est important que le législateur, en opérant l'intégration au niveau supranational du droit privé de chaque nation, soit conscient de l'importance de développer également le recours à un système commun de justice préventive en vertu duquel le notaire doit exercer un rôle important.

#### *5. Considérations finales.*

En conclusion, à la suite des considérations exposées ci-dessus, la Commission pour le deuxième thème du Congrès estime qu'il sera utile de renforcer les caractéristiques du modèle commun de notariat latin, qui, même du point de vue de la déontologie, doit être une garantie pour le système supranational d'un niveau équivalent de fiabilité, conformément à ce qui a été réalisé dans certaines zones géographiques où les systèmes notariaux sont déjà homogènes.

La Commission recommande donc aux notariats membres de l'U.I.N.L. de prendre davantage conscience du rôle délicat qui revient au notaire en participant à la formation du droit, tant dans sa sphère nationale que, en collaboration avec les autres notariats, dans la sphère supranationale, en adaptant par conséquent ses propres instruments d'intervention tant auprès des notaires qu'auprès des autorités de son pays.