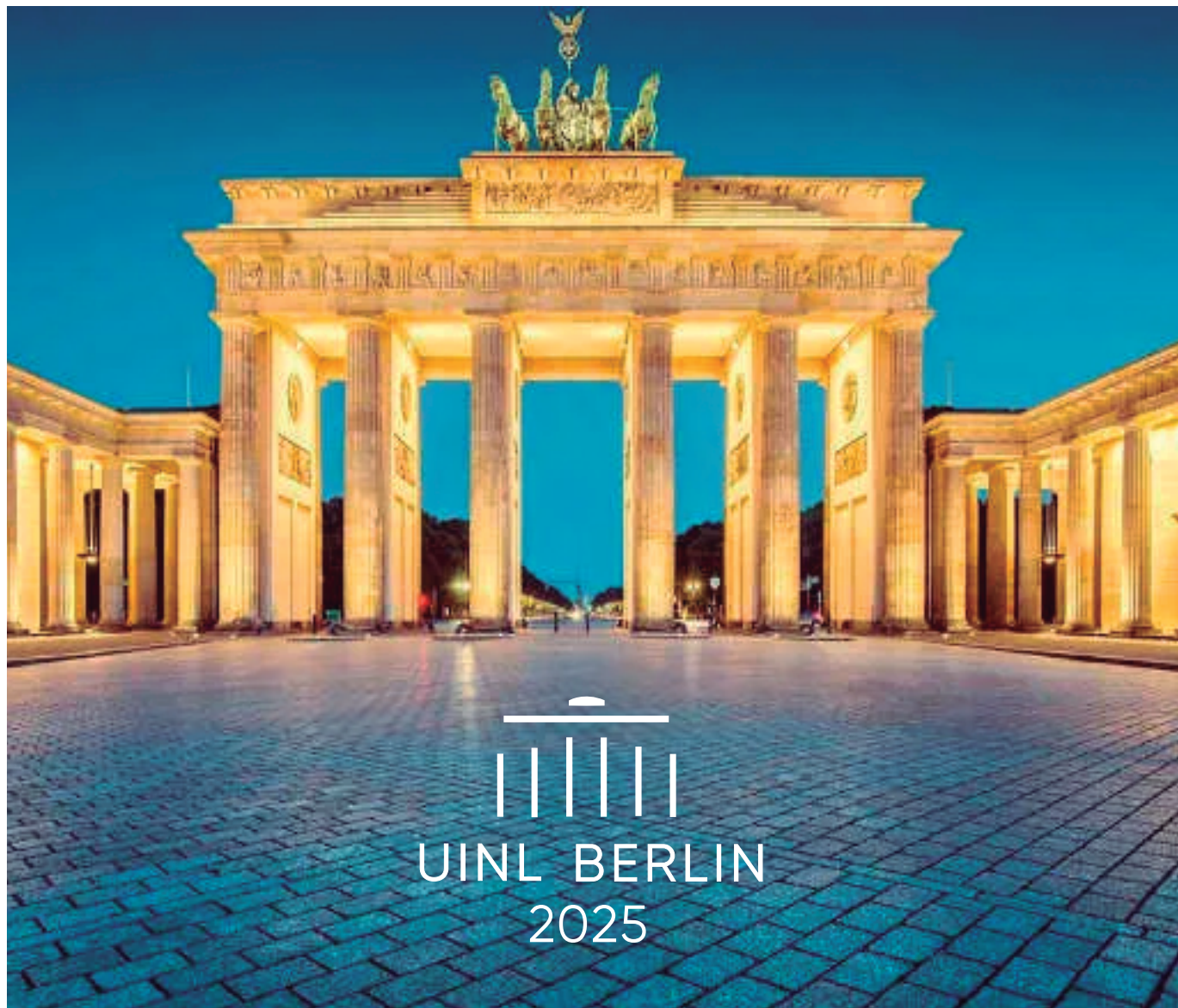


RIN



Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Revista Internacional del Notariado | International Revue of the Notariat | Revue Internationale du Notariat



31^{ème} Congrès International du Notariat
LE NOTARIAT EN MOUVEMENT



31^º Congreso Internacional del Notariado
EL NOTARIADO EN MOVIMIENTO



31st International Congress of Notaries
THE NOTARIAL PROFESSION ON THE MOVE

134

RIN 134



RIN

Revista Internacional del Notariado

ONPI

Institución Editora

SEDE PERMANENTE

Avenida Las Heras 1833. Piso 4° (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN

Avenida Las Heras 1833. Piso 4° (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina
Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851
Mail: onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

PRESIDENTE | UINL

DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ | MÉXICO

PRESIDENTE DE HONOR | ONPI

AGUEDA LUISA CRESPO (†) | ARGENTINA

PRESIDENTE | ONPI

SUSANA MARTA BONANNO | ARGENTINA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:

MARÍA CECILIA ALCOBA

RIN 134 | Febrero 2026

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
N° de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores, pero no se solidariza
necesariamente con ellas. Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.



UINL BERLIN 2025



LIRE EN FRANÇAIS



LEER EN ESPAÑOL



READ IN ENGLISH



Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Notre Union est le pont qui relie les notaires de 93 pays



L A N G U E

FRANÇAIS

LES ARTICLES SONT PUBLIÉS DANS LES LANGUES DANS LESQUELLES ILS ONT ÉTÉ RÉDIGÉS PAR LES AUTEURS
LES TRADUCTIONS DU THÈME II ONT ÉTÉ RÉALISÉES À L'AIDE DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE (IA)



31^{ème} CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT

BERLIN | OCTOBRE 2025



Sommaire

31^{ème} Congrès International du Notariat | BERLIN 2025



THÈME I

09



NOUVEAUX OUTILS | NOUVELLES FRONTIÈRES

Les notaires au cœur d'un système digital d'avenir

1. AUTOMATISATION ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE	10
2. AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION À DISTANCE	17
3. CYBERSÉCURITÉ ET PROTECTION DES DONNÉES	26
4. COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE	30
5. ARCHIVES ÉLECTRONIQUES ET CONSERVATION DES DOCUMENTS	35

THÈME II

PUBLICATION DES ARTICLES

42



MAGISTRATURE VOLONTAIRE :

Nouvelles missions au service du public

Les notaires au cœur d'un système juridique moderne :

quelles compétences pour accompagner les évolutions sociales et économiques?

OUVERTURE

GIACOMO OBERTO | Secrétaire Général de l'Union Internationale des Magistrats 43

INTRODUCTION AU THÈME

VALENTINA RUBERTELLI | Coordinateur International 47

TABLE RONDE 1: LA PERSONNE ET LA FAMILLE

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

I. LA PERSONNE

1. ETAT CIVIL ET FILIATION

1. Le notaire péruvien et son rôle dans la déjudicialisation 51
José Alberto Huachillo Cevallos / Notaire au Pérou
2. Le notaire, au nombril d'une convention florissante 60
Me Alexis Brien-Langevin B2192 / Notaire au Québec
3. " La famille de prise en charge " (La familia de crianza) 70
Miguel Alfredo Ledesma Chavarro / Notaire au Colombie
4. La Kafala et le Tanzil au Maroc 74
Ratiba Sekkate / Notaire au Maroc

2. LES PERSONNES VULNÉRABLES

5. Le mandat de protection future en France 86
Bertrand Basseville / Notaire en France
6. Les autorisations notariées pour des actes en faveur du mineur ou de la personne vulnérable en Italie et en Colombie 91
Sabrina Belloni / Notaire en Italie - Miguel Alfredo Ledesma Chavarro / Notaire au Colombie

II. LE COUPLE

7. Code des familles et argumentation notariale 98
Leonardo B. Pérez Gallardo / Notaire a Cuba
8. Divorce par consentement mutuel 128
Ana Luisa Chelaru / Notaire au Roumanie

III. SUCCESSIONS

9. Compétences des notaires polonais en matière successorale 151
Kacper Górniak / Notaire au Pologne
10. Héritage numérique : entre succession patrimoniale et droits de la personnalité 163
Clarissa Fonda / Notaire au Rome, Italie

TABLE RONDE 2: LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT

MODÉRATRICE: SOPHIE POTENTIER RIOS

I. PATRIMOINE

1. Le Notaire en tant que Commissaire du Tribunal dans les Procédures d'Exécution 172
Tihana Sudar / Notaire au Croatie

2. Mécanismes de recouvrement des pensions alimentaires impayées au Chili	179
<i>Elena Pía Ramírez Catalán / Notaire au Chili</i>	

3. Résolution des conflits avant le procès : Nouveaux rôles du notaire au service de la société	185
<i>Dilshod Ashurov / Président de la Chambre des notaires d'Ouzbékistan</i>	

4. Compétence notariale dans le cadre des partages en Allemagne	199
<i>Stefan Bandel / Notaire en Allemagne</i>	

II. LE LOGEMENT

5. La régularisation domaniale en Argentine	206
<i>Mariana Hefling, Martin L. Russo y Gonzalo M. Vasquez / Notaires en Argentine</i>	

6. Le notariat portoricain, une référence dans les processus de reconstruction après une catastrophe naturelle	229
<i>Lillianne Muñiz Mariani / Notaire au Porto Rico</i>	

7. Les certificats de logement délivrés par les notaires Ukrainiens	247
<i>Rapport Ukraine</i>	

TABLE RONDE 3: L'ENTREPRISE ET L'ECONOMIE

MODÉRATRICE: FATOU MBALLO THIAM

I. LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT

1. Registre des bénéficiaires effectifs en République Tchèque	252
<i>Katerina Protivova / Notaire en République Tchèque</i>	

2. Institutions : Perspectives internationales et pratiques nationales, du point de vue de la loi révisée sur la lutte contre le blanchiment d'argent de la République populaire de Chine	257
<i>Zheng Zhang / Yijung Cao / Notaires en Chine</i>	

3. La protection du patrimoine immobilier et des opérations d'investissement contre le blanchiment des capitaux	275
<i>Maitre Nouzha Grib / Notaire Médiateure au Algérie</i>	

II. ECONOMIE ET INVESTISSEMENTS

4. Rôle du notaire dans les contrats PPP (Partenariats public- privé)	288
<i>Ladjel Abdelkader / Notaire au Algérie</i>	

III. APOSTILLE ET E-APOSTILLE

5. Réforme de l'Apostille et de la Légalisation en France	298
<i>Coralie Foënard / Notaire au France</i>	

IV. LA TECHNOLOGIE AU SERVICE DE L'ECONOMIE

6. Les comptes séquestres de garantie au Brésil 317
Ubiratan Guimarães / Notaire au Brésil

TABLE RONDE 4: POINTS DE VUE EXTÉRIEURS

MODÉRATRICE: PROF. DANIELA PIANA

I. POINT DE VUE DE LA MAGISTRATURE SUR LE TRANSFERT ET PARTAGE DE COMPÉTENCES AVEC LES NOTAIRES

1. Le point de vue du pouvoir judiciaire sur le transfert de compétences /
compétences partagées avec les notaires en matière de droit de la famille 318
Giacomo Oberto / Secrétaire Général de l'Union Internationale des Magistrats

II. POINT DE VUE DE L'OCDE

2. La nécessité d'une justice centrée sur la personne 329
Maaïke de Langen / Conseiller principal en politiques publiques, Division du partenariat mondial, de l'inclusion et de la justice, Direction de la gouvernance publique - OCDE

- SYNTHÈSE / RAPPORT ACADÉMIQUE** 336
Prof. Daniela Piana

CONCLUSIONS DU THEME II

*Les conclusions ont été tirées des contributions
sollicitées auprès des 92 notaires membres de l'UINL*

337

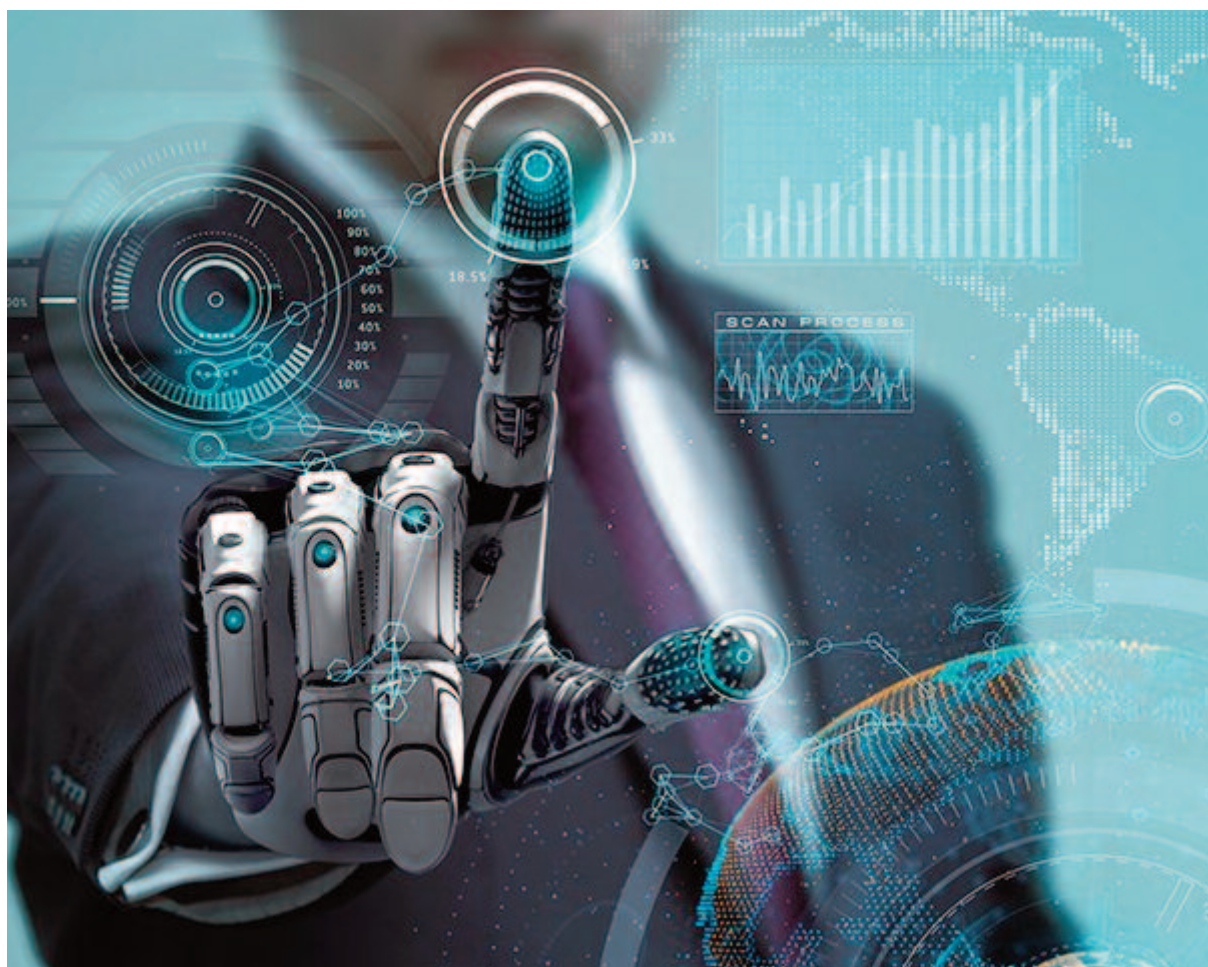
THÈME I



NOUVEAUX OUTILS NOUVELLES FRONTIÈRES

LES NOTAIRES AU CŒUR D'UN
SYSTÈME DIGITAL D'AVENIR

-
1. AUTOMATISATION ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE / 2. AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION À DISTANCE
3. CYBERSÉCURITÉ ET PROTECTION DES DONNÉES / 4. COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE
5. ARCHIVES ÉLECTRONIQUES ET CONSERVATION DES DOCUMENTS
-





1

AUTOMATISATION ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

CONCLUSIONS

I. Définition des termes « automatisation » et « intelligence artificielle »

Si l'automatisation et l'intelligence artificielle impliquent toutes deux l'exécution de tâches par ordinateur, **elles diffèrent sur des aspects essentiels** : **l'automatisation** fait référence à l'utilisation de systèmes qui suivent des règles fixes et préprogrammées pour exécuter des tâches routinières et répétitives sans variation ; elle permet de rationaliser les processus. **L'intelligence artificielle**, quant à elle, s'appuie sur ces fondements en intégrant des méthodes, telles que l'apprentissage automatique et la reconnaissance de modèles, qui lui permettent de s'adapter, d'apprendre à partir de données et de prendre des décisions d'une manière qui se rapproche davantage du raisonnement humain. En effet, l'intelligence artificielle peut être considérée comme une forme plus élaborée et plus flexible d'automatisation, tandis que ses principes opérationnels restent fondamentalement algorithmiques. Les méthodes algorithmiques peuvent être comprises comme des procédures systématiques ou des ensembles de règles définies utilisées pour résoudre des problèmes ou effectuer des tâches, essentiellement des processus étape par étape qui transforment les données d'entrée en données de sortie. En revanche, la cognition et compréhension humaine authentiques sont sans doute par nature non algorithmique, c'est-à-dire non computationnels.

L'intelligence artificielle « étroite », telle que celle qui pourrait être utilisée par les notaires, est conçue pour exceller dans des tâches spécifiques, comme l'extraction d'informations précises d'un texte d'une manière qui semble naturelle et intelligente (grands modèles linguistiques), à l'aide de méthodes algorithmiques,

tandis que l'**intelligence artificielle** générale aspire à reproduire l'ensemble des capacités cognitives humaines. Certaines critiques soutiennent que l'intelligence artificielle générale, si elle nécessite une forme d'expérience intérieure, pourrait être irréaliste, car la cognition humaine englobe des processus non algorithmiques qui sont, par conséquent, non computationnels.

II. Les avantages potentiels de l'automatisation et de l'intelligence pour le public et le notaire

Si elles sont intégrées avec prudence dans leurs processus de travail, l'automatisation et l'intelligence artificielle peuvent potentiellement fournir des outils utiles aux notaires en tant qu'acteurs clés dans l'administration préventive de la justice.

Premièrement, l'automatisation et l'intelligence artificielle peuvent **réduire les coûts** et **offrir un gain de temps** dans les tâches routinières, permettant ainsi aux notaires de se concentrer davantage sur les questions juridiques complexes lorsqu'ils conseillent de manière neutre les parties contractantes et adaptent la loi à leurs besoins. *Deuxièmement*, le recours à l'automatisation et à l'intelligence artificielle peut aider les notaires à maintenir la **qualité élevée des services publics** qu'ils fournissent, en leur permettant de consacrer davantage de temps à leurs fonctions principales à une époque où les tâches bureaucratiques et administratives ne cessent de croître (par exemple en raison des obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent). *Troisièmement*, les **changements démographiques** aggravent la pénurie de personnel qualifié. Compte tenu des ressources humaines limitées disponibles, l'automatisation et l'intelligence artificielle pourraient permettre d'atténuer les effets négatifs de cette évolution.

De telles **gains d'efficacité** pour les notaires auraient un **effet d'entraînement** qui, à terme, **profiterait au public en accélérant** les processus et en améliorant la rapidité des **services publics**.

III. Défis, risques et écueils à éviter

L'intelligence artificielle offre des opportunités, mais elle soulève également d'**importantes préoccupations systémiques** à un niveau sociétal plus large, voire existentiel. Si une grande partie du débat sur les risques liés à l'intelligence artificielle se concentre sur les **défis immédiats**, tels que les biais et la transparence, il existe des préoccupations plus profondes concernant l'impact à long terme de l'intelligence artificielle, notamment en matière d'autonomie, de contrôle et de stabilité systémique. Cependant, nous nous concentrerons

ci-après uniquement sur les préoccupations liées à l'utilisation par les notaires des outils d'automatisation et d'intelligence artificielle.

Premièrement, les outils d'intelligence artificielle posent des défis importants aux notaires, qui doivent être en mesure de justifier leurs décisions (**manque de transparence**). La nature complexe des algorithmes de l'intelligence artificielle, en particulier ceux des systèmes d'apprentissage profond, fonctionnent souvent comme des « boîtes noires » opaques, rendant extrêmement difficile, voire impossible, pour les utilisateurs de comprendre pleinement comment un système génère ses conclusions, ce qui soulève de sérieuses préoccupations en matière de transparence et de responsabilité.

Deuxièmement, les systèmes d'intelligence artificielle s'appuient sur de grandes quantités de données, ce qui fait de la confidentialité une préoccupation majeure (**confidentialité des données**). L'accès non autorisé aux données ou leur utilisation abusive peuvent avoir des conséquences négatives et nuire à la confiance dans les services publics fournis par les notaires.

Troisièmement, les systèmes d'intelligence artificielle peuvent parfois générer des résultats imprévisibles ou « halluciner » de fausses informations, ce qui rend leur fiabilité incertaine (**manque de prévisibilité et de fiabilité**). L'imprévisibilité fait référence à la tendance des modèles d'intelligence artificielle à produire des réponses incohérentes ou inattendues, souvent en raison de la complexité de leurs algorithmes sous-jacents. L'« hallucination », symptôme de l'imprévisibilité de l'intelligence artificielle, se produit lorsqu'une intelligence artificielle génère des informations incorrectes, trompeuses ou entièrement inventées, bien qu'elles semblent plausibles. Il convient donc d'éviter de faire aveuglément confiance aux résultats fournis par les outils d'intelligence artificielle.

Quatrièmement, la tendance des êtres humains à se fier excessivement aux systèmes automatisés, en partant du principe que leurs résultats sont toujours corrects, même lorsqu'ils comportent des erreurs et des limites, est hautement problématique (**biais d'automatisation et dépendance excessive**). Cela peut conduire à de mauvaises prises de décision, les utilisateurs pouvant ignorer des preuves contradictoires ou ne pas évaluer de manière critique les résultats générés par ces systèmes artificiels. Cette tendance est d'autant plus marquée lorsqu'elle est associée à la crainte d'une responsabilité juridique : lorsqu'ils sont tenus responsables des décisions prises, les individus peuvent préférer l'objectivité et la sécurité perçues des recommandations générées par l'intelligence artificielle, même si leur propre jugement entre en contradiction avec celles-ci, afin d'atténuer les risques juridiques potentiels.

Cinquièmement, si l'intelligence artificielle est entraînée à partir de données biaisées, elle peut renforcer, voire exacerber les inégalités sociales, conduisant à des résultats biaisés (**biais algorithmique et discrimination**).

Sixièmement, l'intelligence artificielle peut être utilisée à des fins malveillantes, notamment pour créer des deepfakes et des escroqueries (**sécurité**). La souveraineté numérique désigne la capacité à contrôler ses propres infrastructures numériques, données et décisions technologiques sans dépendre de tiers (**souveraineté numérique**). Le défi consiste à trouver un équilibre entre innovation et sécurité, en particulier lorsque les géants mondiaux de la technologie domiciliés à l'étranger dominent les plateformes clés, ce qui présente un risque de surveillance et/ou de dépendance.

Septièmement, il va sans dire, mais il convient néanmoins de le souligner, que l'utilisation d'outils d'automatisation ou d'intelligence artificielle doit être autorisée par les dispositions légales pertinentes régissant le notariat (**admissibilité réglementaire**).

Enfin, il ne faut pas sous-estimer les **aspects relationnels** qui sont essentiels au travail du notaire. Le recours à l'automatisation et à l'intelligence artificielle peut être perçu comme impersonnel, voire déshumanisant. En conséquence, les citoyens pourraient perdre confiance dans le notariat s'ils estiment que leurs préoccupations sont traitées par des systèmes automatisés plutôt que par des notaires faisant preuve d'une véritable compréhension et empathie humaines.

IV. Principales responsabilités notariales à respecter en matière d'utilisation des outils d'automatisation et d'intelligence artificielle

L'autonomie des notaires, tant factuelle que juridique, dans la prise de décision doit toujours être préservée (« l'humain aux commandes »). La capacité à résoudre des dilemmes éthiques complexes et à gagner la confiance des citoyens reste une qualité intrinsèquement humaine. Les systèmes d'automatisation et d'intelligence artificielle ne doivent servir qu'à assister le notaire, notamment pour compenser les problèmes de moyens, telles que les pénuries de personnel qualifié. Leur utilisation ne doit pas viser à imiter l'accomplissement des tâches que le législateur a, à juste titre, confiées aux notaires. La responsabilité finale incombe toujours au notaire. Compte tenu des défis énumérés ci-dessus, les principales responsabilités sont les suivantes :

Premièrement, les notaires doivent être en mesure de comprendre et d'expliquer aux citoyens comment et pourquoi l'intelligence artificielle a été utilisée et quels types de résultats ont été générés (**transparence**). Deuxièmement, l'utilisation de données d'apprentissage diversifiées et représentatives doit être garantie afin de minimiser les résultats inéquitables. Les notaires doivent rester des administrateurs neutres de la justice préventive et fournir des conseils juridiques neutres à toutes les parties concernées (**prévention des biais et de la discrimination**). Troisièmement, les notaires doivent respecter strictement les règles en matière de protection des données, conformément au principe de confidentialité, pilier fondamental du notariat (**confidentialité des données**). Quatrièmement, les notaires doivent s'assurer qu'ils sont (effectivement) libres dans leurs choix et leurs décisions (**prévention des biais liés à l'automatisation et la dépendance excessive**). La responsabilité finale leur incombe. Cinquièmement, les notaires doivent mettre en œuvre, ou veiller à ce que leurs prestataires de services appliquent et maintiennent, des mesures de cybersécurité robustes afin de prévenir les risques liés à l'intelligence artificielle (**sécurité**).

En outre, l'utilisation de l'automatisation et en particulier des outils d'intelligence artificielle, notamment dans le cadre des responsabilités susmentionnées, implique que le notaire **se forme et forme** son personnel afin d'acquérir les compétences numériques et les connaissances techniques nécessaires.

V. Conclusion : approches recommandées et « bonnes pratiques »

Au vu des risques et des défis susmentionnés, les approches recommandées et les « bonnes pratiques » doivent comprendre les éléments suivants :

Premièrement, les processus décisionnels des modèles d'intelligence artificielle doivent être documentés de manière exhaustive, transparente et accessible afin de renforcer la confiance et d'éviter les malentendus (« **intelligence artificielle explicable** »). Lorsque cela n'est pas possible en raison du problème de « boîte noire » susmentionné, les notaires doivent s'abstenir d'utiliser des outils d'intelligence artificielle dès lors que ceux-ci sont susceptibles d'influencer leurs choix ou leurs décisions concernant des fonctions notariales essentielles. En outre, les notaires doivent toujours tenir compte des autres obligations légales liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle. Par exemple, il peut être nécessaire de communiquer ouvertement l'utilisation de l'intelligence artificielle aux clients.

Deuxièmement, afin de **lutter contre les biais et la discrimination** dans le domaine de l'intelligence artificielle, il est essentiel d'utiliser des ensembles de données diversifiés et représentatifs, de vérifier régulièrement l'absence de biais et de garantir la transparence grâce à des modèles explicables. Par ailleurs, les modèles doivent faire l'objet d'une surveillance et d'ajustements continus. Des boucles de rétroaction (feedback loops) doivent être mises en place.

Troisièmement, afin de garantir la **confidentialité des données**, seules les données nécessaires doivent être collectées, en évitant toute collecte excessive d'informations personnelles. Dans la mesure du possible, les identifiants personnels doivent être supprimés ou cryptés. De plus, le consentement des utilisateurs doit être obtenu avant que leurs données ne soient traitées. Des mécanismes d'authentification robustes, des contrôles d'accès stricts et des cryptages doivent être mis en place afin d'empêcher toute fuite d'informations et de limiter l'accès aux rôles autorisés.

Quatrièmement, les processus d'identification constituent un exemple frappant où la prudence s'impose lors de l'intégration d'outils d'intelligence artificielle, car les biais systémiques de l'intelligence artificielle, résultant de la convergence des **biais algorithmiques et des biais d'automatisation liés à la responsabilité**, peuvent conduire à des résultats erronés ayant un effet préjudiciable sur la sécurité juridique et le contrôle préventif.

Cinquièmement, les chambres des notaires devraient s'efforcer de trouver un équilibre entre les solutions informatiques innovantes pouvant nécessiter un apport technologique étranger et l'utilisation des capacités locales afin de **réduire le risque de dépendance** et de renforcer la protection des données.

Sixièmement, le rôle social important joué par les notaires devrait également être pris en compte dans le contexte des nouvelles technologies, notamment en ce qui concerne les **fonctions réglementaires de la forme notariale**.

Des **gains d'efficacité** pourraient notamment être réalisés grâce à l'utilisation des outils suivants.

Premièrement, les outils d'intelligence artificielle tels que les **chatbots internes**, basés sur des modèles linguistiques à grande échelle, pourraient accélérer la **mise en œuvre des obligations réglementaires** par les notaires, lorsqu'ils sont confrontés à des réglementations très détaillées nécessitant une évaluation au cas par cas, comme celles relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent.

Deuxièmement, un **portail notarial en ligne** pourrait être en mesure de transmettre des données qui seraient ensuite structurées, par exemple à l'aide du formatage Extensible Markup Language, éventuellement enrichies par des outils d'intelligence artificielle, puis intégrées de manière transparente dans le processus de travail des notaires, de la rédaction à la communication et à la mise en œuvre d'un acte notarié et de ses effets (par exemple auprès des registres publics, des autorités fiscales et de tiers privés tels que les banques). Cette intégration permettrait de remédier à l'inefficacité de l'extraction manuelle des données.

Troisièmement, l'**extraction automatisée des données** pourrait être appliquée aux données stockées dans les registres nationaux ou dans les documents provenant des clients ou des logiciels notariaux. De cette manière, il serait possible de répondre plus rapidement aux demandes tout en traitant en détail chaque cas particulier.

Quatrièmement, l'intelligence artificielle pourrait également faciliter l'**exécution d'actes authentiques**. Par exemple, les autorités compétentes pour l'exécution respective des actes authentiques pourraient être identifiées par l'intelligence artificielle sur la base du contenu de l'acte authentique et des informations disponibles en ligne. La communication pourrait être préparée sur cette base. En outre, les étapes d'exécution nécessaires pourraient être déterminées sur la base du contenu de l'acte authentique. Le notaire ou ses employés pourraient voir les étapes d'exécution restant à accomplir. De cette manière, l'état d'avancement de l'exécution pourrait être affiché en permanence pour le citoyen sur le portail de services ou une application similaire.

Cinquièmement, la **prise de rendez-vous** pourrait être considérablement accélérée. Il est par exemple possible de laisser l'intelligence artificielle prendre des rendez-vous en fonction de certains paramètres. Cela peut se faire de manière totalement autonome ou avec un processus d'approbation humaine ultérieur. Ainsi, les rendez-vous peuvent être pris de manière flexible et en mobilisant le moins de ressources humaines possible.





2

AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION À DISTANCE

CONCLUSIONS

I. Les concepts d'authentification et d'identification à distance (définition)

L'**authentification à distance** désigne le processus durant lequel l'acte authentique est établi formellement, en permettant aux parties de comparaître devant le notaire moyennant une technologie audiovisuelle (visioconférence). L'**identification à distance** désigne le processus durant lequel le notaire vérifie l'identité des parties concernées, en leur permettant de comparaître devant lui via visioconférence. D'abord, les parties doivent présenter un document officiel d'identité, généralement leur carte d'identité. Il peut être nécessaire de présenter un substitut électronique conformément aux réglementations en vigueur. Par la suite, il s'agit de vérifier que la personne présentant le moyen d'identification correspond à celle figurant sur le document d'identité.

II. Responsabilités notariales clé (en matière d'authentification et d'identification à distance)¹

Le notaire doit toujours se conformer aux **dispositions légales applicables** et, par exemple, vérifier si l'authentification et l'identification à distance sont autorisées, quelles procédures doivent être suivies, si une signature électronique est acceptable et si un type spécifique de signature électronique est requis. En

¹ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021.

effet, le notaire doit s'assurer que la réalisation de la procédure en ligne ne compromette pas **l'exécution complète et rigoureuse de ses obligations légales**². Bien que ces procédures puissent varier selon les juridictions, elles restent indissociablement liées aux **objectifs réglementaires poursuivis par les exigences de la forme notariée**. Ceux-ci ne doivent pas être compromis par les procédures à distance. Ces objectifs consistent, entre autres, à protéger les parties grâce à un conseil juridique impartial et à la rédaction de contrats visant à réduire les biais et à équilibrer les pouvoirs de négociation, à émettre des avertissements et à prévenir des décisions hâtives, à doter les documents d'une force probante particulière et à permettre le contrôle préventif public, notamment en garantissant la validité des documents juridiques par la transposition des normes de transparence et en facilitant les audits visant à lutter contre la criminalité.

Conformément aux objectifs susmentionnés, nous pouvons dégager un certain nombre de **responsabilités clés générales**. *Premièrement*, la **détermination de l'identité** des parties revêt une **importance particulière**, vu qu'elle fait partie intégrante de l'acte notarié et constitue à ce titre une preuve complète dans le cadre des transactions juridiques. Cet aspect est particulièrement important pour les documents publics qui doivent être soumis à des registres publics, tels que le registre du commerce. Par conséquent, le notaire doit être personnellement convaincu du fait que les parties identifiées sont bien les parties prenantes.³ *Deuxièmement*, le notaire doit être en mesure de sonder la **volonté réelle des parties**, y compris d'évaluer leur **capacité juridique** et leur **autonomie de volonté**. *Troisièmement*, le notaire doit s'assurer de la légalité du contenu de l'acte authentique, en tenant compte des lois applicables dans les situations transfrontalières. *Quatrièmement*, le notaire veille à ce que l'authentification à distance ne compromette pas la **compréhension du contenu** de l'acte authentique par les parties et qu'elle respecte le niveau le plus élevé du conseil juridique impartial, garantissant ainsi que les actes authentiques ne soient pas seulement protégés contre les décisions hâtives, mais qu'ils résultent d'une démarche juridique pleinement éclairée. *Cinquièmement*, les actes authentiques électroniques devraient bénéficier d'une reconnaissance équivalente à leurs équivalents papier, ce qui implique que la **signature électronique** et la **conservation des documents** devraient répondre aux mêmes normes.

² Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021, p. 2 et seq.

³ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres de l'UINL le 03.12.2021, p. 1 et seq.

De plus, il est nécessaire de garantir la **discrétion et la confidentialité** des actes authentiques. De même, il est crucial que l'accès aux services notariaux ne soit pas restreint par l'introduction d'outils en ligne. L'**accès en présentiel** doit toujours être option.

III. Avantages potentiels pour le public et le notaire

L'authentification et l'identification à distance présentent des avantages considérables, notamment en matière de **droit des sociétés** et en termes de développement.⁴ *Premièrement*, l'authentification à distance sécurisée par les notaires dans le domaine du droit des sociétés facilitera la création de nouvelles entreprises et le soutien à l'expansion des entreprises existantes. Grâce à un processus rapide, accessible et simple, des individus à travers le pays, voire de différents pays ou continents, pourront facilement investir en tant qu'actionnaires dans des entreprises émergentes et florissantes sans avoir à comparaître physiquement devant le notaire. *Deuxièmement*, l'authentification et l'identification à distance offrent de nombreux avantages en matière de **développement** dans la mesure où ils éliminent les obstacles géographiques. Ces innovations permettent aux personnes à mobilité réduite d'accéder aux services notariaux dans leur pays respectif, c'est-à-dire au conseil juridique impartial, abordable et de haute qualité permettant de rétablir l'équilibre entre les parties. *Troisièmement*, lors de crises, les processus à distance assurent la **continuité des services publics notariaux**, par exemple dans des situations telles que les pandémies, les catastrophes naturelles ou les défaillances d'infrastructure.

IV. Principaux partenaires, cadre législatif et infrastructure pratique, essentiels au développement et au lancement réussis de projets d'authentification à distance

En tant qu'officiers publics, il est essentiel que les notaires agissent dans le cadre réglementaire existant, lequel varie **d'un pays à l'autre**. Pour développer et lancer avec succès des projets d'authentification et d'identification à distance, il est nécessaire de déployer des efforts concertés dans plusieurs domaines. Cela inclut la tutelle administrative, la coopération institutionnelle, un cadre juridique favorable et une infrastructure technique performante. Par conséquent, le lancement de projets d'authentification à distance doit reposer

⁴ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres de l'UINL le 03.12.2021, p. 1.

sur une **base légale** garantissant que les procédures à distance **ne compromettent pas les objectifs réglementaires** poursuivis par les exigences liées à la forme notariée et les obligations notariales essentiels. Cela ne signifie pas que des réformes réglementaires peuvent ne pas être accompagnées par le développement parallèle d'une infrastructure informatique facilitant la mise en conformité, et, partant, la mise en œuvre en toute souplesse. Cette infrastructure pourrait être mise en place par les **chambres des notaires nationales** eux-mêmes ou en collaboration avec des partenaires externes. Elle devrait intégrer des technologies d'authentification d'identité solides, un cadre de signature numérique fiable, tel que la signature électronique qualifiée (QES), qui répondent aux **normes juridiques et techniques les plus élevées** afin de garantir l'intégrité et la non-répudiation des documents signés et la mise en place de réseaux de communication sécurisés. Tous les transferts de données doivent être chiffrés, de préférence par un **chiffrement de bout en bout**, et appuyés par des interfaces de programmation d'applications (API) sécurisées, afin de garantir l'opérabilité entre les systèmes. En particulier lorsque les outils numériques sont développés en coopération avec des partenaires externes, des audits de certification et de conformité sont nécessaires pour garantir le respect des obligations notariales.

V. Risques et défis

Les principaux défis, tant sur le plan **technique** que **juridique**, consistent à garantir le plus haut niveau de fiabilité et de sécurité en matière d'authentification et d'identification à distance, tout en réalisant les objectifs fixés par les exigences liées à la forme notariée, **équivalentes** à celles applicables aux transactions **en présentiel**. Il incombe au législateur de fournir aux notaires un cadre juridique adapté à cet égard.

Parmi les **défis techniques** figure, *en premier lieu*, la vérification d'identité à distance qui doit être sécurisée et fiable. Dans un environnement dématérialisé, le notaire ne peut pas s'appuyer simplement sur des indices physiques ou des pièces d'identité originales. **Le processus d'identification** doit donc permettre au notaire de vérifier l'identité des parties avec le plus haut degré de certitude possible. Des mesures doivent être mises en place pour prévenir tout risque d'usurpation d'identité ou de falsification de documents. Dans ce contexte, l'intégration d'outils d'intelligence artificielle nécessite de la prudence. En effet, les biais systémiques de l'intelligence artificielle, résultant de la convergence des **biais algorithmiques et des biais d'automatisation liés à la responsabilité**, peuvent conduire à des résultats erronés ayant un effet

préjudiciable sur la sécurité juridique et le contrôle préventif. De plus, les systèmes d'intelligence artificielle créent des défis pour les notaires, qui doivent être en mesure de justifier leurs décisions. Les algorithmes complexes de l'intelligence artificielle agissent souvent comme des « boîtes noires », rendant extrêmement difficile la compréhension du raisonnement sous-jacent ayant donné lieu à leurs conclusions et soulevant des préoccupations sérieuses quant à la transparence et la responsabilité. *En second lieu, la garantie de l'intégrité des documents et de la validité des signatures* est un défi à relever, les procédures à distance présentant un risque de falsification ou de perte d'authenticité des documents. *En troisième lieu, la cybersécurité et la sécurité des communications et du traitement des données* représentent un défi technique majeur, les actes authentiques contenant des informations confidentielles, voire souvent sensibles. L'usage d'outils de visioconférence privés implique donc des risques, notamment en matière de sécurité des connexions, de chiffrement et de stockage des données. Dans ces cas, l'accomplissement des fonctions notariales dépend de la fidélité contractuelle de tiers, dont les solutions techniques risquent de rester inconnues ou incomprises. *En quatrième lieu*, le problème persistant d'une faible **connectivité Internet** reste un obstacle. Or, les notaires disposent de peu de moyens de contrôle si les parties elles-mêmes sont à l'origine du problème.

Comme évoqué précédemment, l'authentification et l'identification à distance ne doivent pas compromettre les fonctions de la forme notariée et les obligations du notaire qui en résultent.

À cet égard, les **défis juridiques** consistent, *premièrement*, à garantir **la sécurité juridique et la validité procédurale** dans un environnement à distance.

L'acte authentique établi à distance doit répondre aux mêmes exigences de forme que celui établi en présentiel afin de constituer pleine preuve, notamment lorsqu'il doit être soumis aux registres publics, et ainsi justifier d'une valeur probante équivalente. *Deuxièmement*, l'enjeu est de s'assurer, même dans un environnement à distance, que les parties puissent agir librement, **comprendre le contenu de l'acte authentique** et disposer de la **capacité juridique requise**. Toutes ces obligations sont plus difficiles à remplir à distance. *Troisièmement*, compte tenu de la fonction protectrice de la forme notariée et du risque qu'elle soit compromise par l'utilisation d'outils audiovisuels, un autre défi juridique majeur réside dans **l'identification des contextes juridiques appropriés** dans lesquels l'authentification et l'identification à distance constituent des outils adéquats.⁵ *Quatrièmement*, les outils en ligne

⁵ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021, p. 5.

présentent le risque de négliger les **objectifs réglementaires visés par les exigences de forme notariée et les lois encadrant l'exercice de la charge publique**. La principale préoccupation réside dans le fait que la mission publique du notaire en tant qu'administrateur du contrôle préventif public, y compris les normes **de vérification préalable, de déclaration et de transparence**, soit négligée avec pour conséquence une détérioration de la qualité des registres publics. En outre, l'objectif consistant à offrir aux citoyens une **répartition géographique équitable et homogène du service notarial**, en limitant les compétences géographiques, est susceptible d'être abandonné.⁶

VI. Conclusion : approches recommandées et « bonnes pratiques »

Afin de garantir la sécurité juridique, le contrôle préventif public, la fiabilité et de justifier la valeur probante des actes notariés, en particulier des actes authentiques établis à distance, il est nécessaire de mettre en place un ensemble de bonnes pratiques techniques et juridiques. Ces pratiques doivent englober toutes les étapes de la procédure, de l'identification des parties à la signature et à l'archivage sécurisé des documents. Le niveau élevé fixé par l'identification et l'authentification en présentiel doit servir de référence à ces pratiques à distance.

Sur le **plan technique**, les bonnes pratiques comprennent, *en premier lieu*, la **mise en place d'une identification vidéo qualifiée** et l'utilisation de systèmes **d'identification certifiés par les pouvoirs publics** et adaptés au contexte en ligne (par exemple, les cartes d'identité électroniques nationales avec puce électronique) afin de garantir une vérification d'identité valable. L'identification vidéo correspond aux critères de qualification lorsqu'elle prévoit au moins une étape de vérification supplémentaire, outre la présentation et la vérification de la pièce d'identité, permettant au notaire de s'assurer que la personne présentant le moyen d'identification est bien celle indiquée sur la pièce d'identité présentée. Cela peut inclure le traitement des données biométriques conformément aux réglementations en matière de protection des données ou l'extraction numérique des données d'identification personnelles et de la photo officielle d'une carte d'identité électronique. Ces mesures permettent au notaire de vérifier la validité des moyens d'identification et de comparer la photo avec les personnes apparaissant à l'écran. *En second lieu*, il

⁶ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021, p. 3 et seq.

est recommandé d'utiliser des **signatures électroniques qualifiées** ainsi que des **horodatages électroniques** qualifiés, garantissant une équivalence juridique aux signatures manuscrites afin de préserver l'intégrité des documents. *En troisième lieu*, les **plateformes notariales de visioconférence à distance** devraient proposer le **chiffrement de bout en bout**, un contrôle d'accès et des pistes d'audit protégées contre toute falsification, conformément aux lois sur la protection des données et au secret professionnel du notaire. *En quatrième lieu*, le **niveau élevé de confidentialité** requis est assuré si l'identification et l'authentification à distance passent par une **plateforme souveraine** contenant l'outil audiovisuel géré par les chambres des notaires en tant qu'autorités publiques compétentes.⁷ *En cinquième lieu*, il est également essentiel de disposer **d'une connexion Internet stable**, d'un espace privé et d'une formation aux compétences numériques pour les notaires et leur personnel.

Sur le **plan juridique**, il est essentiel de disposer d'une **base légale claire, globale et spécifique** pour mettre en œuvre l'authentification et l'identification à distance d'une manière qui protège les fonctions de la forme notariée tout en respectant les obligations du notaire liées à sa fonction. Le cadre juridique devrait **définir le champ d'application des actes authentiques à distance autorisés** et garantir leur **équivalence avec les procédures en présentiel**, notamment en réglementant à quel moment et de quelle manière, c'est-à-dire par quels **moyens techniques**, il faut identifier les parties et établir l'acte authentique avec les parties participant à distance.

À cette fin, il convient, premièrement, de réfléchir à la **fonction protectrice du processus d'authentification notariale** et d'identifier les domaines dans lesquels cette fonction n'est pas compromise par l'utilisation d'outils audiovisuels. Dans certains domaines, il est particulièrement important de garantir la véritable intention des parties et de préserver l'autonomie de leur volonté. Ce sont généralement des domaines dans lequel il existe des conflits d'intérêts, des différences d'expérience et de pouvoir de négociation (en particulier en matière de protection des consommateurs). Dans ce cas, l'authentification à distance semblerait moins appropriée. Dans ce contexte, les testaments et les contrats de succession devraient rester réservés à l'authentification en présentiel. Les contextes juridiques unilatéraux ou associatifs, tels que certaines questions relevant du droit des sociétés, sont en général moins problématiques.⁸

⁷ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021, p. 2.

⁸ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021, 5.

Deuxièmement, il faudrait concevoir les dispositions légales respectives de manière à assurer que les garanties nécessaires, telles que le contrôle préventif public exercé par les tribunaux nationaux, les autorités publiques et/ou les notaires en tant que gardiens des registres publics, soient respectées au même titre dans le domaine numérique. Cela implique aussi de veiller à la **préservation des objectifs réglementaires fixés par les exigences liées à la forme notariée et les lois relatives à l'exercice de la fonction publique**.

Troisièmement, dans la mesure où elles existent, il faudrait refléter, dans le contexte dématérialisé, les compétences géographiques régionales relatives à la fourniture de services en présentiel, qui visent à garantir **une répartition équilibrée du service notarial à travers le territoire national** dans l'intérêt des citoyens, afin d'éviter une concentration excessive des procédures en ligne auprès d'un petit nombre de notaires.⁹ La proximité du service notarial est un bien public susceptible d'être compromis par une telle concentration.

En effet, *quatrièmement*, l'identification et l'authentification à distance devraient rester **facultatives** afin de ne pas marginaliser les personnes sans accès à un ordinateur ou à Internet.

Cinquièmement, vu l'importance fondamentale du processus d'identification pour la **sécurité juridique**, les normes de vérification d'identité devraient être prescrites par la loi, y compris l'utilisation d'une pièce d'identité adaptée au contexte en ligne et de systèmes d'identification vidéo qualifiés (c'est-à-dire à deux facteurs), permettant aux notaires de pouvoir identifier les parties avec la plus grande certitude.

Sixièmement, afin de garantir, dans cette optique, que la responsabilité souveraine d'assurer la **sécurité juridique** soit respectée et que la **valeur probante** conférée aux documents publics émanant du domaine en ligne soit garantie, en particulier en ce qui concerne les documents soumis aux registres publics (par exemple, le registre du commerce), la vérification de l'identité devrait également rester entre les mains souveraines du notaire, que la signature ait lieu ou non dans le cadre de l'établissement d'un acte authentique.

Septièmement, cette mesure vise à garantir **l'intégrité des documents et la validité des signatures**.

Huitièmement, les garanties procédurales devraient permettre au notaire **d'évaluer la capacité juridique et l'intention des parties** à distance, ainsi que

⁹ Voir le Décalogue de l'UINL sur les actes avec comparution en ligne, adopté par l'Assemblée des Notariats Membres le 03.12.2021, p. 3 et seq.

de leur **fournir des conseils juridiques impartiaux** le cas échéant, notamment lors de la rédaction d'actes authentiques. Vu que ces obligations requièrent un dialogue interactif, les outils audiovisuels (tels que la vidéoconférence) hébergés sur une plateforme souveraine constituent le moyen le plus efficace pour les réaliser dans un contexte en ligne. Le notaire devrait avoir le pouvoir, en cas de doute quant à **l'autonomie de la volonté** ou à la capacité juridique, de refuser de rédiger un acte authentique à distance.

Neuvièmement, des dispositions relatives à la **protection des données** et à la **confidentialité** devraient être incluses, au-delà des exigences standard en matière de protection des données, en raison de la nature sensible des données notariales.

Les progrès technologiques s'accroissent, même si l'évolution des cinq prochaines années reste incertaine. Toutefois, réfléchir à l'importance durable des objectifs réglementaires fondamentaux des exigences liées à la forme notariée aidera les notariats à harmoniser le progrès technologique et la sécurité juridique.





3

CYBERSÉCURITÉ ET
PROTECTION DES DONNÉES

CONCLUSIONS

I. Concepts de cybersécurité et de protection
des données : définition et différences

La **cybersécurité** désigne l'ensemble des mesures, technologies et processus visant à protéger les systèmes informatiques, les réseaux, les programmes et les données contre les cyberattaques, les dommages ou l'accès non autorisé.

- **Objectifs :**

- prévenir les cyberattaques (p. ex. piratage, logiciels malveillants, hameçonnage) ;
- protéger la disponibilité, l'intégrité et la confidentialité des systèmes et des données informatiques ;
- assurer la stabilité et la sécurité des opérations informatiques.

- **Exemples :** utilisation de pare-feux et de logiciels antivirus, mise à jour et correctifs de sécurité, surveillance du réseau et contrôles d'accès, stockage crypté, décryptage uniquement à l'aide de clés spéciales détenues par le notaire.

La **protection des données (confidentialité)** désigne la protection des données personnelles contre tout usage abusif, ainsi que la garantie de l'autodétermination informationnelle.

- **Objectifs :**

- assurer la collecte, le traitement et le stockage licites des données personnelles ;
- protéger la sphère privée des personnes ;
- garantir la conformité aux réglementations légales telles que le RGPD européen (Règlement général sur la protection des données).

- **Exemples :** le droit d'accès aux personnes concernées et l'enregistrement du traitement des données.

En résumé, la cybersécurité est un terme utilisé pour décrire la protection des données et des systèmes en général, tandis que la protection des données désigne la protection des données personnelles. La protection des données peut être considérée comme un sous-secteur de la cybersécurité en ce qui concerne la protection technique des informations personnelles.

I. Principales responsabilités des notaires en matière de cybersécurité et de protection des données

Outre les obligations générales en matière de protection des données, les notaires et leurs chambres sont généralement soumis à des obligations de confidentialité spécifiques et renforcées en ce qui concerne les processus électroniques. Les notaires ne sont pas de simples gestionnaires de données, mais des gardiens de l'authenticité. Par conséquent, les documents dotés de signature électronique qualifiée d'un notaire, étant l'équivalent numérique de sa signature manuscrite, doivent être traités avec le même degré de vigilance et de confidentialité que les documents sur papier. Il s'agit d'une responsabilité sacrée. L'utilisation des systèmes et technologies informatiques ne doit pas compromettre la fonction notariale ; elle doit au contraire s'inscrire dans le respect de son identité, de sa déontologie et des règles professionnelles qui la régissent.

Dans les transactions juridiques, il doit être possible de déterminer l'authenticité des documents électroniques (notariés) aussi clairement et de manière aussi fiable que celle des documents notariés sur papier.

Sur le plan technique, il faut par conséquent veiller à ce que les documents électroniques répondent aux mêmes exigences élevées en matière de sécurité et d'intégrité vérifiable. Le notaire a la responsabilité d'incarner l'excellence et de montrer aux citoyens, aux gouvernements et aux institutions une pratique numérique digne de confiance.

Le notaire est tenu de respecter les lois nationales relatives à la protection des données personnelles et de se tenir informé afin de garantir une protection adéquate de ces données. En outre, il doit se conformer strictement à certaines règles techniques et organisationnelles spécifiques lors de l'archivage de documents, d'actes authentiques et d'autres données. Ces règles sont indispensables pour garantir la sécurité, l'immutabilité et la disponibilité à long terme de tous les dossiers numériques archivés.

III. Défis et risques

- Les cyberattaques, y compris les violations de données compromettant à la fois la sécurité et la confidentialité ainsi que les rançongiciels (logiciels malveillants chiffrant les données ou bloquant les systèmes pour réclamer une rançon en échange du déchiffrement ou du déblocage) peuvent causer des dommages juridiques ou réputationnels à la profession. L'hameçonnage et l'ingénierie sociale exploitant le comportement humain, ainsi que les attaques sur les chaînes logistiques et les vulnérabilités de type jour-zéro (suite au lancement d'un nouveau logiciel) constituent de sérieuses menaces.
- Les systèmes de plus en plus complexes, tels que les services en nuage (ou cloud), les appareils IoT (Internet des objets) et les applications d'IA, étendent considérablement les domaines d'attaque potentiels et créant des risques spécifiques en matière de sécurité cloud.
- Le risque de fraude financière par des cybercriminels manipulant les coordonnées bancaires pour détourner des fonds (étude notariale ou clients).
- Le risque de menaces internes de la part d'employés ou de sous-traitants, ainsi que le risque de fraude externe par de faux techniciens (cybercriminels se faisant passer pour des techniciens afin d'obtenir un accès à distance aux systèmes informatiques des études notariales), représentent aussi un danger considérable, notamment en cas de manque de personnel qualifié.
- Conséquences : En cas d'incident, tous ces risques peuvent entraîner une perte de confiance considérable de la part des parties et des utilisateurs, avec des répercussions négatives à long terme. En particulier, la relation de confiance spéciale entre le notaire et les parties doit se refléter dans le monde numérique. Il est essentiel que les citoyens puissent compter sur la protection de leurs données et de leurs documents personnels.

IV. Conclusion :

Quelles sont les approches et « bonnes pratiques » recommandées ?

- Contrôle d'accès (accès restreint) et authentification multifactorielle, par exemple via des cartes spéciales réservées au personnel et aux notaires, avec codes PIN personnalisés et confidentiels et certificats spéciaux.
- Mécanismes de surveillance destinés à détecter rapidement les incidents de sécurité, y compris les systèmes de détection d'intrusion (toutes les données entrant et sortant du réseau sont surveillées et analysées en permanence afin

de détecter toute anomalie ou activité malveillantes), la journalisation des événements et la mise en place de procédures d'intervention en cas d'incident.

- Pare-feux efficaces et logiciels antivirus mis à jour régulièrement ;
- Sauvegarde et reprise après sinistre : mise en place d'une stratégie de sauvegarde sécurisée incluant des sauvegardes hors ligne (ou sur serveurs locaux ou certifiés dans le cloud) ainsi que des moyens d'accéder aux documents cryptés ;
- Chiffrement : transmission des données uniquement sous forme chiffrée et chiffrement de bout en bout pour les données particulièrement sensibles, stockage et archivage à long terme des documents sous forme chiffrée.
- Sécurité multicouche (sécurité du réseau, des points de terminaison et des applications), également appelée « défense en profondeur » : une stratégie de cybersécurité fondée sur plusieurs mesures de sécurité indépendantes visant à protéger les actifs d'une organisation. Au lieu de s'appuyer sur une seule barrière de sécurité, cette méthode consiste à créer plusieurs couches de protection. Par conséquent, si une couche échoue ou est compromise, les autres restent en place afin d'empêcher ou détecter une attaque.
- Sécurité du cloud et du télétravail (architecture Zero Trust, accès distant / VPN sécurisé).
- Mesures préventives contre la fraude financière : séparation des fonctions et validation partielle des virements ; la limitation des délais d'exécution des virements ; authentification à deux facteurs pour renforcer la sécurité des transactions ; outils permettant de vérifier l'authenticité des coordonnées bancaires (IBAN-RIB) avant transfert de fonds.
- Collaboration avec des experts spécialisés en cybersécurité ou en informatique juridique.
- Formations et campagnes de sensibilisation régulières destinées au personnel afin de prévenir les tentatives de fraude grâce à des pratiques adaptées (en précisant les règles d'utilisation, les mesures de confidentialité et les comportements à adopter). Ces formations sont essentielles, car le facteur humain est souvent le maillon le plus faible de la chaîne de sécurité.





4

COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE

CONCLUSIONS

I. Portée de la communication électronique pour la profession notariale

Dans le domaine du notariat, la communication électronique comprend quatre volets principaux :

Premièrement, la communication entre **le notaire et le client** (« perspective client »), qui est primordiale à chaque étape du service notarial, de la demande initiale à l'échange des données nécessaires à la rédaction de l'acte, jusqu'à la remise de l'acte notarié finalisé ;

Deuxièmement, la communication entre **le notaire et les autorités publiques** (« perspective des autorités »), qui est également impérative afin d'assurer une transmission efficace et sécurisée des documents et des données aux registres publics ainsi que d'autres autorités publiques impliquées dans les transactions notariales. L'objectif de la communication électronique avec les autorités est basé sur le principe du guichet unique. Concrètement, après avoir établi l'acte authentique, le notaire se charge de toutes les communications et démarches ultérieures auprès des autres autorités à titre de service complémentaire au client, libérant ainsi celui-ci de la responsabilité de soumettre le document notarié aux différents organismes, ce qui permet d'économiser du temps et des coûts. Ce volet englobe également la communication avec d'autres notaires et chambres des notaires ;

Troisièmement, la communication **au sein même de l'office notarial** (« perspective intra-bureau ») a un impact significatif sur l'efficacité globale du notariat, et partant sur le service notarial. Ce volet est, par conséquent, intrinsèquement lié aux deux volets susmentionnés ;

Quatrièmement, la fourniture d'**informations** concernant l'existence et la gamme des services notariaux proposés au public (« perspective informationnelle ») est importante en ce qui concerne l'utilisation efficace de ces services. La fonction juridique du notaire peut ne pas être pleinement comprise par l'ensemble des clients potentiels. Grâce aux moyens de diffusion numériques, tels que les sites internet ou les réseaux sociaux, le notaire ou les chambres des notaires peuvent informer le public sur les services notariaux, sans préjudice des restrictions prévues par le droit professionnel

Ces quatre volets de la communication notariale sont susceptibles d'être numérisés.

II. Principales responsabilités des notaires en matière de communication électronique

En général, la numérisation ne décharge pas le notaire de sa responsabilité en tant que **garant de la légalité et de l'intérêt public**. Le notaire doit garantir la légalité des documents transmis sous forme électronique, en veillant à ce qu'ils répondent aux exigences réglementaires matérielles et formelles.

Dans le cadre de ses responsabilités d'ordre technique, le notaire doit garantir la **sécurité des outils numériques** et des canaux utilisés dans ses communications électroniques. En tant que **titulaire d'une charge publique**, le notaire traite des informations hautement confidentielles. Il est donc impératif que l'ensemble des données transmises soit protégé contre tout **accès non autorisé** et délivré uniquement au destinataire prévu. L'intégrité et l'authenticité des données transmises sont essentielles pour assurer la fiabilité et la validité juridique des documents électroniques. Dans ce contexte, l'utilisation de **signatures électroniques qualifiées** peut constituer une solution fiable. Afin d'éviter toute fraude ou représentation non autorisée, toute interaction numérique doit permettre au destinataire de vérifier que le notaire agit effectivement dans le cadre de ses **fonctions publiques**.

Étant donné l'importance cruciale de la sécurité des données, la responsabilité ne relève pas uniquement des notaires, mais également des **chambres des notaires et des autorités de tutelle**. Celles-ci doivent notamment veiller à la mise à disposition d'infrastructures numériques sécurisées. Il appartient au notaire de respecter les normes techniques édictées par les autorités compétentes.

Par ailleurs, les outils de communication électronique doivent au moins être aussi **efficaces**, si ce n'est davantage, que les méthodes physiques tradi-

tionnelles. Le notaire est donc tenu de surveiller activement les canaux numériques et utiliser pleinement les technologies modernes dans ses opérations quotidiennes. Lorsqu'il communique sous forme électronique avec les registres publics, il lui incombe de garantir **l'exactitude des données saisies** et la transmission sécurisée des documents via des **interfaces autorisées**.

Enfin, en lien avec le quatrième volet susmentionné, le notaire doit essentiellement respecter les limitations imposées par le droit professionnel, telles que l'interdiction de la publicité dans certaines juridictions.

III. Avantages potentiels de la communication électronique dans le notariat

La communication numérique peut rendre les services notariaux **plus rapides**, plus sûrs et plus efficaces sur le plan économique. Étant donné que la communication est une composante essentielle du service notarial, les outils numériques peuvent considérablement améliorer **l'accès aux services juridiques et à la justice pour les citoyens**.

De nombreux exemples concrets montrent que la communication électronique contribue à optimiser les services notariaux. Ces exemples se retrouvent dans les quatre volets de la communication du notaire :

Du point de vue du client, la communication électronique avec le notaire est plus rapide, plus pratique, plus précise et plus sûre (grâce au chiffrement et aux passerelles sécurisées) que les solutions analogues. Les plateformes en ligne pourraient permettre aux clients de suivre l'avancement de leur dossier en temps réel. La communication électronique rend les services notariaux plus accessibles, notamment pour les citoyens résidant à l'étranger ou appartenant à des groupes vulnérables, tels que les personnes handicapées, les personnes âgées ou les habitants de zones rurales. Elle permet également de réaliser des économies de ressources en réduisant les déplacements et la consommation de papier.

De plus, la discontinuité des supports peut être évitée grâce à la transmission numérique des actes authentiques (voir Thème I. 2.), que ce soit au client ou à d'autres autorités publiques, pour le traitement ultérieur des données contenues dans l'acte notarié correspondant. En ce qui concerne les registres publics ou d'autres autorités publiques, la collecte **de données et la transmission sous forme de données lisibles par machine** (par exemple en langage XML)

peuvent considérablement **simplifier les procédures**. Des plateformes numériques intégrées pourraient quant à elles faciliter la collaboration interinstitutionnelle.

En outre, l'utilisation d'outils de communication électronique **au sein de l'office notarial** (par exemple, des conversations de groupe entre employés en ligne ou la gestion électronique des données) peut également optimiser les flux de travail et s'aligner sur les tendances actuelles du monde professionnel, telles que les modèles de travail à distance ou hybrides.

Enfin, en ce qui concerne **l'aspect informationnel**, la communication électronique est un vecteur de sensibilisation du public et de meilleure compréhension à l'égard du travail des notaires.

IV. Risques et défis de la communication électronique dans le notariat

L'un des principaux défis consiste à développer un **système de communication unifié, sécurisé et accessible** aux notaires, aux autorités publiques et aux citoyens. La mise en place d'un tel système nécessite un consensus sur les normes techniques, ce qui peut s'avérer difficile en raison des infrastructures existantes et des exigences divergentes des parties prenantes.

L'entretien permanent de ces infrastructures constitue un défi supplémentaire à relever. Elles doivent être régulièrement mises à jour et surveillées afin de garantir sa fonctionnalité et sa cybersécurité. Les risques concrets liés à des mesures de cybersécurité insuffisantes sont l'usurpation d'identité, l'interception des communications et la falsification de documents. La création d'un système fonctionnel et sécurisé nécessite le soutien d'experts informatiques pour toutes les parties prenantes, y compris les clients, afin d'éviter toute fracture numérique excluant certains groupes vulnérables. D'un point de vue technique, l'un des défis auquel certains notariats sont confrontés en matière de communication électronique est la **qualité variable de la connexion Internet**. Dans certaines régions, il existe encore des zones où la connectivité Internet n'est pas uniforme.

Parmi les risques principaux, figurent notamment **la perte ou le vol de données sensibles**, ainsi que les défaillances techniques. La dépendance accrue à l'infrastructure numérique dans le cadre des services notariaux les rend plus vulnérables aux pannes de système ou aux cyberattaques.

V. « Bonnes pratiques » de la communication électronique dans le notariat

Si une **plateforme centralisée pour la communication entre les notaires, les autorités publiques et les clients** semble **idéale** en théorie, elle est souvent peu pratique en raison de besoins différents. Les clients attendent une communication rapide, simple et transparente, même dans des situations impliquant plusieurs autorités.

Pour répondre à ces exigences, le notaire devrait servir de **guichet unique**, chargé de recueillir toutes les informations nécessaires auprès du client et de gérer la diffusion ultérieure de ces données aux autorités compétentes.

Afin de soutenir ce concept de guichet unique par ces moyens numériques, il serait judicieux de mettre en place ces deux outils de communication :

- Premièrement, un **portail client** par lequel les clients peuvent soumettre toutes les données requises aux notaires et par lequel ce dernier peut partager les documents notariés avec eux. Ce portail pourrait inclure un outil permettant aux clients de **suivre les différentes étapes effectuées par le notaire** en son nom (« barre de progression »). La mise en place d'un tel outil **permettrait non seulement d'accroître la transparence** des services notariaux, mais également d'optimiser **l'expérience utilisateur globale** ;
- Deuxièmement, **une boîte postale numérique unifiée** garantissant une communication professionnelle sécurisée entre les offices publics, tels que les notaires, les tribunaux, les registres, les autorités fiscales et d'autres autorités publiques.

Pour garantir une efficacité optimale, cette communication devrait reposer sur un format de données structuré (par exemple XML) et utiliser des signatures électroniques qualifiées, assurant ainsi l'authenticité et l'intégrité des documents transmis.





5

ARCHIVES ÉLECTRONIQUES ET
CONSERVATION DES DOCUMENTS

CONCLUSIONS

I. Évolution historique : quelles sont les origines
et la portée du concept d'archivage électronique et de
conservation des documents ?**Origines historiques**

L'idée d'archivage et de conservation des documents trouve ses racines dans les premières formes d'archivage, qui allaient des tablettes d'argile et des rouleaux de papyrus aux archives papier des institutions étatiques et religieuses. Traditionnellement, la conservation des documents remplissait deux fonctions essentielles : garantir la sécurité juridique et permettre l'accès à long terme à des documents faisant autorité. Pendant des siècles, cela s'est fait par le biais d'un stockage physique dans des environnements contrôlés, souvent supervisés par l'État, tels que les archives notariales, les greffes des tribunaux ou les archives publiques. Ces documents étaient souvent destinés à être conservés de manière permanente ; cependant, dans de nombreux cas, pour des raisons pratiques, des délais de conservation de 10 à 30 ans, voire 100 ans, ont été imposés, variant d'une juridiction à l'autre et en fonction du type de document conservé.

Utilisation des technologies de l'information par les notaires

Avec l'avènement des technologies de données électroniques, ces responsabilités en matière d'archivage se sont progressivement déplacées vers le domaine électronique. Au départ, la numérisation consistait simplement à scanner et à stocker de manière informelle des documents physiques afin de faciliter leur accès et leur manipulation au sein des études notariales. Cette pratique est tou-

jours d'actualité pour de nombreux notaires à travers le monde : les actes authentiques notariés sont créés sur papier et les copies électroniques des documents originaux sont stockées individuellement dans les archives des notaires, sans centralisation ni normalisation.

Développement de l'archivage électronique moderne

Dans de nombreuses juridictions, cette pratique a toutefois évolué vers une discipline plus complexe : l'archivage électronique, qui ne se limite plus au stockage numérique, mais garantit l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité à long terme et la valeur probante juridique des documents au fil du temps. Aujourd'hui, l'archivage électronique désigne la gestion systématique, sécurisée et conforme à la loi des documents numériques, le plus souvent sous le contrôle des pouvoirs publics. Cela inclut l'utilisation de métadonnées, de signatures numériques, d'horodatages qualifiés et de systèmes d'archivage certifiés afin de garantir que les documents archivés restent inchangés, vérifiables et accessibles pendant des décennies.

II. Défis techniques et risques notamment dans l'exercice des fonctions clés du notaire

Dans des domaines hautement réglementés tels que la profession notariale, l'archivage électronique offre plus qu'une simple commodité : il garantit la confiance du public dans l'ordre juridique. Le passage de la conservation physique à la conservation numérique reflète une transformation plus large de la pratique juridique : passage des formalités papier à la sécurité et à l'efficacité numériques, sans compromettre la sécurité juridique. La confiance du public est particulièrement importante dans les principaux domaines de la pratique notariale : droit immobilier, droit des sociétés, droit des successions et droit de la famille.

Les notaires assument des responsabilités cruciales qui exigent les normes les plus élevées en matière de fiabilité, de sécurité juridique et de sûreté. Le passage à des processus numériques et à distance entraîne plusieurs défis et risques techniques importants, notamment :

Intégrité et non-répudiation des documents

Les documents électroniques doivent demeurer inviolables tout au long de leur cycle de vie. La mise en œuvre de signatures électroniques qualifiées (SEQ) et d'un horodatage sécurisé est essentielle afin de garantir qu'aucune modification des documents ne puisse intervenir sans être détectée.

Protection et sécurité des données

Le traitement numérique de données personnelles et juridiques sensibles requiert des centres de stockage physiques sécurisés, un cryptage rigoureux de bout en bout, des contrôles d'accès ainsi que le respect des lois sur la protection des données, telles que le RGPD. Toute violation pourrait en effet avoir de graves conséquences juridiques et nuire à la réputation de la profession notariale.

Fiabilité et disponibilité du système (la sécurité informatique a déjà été abordée lors du troisième workshop), stockage physique supplémentaire ?

Les services notariaux doivent être accessibles et opérationnels en permanence. Les défaillances techniques, les pannes ou les cyberattaques peuvent perturber les flux de travail, retarder le bon déroulement de la justice préventive, entraver d'importantes transactions commerciales ou compromettre la validité des procédures électroniques. Un stockage physique supplémentaire des documents peut être recommandé pour garantir une fiabilité et une indépendance maximales de l'infrastructure électronique.

Interopérabilité et normalisation

Les systèmes notariaux numériques doivent s'intégrer de manière transparente aux logiciels notariaux internes existants ou prévus, ainsi qu'aux registres externes, aux bases de données gouvernementales et à d'autres plateformes institutionnelles afin de préparer et de vérifier les informations de manière efficace et précise. Cela peut également inclure l'utilisation de documents notariaux (tels que les procurations) dans des portefeuilles électroniques certifiés, tels que les attestations électroniques d'attributs (EAA) conformément au règlement eIDAS, qui seront inclus dans le portefeuille EUDI.

Expérience utilisateur et accessibilité

Les systèmes techniques complexes doivent rester faciles d'utilisation et accessibles à tous, en particulier à tous les citoyens, y compris ceux ayant des compétences numériques limitées ou présentant un handicap, afin de garantir l'équité et l'inclusivité des procédures. Sous réserve des règles professionnelles, les clients peuvent se voir accorder un accès direct à certains ou à tous leurs documents stockés dans les archives électroniques.

Obsolescence technologique et migration

L'archivage à long terme nécessite des mises à jour régulières et la migration des données vers de nouvelles technologies pendant toute la durée de conservation, qui peut atteindre une centaine d'années. Les nouvelles technologies peuvent inclure l'ADN ou l'informatique quantique.

III. Aspects économiques : avantages et enjeux

L'archivage électronique et la conservation des documents offrent des avantages économiques importants à long terme grâce à une efficacité accrue. Cependant, ils sont susceptibles d'augmenter les coûts, en particulier à court terme, compte tenu des coûts de transition. Ces investissements et leur financement nécessitent une planification minutieuse afin d'atténuer les risques et de garantir un fonctionnement durable et efficace.

Avantages :

Économies sur les coûts de stockage physique

L'archivage numérique élimine ou réduit le besoin d'espace de stockage physique, ainsi que les coûts de transport et les coûts administratifs.

Efficacité améliorée et recherche plus rapide

Les archives électroniques permettent un accès rapide et ciblé aux documents, ce qui accélère les processus de travail et réduit les coûts de personnel. Sous réserve de la légalité, cela peut également permettre d'effectuer des recherches dans l'ensemble de la base de données des actes notariés au sein de l'office notarial ou même dans plusieurs offices notariaux.

Inconvénients :

Coûts initiaux élevés et coûts informatiques continus

Le développement, la mise en œuvre et la maintenance de systèmes d'archivage électronique sécurisés nécessitent des investissements importants et du personnel qualifié.

Obsolescence technologique et coûts de migration

Il faut prévoir des mises à jour régulières et la migration des données vers de nouvelles technologies pendant toute la durée de conservation, qui peut atteindre une centaine d'années.

Dépendance à l'égard d'une infrastructure informatique fiable

Les pannes et défaillances du système peuvent bloquer l'accès à des documents cruciaux. Une infrastructure informatique fiable (y compris la sécurité informatique) est essentielle.

Répartition équitable et transparente des coûts grâce au tarif notarial

Si les coûts liés aux archives physiques sont réduits, les archives électroniques entraînent également des coûts, notamment des coûts d'archivage à long terme, qui peuvent être difficiles à prévoir. De tels coûts doivent donc être anticipés.

Les coûts seront finalement supportés par les utilisateurs et doivent être répartis équitablement et prélevés efficacement. Le système des frais notariaux basé sur la valeur de la transaction permet une répartition équitable et transparente de ces coûts, tandis que les notaires et leurs chambres, en tant qu'organismes publics, peuvent garantir l'intégrité et la disponibilité à long terme des données stockées.

IV. Aspects politiques

Stockage décentralisé et stockage centralisé

Le choix entre un stockage décentralisé (réparti entre plusieurs sites/acteurs) et un stockage centralisé soulève des questions politiques et pratiques en matière de contrôle, de sécurité, de responsabilité et de résilience. Les systèmes centralisés peuvent accroître la vulnérabilité aux attaques ou aux abus, tandis que les systèmes décentralisés nécessitent des modèles de gouvernance robustes.

Propriété et souveraineté numérique

Coût et problèmes liés à la propriété

Déterminer qui est légalement propriétaire et responsable des archives électroniques implique des décisions politiques qui ont une incidence sur la responsabilité, l'obligation de rendre des comptes et les coûts liés à la maintenance et à l'accès.

Accès aux données

La question de savoir qui peut accéder aux données archivées et dans quelles conditions est politiquement sensible, en particulier concernant le contrôle gouvernemental par rapport aux droits individuels.

Big Data Technology (recherche, IA)

L'utilisation de la recherche avancée, de l'analyse et de l'IA sur les données archivées soulève des défis politiques liés à la transparence, à l'équité et aux risques d'abus. Des débats politiques surgissent sur la manière et la mesure dans lesquelles les données archivées devraient être exploitées par les systèmes d'IA, notamment sur les questions de partialité, de responsabilité, d'utilisation éthique et sur la question de savoir qui bénéficie de cette technologie.

Protection des données personnelles et confidentialité vis-à-vis de l'État ?

Garantir la protection des informations personnelles sensibles contre tout accès ou surveillance non autorisés de la part de l'État est un enjeu politique majeur, qui soulève des questions relatives au droit à la vie privée et aux libertés civiles.

Accessibilité

Il est politiquement complexe de trouver un équilibre entre la transparence et la confiance du public, d'une part, et les restrictions nécessaires à la protection des informations sensibles, d'autre part. Garantir un accès équitable à tous les groupes sociaux et toutes les régions constitue également un défi majeur.

Offrir des services d'archivage à des tiers ?

Les notaires et les chambres des notaires qui gèrent les archives pourraient offrir leurs services d'archivage public sécurisé pour stocker les données des clients. Toutefois, en règle générale, ces services devraient être limités aux données juridiquement pertinentes en rapport avec les domaines d'activité notariales.

V. Conclusion : approches recommandées et « bonnes pratiques »

Fonction de l'État

La justice, y compris la justice préventive, est une fonction de l'État qui doit être garantie, organisée et contrôlée par celui-ci. Les notaires, en particulier, détiennent des données personnelles très sensibles qui doivent être protégées. Les principes clés sont les suivants :

Propriété

Des cadres juridiques clairs doivent régir la propriété et le contrôle des données afin de garantir la responsabilité et la transparence.

Sécurité

Des mesures techniques et organisationnelles robustes sont essentielles pour protéger les données contre tout accès non autorisé, toute perte ou toute manipulation.

Confidentialité

Des mesures de protection strictes sont nécessaires pour préserver la vie privée et empêcher l'utilisation abusive d'informations sensibles, en particulier vis-à-vis des autorités publiques, conformément aux exigences des garanties constitutionnelles et de la législation sur la protection des données à caractère personnel.

Confiance

Pour conserver la confiance du public, il faut faire preuve de transparence, mettre en place des procédures fiables et respecter les normes les plus strictes en matière de traitement des données.

Modèles de financement

Un financement durable est essentiel pour couvrir les coûts permanents liés à l'archivage et à la conservation électroniques sécurisés. La mise en place de frais plus élevés, le cas échéant, peut contribuer à couvrir les dépenses d'investissement et de maintenance. Une répartition équitable de la charge entre les parties prenantes doit garantir que les coûts n'aient pas d'impact disproportionné sur un groupe en particulier, afin de préserver l'accessibilité et l'équité.

Rôle des notaires et des chambres des notaires

Les notaires et leurs chambres représentatives jouent un rôle central dans la mise en œuvre de ces mesures :

Les technologies de stockage informatique sont facilement accessibles, ce qui rend leur mise en œuvre possible moyennant une planification et une gouvernance adéquates.

Les clients, l'État, les autorités chargées de la tenue des registres, etc. ne sont pas conscients des enjeux spécifiques liés à cette question, car ils ne sont pas régulièrement confrontés à des problèmes de stockage et font confiance aux notaires pour traiter eux-mêmes cette question.

Les chambres des notaires : les chambres des notaires devraient mener les efforts visant à établir des normes, fournir des orientations et coordonner la formation. Elles devraient rassembler toutes les parties prenantes, expliquer les enjeux et proposer des solutions pratiques.

Toutefois, les États doivent fournir les bases et cadres juridiques qui habilitent les notaires à gérer des archives dignes de la confiance du public dans des limites définies.

L'échange de conseils grâce à la coopération internationale avec d'autres notariats et l'organisation de développements pour les chambres peuvent jouer un rôle dans la mise en œuvre de ces mesures. La coopération entre les chambres au niveau international peut en effet faciliter l'échange de connaissances et apporter un soutien à ceux qui sollicitent une assistance.



THÈME II

OUVERTURE • INTRODUCTION • ARTICLES



MAGISTRATURE VOLONTAIRE

NOUVELLES MISSIONS AU SERVICE DU PUBLIC

Les notaires au cœur d'un système juridique moderne :
quelles compétences pour accompagner les évolutions sociales et économiques?





GIACOMO OBERTO¹

SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'UNION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS
PROFESSEUR HONORAIRE À L'UNIVERSITÉ DE BOLOGNE



Discours d'introduction

Juges et notaires en Europe : points communs possibles

Chers représentants des notaires, chers organisateurs de cette initiative, chers collègues, chers amis.

C'est pour moi un grand honneur et un immense plaisir de pouvoir m'adresser à vous dans le cadre de cet important événement organisé par l'Union internationale du notariat, en ma qualité de secrétaire général de l'Union Internationale des Magistrats (UIM) et également au nom de son président actuel, M. Duro Sessa.

Je tiens à ajouter que c'est pour moi une particulière joie de m'exprimer lors d'un événement organisé par des notaires, car j'ai moi-même travaillé pendant plus de vingt ans comme enseignant et conférencier à l'école notariale de Turin.

J'ai rédigé un bref rapport en allemand sur les relations entre l'Association internationale des magistrats et l'Union internationale du notariat, que j'ai envoyé aux organisateurs et qui sera également publié sur le site web de l'UIM. Dans ce message de bienvenue, je voudrais simplement mettre en lumière quelques aspects de l'activité de l'organisation que j'ai l'honneur de représenter ici. Indépendamment de cela, j'ai également préparé un rapport en anglais sur le thème de la liberté contractuelle dans le cadre du droit de la famille et du rôle du notaire dans ce domaine.

Comme beaucoup d'entre vous le savent peut-être, l'objectif principal de l'UIM est de renforcer l'indépendance de la justice en tant que caractéristique essen-

tielle de sa fonction, de garantir la protection du statut constitutionnel et moral de la justice et de promouvoir le respect des droits fondamentaux des citoyens. L'UIM a un statut consultatif auprès des Nations Unies (notamment auprès du Bureau international du travail et du Conseil économique et social des Nations Unies, mais surtout auprès du Bureau du Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats) et auprès du Conseil de l'Europe. En ce qui concerne ce dernier nous avons un statut d'observateur auprès de la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice) et du CCJE (Conseil consultatif des juges européens).

L'Union internationale des magistrats dispose de quatre commissions d'étude, dont la mission est d'examiner chaque année un thème différent dans différents domaines. La deuxième commission est notamment chargée d'étudier le droit civil et la procédure civile.

C'est donc naturellement cette commission qui se rapproche le plus de vos objectifs et de vos activités. Depuis sa création, cette commission a parfois traité de thèmes susceptibles d'intéresser les notaires. Les conclusions de chaque réunion annuelle sont disponibles sur le site web de l'UIM (<https://www.iajuim.org/general-reports-and-conclusions-by-the-2nd-study-commission/>), et vous trouverez dans mon rapport écrit une liste des thèmes d'intérêt notarial qui ont été traités lors de ces réunions.

Il convient de mentionner que l'UIM et l'Union internationale du notariat ont signé un accord de coopération il y a plus de trente ans (le 29 septembre 1994), qui traite de sujets susceptibles d'intéresser les notaires.

Après cette signature, nos deux organisations ont collaboré avec succès dans le cadre de diverses initiatives de formation. Cet accord a été renouvelé en 2023 à Brasilia (Brésil). Vous trouverez dans mon rapport écrit une liste complète des activités bilatérales menées ces dernières années.

Nous sommes tout à fait conscients qu'il existe, au niveau international, toute une série d'instruments et de règles publiés par des organisations telles que les Nations unies (cf. les « Principes fondamentaux de l'indépendance de la magistrature ») et le Conseil de l'Europe (je me réfère en particulier à la recommandation n° 12/2010 et aux avis du Conseil consultatif de la magistrature européenne) qui soulignent la nécessité de protéger l'autonomie, l'indépendance et l'impartialité des juges.

Si nous examinons attentivement les règles fondamentales, nous prenons conscience que ces principes font pour ainsi dire également partie du « patrimoine

culturel » de la profession notariale. C'est pourquoi je pense qu'à la lumière de ces principes internationaux, nous devrions essayer de tirer parti de l'expérience des systèmes juridiques dans lesquels les juges et les notaires suivent une formation commune.

Je tiens ici à souligner tout particulièrement l'expérience allemande, qui repose sur une formation de base commune, divisée en deux phases fondamentales (formation en deux phases) : une phase plutôt théorique et une phase plutôt pratique. Les deux parties sont caractérisées par des examens très exigeants et sélectifs (premier examen juridique, deuxième examen juridique d'État). Entre ces deux phases, un service préparatoire aide les futurs juges, notaires, avocats et professeurs de droit à approfondir de manière optimale leurs connaissances théoriques et pratiques de manière optimale.

Je suis personnellement convaincu qu'il est temps d'engager une réflexion et une comparaison de ces systèmes de recrutement et de formation afin de déterminer quel modèle serait le plus approprié pour un recrutement et une formation communs des juges et des notaires au niveau européen. Dans ce domaine, les États devraient avoir le courage de renoncer à leur souveraineté afin de nous permettre d'avoir des juristes européens et modernes. Tout cela devrait se faire sous la bannière de l'application des principes internationaux que je viens de mentionner, qui devraient nous aider à trouver des dénominateurs communs entre nos deux professions.

De plus, l'époque moderne exige des juristes capables de lire et d'interpréter correctement des lois de plus en plus mal formulées et complexes, de leur donner vie et d'en faire des moteurs de modernité et de progrès. Nous avons donc besoin de notaires et de juges compétents et bien informés, conscients de leur rôle, mais aussi courageux et innovants : un tel succès n'est possible que grâce à une coopération toujours plus étroite entre nos deux professions.

Mesdames et Messieurs,

Passant maintenant brièvement (en anglais) aux thèmes qui seront abordés au cours de ce congrès, à travers les tables rondes d'aujourd'hui et le forum de demain, je tiens à souligner le rôle fondamental que joue la profession notariale dans les systèmes de droit familial contemporains dans une grande partie du monde.

À une époque où tant les dispositions légales que les décisions judiciaires mettent de plus en plus l'accent sur l'autonomie des parties, les fonctions notariales sont devenues une pierre angulaire indispensable à l'établissement d'un cadre solide d'accords. Ces accords servent de base juridique à l'avenir patrimo-

nial d'innombrables familles. Il nous appartient de reconnaître que les événements historiques et sociaux récents nous ont conduits dans cette direction.

Ma génération a hérité d'un système juridique dans lequel la figure centrale de tout conflit familial éventuel était invariablement le juge. Ce paradigme était profondément ancré dans l'autorité que l'Église exerçait historiquement sur les questions matrimoniales et familiales, interdisant le divorce d'une part, et exerçant une surveillance stricte des séparations légales d'autre part. Afin d'éviter ce qui était considéré comme les séparations « capricieuses », les tribunaux ecclésiastiques étaient tenus de mener des enquêtes approfondies sur le bien-fondé, les causes et les conséquences de la crise de chaque mariage.

Même après la sécularisation de cette juridiction, lorsque les affaires de séparation et de divorce ont été transférées à des juges laïcs, les tribunaux de toute l'Europe ont continué pendant de nombreuses années à adopter une attitude intrusive, même dans les cas où les parties étaient entièrement d'accord. Ce n'est que récemment que les juges, les magistrats et les juristes ont pris conscience de l'importance de permettre aux personnes de déterminer leur propre destin d'un commun accord. Après tout, il s'agit d'adultes, qui ne doivent pas être traités avec condescendance.

Comme nous le verrons plus en détail cet après-midi et demain, de nombreuses juridictions acceptent désormais qu'un mariage puisse être dissous entièrement en dehors des tribunaux. Dans de tels cas, il est impératif que les parties soient pleinement informées des implications de leurs décisions. Les notaires, en tant que professionnels indépendants et impartiaux, sont les mieux placés pour fournir les conseils et l'assistance juridique nécessaires. Leur participation à ce moment critique de la vie des personnes est essentielle pour prévenir de futurs litiges, comme nous le verrons plus loin. Cela reflète également l'approche que les organisateurs ont souhaité adopter pour structurer nos débats : partir des besoins réels des personnes, afin de déterminer le soutien concret que peuvent apporter l'expérience professionnelle et l'impartialité des notaires.

Pour l'instant, je vous remercie sincèrement de votre aimable attention.





VALENTINA RUBERTELLI

COORDINATRICE INTERNATIONALE DU THÈME II



Introduction au Thème

Pour ce deuxième thème du Congrès, nous avons choisi de mettre en lumière les nouvelles missions de la « magistrature volontaire », autrement dite juridiction volontaire ou encore juridiction non contentieuse.

Elles ont toutes le même fondement: elles naissent de l'absence de conflit et reposent sur un acte de volonté des parties. Mais, même sans litige, la présence d'un tiers impartial et indépendant reste nécessaire pour contrôler, apprécier et valider les accords. Ce rôle peut être assumé non seulement par le juge, mais aussi par le notaire, véritable « magistrat de l'amiable ».

Vous l'aurez compris, le thème de la « Magistrature volontaire » est indissociable du mouvement que l'on appelle « déjudiciarisation », à savoir, la résolution de certaines questions par d'autres moyens que la voie judiciaire.

Pour bien saisir l'intérêt de ce sujet pour la profession, il faut en rappeler le contexte soit de (i) contractualisation du droit soit d' (ii) engorgement des tribunaux.

1) Le terme « contractualisation ou privatisation du droit » renvoi à la place de plus en plus centrale reconnue par l'Etat à l'autonomie de la volonté.

Nous vivons en effet un moment historique dans lequel notre société évolue rapidement, portée par la technologie et confrontée au vieillissement de la population, à la baisse de la natalité et à la complexité croissante de la vie familiale et économique.

Les familles et les entreprises expriment des besoins sans cesse renouvelés que l'Etat par la force des choses, ne parvient pas à satisfaire dans des délais adé-

quats. Le droit n'est dorénavant plus seulement la loi de l'État imposée d'en haut; il devient un droit vivant, souvent anticipé et façonné par la pratique notariale.

Ainsi, le notaire, professionnel de proximité et garant de la légalité, est souvent le premier à détecter les besoins des personnes — lors de la phase d'enquête et de recueil de la volonté des parties — et à les traduire en formes contractuelles innovantes qui précèdent et inspirent ensuite le législateur, lequel les transformera, avec son propre tempo, en normes générales.

Mais, entre-temps, la norme qui a force de loi entre les parties, celle qui régit leurs relations et prévient le contentieux, c'est le contrat conçu et rédigé par le notaire.

Le notaire est le seul professionnel capable d'assumer ce rôle de créateurs du droit vivant, de pont entre l'État de droit et la société, mais aussi de point d'équilibre pacificateur entre les parties, car il conjugue à la fois les caractéristiques d'une profession libérale et la neutralité et l'impartialité propres à l'État et au juge.

Le notaire, c'est la sécurité juridique.

Il alimente les registres publics de données fiables.

Il garantit la sûreté des transactions.

C'est un facteur d'attractivité pour les investisseurs.

Un levier de compétitivité pour toute l'économie.

Comme l'a affirmé Mario Draghi, il ne peut en effet y avoir de croissance d'un pays sans légalité.

Garant de la légalité des contrats, le notaire lutte aussi contre le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale (en percevant les impôts pour le compte de l'État) et l'urbanisme illégal devenant ainsi, un allié irremplaçable de l'État.

2) Les tribunaux sont engorgés et les délais de jugement s'allongent. Il faut donc redéfinir le rôle du juge : qu'il se concentre sur le contentieux, et que certaines missions soient confiées à d'autres autorités dignes de confiance. Le notaire est prêt à assumer ce rôle — non pas pour remplacer le juge, mais pour le soutenir.

Deux limites demeurent claires :

1. Le notaire intervient seulement en l'absence de conflit.

2. Il n'impose jamais une décision aux parties, mais les accompagne dans la recherche d'un accord conforme à leur intérêt.

Les frontières sont toutefois parfois poreuses il est vrai.

Prenons l'exemple de l'Italie, qui m'est très chère : le notaire peut désormais autoriser certains actes concernant les mineurs ou les personnes vulnérables, là où auparavant seul le juge intervenait.

Certes, ces nouvelles compétences comportent plus de risques.

Certes, elles accroissent sa responsabilité.

Certes, elles alourdissent sa tâche.

Mais elles sont avant tout la preuve de la confiance de l'État.

Mais elles sont la garantie de la pérennité de la profession, à l'ère de l'intelligence artificielle qui menace de balayer tant d'autres métiers.

Objectifs.

Les grands objectifs de ce congrès, en cohérence avec le programme de la présidence de Lionel Galliez et en concertation avec l'Union internationale des Magistrats, sont clairs.

Identifier les matières non contentieuses.

Celles où le notaire peut intervenir.

Parfois à la place du juge.

Mais le plus souvent à ses côtés.

Et montrer une chose essentielle :

Ces missions peuvent être confiées à une autre autorité publique.

Une autorité légitime.

Une autorité digne de confiance.

Cette autorité, c'est le notaire.

Je tiens également à souligner avec force que la déjudiciarisation n'est pas une mise à l'écart du juge. La présence des juges aujourd'hui avec nous en est la preuve vivante. Au contraire, le désengorgement de la justice (et les juges le savent très bien) emporte de véritables avantages.

Elle profite à l'État, qui voit les délais de justice et ses dépenses se réduire.

Elle profite aux citoyens, qui bénéficient de procédures plus rapides, moins coûteuses et plus confidentielles.

Elle profite à l'économie, en tant que facteur d'attractivité pour les investisseurs.

Comme le dit un vieil adage italien : « Plus de notaire, moins de juge »

Un contrat rédigé par le notaire, c'est un litige de moins et un juge libéré.

Un contrat rédigé par le notaire, c'est un pas en faveur de la prévention.

Un contrat rédigé par le notaire, c'est un autre pas en faveur de la pacification sociale.

Un contrat rédigé par le notaire, c'est encore un autre pas en faveur de la protection des besoins de la personne.

Un contrat rédigé par le notaire, c'est, aussi un atout pour la compétitivité de nos économies.

La déjudiciarisation en faveur du notaire ce n'est pas écarter le juge.

C'est éviter le procès là où il n'est pas nécessaire.

C'est donner à la Justice – avec un J majuscule – la force de rester... juste.

Comme le disait Montesquieu : « Une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi, mais elle doit être loi parce qu'elle est juste. »

En tant que coordinatrice du Thème II, nous ouvrons notre journée de travail, qui se déroulera selon le programme suivant :

TROIS TABLES RONDES vont illustrer les nouvelles missions notariales de « Magistrature volontaire » dans TROIS DOMAINES :

- LA PERSONNE ET LA FAMILLE (la table ronde sera modérée par moi-même)
- LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT
(la table ronde sera modérée par Sophie Potentier)
- L'ENTREPRISE ET L'ECONOMIE
(la table ronde sera modérée par Fatou Mballo).

A la fin de chaque table ronde, nous ferons le lien entre notre thème et le Thème n°1 sur les nouvelles technologies en donnant un exemple de technologie, au service de la déjudiciarisation.

Enfin, une quatrième et DERNIÈRE table ronde, modérée par la Professeure Daniela Piana, donnera le point de vue d'acteurs extérieurs au Notariat sur ces nouvelles missions : Magistrats, Universitaires, économistes de l'OCDE.





1

LE NOTAIRE PÉRUVIEN ET SON RÔLE
DANS LA DÉJUDICIALISATION

JOSÉ ALBERTO HUACHILLO CEVALLOS / NOTAIRE AU PÉROU

1. INTRODUCTION

En droit processuel péruvien, il est acquis que la dénommée juridiction volontaire n'est ni une « juridiction » ni véritablement « volontaire ». C'est pourquoi, depuis le Code de procédure civile de 1911 et l'actuel Code de procédure civile de 1992, notre système procédural n'emploie pas le terme de « juridiction volontaire ». Les procédures sont aujourd'hui qualifiées de contentieuses ou non contentieuses selon qu'il existe ou non un conflit d'intérêts à l'intérieur du processus. Cette distinction est fondamentale pour le système judiciaire péruvien, car elle constitue le socle sur lequel, en 1996, le notaire péruvien – juriste de formation – s'est vu conférer la faculté d'intervenir dans les affaires non contentieuses comme alternative au juge, lequel est également habilité par la loi de procédure civile à connaître de ces affaires.

Monroy Gálvez qualifie l'activité du juge dans les procédures non contentieuses de « purement administrative dans le cadre de l'activité juridictionnelle » et précise que le législateur de 1992 avait envisagé de confier ces procédures « à certains fonctionnaires publics, presque exclusivement aux notaires ». Toutefois, à l'époque, le nombre de notaires était réduit, la plupart d'entre eux ne possédaient pas de formation juridique complète et les honoraires notariaux étaient élevés, autant de facteurs qui ont conduit le législateur à ne pas retenir cette option.

Le notariat péruvien a connu deux grandes étapes. La première débute en 1911 avec la promulgation de la loi n° 1510, par laquelle sont approuvés et promulgués trois textes : la Loi organique du Pouvoir judiciaire, le Code de procédure civile et la Loi sur le Notariat. Ces trois textes, élaborés par une même Commission de réforme procédurale, témoignaient déjà de ce que le notaire était considéré comme faisant partie du système d'administration de la justice, au point que la Loi sur le Notariat prévoyait que la nomination, la surveillance et la sanction disciplinaire du notaire relevaient de la Cour supérieure de justice compétente. S'agissant de la formation professionnelle du notaire, bien que la loi exigeât qu'il soit avocat, docteur ou licencié en jurisprudence, la réalité nationale était qu'il n'y avait pas suffisamment d'avocats pour occuper les postes de notaires, de sorte que la loi a permis la nomination de notaires non avocats, sous réserve de exigences supplémentaires.

La deuxième étape du notariat péruvien commence 81 ans plus tard, en mars 1992, avec la promulgation du décret législatif n° 768 portant Code de procédure civile, qui abroge le Code de procédure civile de 1911 et la loi n° 1510. En décembre de la même année, le décret-loi n° 26002 promulgue la deuxième Loi sur le Notariat, abrogeant la première loi notariale approuvée par la loi n° 1510. Ce décret-loi, d'inspiration libérale, rompt le lien de dépendance qui unissait le notaire péruvien au Pouvoir judiciaire et instaure un système notarial indépendant et autonome en organisant le notariat en collèges professionnels dotés de l'autonomie et de la personnalité juridique de droit public.

Au Pérou, le notaire est un avocat qui exerce une fonction publique de manière privée, autonome, indépendante et à plein temps, sauf en cas de charges électives, d'enseignement universitaire ou de fonctions de ministre ou de vice-ministre. Il ne fait partie d'aucune structure de l'organisation étatique. À l'inverse, l'État contrôle l'exercice de la fonction notariale par l'intermédiaire des Collèges de notaires et du Conseil du Notariat, organe rattaché au ministère de la Justice et des Droits de l'homme.

Même si cela n'est pas expressément reconnu, nous considérons que le législateur et les autorités admettent que le notaire péruvien exerce un pouvoir étatique : le pouvoir certificatif que l'État lui confère en lui délivrant le titre de notaire, l'autorisant à conférer foi aux actes et contrats passés devant lui, ainsi qu'à la constatation de faits. C'est là la véritable force du notaire, qui a permis au législateur de lui confier certains affaires non contentieuses, en tenant compte en outre de la qualité professionnelle du notaire et de la sécurité juridique qu'il procure.

2. LE POUVOIR CERTIFICATEUR DU NOTAIRE

En 1947, le maître Eduardo Couture publia son ouvrage « El concepto de fe pública » (« Le concept de foi publique »), dans lequel, au chapitre IV, il expose les théories de l'époque visant à expliquer la fonction de la foi publique. L'une de ces théories est celle du pouvoir certificatif, qui, selon Couture, est « une conception très répandue selon laquelle la foi publique agit dans l'ordre juridique comme une émanation du pouvoir certificatif de l'État, ayant pour objet de valider, au nom de celui-ci, certains actes juridiques (...) Le notaire, dans cette conception, agit au nom et pour le compte du Pouvoir public. Cette activité s'exerce par délégation, selon la majorité des auteurs (...). Par opposition à la juridiction proprement dite, confiée aux organes du Pouvoir judiciaire, la juridiction volontaire, qui opère inter volentes, se trouve rattachée au notariat... ». Couture renvoie à Poggi, Mendes de Almeida, Romagnosi, Montejo, Gerona, de Velazco, Bellver Cano, Paz, Bibiloni Soares, Azpetia Esteban et d'autres auteurs du début du XX^e siècle qui défendaient cette théorie.

En bon positiviste, Couture n'entreprend pas une analyse constitutionnelle, encore moins politique (au sens de la science politique), de la théorie du pouvoir certificatif de l'État ; il en conclut que le notaire et la fonction notariale naissent de la loi : pour Couture, les notaires sont des instruments de la loi.

L'analyse du pouvoir certificatif de l'État n'a pas été approfondie et n'a guère été diffusée, le positivisme dominant pour expliquer la nature de la fonction notariale. Toutefois, en 1957, l'université de Chicago publie l'ouvrage de Karl Loewenstein, « Political Power and the Governmental Process », dont l'édition allemande a été traduite en espagnol sous le titre « Teoría de la Constitución » (« Théorie de la Constitution »). Loewenstein y propose une nouvelle théorie expliquant le pouvoir étatique et sa répartition. Il s'écarte de la classique séparation des pouvoirs de Montesquieu pour proposer une nouvelle conception adaptée au constitutionnalisme moderne qui, sans s'y référer expressément, renforce la théorie du pouvoir certificatif de l'État avancée par Romagnosi. La conception de la « distribution du pouvoir » proposée par Loewenstein nous ramène à ce pouvoir certificatif.

Pour Loewenstein, « l'État constitutionnel repose sur la distribution du pouvoir » et « il y a distribution du pouvoir lorsque plusieurs détenteurs du pouvoir ou organes étatiques indépendants participent à la formation de la volonté étatique. Les fonctions qui leur sont attribuées sont soumises à un contrôle réciproque de la part des autres détenteurs du pouvoir ; ainsi, comme il est distribué, l'exercice du pouvoir politique est nécessairement contrôlé. »

Au Pérou, le notaire cesse d'être subordonné au Pouvoir judiciaire, qui le nommait et le contrôlait, pour devenir un professionnel du droit qui reçoit de l'État, initialement par l'intermédiaire du Président de la République, qui personnifie la Nation, le titre de notaire, afin d'exercer la fonction (le pouvoir) de conférer la foi publique. En d'autres termes, l'État distribue une partie de son pouvoir certificatif, c'est-à-dire le pouvoir d'imposer la foi publique aux destinataires de ce pouvoir. Il en résulte que les citoyens et les autorités doivent, a priori, tenir pour vrai et certain ce qui est attesté par le notaire. Il s'agit là, dans les termes de Loewenstein, de la « volonté étatique », laquelle, comme le souligne l'auteur, est soumise au contrôle correspondant. Dans le cas péruvien, ce contrôle s'exerce à travers la supervision de la fonction notariale par le Conseil du Notariat, organe rattaché au ministère de la Justice et des Droits de l'homme (dont les représentants signent aujourd'hui les titres de notaire) et qui fait partie du Pouvoir exécutif.

Cette conception du pouvoir dont dispose le notaire au Pérou est renforcée par l'étude de Fernando Dupuy Montori qui, en 1996 (avant que le notaire ne soit habilité à intervenir dans des affaires non contentieuses), publie « Imperio y Jurisdicción voluntaria » (« Imperium et juridiction volontaire »). Selon la préfacière, Elvira Méndez Chang : « La recherche minutieuse réalisée permet de constater que, sur la base de la tradition romaniste, la fonction du notariat s'articule et collabore avec la juridiction, en particulier avec la juridiction volontaire. De même, il n'existe pas d'incompatibilité entre les fonctions du notaire et celles des juges du Pouvoir judiciaire, car tous deux sont au service des personnes, mais sous des angles différents : le juge agit principalement dans les situations de conflit ; le notaire agit lorsque les parties sont d'accord. Par conséquent, on ne peut pas affirmer a priori que l'un soit plus adéquat que l'autre pour la protection des droits. Les activités des juges et des notaires doivent se dérouler dans un climat de collaboration et de coordination, sans double emploi inutile. (...) La juridiction volontaire peut ainsi être confiée aux notaires, ce qui réduirait la charge de travail du Pouvoir judiciaire. »

Dans son ouvrage, Dupuy note : « À l'origine, notaires et juges disposaient d'un imperium mixte ; la spécialisation et l'attribution exclusive des litiges au Pouvoir judiciaire lui ont transféré la faculté d'imperium de manière exclusive. Cela a rendu inutile l'attribution de l'imperium aux notaires. » Le iudicare et l'autorité que confère l'imperium ne sont donc pas étrangers au notaire.

Dans le même esprit, Walter Zegarra Figueroa, ancien président du Conseil du Notariat du Pérou, écrit : « L'idée d'assimiler le notaire au magistrat et, dans certains cas, de le substituer découle de son pouvoir d'homologation,

de légitimation et d'imposition de la crédibilité publique. Ses actes bénéficient d'une présomption de preuve privilégiée et, dans de nombreux cas, d'une dispense de preuve. »

Le Pouvoir judiciaire péruvien, par l'intermédiaire de la Chambre civile transitoire de la Cour suprême de justice, a établi un précédent en reconnaissant que le notaire exerce une fonction juridictionnelle et, à ce titre, une autorité, dans les limites fixées par la loi n° 26662. Il a clairement établi que la compétence du notaire en matière non contentieuse n'est pas de nature administrative. Il ressort notamment des motifs de cette décision que :

« Quatrièmement. (...) il apparaît que la procédure de succession intestat devant notaire ne constitue pas une procédure administrative, car elle est régie par les dispositions de la loi n° 26662 et, à titre supplétif, par la Loi sur le Notariat et le Code de procédure civile (...). »

« Huitièmement. – Si l'on entend par "autorité" la faculté d'exercer la fonction juridictionnelle, il est clair que les notaires sont investis d'une telle faculté (et, par conséquent, d'autorité), en vertu des dispositions de la loi n° 26662, Loi sur la compétence notariale en matière non contentieuse, dans les limites qui y sont fixées. Il ne fait donc aucun doute que l'article 139, alinéa 2 de la Constitution politique du Pérou, en concordance avec l'article 4 du texte unique ordonné de la Loi organique du Pouvoir judiciaire, est applicable à leur activité, dans la mesure où celle-ci s'inscrit dans le cadre de la loi susmentionnée (...). »

À notre avis, le pouvoir certificatif dont jouit le notaire se trouve chaque jour davantage renforcé dans notre doctrine et notre législation, à mesure que de nouvelles compétences en matière non contentieuse lui sont attribuées, y compris dans certains domaines considérés comme contentieux par la législation de procédure civile, comme la procédure de divorce par consentement mutuel.

Comme nous l'avons indiqué, le pouvoir certificatif du notaire péruvien est reconnu par des juges de plus haut niveau, ceux de la Cour suprême de justice, et il est en outre apprécié par le Pouvoir judiciaire lui-même, dans la mesure où il s'articule avec le pouvoir juridictionnel et coercitif du juge dans la procédure spéciale de « d'expulsion avec intervention notariale ». Dans le cadre de cette procédure, le notaire contribue efficacement et rapidement à restituer la possession de l'immeuble loué à son propriétaire lorsque le locataire ne paie pas le loyer ou que le contrat est arrivé à expiration. Il en résulte une procédure d'expulsion très rapide (dite « expresse ») : lorsqu'elle est traitée ex-

clusivement devant le Pouvoir judiciaire, elle dure pas moins de quatre ans, alors qu'avec l'intervention du notaire, elle s'achève en trois à quatre mois, dans le pire des cas.

La foi publique constitue le pouvoir certificatif du notaire, précisément parce que l'adjectif « publique » renvoie à un pouvoir étatique et que la « foi » représente la vérité officielle que l'État impose au citoyen afin de garantir la sécurité juridique. Le fait que le notaire se situe au même niveau hiérarchique que le juge découle de la foi publique, qui est un pouvoir de l'État. Cela est corroboré par la Loi organique du Pouvoir judiciaire elle-même, dont l'article 58 attribue certaines fonctions notariales (mais non toutes) aux juges de paix, et par la Loi sur la justice de paix, dont l'article 17 confère un nombre limité de fonctions notariales à ces juges (qui ne sont pas nécessairement avocats).

3. COMPÉTENCES DES NOTAIRES PÉRUVIENS EN MATIÈRE NON CONTENTIEUSE

Au Pérou, il n'existe pas d'antécédents législatifs en matière de compétence notariale dans les affaires non contentieuses. La loi n° 26662 est le premier texte à conférer des compétences aux notaires dans ce domaine. Toutefois, ni les projets de loi présentés ni l'avis de la Commission de justice du Congrès ne mentionnent la source ayant servi de base à la proposition législative. Ils se bornent à indiquer, à titre d'exemple, que, dans d'autres pays, le notaire est compétent dans ce type d'affaires et à en décrire quelques cas, sans plus de précision.

L'étude de l'institution procédurale de « l'opposition » et de celle des « intéressés » dans notre législation révèle que la grande majorité des notaires et de la doctrine péruvienne considèrent de façon pacifique que l'« intéressé » est toute personne, qu'elle ait ou non un droit ou un intérêt légitime dans l'affaire non contentieuse en cours, et que cette personne peut s'opposer à la procédure, même sans en indiquer les motifs. Or, l'examen de cette institution montre que l'article 6 de notre loi est presque identique à l'article 1er du décret 54-77 de la République du Guatemala, intitulé « Loi régissant le traitement notarial des affaires de juridiction volontaire », dont l'article 1er prévoit que, pour que le notaire assume compétence, il est nécessaire que tous les intéressés consentent unanimement et que, si l'une des parties exprime son opposition, le notaire doit se dessaisir de l'affaire et transmettre le dossier au tribunal compétent.

Le législateur péruvien a repris la règle guatémaltèque sans tenir compte du fait que les réalités notariale et procédurale des deux pays sont différentes.

En effet, au Pérou, sauf dans les procédures d'exécution et les affaires non contentieuses qui, en nombre limité, sont instruites par les juges – et dans lesquelles l'opposition permet au défendeur de contester la demande – l'opposition, comme la « récusation » (*tacha*), constitue, en vertu du Code de procédure civile, une « question probatoire ». Elle sert à dénoncer l'inefficacité d'un moyen de preuve présenté par la partie adverse dans un procès contentieux. Par la récusation, une partie met en cause la validité ou la crédibilité d'un document ou d'un témoin ; par l'opposition, elle cherche à empêcher qu'un moyen de preuve soit produit à l'audience ou qu'il produise des effets probatoires.

En droit procédural guatémaltèque, en revanche, l'opposition requiert un droit ou un intérêt légitime et n'est pas conçue comme une question probatoire, mais comme l'exercice plein du droit de contradiction, par lequel l'affaire non contentieuse devient de la compétence du juge. Ce dernier statue sur l'opposition et poursuit le traitement de l'affaire. Au Pérou, en revanche, conformément à l'article 6 de la loi n° 26662, lorsque l'opposition est formulée, le notaire doit suspendre la procédure notariale et transmettre le dossier au juge compétent, sous peine d'engager sa responsabilité. En pratique, le juge compétent ne statue pas sur l'opposition et ne poursuit pas la procédure : il se borne à recevoir le dossier et à ouvrir une nouvelle procédure, sans tenir compte de ce qui a été fait devant le notaire. Il en résulte l'effet inverse de la déjudicialisation, puisqu'un nouveau procès judiciaire est engagé sur la même affaire non contentieuse, et qu'il peut se conclure exactement comme il l'aurait fait devant le notaire en l'absence d'« opposition ».

Il ne s'agit pas d'une simple comparaison législative ni d'une digression doctrinale. Il est essentiel, au Pérou comme dans tout ordre juridique, de bien comprendre l'institution procédurale de l'opposition et la notion d'« intéressé », afin d'éviter tous les problèmes qui se sont posés au Pérou en raison du transfert d'un texte normatif d'un pays à un autre, sans comprendre la logique juridique de l'institution procédurale de l'opposition dans le pays d'origine et la manière dont elle s'appliquerait dans le pays de réception. Il en va de même pour la définition de la qualité d'intéressé. Ces deux notions sont d'une importance primordiale pour que le notaire, en tant qu'autorité, puisse exercer sans entrave la dénommée « juridiction volontaire », c'est-à-dire, dans notre cas, les affaires non contentieuses que l'État confie au notaire.

Au Pérou, les affaires non contentieuses confiées au notaire ne nécessitent aucune homologation judiciaire ni aucun autre type d'intervention du juge, qu'il s'agisse des cas prévus par la Loi sur la compétence notariale en matière non contentieuse, de la procédure spéciale de d'expulsion avec intervention notariale, de la procédure non contentieuse de séparation conventionnelle et de divorce ultérieur devant les municipalités et les études notariales, ou encore des procédures de prescription acquisitive de véhicules et d'immeubles, de titre supplétif ou de rectification de superficies et de limites. Le décret législatif n° 1595, récemment publié, abroge les lois n° 27157 et 27333 et étend la compétence notariale, non seulement en matière de prescription acquisitive immobilière, de titres supplétifs et de rectification de superficies, de limites et de mesures périmétriques, mais également en introduisant la régularisation de la chaîne des transmissions (*tractus successivus*) et la régularisation des quotes-parts indivises dans des immeubles déterminés, ajoutant ainsi deux nouvelles affaires non contentieuses.

Dans la pratique, le notariat péruvien contribue de manière significative à la déjudicialisation et à l'allègement de la charge de travail des tribunaux. Compte tenu de l'exigence élevée de compétence juridique pour accéder à un poste notarial et de l'efficacité du travail réalisé – dans le strict respect des délais légaux applicables aux affaires non contentieuses qui lui sont confiées, non pas de manière exclusive et excluante, mais comme une alternative au Pouvoir judiciaire et aux municipalités – l'État reconnaît le pouvoir certificatif du notaire et, pour cette raison, lui attribue de nouvelles compétences.

Ceux qui s'opposent à ce que le notaire se voie confier davantage d'affaires non contentieuses sont les avocats plaidants, qui, par l'intermédiaire de leur barreau et à titre individuel, ne recommandent pas, et ne promeuvent guère, le recours au notaire pour le traitement de ces affaires, préférant la voie judiciaire, compte tenu de la durée plus importante des procédures devant le Pouvoir judiciaire. Néanmoins, le citoyen dûment informé préfère s'adresser au notaire plutôt qu'au juge ou à l'autorité administrative dans le cas de la séparation conventionnelle et du divorce ultérieur.

4. LES AFFAIRES NON CONTENTIEUSES DE COMPÉTENCE NOTARIALE

Le Pérou a fait sienne la recommandation du XX^e Congrès international du Notariat latin, tenu à Carthagène des Indes en 1992, consistant à restreindre l'usage du terme « juridiction volontaire » au profit de l'expression « compé-

tence notariale en matière non contentieuse ». C'est ainsi que, le 22 septembre 1996, a été publiée la loi n° 26662, Loi sur la compétence notariale en matière non contentieuse.

Elle prévoit que, pour six types d'affaires non contentieuses – rectification d'actes de l'état civil, adoption de personnes majeures, patrimoine familial, inventaires, vérification de testaments et succession intestat – l'intéressé peut s'adresser indifféremment au Pouvoir judiciaire (devant le juge de paix et en application du Code de procédure civile) ou au notaire (en application de la loi n° 26662).

De manière générale, cette loi dispose que, pour que le notaire assume compétence, les conditions suivantes doivent être remplies :

- 1) consentement unanime des intéressés (sans définir qui est l'intéressé) ;
- 2) requête écrite signée par un avocat ;
- 3) publicité de la demande ;
- 4) en cas d'opposition, suspension immédiate de l'intervention notariale et transmission du dossier au juge compétent ;
- 5) inscription des actes au « Registre des affaires non contentieuses » ;
- 6) établissement de l'acte authentique ou du procès-verbal correspondant, selon la procédure suivie ;
- 7) et, conformément à la Loi sur le Notariat, caractère authentique du document.





LA PERSONNE ET LA FAMILLE • ETAT CIVIL ET FILIATION

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

2

LES CONVENTIONS NOTARIÉES DE
GROSSESSE POUR AUTRUI (GPA) AU QUÉBEC :
LE NOTAIRE, AU NOMBRIL D'UNE
CONVENTION FLORISSANTEM^E ALEXIS BRIEN-LANGEVIN B2192 / NOTAIRE AU QUÉBEC

INTRODUCTION

Depuis le 6 mars 2024, le droit québécois offre de nouvelles perspectives pour qui veut fonder une famille. Alors que l'adoption comme voie d'accès à la parentalité comporte encore son lot d'embûches, variables selon les États, les personne seules, les couples hétérosexuels et homosexuels¹ peuvent désormais convenir juridiquement d'une gestation pour autrui (GPA) avec une femme porteuse, pour donner vie à leur projet.

Dans ce texte, il sera question de la reconnaissance juridique des conventions de GPA, lesquelles doivent être reçues par acte notarié pour les projets parentaux locaux, sous peine de nullité absolue². Que l'on soit en faveur ou en défaveur de ce moyen de procréation, il faut, objectivement, se réjouir de voir les notaires devenir les gardiens de l'ordre public et des droits de chacun dans une réalité bien implantée, qui relevait autrefois du non-dit, de l'incertitude juridique et de sinuosités éthiques.

S'agissant d'une nouvelle institution dans l'ordre juridique québécois, la convention de GPA n'a fait l'objet, à proprement parler, d'aucun transfert de compétence des tribunaux vers les notaires. La grossesse pour autrui n'a jamais fait partie de la compétence matérielle de nos autorités judiciaires. Toutefois, soulignons la fin prévisible des demandes d'adoption par consentement spécial en contexte de GPA (comme nous le verrons plus tard), et surtout, la révolution

que constitue le fait d'investir un acte notarié d'une force exécutoire en matière d'état, de capacité et de filiation des personnes, lui permettant de produire ses effets de façon autonome, sans devoir être entériné, homologué ou vérifié par un tribunal³, à l'instar du testament notarié. En effet, une fois la gestation de la femme porteuse menée à terme, si le consentement de cette dernière est donné et que les conditions de la loi et de la convention notariée sont accomplies, la filiation de l'enfant vis-à-vis des parents d'intention est établie de plein droit⁴.

Nul doute que ces retombées participent des mesures de déjudiciarisation prises par le législateur. Bien au fait du haut niveau de confiance accordé aux notaires par la population québécoise⁵ et de l'opinion majoritaire favorable à l'imposition de la forme notariée pour les conventions de GPA⁶, le ministre de la Justice du Québec, M. Simon Jolin-Barrette, initiateur de la loi nouvelle, a fait du notaire le professionnel central de la convention de grossesse pour autrui, mettant à profit sa mission d'auxiliaire de justice⁷ en matière non contentieuse et son rôle de conseiller juridique des familles québécoises.

Tout-de-même, avant d'aller plus loin dans l'exploration des responsabilités et de la valeur ajoutée du notaire en l'espèce, remettons la réforme dans son contexte.

Brève description du droit antérieur

Il est depuis longtemps reconnu dans notre droit civil que lorsque des parents d'intention font appel à un tiers pour bénéficier de son matériel reproductif (spermatozoïdes, ovules) en vue de donner naissance à un enfant, ce tiers ne peut prétendre à aucune filiation avec l'enfant en question, et vice versa⁸. Or, sous l'empire de l'ancien article 541 du Code civil, dérogation était faite à ce principe pour la femme porteuse, laquelle, contrairement au donneur de sperme ou d'ovules, ne pouvait invoquer quelque convention pour empêcher l'établissement de la filiation entre elle et l'enfant auquel elle donnait naissance. Cet article se lisait comme suit :

541. Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue.

La femme porteuse était alors automatiquement désignée mère de l'enfant. Mater est quam gestatio demonstrat. Mais que penser du traitement réservé par le législateur aux femmes qui acceptaient de prêter leur corps au portage d'un enfant commandé par autrui? Faut-il voir en la non-reconnaissance des contrats de GPA une façon de dissuader cette pratique en société? Dans ce

cas, si réellement considérée immorale, comment expliquer que la grossesse pour autrui n'ait jamais constitué une infraction pénale ou criminelle? En matière pénale, le Parlement québécois aurait pu rendre le fait de porter un enfant pour autrui passible d'amendes, comme il l'a fait dans la Loi sur la protection de la jeunesse à l'égard du fait de donner un paiement pour obtenir un consentement à l'adoption d'un enfant⁹. En matière criminelle, au Canada, le Parlement fédéral a compétence exclusive pour légiférer¹⁰. C'est ainsi qu'il a adopté en 2004 la Loi sur la procréation assistée, déterminant les crimes pouvant être commis en cette matière. Or, à l'article 6 de cette loi, il est prévu que le fait de rémunérer une mère porteuse est interdit¹¹, certes, mais le fait de porter un enfant pour autrui n'est aucunement visé par cette loi. En définitive, le fait d'être femme porteuse à titre gratuit ou de conclure une convention de GPA ne sont pas des actes pénalisés ou criminalisés, au Québec et au Canada¹².

Peut-être, en définitive, le législateur considérerait-il immoral le fait d'obtenir l'exécution forcée d'une convention de GPA, ne pouvant accepter d'imaginer les forces judiciaires déposséder une femme de l'enfant auquel elle a donné naissance, en vertu d'un contrat. Ainsi, pour anéantir cette éventualité, quoi de mieux que de rendre la chose impossible en elle-même? Nul besoin de sanctions pénales ou criminelles pour ce faire; il suffisait de démunir ces conventions de leur force obligatoire.

Lacunes et difficultés du droit antérieur - Apport et intérêt de la loi nouvelle

C'est ainsi que sous l'égide de la loi ancienne, tel qu'évoqué plus tôt, la filiation de la femme porteuse à l'égard du nouveau-né s'établissait automatiquement, du seul fait de lui donner naissance¹³. Du côté des parents d'intention, un choix déchirant s'imposait alors, à savoir lequel d'entre eux allait établir sa filiation avec l'enfant en s'inscrivant à titre de père sur la déclaration de naissance; l'autre parent demeurant un tiers.

La possibilité de ce parent-tiers de se faire reconnaître comme parent de l'enfant par la suite, et de dégager simultanément la femme porteuse de sa filiation avec ce dernier, a fait l'objet de multiples débats jurisprudentiels et doctrinaux¹⁴ dans les années 2000. Nombreuses furent les demandes d'adoption par consentement spécial¹⁵ déposées en Cour du Québec, dans le cadre desquelles le parent d'intention qui n'avait pas été inscrit à l'acte de naissance demandait au juge d'entériner le consentement à l'adoption donné mutuellement par la femme porteuse et le père de l'enfant.

Bien qu'accueillies par un courant jurisprudentiel majoritaire dès lors qu'il fut prouvé qu'elles allaient dans le sens de l'intérêt de l'enfant, vu la possession constante d'état dont faisait preuve le parent adoptant à son égard¹⁶, certaines demandes d'adoption furent rejetées pour cause de « fraude à la loi »¹⁷. Face à une question aussi sensible, les juges ne pouvaient tous être du même avis.

Mais *quid* des conséquences d'un tel rejet dans le contexte qui nous intéresse? Le juge Benoît Moore, autrefois professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal, s'est jadis penché sur la question, s'exprimant comme suit :

Ainsi qu'advient-il de l'enfant lors du refus de l'adoption? Dans un premier scénario celui-ci n'est pas remis aux parents d'intention et la mère porteuse le remet pour adoption. Dans un tel cas, la logique selon laquelle les parents d'intention ne peuvent adopter l'enfant, fera en sorte que celui-ci pourra être adopté par quiconque, sauf les parents d'intention. Ou encore, plus généralement, l'enfant sera remis à son père biologique. Après un certain temps suivant l'abandon de la mère porteuse, il sera possible de demander la déchéance de l'autorité parentale de cette dernière. Dans un tel cas, l'enfant sera admissible à l'adoption. Le parent d'intention, conjoint du père biologique avec qui l'enfant a toujours vécu et avec lequel une relation de parenté sociale s'est développée pourra-t-il alors obtenir l'adoption de l'enfant? L'accepter serait non seulement incohérent avec le refus initial mais marquerait également l'inefficacité de celui-ci. À l'inverse, le refus participerait d'une forme d'acharnement en ce que la personne la mieux placée pour assurer l'intérêt supérieur de l'enfant serait aussi la seule à ne pouvoir l'adopter.¹⁸

Pour rajouter, n'oublions pas les obligations parentales de la femme porteuse à l'égard de l'enfant durant la période comprise entre sa naissance et son adoption par le second parent d'intention. Qui plus est, si durant cette même période la femme porteuse décède ab intestat, fort à parier que l'enfant auquel elle a donné naissance fera partie des héritiers. Enfin, devons-nous nous étendre sur les conséquences du refus, par la femme porteuse ou les parents d'intention, d'honorer l'entente de GPA convenue entre eux, une fois l'enfant né? Nous laissons le lecteur les imaginer par lui-même...

La loi nouvelle apparaît alors dans un contexte socio-politique précis. D'une part, en 2019, le ministre de la Justice du Québec s'engage à entreprendre une réforme globale du droit familial et, pour ce faire, retient à un poil près les recommandations du Comité consultatif sur le droit de la famille¹⁹. Par ailleurs, à travers plusieurs consultations de la Chambre des notaires et du gouvernement, se fait entendre la volonté populaire de reconnaître en droit

québécois, comme c'est le cas dans d'autres provinces canadiennes, la validité juridique des conventions de GPA. En effet, selon un sondage de la firme Léger à la demande de la Chambre des notaires auprès de 1000 Québécois du 3 au 5 septembre 2021, « 7 répondants sur 10 sont d'accord pour que la loi permette aux couples qui ont demandé à une mère porteuse de porter un enfant pour eux d'en devenir légalement les parents, en établissant un contrat entre eux. »²⁰

D'autre part, depuis les dernières années, la communauté juridique se voit contrainte à composer avec des délais judiciaires de plus en plus longs, faute de personnel dans les palais de justice pour traiter le nombre croissant de dossiers. Des voix s'élèvent, dans la société civile, réclamant un meilleur « accès à la justice » et revendiquant, à travers ce cheval de bataille, l'accès à des services juridiques plus rapides et à moindre coût, ainsi que plus d'efficience de la part du système judiciaire. Notre ministre estime que la solution passe par la déjudiciarisation. À ce sujet, il déclare : « Il faut que le système de justice soit accessible, mais surtout efficace. En ce qui a trait à la gestation pour autrui, par exemple, le fait de confier [le processus] aux notaires plutôt que d'avoir un processus qui serait tout de suite judiciaire, constitue un mécanisme alternatif qui permet aux gens d'avoir accès à la justice »²¹. Lorsque questionné sur l'opportunité de donner aux notaires le mandat de prendre en charge les conventions de GPA, il rajoute : « Les notaires sont le groupe de professionnels les mieux placés pour renseigner adéquatement les gens qui ont un projet parental et pour faire en sorte qu'objectivement, les gens soient bien informés. [...] Il m'apparaissait important de confier ce rôle-là au notaire, surtout dans le cadre de son rôle d'officier public. »²²

Rôle du notaire - description de sa mission - valeur ajoutée de son intervention

La loi nouvelle est donc ni plus ni moins qu'un acte de lucidité. « La gestation pour autrui, on sait que ça se fait présentement au Québec. Mais les enfants qui naissent n'ont pas de protection. Les parents d'intention n'ont pas d'obligations envers l'enfant ni envers la mère porteuse. C'était important l'agir »²³, a déclaré notre ministre de la Justice. C'est ainsi que la règle prévue par l'article 541 du Code civil fut abrogée le 6 juin 2023²⁴ et remplacée par une nouvelle sous-section du Code civil, intitulée *Du projet parental impliquant une grossesse pour autrui*, comportant 56 articles de droit nouveau.

Pour tempérer les risques de voir le cauchemar de ses prédécesseurs se réaliser, à savoir l'exécution forcée de la convention, supposant la confiscation, auprès

de la femme porteuse, de l'enfant auquel elle a donné naissance, le ministre de la Justice a tôt fait d'aménager à la loi une faculté de dédit en faveur de la femme porteuse, effective tout au long de sa grossesse, lui permettant de mettre fin unilatéralement et sans justification au projet de GPA²⁵, et ce, « sans engager sa responsabilité et sans s'exposer à des réclamations économiques »²⁶. Une fois l'enfant né, il est d'ailleurs permis à la femme porteuse de changer d'idée et de sauvegarder sa filiation à l'égard de l'enfant dans les 30 jours de sa naissance²⁷.

Dans ce contexte, où le rationnel peut laisser place à l'émotionnel, « le notaire doit exercer son devoir de conseil avec minutie²⁸. Bien qu'aucune règle ne le prévoie expressément, il doit idéalement rencontrer les parties séparément de manière à ce que chacune d'elles puisse exprimer librement les préoccupations qui lui sont propres²⁹»³⁰. En dépit des protections énoncées ci-dessus, l'enjeu demeure grand : la femme porteuse doit comprendre que la finalité du projet est d'attribuer *ab initio* la filiation de l'enfant aux parents d'intention³¹. Pour ce faire, un consentement écrit sera requis de sa part, après la naissance de l'enfant, par acte notarié ou acte sous seing privé devant deux témoins indépendants au projet³².

Au cours de la grossesse, le notaire aura aussi un rôle important à jouer. D'abord, il devra avoir accès à un compte en fidéicommis pour recevoir et contrôler les fonds des parents d'intention devant servir au remboursement des dépenses de la femme porteuse³³. Comme le prévoit l'article 14 du règlement d'application cité en bas de page (note 32), chacun des remboursements destinés à la femme porteuse doit faire l'objet d'une demande au notaire, transmise par elle aux parents d'intention et signée par ces derniers. En définitive, il revient au notaire, et à lui seul, à même les fonds qu'il détient en fidéicommis,

de rembourser à la mère porteuse les frais et dépenses admissibles et, le cas échéant, de lui verser l'indemnité pour perte de revenus de travail. Les parties ne pourront se soustraire à cette exigence d'ordre public dont le but vise à procurer à la mère porteuse le bénéfice d'un intermédiaire impartial en mesure d'évaluer la validité et la conformité des réclamations, eu égard aux normes réglementaires applicables et aux termes de la convention de grossesse pour autrui³⁴.

Ainsi, malgré qu'il ne soit pas placé en décideur, le notaire, par sa déontologie rigoureuse, garantit la conservation des fonds qui lui sont confiés et tient les livres de façon stricte³⁵, vérifie que les dépenses autorisées à la femme porteuse s'inscrivent parmi celles permises par la loi et la convention³⁶, et valide l'authenticité des pièces justificatives appuyant les réclamations³⁷.

CONCLUSION

Aux notariats qui souhaiteraient développer l'encadrement légal des projets de GPA dans leur État respectif, allons-y d'un conseil : insistez pour faire de la convention de grossesse pour autrui un acte réservé aux notaires. En droit québécois, pour entraîner l'établissement de la filiation sans intervention judiciaire, le législateur a opté pour la forme notariée obligatoire. Le Québec étant géographiquement entouré d'États de tradition juridique de common law, il a toutefois fallu admettre la recevabilité de l'acte sous seing privé, sous réserve d'une validation judiciaire, dans les cas où la femme porteuse n'est pas domiciliée au Québec. À notre avis, cependant, cette concession pratique ne devrait avoir lieu lorsque les États avoisinants connaissent l'institution notariale. Après tout,

[si] le notaire s'est vu attribuer l'exclusivité [du pouvoir de rédiger les conventions de GPA], c'est en raison du caractère authentique que la loi confère aux actes qu'il instrumente³⁸. Compte tenu des enjeux socialement et juridiquement délicats que soulève l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse, le législateur a vu dans la force probante que procure l'acte notarié une manière proprement civiliste d'assurer l'intégrité du processus³⁹.

Si la femme porteuse et les parents d'intention sont les « acteurs principaux » du projet parental impliquant la grossesse pour autrui, le notaire en constitue certainement le « réalisateur ». Ce choix heureux contribue d'une double façon à la déjudiciarisation du processus. D'une part, de façon directe, en épargnant au tribunal la responsabilité de parrainer les projets de GPA dont les parties sont domiciliées au Québec, et d'autre part, en instaurant un contexte favorable à la bonne entente et au règlement amiable des différends pouvant surgir. Comme le mentionnait à juste titre l'Association professionnelle des notaires du Québec (APNQ) en commission parlementaire,

[grâce] à l'accompagnement du notaire, un projet entamé avec ce dernier a un très faible risque de se terminer devant les tribunaux. Le notaire ayant également des compétences naturelles de médiateur dans le cadre de ses fonctions, il sera également en mesure de désamorcer et régler plusieurs conflits qui pourraient survenir en amont avec les parties.⁴⁰

Par ailleurs, le 6 mars 2025, à l'occasion du premier anniversaire de la reconnaissance des conventions de GPA, la Chambre des notaires du Québec a émis le communiqué suivant :

Depuis le 6 mars 2024, la convention de grossesse pour autrui peut être signée devant notaire, sans recours aux tribunaux. Ce processus entièrement déju-

diciarisé permet d'établir la filiation des parents d'intention de façon plus rapide et plus fluide, réduisant ainsi les délais d'attente pour la reconnaissance légale de leur enfant.

En plus de simplifier la démarche, cette convention renforce la protection des droits des enfants et des femmes porteuses, tout en offrant un cadre juridique clair et sécurisant pour toutes les parties impliquées.

Une avancée significative pour tous les couples qui souhaitent agrandir leur famille grâce à une femme porteuse. Nous sommes heureux-ses de pouvoir les accompagner et de garantir la protection juridique de ce nouveau projet de vie.⁴¹

Il y a tout avantage, pour un État souhaitant encadrer légalement les projets parentaux impliquant une gestation pour autrui, à focaliser le processus sur les parties impliquées, à savoir la femme porteuse et les parents d'intention, et évacuer tout formalisme inutile. Pour cela, qui de mieux que le notaire pour conseiller les parties de façon impartiale, recevoir les actes juridiques requis par la loi dans un environnement serein, et suivre la progression du projet de façon personnalisée⁴² avec elles?

Seul l'avenir nous dira si, comme en bien d'autres matières, l'intervention du notaire saura s'imposer, au Québec et au-delà de nos frontières, comme une valeur sûre pour le projet aussi sensible qu'est celui de confier la conception de son enfant au ventre d'un tiers⁴³. Pour l'heure, néanmoins, nous estimons que les bases sont posées pour un succès retentissant.



¹ ROY, A., *Traité de droit de la famille*, Tome 1 – La filiation : principes et fondements, Les Éditions Thémis, Montréal, 2024, par. 202.

² Code civil du Québec, art. 541.12. Les conventions de GPA impliquant une femme porteuse non domiciliée au Québec peuvent, à certaines conditions, être constatées par acte sous seing privé. Cette modalité ne sera pas abordée au présent texte.

³ Si le mot « révolution » surprend, il faut savoir qu'en droit québécois, il s'agit effectivement d'une première. Qu'il s'agisse d'adoption, d'homologation de mandat de protection ou d'ouverture de tutelle au majeur, pour ne citer que celles-là, l'usage a toujours voulu qu'un jugement soit rendu pour donner force exécutoire aux procédures accomplies devant notaire en matière d'état, de capacité et de filiation des personnes.

⁴ Code civil du Québec, art. 541.16.

⁵ Sondage Léger, effectué en février 2024 auprès de 1001 Québécois(es), plaçant les notaires en tête de liste des professionnels du droit, soit au 22^e rang dans la catégorie « métiers et professions », avec un taux de confiance de 86%.

⁶ Selon un sondage de la firme Léger à la demande de la Chambre des notaires, auprès de 1000 Québécois du 3 au 5 septembre 2021, « 84 % des personnes sondées pensent que ce contrat devrait être notarié afin de mieux protéger la mère porteuse, les parents d'intention et l'enfant à naître » (TRUONG, D., « Entretien - Une réforme pour dépoussiérer le droit familial » dans *Magazine Entracte*, vol 30-4, Montréal (QC), Chambre des notaires du Québec, 2022).

⁷ Loi sur le notariat, RLRQ, c. N-3, art. 10 al. 1.

⁸ Code civil du Québec, art. 538.2.

⁹ Loi sur la protection de la jeunesse, RLRQ, c. P-34.1, art. 135.1.3.

¹⁰ Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.-U.), paragraphe 91(27).

¹¹ Le paragraphe 6(1) de la Loi sur la procréation assistée (L.C. 2004, ch. 2) se lit comme suit : « Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution ». L'article 60 de cette même loi prévoit que quiconque participe à la commission d'une infraction aux dispositions de l'article 6 est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 500 000\$ et d'une peine d'emprisonnement maximale de 10 ans.

¹² « [Ce] contrat, bien qu'illicite, et par conséquent non exécutoire pour le droit civil, n'est pas pour autant nécessairement illégal, c'est-à-dire sanctionné par une peine d'amende ou d'emprisonnement. En effet, la Loi canadienne sur la procréation assistée, qui criminalise certaines pratiques, n'interdit pas comme telle la maternité de substitution; elle en défend seulement la rétribution et celle des personnes qui serviraient d'intermédiaires ou qui feraient de la publicité en vue d'obtenir les services d'une mère porteuse. » (Avis de la Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, Éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire, Québec : Gouvernement du Québec, 2009, p. 70-72.)

¹³ Code civil du Québec, art. 523 al. 1.

¹⁴ Voir en particulier le discours des professeurs Jean Pineau et Marie Pratte sur la question de l'adoption, par un parent d'intention, d'un enfant né d'une femme porteuse : « La jurisprudence française l'a interdit en adoptant la solution qu'impose la logique juridique : le droit ne doit pas permettre la réalisation d'un contrat contraire à l'ordre public. Mais la pure logique juridique doit-elle à elle seule dicter la réponse à cette question? Un enfant est né; un couple a voulu sa naissance et est à l'origine de sa conception; sa mère biologique, par ailleurs, l'a mis au monde dans le but de l'abandonner. Quel objectif doit-on poursuivre? Protéger l'intérêt de l'enfant en cause en permettant la consécration juridique d'un lien affectif? Ou imposer à cet enfant, au nom du respect de l'ordre public et de la logique juridique, une vie écartelée entre son véritable père, une mère qui le rejette, et une autre personne qui agit comme deuxième parent sans en avoir le statut? Ne doit-on pas, dans cette situation, préférer la protection de l'intérêt immédiat de l'enfant plutôt que le respect de l'intérêt général? Il faut, selon nous, tolérer le recours à l'adoption en faveur de la conjointe du père, dans la mesure où, évidemment, la mère porteuse y aura consenti. » Extrait tiré de *La famille*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2006.

¹⁵ L'adoption par consentement spécial est une procédure simplifiée, permise par l'article 555 du Code civil du Québec, lorsque l'adoptant est un proche de l'enfant, notamment le conjoint de l'un de ses ascendants.

¹⁶ Voir entre autres les affaires *Adoption – 10489*, 2010 QCCQ 19971 et *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162. Dans cette dernière, le juge Morissette, loin de faire du recours à l'adoption par consentement spécial un modèle à privilégier, le qualifie de « solution la moins insatisfaisante », puisque comportant tout-de-même certains risques juridiques pour la femme porteuse, les parents d'intention et l'enfant issu du projet parental.

¹⁷ Parmi ces décisions défavorables, citons particulièrement l'affaire *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628, qualifiant le recours à l'adoption par consentement spécial dans un contexte de grossesse pour autrui de démarche entreprise « au mépris des lois existantes et en marge du droit », soulignant au passage que l'article 555 du Code civil, dans l'esprit du législateur, n'avait certainement pas pour objet de servir à cette fin.

¹⁸ MOORE, B., « Maternité de substitution et filiation en droit québécois » dans l'ouvrage collectif *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 873.

¹⁹ Comité constitué en 2013 à l'initiative du gouvernement québécois et présidé par le Pr Alain Roy, dont la mission était de proposer une réforme du droit de la famille, tant dans son volet conjugalité que dans son volet filiation. La précédente réforme du droit de la famille datait de plus de 40 ans au Québec.

²⁰ TRUONG, D., « Entretien - Une réforme pour dépoussiérer le droit familial » dans *Magazine Entracte*, vol 304, Montréal (QC), Chambre des notaires du Québec, 2022.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui, art. 19.

²⁵ ROY, A., *Traité de droit de la famille*, Tome 1 – La filiation : principes et fondements, Les Éditions Thémis, Montréal, 2024, par. 224. Code civil du Québec, art. 541.8.

²⁶ ROY, A., « L'établissement légal de la filiation de l'enfant issu d'un projet parental impliquant une grossesse pour autrui : mode d'emploi » dans Cours de perfectionnement du notariat, vol 2024-1, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, 135 (page 157). Code civil du Québec, art. 541.3.

²⁷ Code civil du Québec, art. 541.15.

²⁸ Loi sur le notariat, RLRQ, c. N-3, art. 11; Code de déontologie des notaires, RLRQ, c. N-3, r.2, art. 16.

²⁹ Voir en ce sens les propos tenus par le Pr Alain Roy lors de l'étude détaillée du Projet de loi 12 : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Journal des débats de la Commission des institutions, 1re sess., 43e légis., 19 avril 2023, « Étude détaillée du projet de loi no 12 – Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui », 12h10 (M. Jolin-Barrette).

³⁰ ROY, A., Traité de droit de la famille, Tome 1 – La filiation : principes et fondements, Les Éditions Thémis, Montréal, 2024, par. 237.

³¹ Code civil du Québec, art. 541.16.

³² Code civil du Québec, art. 541.9; Règ. relatif aux projets parentaux impliquant une grossesse pour autrui dans le cadre desquels les parties à la convention sont domiciliés au Québec, RLRQ, c. CCQ, r. 4.2, art. 10.

³³ Code civil du Québec, art. 541.13 al. 1.

³⁴ ROY, A., Traité de droit de la famille, Tome 1 – La filiation : principes et fondements, Les Éditions Thémis, Montréal, 2024, par. 245 (références omises).

³⁵ Règlement sur la comptabilité en fidéicomis des notaires, RLRQ, c. N-3, r. 5.2, art. 13, 24, 26 et 27.

³⁶ Code de déontologie des notaires, RLRQ, c. N-3, r.2, art. 13 et 56(9).

³⁷ Code de déontologie des notaires, RLRQ, c. N-3, r.2, art. 17.

³⁸ Code civil du Québec, art. 2818 et 2819.

³⁹ ROY, A., Traité de droit de la famille, Tome 1 – La filiation : principes et fondements, Les Éditions Thémis, Montréal, 2024, par. 239.

⁴⁰ ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (APNQ), Mémoire présenté à la Commission des institutions dans le cadre des consultations particulières portant sur le projet de loi no 12, Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui, 28 mars 2023.

⁴¹ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, publication faite sur le réseau social LinkedIn le 6 mars 2025.

⁴² L'article 9 du Code de déontologie des notaires prévoit ce qui suit : Le notaire doit chercher à établir une relation de confiance mutuelle entre lui-même et son client. À cette fin, il doit notamment : 1o s'abstenir d'exercer sa profession d'une manière impersonnelle; 2o mener ses entrevues de manière à respecter les valeurs et les convictions personnelles de son client.

⁴³ ROY, A., « L'établissement légal de la filiation de l'enfant issu d'un projet parental impliquant une grossesse pour autrui : mode d'emploi » dans Cours de perfectionnement du notariat, vol 2024-1, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, 135 (page 137).



LA PERSONNE ET LA FAMILLE • ETAT CIVIL ET FILIATION

LES ALTERNATIVES À L'ADOPTION

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

3

" LA FAMILLE DE PRISE EN CHARGE "
(La familia de crianza)

MIGUEL ALFREDO LEDESMA CHAVARRO / NOT. AU COLOMBIE

DISCOURS

C'est un honneur de m'adresser au notariat mondial pour présenter l'article que j'ai intitulé « Vers une théorie de la désjudiciarisation », dont l'objectif est d'apporter le support épistémologique approprié aux pays dont les notariats appartiennent à notre Union internationale, afin de faciliter la tâche du législateur lorsqu'il s'agit d'édicter des normes juridiques visant à désjudiciariser certaines procédures contentieuses, et dans le but de consolider « ... le bon fonctionnement d'une société moderne », sur la base de la qualification que le Tribunal européen des droits de l'homme attribue aux notaires en les désignant comme un « juge sans litige », ainsi que nous le rappelle notre coordinatrice Valentina Rubertelli dans la présentation de ce Congrès publiée sur le site internet.

L'un des innombrables procédures désjudiciarisées en Colombie est précisément celle relative à la familia de crianza (famille de prise en charge de fait), consacrée par la loi 2388 de 2024, qui a pour objet de définir cette figure novatrice, d'en établir la nature, d'en déterminer les moyens de preuve et de reconnaître des droits et obligations entre ses membres.

S'agissant de la désjudiciarisation, l'exposé des motifs de cette loi 2388 qualifie de « procédure expéditive » la reconnaissance devant notaire d'un mineur qui « vit en fait, depuis un certain temps, avec la familia de crianza ». Cette réglementation résout le problème des enfants qui développent « des liens affectifs avec leurs aidants de fait, dont la rupture ou la perturbation porterait atteinte à leur intérêt supérieur », et pour lesquels « il serait contraire à leurs droits fondamentaux de les séparer de leur familia de crianza, même si cela se faisait en

vue de les restituer à leur famille biologique », ainsi que le souligne la Cour constitutionnelle de Colombie dans son arrêt T-292/2004.

Cette prise de position jurisprudentielle et légale est cohérente avec la philosophie anthropocentrique qui a inspiré notre Constitution politique de 1991, par opposition à la Constitution égocentrique de la fin du XIX^e siècle. Les postulats de constitutionnalistes tels que l'Italien Gustavo Zagrebelsky, qui offre dans son ouvrage « Le droit ductile » une vision à texture ouverte des constitutions, ont porté leurs fruits dans l'ordre juridique colombien pour satisfaire autant que possible l'ensemble des droits de l'homme, notamment ceux relatifs à la famille de fait, comme le consacre le législateur dans l'exposé des motifs susmentionné.

On ne saurait méconnaître la sagesse du législateur colombien lorsqu'il a assimilé les effets juridiques de la famille biologique à ceux de la familia de crianza ; pas plus que l'on ne peut mépriser le louable objectif consistant à habiliter le notariat à mener les procédures correspondantes, qui se concluent par un acte notarié. Il convient toutefois de préciser qu'en Colombie les notaires ne disposent pas de compétences juridictionnelles, comme l'affirme la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt C-1159/2008, qui a déclaré partiellement inconstitutionnelle la loi 1183/2008, par laquelle certaines fonctions étaient attribuées aux notaires. Dans ce contexte, le législateur, par la loi 2388/2024, a transformé les notaires en juges en décidant que la « déclaration de reconnaissance en qualité de hijo de crianza sera instruite devant le juge de la famille ou devant notaire... selon la procédure de juridiction gracieuse... », en méconnaissance de l'arrêt C-1159 précité de la Cour constitutionnelle.

Il appartient néanmoins au notariat de déployer les efforts herméneutiques nécessaires pour tenter de surmonter ce défi que représente la loi au regard de la jurisprudence constitutionnelle, afin d'essayer de mener ces procédures par la voie la plus expéditive, à savoir la voie notariale, en recherchant toujours le plus haut niveau de satisfaction d'une citoyenneté en attente de solutions rapides et efficaces à ses besoins de bien-être.

Abstraction faite de cette disjonction juridique, il convient de considérer que des opposants légitimes pourraient éventuellement se manifester à l'encontre d'une demande de déclaration de hijo de crianza devant une étude notariale. Une telle situation conduit inéluctablement à rendre la matière contentieuse, ce qui impliquerait la transformation d'une procédure notariale en un procès judiciaire, ce que la loi ne prévoit pas. Dans ces circonstances, le panorama

relatif à l'issue de ce type de dossiers devant le notaire apparaît sombre. Cela impliquerait que le législateur corrige ces vicissitudes, en recherchant toujours l'harmonie entre la fonction notariale et la pratique concrète née des relations interpersonnelles multiformes entre les citoyens.

Ce dont je suis certain, c'est de l'esprit d'ouverture de notre notariat, décidé à poursuivre sur la voie de ce « juge sans litige », en tant que principal dispensateur de justice préventive, chaque fois que les circonstances socio-juridiques ou naturelles l'exigeront pour le bien de l'humanité. Il est à cet égard opportun de rappeler qu'en Colombie, à la suite de la catastrophe naturelle que constitua l'avalanche provoquée par la fonte du Nevado del Ruiz en 1985, s'est produite une tragédie humaine de proportions colossales, qui a conduit le gouvernement national à mettre en place ce qui allait devenir le germe de la désjudiciarisation, en créant une réglementation permettant d'accomplir, devant les notaires, les procédures judiciaires de succession pour cause de mort.

D'où la nécessité d'élaborer une théorie de la désjudiciarisation à caractère universel, afin de contribuer à éviter les lacunes législatives et d'affronter les phénomènes naturels et socio-juridiques qui se manifestent dans n'importe quelle partie du globe. Fort de son expérience, le notariat fournit toutes les connaissances nécessaires pour que les normes juridiques atteignent le plus haut degré possible de complétude, et c'est pourquoi je considère qu'il est inajournable que notre Union internationale du notariat latin réfléchisse à la nécessité de construire cette théorie que je viens soumettre à ce prestigieux auditoire notarial. Et je m'y engage.

Je vous remercie vivement de votre aimable attention.



VERS UNE THÉORIE DE LA DÉJUDICIARISATION

Autorisation d'aliéner les biens de personnes en situation de handicap, majeures ou mineures

S'agissant de l'autorisation d'aliéner les biens de personnes présentant des handicaps mentaux et intellectuels, majeures ou mineures, il convient de se référer à la « Convention relative aux droits des personnes handicapées ». Ce texte consacre des principes tels que « l'autonomie, la liberté de faire ses propres choix et l'indépendance des personnes », qui recouvrent la capacité juridique, laquelle implique à son tour l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, et à les exercer et à s'engager.

Sur la base de ces principes ont été élaborées des normes qui habilitent, sans limite, les personnes présentant ces handicaps à accomplir tout acte juridique. Ainsi, par exemple, en Colombie, la loi 1996 de 2019 dispose que : « Toutes les personnes handicapées sont titulaires de droits et d'obligations et jouissent de la capacité juridique sur la base de l'égalité avec les autres, sans aucune distinction et indépendamment du recours ou non à des mesures d'accompagnement pour la réalisation d'actes juridiques », pouvant se tromper dans leurs décisions dès lors que la personne de soutien ne peut se substituer à leur volonté.

Cette loi a habilité le notaire colombien à autoriser des actes notariés constatant des accords de soutien afin que ces personnes accomplissent des actes ayant une pertinence juridique, ce qu'elles peuvent faire y compris sans recourir à de tels soutiens.

Grâce à la recherche socio-juridique que j'ai dirigée en Espagne, aux États-Unis et en Colombie, avec l'appui de groupes de discussion composés d'experts de diverses disciplines et avec le soutien de la Fundación Tribuna Jurídica, il a été conclu que les personnes présentant des handicaps mentaux et intellectuels graves doivent inévitablement recourir à des soutiens pour exercer pleinement leur capacité juridique. Cette étude, intitulée « Dignité maximale pour le handicap », a révélé que le notaire doit veiller à ce que les personnes souffrant de déficiences sévères reçoivent l'accompagnement adéquat pour exercer cette capacité juridique, quand bien même la réglementation ne fixerait pas de limites.

Depuis cette tribune, je relaie le sentiment exprimé par ces experts afin que l'Organisation des Nations Unies adapte ce cadre normatif à une réalité que nous ne pouvons occulter, lorsqu'il s'agit de défendre les droits fondamentaux de personnes vulnérables qui ont besoin d'un soutien jusque pour les activités les plus élémentaires de la vie. En ce sens, cette Convention devrait être ajustée afin d'éviter des excès, car, à terme, ces personnes se retrouveraient privées de protection, ce qui ne correspond pas à l'intention qui inspire le noble et profond dessein des Nations Unies.

ARTICLE

https://drive.google.com/file/d/1MGaSVg_X1oGYQ-SAyxPgYKMRH6d62oMV/view?usp=sharing





LA PERSONNE ET LA FAMILLE • ETAT CIVIL ET FILIATION

LES ALTERNATIVES À L'ADOPTION

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

4

LA KAFALA ET LE TANZIL AU MAROC

RATIBA SEKKATE / NOTAIRE AU MAROC

I. INTRODUCTION

Pour mieux appréhender et apprécier certaines institutions propres et spécifiques au Droit Positif Marocain telle que LA KAFALA et LE TANZIL, il serait opportun et souhaitable de parcourir brièvement l'évolution historique du Droit Marocain, particulièrement l'évolution du Droit de la Famille ainsi que l'évolution qu'a connu l'organisation et la restructuration de la profession de notaire.

A. EVOLUTION DU DROIT AU MAROC

1) INFLUENCE DU DROIT ROMAIN

L'originalité de la terre marocaine fait du Royaume du Maroc le carrefour de l'Orient et l'Occident et selon la formule de « Strabon » *“le Maroc est une charnière de communication entre la Méditerranée et l'Océan”*.

Le Maroc à la fois Méditerranéen, Atlantique et Saharien, situé à la pointe Ouest de l'Afrique du Nord, est un carrefour des civilisations de trois continents, un bassin où baignent plusieurs ethnies, religions et civilisations.

Survivant à la chute de Carthage (146 avant Jésus-Christ), le Maroc s'intégra en partie à l'empire de Rome tout en continuant à être gouverné par les Rois indigènes.

40 ans après Jésus-Christ, le Maroc fut proclamé Province Romaine, ainsi au simple protectorat économique s'est substitué le régime des terres d'empire marqué par l'influence de la civilisation romaine aux caractères particuliers qui se décelaient dans le peuplement, la vie économique, l'art des cités, l'organisation administrative et judiciaire.

Avec la réception pratique des règles du Droit Romain, le Maroc s'est ouvert dès le début de son histoire à l'influence de ce droit.

Sous l'empire romain les populations ont pris conscience de la nécessité de recourir à l'établissement de conventions pour toute transmission de Propriété, de biens, pour toutes relations commerciales et échanges, à ces conventions ont été appliquées les règles du droit romain.

Dès l'antiquité et sous la bonne influence des autres civilisations, le Maroc a retenu que l'acte authentique était le meilleur moyen d'assurer la sécurité juridique des conventions entre les cocontractants.

2) INFLUENCE DE LA RELIGION NOTARIAT MUSULMAN

L'avènement de l'Islam en 622 de l'ère grégorienne est le point le plus marquant et déterminant pour l'instauration de l'authenticité au Maroc.

Le Coran a instauré une réglementation rigoureuse à travers ses différentes sourates qui soigneusement et minutieusement ont synchronisé la vie civile, économique, sociale, publique et spirituelle des croyants d'où le sacrement d'une place privilégiée à la sécurité des transactions par l'authentification des conventions à établir par des scribes (frères germains et homologues des magistrats romains qui portaient le nom de Adel ou Adoul) ce nom qui étymologiquement veut dire *"scribe juste"* formant corps de notaires musulmans, institution purement marocaine.

En matière de Droit, le Coran ne s'est pas limité à l'écrit mais à recommander et même dicter des règles strictes à suivre dans plusieurs matières et plusieurs domaines (ما فرطنا في الكتاب من شيء) (nous n'avons rien omis d'écrire dans le Livre), verset 38 sourate AL ANAAM.

Le Coran a prescrit l'obligation de recourir au scribe juste dont la charge est d'instrumenter les accords entre les parties (Sourate La Génisse-verset 282),

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَعْتُمْ بَيْنَ يَدَيْنِ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوا وَلْيَكُتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ حَا عِلْمَهُ اللَّهُ

O les croyants ! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit ; et qu'un scribe l'écrive, entre vous, en toute justice ; un scribe n'a pas à refuser d'écrire selon ce qu'Allah lui a enseigné ;

D'où la naissance d'un Notariat Adoulaire ou Cadinale pratiqué par des Adouls, scribes de justice, témoins rédacteurs officiels de la volonté des parties librement exprimée.

Les Adouls instrumentent à deux (2) les actes qu'ils soumettent à l'homologation du Cadi (Juge du statut personnel et successoral musulman pour leurs donner le caractère d'authenticité).

Le Notariat Musulman Adoulaire reconnu de tous, bien structuré a régné en exclusivité sur la rédaction des contrats avant le protectorat, surtout dans le domaine du statut personnel musulman (mariage, divorce, succession, kafala, reconnaissance de paternité et autres...) cette exclusivité s'étendait également aux autres conventions.

À côté du Notariat adoulaire musulman, existait également un Notariat Rabbinique, seconde originalité du Système Juridique Marocain.

NOTARIAT RABBINIQUE

Le Coran prescrit que les gens du Livre (Juifs et Chrétiens) seront jugés selon l'Evangile, le Notariat Rabbinique (Juif) institué par la loi mosaïque, antérieur à l'avènement de l'Islam est seul compétent pour connaître des affaires religieuses des Juifs (paternité, mariage, succession et autres).

Avant le protectorat, l'existence conjointe des deux systèmes musulmans et hébraïques, n'a pas fait d'ombre à l'importance de la place qu'a occupé le Droit Romain.

A cette époque l'évolution qu'a connu le Maroc illustre les dynamiques complexes entre traditions et modernités, particulièrement en ce qui concerne les droits de la femme et de l'enfant.

De la période précoloniale à l'adoption du Code de la famille en 2004, le Statut juridique de la femme et de l'enfant n'a cessé de subir des transformations majeures, reflétant les changements sociaux politiques et culturels du pays.

II. DROIT DE LA FAMILLE AVANT LE PROTECTORAT ENTRE COUTUME ET CHARIA

Avant l'établissement du protectorat Français en 1912, le Maroc était régi par un système juridique fondé sur la Charia, principalement sur le rite malikite, la religion musulmane, à travers le Droit Islamique (fiqh) et la charia encadraient minutieusement la vie familiale afin d'assurer l'harmonie sociale et l'équilibre des responsabilités au sein de la Société.

Le mariage, les successions et la protection de l'enfant relevaient des domaines essentiels régis par des principes rigoureux tirés du Coran et de la Sunna.

Ces règles visaient à garantir la justice, la stabilité et le bien-être des individus, tout en instaurant une répartition équitable des droits et des devoirs, réglementant ainsi le mariage, les conditions du mariage, le droit et devoir des époux, la dissolution du mariage selon différentes sortes de divorces, la réglementation des successions entre héritiers et répartition des parts successorales, protection de l'enfant, droit à la filiation et à l'identité, droit à l'éducation et à l'épanouissement, droit à la protection contre les abus.

III. DROIT DE LA FAMILLE PENDANT LE PROTECTORAT

Avec l'instauration du protectorat français en 1912, le Maroc a connu des tentatives de modernisation de son système juridique.

Cependant le droit de la famille est resté largement sous l'influence de la Charia, les autorités coloniales hésitaient à intervenir dans des domaines perçus comme relevant de la sphère religieuse et culturelle.

Le protectorat a introduit des codes juridiques inspirés du droit français dans d'autres domaines, alors que le droit de la famille, non codifié, est resté influencé par des pratiques traditionnelles, qui perpétuaient les inégalités existantes, notamment en matière des droits de la femme et de l'enfant.

IV. DROIT DE LA FAMILLE APRES L'INDEPENDANCE

Après l'indépendance acquise non sans sacrifices en 1956, le Maroc a entrepris de codifier le droit de la famille, aboutissant à la promulgation de la Moudawana en 1958.

Ce code visait à unifier les pratiques juridiques et à moderniser le statut de la femme et de l'enfant tout en respectant les principes islamiques.

L'âge légal du mariage a été pour la première fois, fixé à 15 ans pour les filles et à 18 ans pour les garçons, avec possibilité pour le tuteur matrimonial de marier même une fille mineure, maintenant ainsi la pratique des mariages précoces souvent sans le consentement de la jeune fille.

Les règles prévues par ce code qui constituait un premier jalon dans l'édification de l'Etat de droit et qui encadraient la polygamie, le divorce, la tutelle, la garde des enfants et autres sujets, ont vite démontrés leur incompatibilité avec les normes et la réglementation internationales en la matière, sans pouvoir également répondre aux inspirations légitimes du peuple marocain, qui cherchait résolument une nouvelle réforme globale pour accompagner le progrès soutenu et le rayonnement accru de la culture et de la civilisation du royaume.

Devant l'évolution des relations internationales et l'ouverture aux échanges internationaux et au droit international privé, la société marocaine a vite ressenti les limites de ce code du statut personnel musulman aux termes duquel, seuls des pseudos droits ont été reconnus à la femme et à l'enfant ; D'où la réforme réalisée par et grâce à notre valeureux Roi, Sa Majesté Mohammed VI, que Dieu le Glorifie et l'Assiste, marquant ainsi une avancée majeure en matière de mariage, polygamie, succession, tutelle, droit à la filiation, protection de l'enfant, droit à l'éducation et à l'épanouissement, droit à la protection contre les abus et la négligence.

Ce code a renforcé les droits de la femme et de l'enfant en respectant les principes de l'Islam, tout en visant la promotion de l'égalité entre les sexes.

La Moudawana de 1958 a laissé la place à cette réforme majeure dont l'esprit tenait compte des impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le royaume en matière de droits de l'homme, tels qu'ils sont reconnus universellement.

Même si le Code de la Famille de 2004 est considéré par tous, comme précurseur et inédit par sa teneur et ses dispositions autant que par son habillage linguistique, juridique contemporain, parfaitement en phase avec les prescriptions et les finalités généreuses et tolérantes de l'Islam ;

Ce droit de la famille reflète toujours une tension constante entre tradition et modernité, entre respect des principes islamiques et aspirations à l'égalité

des sexes, toujours objet de réformes successives dont l'une est en cours d'élaboration actuellement. Ce droit s'efforce toujours à sauvegarder l'identité culturelle et religieuse du pays en préservant avec vigilance en son sein, certaines institutions propres et spécifiques à l'Islam et au Maroc, tel que la Kafala et le Tanzil, dont le Notaire est chargé entre autres de leur application et de leur protection grâce à son intervention et ses prestations non judiciaires et purement volontaires.

V. INSTITUTION NON JUDICIAIRE PROTEGEANT LES DROITS DE L'ENFANT

A. LA KAFALA

La Kafala est une institution du droit musulman qui consiste à prendre en charge un enfant mineur en lui assurant protection, entretien et éducation, sans pour autant établir un lien de filiation entre l'enfant et le Kafil.

Cette possibilité de prise en charge porte le nom de la Kafala, institution héritée du droit musulman, comme un moyen légal de prise en charge d'un enfant abandonné ou de parents inconnus.

Elle se distingue de l'adoption qui crée un lien juridique similaire à la filiation dans d'autres droits.

Le droit marocain, ne prévoit pas le système d'adoption plénière, seul les liens familiaux confèrent la qualité de successible et la possibilité de transférer le nom, la nationalité et les convictions religieuses.

La Kafala ne produit ni lien de filiation ni droit à la succession, elle peut être considérée par le juge étranger comme contraire à l'intérêt de l'enfant puisqu'elle ne lui accorde pas les mêmes droits que l'adoption où l'enfant est entièrement intégré à la cellule familiale et jouit des mêmes droits que les enfants biologiques.

Au Maroc, l'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime, toutefois, le droit de la famille prévoit un système d'adoption simple, soumis à des conditions rigoureuses, sans lesquelles, aucun enfant ne pourrait être pris en charge par la famille d'accueil.

Le fondement religieux et légal de la Kafala repose sur les principes de la Charia et principalement sur le verset coranique sourate 33-verset 4-5, qui in-

terdit l'assimilation d'un enfant accueilli à un enfant biologique.

Elle est également réglementée par la Moudawana, article 187 à 194, et la loi 15-01 relative à la Kafala des enfants abandonnés adoptés en 2002.

Le lien entre le Kafil (le tuteur) personne qui s'engage à subvenir à tous les besoins de l'enfant (alimentation, logement, vêtement, soins médicaux, scolarisation et éducation morale et religieuse du Makfoul) ce lien obéit à des conditions, des procédures et des obligations.

CONDITIONS DE LA KAFALA

Le Kafil doit répondre à certaines conditions pour pouvoir prendre un enfant en charge :

- être musulman, sain d'esprit, moralement et matériellement capable d'assumer cette responsabilité,
- avoir au moins 20 ans et jouir de tous ses droits civiques, au casier judiciaire vierge,

Les enfants concernés par la Kafala sont généralement des enfants abandonnés, définis par la loi comme étant nés de parents inconnus ou orphelins sans soutien familial, ou abandonnés par leurs parents biologiques sans espoir de retour.

PROCEDURES ET EFFETS JURIDIQUES DE LA KAFALA

La kafala est soumise à une procédure de plusieurs étapes, elle obéit à une procédure judiciaire est prononcée par le juge des affaires familiales :

- la demande de la Kafala est déposée suite à une requête écrite formulée par le Kafil auprès du tribunal de la famille ;
- une enquête sociale approfondie est menée par le juge pour vérifier les conditions du Kafil, cette enquête est réalisée par l'assistant social pour s'assurer de la stabilité financière et morale du demandeur ;
- s'en suit une décision judiciaire si les conditions sont considérées comme réunies.

Le kafil a les mêmes responsabilités qu'un tuteur légal, logement, éducation, santé et entretien de l'enfant, alors que le Makfoul n'a aucun droit de succession ni de filiation, l'enfant garde son nom de famille d'origine ou un nom attribué par l'administration s'il est né de parents inconnus.

Cependant, le droit marocain permet à l'enfant Makfoul d'acquérir la nationalité marocaine sous certaines conditions.

Le tribunal continue à surveiller l'exercice de la Kafala, notamment par le biais de rapports sociaux réguliers, le Kafil est tenu de fournir au juge des affaires familiales, un rapport annuel sur la situation de l'enfant Makfoul.

Sur le plan international, la Kafala est reconnue par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989 qui garantit les droits de l'enfant en lui assurant protection et soins appropriés, tout en distinguant la Kafala de l'adoption.

Dans plusieurs pays européens, malgré son origine islamique, la Kafala est reconnue en tant que mesure de protection de l'enfance, tout en posant souvent des difficultés pour les familles résidentes en Europe, notamment en matière de regroupement familiale et d'octroi de la nationalité.

Cette institution essentielle dans la protection de l'enfance au Maroc présente des avantages conséquents mais nécessite encore des améliorations et une réforme plus complète de son cadre juridique pour un meilleur accompagnement social, et atouts pour optimiser cette institution.

A côté de la Kafala, le Tanzil reste également une institution propre et spécifique au droit musulman et marocain.

B. LE TANZIL-SUBSTITUTION D'HERITIER

Le Tanzil est le fait d'instituer quelqu'un héritier alors qu'il n'en a pas la qualité et de le placer au même rang qu'un héritier (article 315 de la loi 70-03).

Le Tanzil est formé de la même manière que le testament, est un concept spécifique du droit musulman, il trouve son origine dans les règles successorales islamiques, il désigne la dévolution indirecte de droits successoraux à des héritiers qui n'en ont pas la qualité mais descendants d'héritiers prédécédés.

Lorsqu'en cas de Tanzil, il n'existe pas d'héritiers réservataires, la personne instituée en tant qu'héritier Mounazal est assimilée selon le cas aux héritiers masculins ou féminins.

Ce mécanisme permet ainsi à certains descendants de recueillir une part de l'héritage qui aurait dû revenir à leurs parents prédécédés.

En matière de statut personnel, le Tanzil reflète la volonté de préserver la justice familiale tout en respectant les règles fixées par la loi islamique (Charia). Toutefois ce concept est complexe à appliquer dans les contextes modernes, où les systèmes juridiques cherchent un équilibre entre la tradition et les principes d'équité et d'égalité.

LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU TANZIL EN MATIERE DU STATUT PERSONNEL ET SUCCESSORAL

Le terme Tanzil signifie littéralement transmission par dévolution, il s'applique principalement dans les cas où un héritier direct est prédécédé. Bien que le Coran ne traite pas explicitement du Tanzil, certains versets sur l'héritage (Sourate 4 Annisae) évoque la nécessité de justice et d'équité entre héritiers.

Le Tanzil s'est développé progressivement dans les écoles de jurisprudence Islamique, avec des divergences entre les écoles, hanafites, malékites et chiïtes qui adoptent différentes approches sur les droits des petits enfants.

Le Tanzil repose sur deux principes essentiels :

- Les descendants d'un héritier prédécédé héritent par représentation.
- Priorité aux héritiers en ligne directe (enfants et petits-enfants).
- Les collatéraux (frères, soeurs, neveux) ne bénéficient du Tanzil que dans certains cas.

Le Tanzil, en lien avec le statut personnel, reflète les interactions entre le droit religieux et le droit civil.

- Dans plusieurs pays arabo-musulmans (Tunisie, Maroc, Algérie), le Code de statut personnel intègre ou adapte ce mécanisme pour protéger les petits-enfants de l'exclusion successorale.
- Les pays à droit mixte (influence française et islamique) adoptent une position intermédiaire en appliquant le Tanzil de façon partielle.

Dans les successions modernes et contemporaines, le Tanzil est une réponse aux inégalités potentielles, lorsque l'héritier direct est décédé avant son auteur, ses enfants peuvent recevoir une part équivalente à celle revenant à leur père prédécédé.

Le Tanzil peut s'étendre également aux femmes dans les cas où elles auraient été écartées de l'héritage par éviction soit partielle soit totale (article 355 de la loi 70-03).

Malgré ses avantages, le Tanzil soulève plusieurs difficultés, inégalités entre les héritiers en cas d'éviction et conflit entre droit religieux et droit civil, avec en prime la complexité de son application.

Souvent les juges sont amenés à arbitrer des cas complexes, notamment en présence de testament ou d'héritiers multiples.

Le Tanzil concept complexe est influencé par les règles religieuses, coutumières et civiles.

Si son application garantit une certaine justice successorale, ce concept nécessite des réformes adaptées aux réalités sociales modernes pour concilier entre tradition et modernité.

Les cas qui ne peuvent être résolus en vertu des dispositions régissant le Tanzil, sont réglés selon les dispositions régissant le testament (article 320 de la loi 70-03).

Si l'application de ces deux concepts, Kafal et Tanzil, relèvent du champ d'intervention exclusif reconnu aux adouls ; L'institution notariale moderne jouit d'un domaine d'intervention plus étendu et plus large pour accompagner la personne dans sa vie juridique et transactionnelle depuis sa naissance, jusqu'au règlement et la liquidation de sa succession, tissant ainsi un lien affectif qui perdure dans le temps et l'espace avec des familles et les générations entières.

CONCLUSION

Le notaire marocain est considéré comme magistrat volontaire au service du public. Si tout ce qui relève du Droit de la famille musulmane (mariage, succession, Kafala, Tanzil) relevant des champs d'intervention exclusif du juge des affaires familiales et des adouls contrôlés par ce dernier, l'institution notariale dispose d'un domaine d'intervention plus étendu et plus large :

- par le Conseil qui constitue le premier contact duquel émerge la proximité qui scelle la relation de confiance et de fidélité pour accompagner l'utilisateur depuis sa naissance dans sa vie juridique et transactionnelle,
- par le règlement, le partage et la liquidation des successions,
- par l'établissement et la conservation des testaments,

- par le règlement de transfert de patrimoine par le biais de donation, partage conditionné, ou pas, par l'établissement de contrat de mariage (article 49 de la loi 70-03),

- par la protection des droits des incapables (Art 239 de la loi 70-03).

Si le Conseil du Notaire permet à l'usager de se libérer de toutes les interrogations et de disposer de réponses à ses préoccupations et optimise ses convictions pour toute prise de décision avant de s'engager dans toutes opérations (Art 37 - loi 32.09).

Ce même Conseil avisé du Notaire permet à l'usager d'agir en pleine connaissance de causes et d'accomplir un choix éclairé pour les actes à entreprendre.

Même si certaines institutions telles que visées plus haut, relèvent du droit de la famille, demeurent chasse gardée des Adouls, le Notaire marocain moderne reste et demeure toujours un acteur incontournable qui offre un éventail de prestations légales en la matière (Achat, donation, échange, transmission, pacte de gestion de patrimoine, règlement et liquidation de succession, partage, legs, testament et Tanzil).

L'acte notarié n'est pas seulement un acte établi par un officier public mais il est vérifié, et authentifié par lui, lui garantissant ainsi véracité et fiabilité en lui offrant en la forme et au fond non seulement l'incontestabilité factuelle mais aussi une incontestabilité juridique permettant d'alléger les contentieux judiciaires.

Depuis la loi 32-09 régissant la profession de notaire, nos actes possèdent une force probante et une force exécutoire qui leur confèrent un caractère officiel et contraignant similaires au jugement sauf en cas de contestation.

De surcroît, la digitalisation et la modernisation de notre Notariat par l'intégration de la signature électronique et des registres numériques peut limiter de manière significative le recours aux tribunaux pour la vérification des actes

Le Maroc s'oriente vers une modernisation accrue du Notariat avec des réformes visant à renforcer la force exécutoire de l'acte notarié, pour limiter les recours judiciaires en adoptant des technologies numériques.

Toutefois, la réduction de l'intervention judiciaire demande une vigilance accrue pour prévenir les abus ou les erreurs dans la rédaction des actes, ce

qui nécessite des mécanismes de contrôle plus sévères, un système plus digitalisé, un investissement dans des infrastructures technologiques robustes et une adaptation continue des pratiques notariales en harmonie avec les standards internationaux, d'où le rôle et la contribution de l'UINL.



AUTRES ARTICLES

CONCERNANT LES POUVOIRS NOTARIAUX
EN MATIÈRE D'ÉTAT CIVIL ET DE PATERNITÉ

Competencia notarial en la jurisdicción voluntaria en el Perú

Not. Rosalía Mejía Rosasco, Peru (ES)

https://drive.google.com/file/d/1HRPiJzPAPhulXTdAJ2sX4L3N2xhnqwcc/view?usp=drive_link

Newly established competences of Croatian notaries in non-contentious matters

Not. Hana Hoblaj, Croatia (ENG)

https://drive.google.com/file/d/1GvrNwjczf-gjL2_4MhOGxLVRuSpLLD5Z/view?usp=sharing

Notarial competences in non-contentious proceedings in Mongolia

Not. Buyandelger Altansukh, Mongolia (ENG)

https://drive.google.com/file/d/1rsjeqjouXP6L6lQJ_x6MSzFVHjFuZdRZ/view?usp=sharing

Encadrement de la GPA au Québec

Not. Caroline Lepage, Notaire au Québec, Canada (FR)

<https://drive.google.com/file/d/1VkrURxTwBV2l3xK576V05DZYVoli6tUc/view?usp=sharing>





5

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE EN DROIT FRANÇAIS

BERTRAND BASSEVILLE / NOTAIRE EN FRANCE

I. INTRODUCTION

Au cours des quinze dernières années, diverses lois de « simplification » et de « modernisation » du droit des personnes et de la famille ont prolongé et accéléré le mouvement de déjudiciarisation ainsi que de contractualisation des rapports familiaux en France.

Le mandat de protection future, issu de ce mouvement, permet à toute personne majeure (appelée mandant) de désigner à l'avance une ou plusieurs personnes (appelées mandataire) pour la représenter le jour où elle n'aura plus la capacité de gérer ses intérêts.

Cette mesure de planification et d'anticipation permet d'éviter de solliciter, souvent en urgence, une décision judiciaire pour la protection d'une personne majeure.

Ce régime, inscrit dans le Code civil (depuis une loi n° 2007-308 du 5 mars 2007), et applicable depuis le 1er janvier 2009, répond à des besoins sociaux notamment liés au vieillissement de la population et à la prévention des situations d'incapacité.

Dans un premier temps nous présenterons la mise en place de ce mandat, son fonctionnement puis la fin de ce mandat.

Puis dans un deuxième temps nous soulignerons l'importance du rôle du notaire dans le fonctionnement de ce régime.

PREMIÈRE PARTIE :

La présentation du mandat de protection future en droit français

Les personnes concernées :

Le mandant peut d'abord conclure un mandat de protection future pour lui-même. C'est le cas pour toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'habilitation familiale.

Le mandat de protection future peut également être donné pour autrui. Des parents, peuvent conclure un mandat de protection future pour le compte de l'enfant mineur sur lequel ils exercent l'autorité parentale ou pour le compte de l'enfant majeur dont ils assument la charge matérielle et affective.

Dans cette situation, ce mandat prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandataire peut être une personne physique ou une personne morale inscrite sur une liste officielle.

Le mandataire doit accepter expressément le mandat.

Le mandant peut désigner un ou plusieurs mandataires avec des missions distinctes.

La forme du mandat

- Le mandat peut être rédigé soit sous seing privé, selon un modèle type, soit devant notaire par acte authentique.
 - S'il est rédigé sous seing privé, il ne peut alors porter que sur les actes d'administration du patrimoine de la personne protégée.
 - S'il est rédigé par acte authentique devant notaire, le mandat permet au mandataire d'exercer en plus des actes d'administration, des actes de dispositions, (sauf logement de la personne protégée).
- Le mandat pour autrui doit être établi uniquement par acte notarié.
- Le mandat de protection futur devra être publié dans un Registre national en cours de création.

Mise en oeuvre du mandat

Le mandat pour soi-même produit effet lorsque le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts.

Le mandataire doit se présenter au greffe du tribunal judiciaire du lieu de résidence du mandant accompagné de ce dernier, sauf s'il est établi, par certificat médical, que sa présence au tribunal est incompatible avec son état de santé.

Le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat, des pièces justificatives d'identité et de résidence du mandant et un certificat médical émanant d'un médecin habilité.

En cas de mandat pour autrui, la désignation du mandataire prend effet au décès du mandant (dernier des deux parents si le mandat a été donné par les deux) ou à compter du jour où il ne peut plus prendre soin de son enfant.

Le mandataire doit se présenter au greffe du tribunal judiciaire accompagné de l'enfant bénéficiaire du mandat, sauf s'il est établi, par certificat médical, que sa présence au tribunal est incompatible avec son état de santé.

Le mandataire doit présenter au greffe du tribunal judiciaire, en plus des documents nécessaires pour les mandats pour soi-même, un certificat de décès du mandant ou un certificat médical établissant l'altération de ses facultés.

Pouvoirs et obligations du mandataire

Le mandat notarié, permet au mandataire, de réaliser tous les actes patrimoniaux au nom du mandat, à l'exception des actes de disposition à titre gratuit et de la vente de sa résidence principale, qui requièrent l'autorisation du juge.

Le mandat de protection future, sous la forme notariée, permet donc la réalisation d'actes d'acquisition ou de vente immobilière sans intervention judiciaire.

Le mandat sous signature privée ne permet juste au mandataire de réaliser des actes de gestion et d'administration.

Les actes de disposition doivent être autorisés par un juge.

Dans les deux cas, le mandataire est soumis à des vérifications comptables. Lors de sa prise de fonction, il doit faire procéder à l'inventaire du patrimoine du mandant.

Par la suite, il doit rendre compte de sa mission annuellement à la personne

chargée du contrôle de l'exécution du mandat, c'est-à-dire le notaire en cas de mandat notarié ou la personne désignée par le mandant en cas de mandat sous seing privé (article 486 du C. civ.).

En cas de difficulté dans l'exécution du mandat, tout intéressé peut saisir le juge des contentieux.

La responsabilité du mandataire peut être mise en cause en cas de mauvaise exécution, d'insuffisance ou de faute dans l'exercice de sa mission.

S'il est reconnu responsable d'un préjudice il peut être condamné à indemniser le mandant ou ses héritiers.

Lorsque la mise en oeuvre du mandat ne permet pas de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.

La fin du mandat

Le mandat mis à exécution prend fin par le rétablissement des facultés personnelles du mandant, son décès ou son placement sous un régime de protection judiciaire. Il prend fin aussi par le décès du mandataire ou sa propre incapacité, ou par décision judiciaire.

DEUXIÈME PARTIE : La compétence notariale en matière de mandat de protection future et ses enjeux

Si les atouts du mandat de protection future sont multiples, deux d'entre eux sont plus particulièrement mis en avant.

La vertu de la sécurité, tout d'abord, car l'acte permet à l'avance de déterminer les modalités de protection quand le mandant ne pourra plus pourvoir seul à ses intérêts.

Il constitue également une alternative aux mesures de protection judiciaire en déchargeant le juge d'une mission non contentieuse, et donc souvent confiée au notariat.

La vertu de la liberté, ensuite, car le mandat offre à chacun la possibilité d'organiser une protection « sur-mesure ». Il peut être façonné ainsi que chacun

le souhaite, dans la forme désirée, pour que ses intérêts patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux soient défendus en exécution d'un contrat dont l'objet aura été délimité, avec les conseils d'un notaire.

L'apport du notariat :

Le mandat de protection futur est un acte technique qui rend le rôle du notaire très utile pour éviter les difficultés suivantes :

- Envisager sa propre incapacité n'est jamais très facile et la décision de rédiger un tel mandat arrive souvent trop tard quand le mandant n'est plus en possession de tous ses moyens. Le rôle du notaire est donc très important pour sensibiliser les familles sur ce point.
- Il est souvent compliqué de choisir un mandataire, digne de confiance, qui présente les qualités humaines et les compétences requises pour gérer un patrimoine, d'autant plus lorsqu'il est important et diversifié. Le recours à un notaire sera souvent utile.

Les évolutions proposées par le notariat pour améliorer le fonctionnement de ce mandat :

- Les textes laissent en réalité peu de marge de manoeuvre au mandant d'organiser la gestion de son patrimoine (vente de sa résidence principale ou secondaire, défaut de publicité à ce jour du mandat...).
- le mandataire a annuellement des comptes à rendre au notaire s'agissant du mandat notarié ; et ce, malgré la confiance que peut placer en lui le mandant.

Diverses évolutions pourraient être envisagées comme :

- La mise en place d'un fichier national regroupant tous les mandats de protection futurs signés (à venir d'ici fin 2026)
- il pourrait être utile que le notaire ait la mission de constater l'activation du mandat de protection future au lieu du Greffe du Tribunal,
- La circulation du mandat de protection future et son efficacité dans un pays étranger doit être pleinement assurée (Règlement européen en cours)
- L'objet du mandat pourrait être élargi également à l'assistance et non plus seulement à la représentation.

Je vous remercie pour votre attention.





6

NOTAIRE ET DEJUDICIARISATION EN ITALIE:

Les actes relatifs à protection des mineurs
et des personnes vulnérables

SABRINA BELLONI / NOTAIRE EN ITALIE

L'art. 21 de la loi 149/2022 (en vigueur depuis le 28 février 2023), est née à la suite d'une sollicitation au Législateur par le Notariat italien.

Cette loi prévoit que les parties, personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat, peuvent demander que les autorisations pour la stipulation d'actes publics relatifs aux biens d'un mineur, ou une personne protégée, peuvent être délivrées par le notaire.

La Réforme ne substitue pas tout court le Notaire au Juge mais crée une double voie, car elle donne aux parties la possibilité de choisir entre

- l'utilisation des systèmes traditionnels de demande d'autorisation à l'autorité judiciaire, ou
- la possibilité de demander l'autorisation au notaire choisi pour la conclusion de l'acte principal.

En effet, le notaire choisi pour conclure l'acte, en raison de son expertise technique et de son impartialité à l'égard des parties concernées, peut désormais exercer les mêmes fonctions que le juge pour l'octroi de l'autorisation nécessaire.

1. LA COMPÉTENCE DU NOTAIRE

1.1. Compétence subjective du notaire

Le notaire est habilité à délivrer des autorisations pour les actes publics ou les actes privés authentifiés dans les conditions suivantes :

- a) L'opération concerne un acte de disposition du patrimoine d'un mineur ou d'une personne protégée (tutelle, curatelle...)
- b) L'autorisation vise la conclusion d'un acte public ou d'un acte sous seing privé authentifié par le même notaire qui délivre l'autorisation
- c) Absence d'un cas d'exclusion prévu par la loi.

Certaines matières restent exclusivement réservées à l'autorité judiciaire, à savoir :

- Les actes visant à promouvoir, renoncer, régler des jugements ou des arbitrages,
- Les actes relatifs à la poursuite de l'entreprise commerciale.

1.2. Compétence territoriale du notaire

Contrairement à la demande faite au juge (qui doit toujours être identifiée sur la base d'un critère territorial, c'est-à-dire sur la base du lieu de résidence de l'incapable ou du lieu d'ouverture de la succession), la compétence du notaire pour délivrer l'autorisation n'est pas soumise à des limitations territoriales.

La seule exigence imposée par la loi est, en effet, que le notaire qui délivre l'autorisation soit le même que celui qui recevra l'acte subséquent. Si les parties, pour quelque raison, décident de s'adresser à un nouveau notaire pour passer l'acte, elles doivent demander une nouvelle autorisation.

Le notaire peut donc être désigné même si, par exemple, les parties intéressées à la conclusion de l'acte sont deux personnes incapables résidant dans des régions différentes.

Dans cette hypothèse, en revanche, si l'on entend faire appel à l'autorité judiciaire pour la délivrance des autorisations, il faudra introduire un recours devant deux juges des tutelles différents, territorialement compétents sur la base des lieux de résidence respectifs des incapables intéressés à la conclusion de l'acte.

En tout état de cause, le principe de territorialité de la compétence du notaire reste inchangé : le notaire ne pourra pas recevoir l'acte qui lui est demandé par les parties en dehors de la région dans laquelle il a son étude notariale.

2. LA PROCÉDURE D'AUTORISATION

2.1. La demande écrite au notaire

La condition essentielle pour la délivrance de l'autorisation par le notaire est la demande, qui doit être :

- écrite : il ne suffit donc pas de faire une demande verbale, les parties doivent présenter un document écrit contenant la demande pour que le notaire délivre l'autorisation nécessaire pour l'exécution de l'acte.

- faite par les parties, personnellement ou par l'intermédiaire de l'avocat. Le terme « personnellement » signifie une demande faite par :

- les parents (dans le cas des mineurs) ou
- les personnes qui ont été autorisées à l'avance par l'autorité judiciaire à veiller aux intérêts de la personne incapable (tuteurs, curateurs ou administrateurs de soutien).

Le rôle de ces personnes est particulièrement important, car à travers elles naissent les initiatives économiques qui amèneront la personne fragile à conclure le contrat subséquent.

Il s'agit d'une fonction extrêmement délicate qui doit être exercée avec la plus grande diligence, en évitant les situations potentielles d'abus et d'improvisation.

Sans contenu prédéfini: la loi ne prévoit pas expressément le contenu d'une telle demande écrite au notaire.

En tout cas, il est nécessaire de fournir au notaire:

- les motifs de la demande (indiquer expressément et clairement les raisons qui rendent utile ou nécessaire la conclusion de l'acte demandé au notaire)
- d'autres éléments d'appréciation qui lui permettront de déterminer la convenance ou la nécessité de l'acte pour lequel l'autorisation sera accordée (par exemple, un rapport d'évaluation sur la valeur réelle de l'immeuble que la personne protégée a l'intention de vendre ou d'acheter).

En effet, aux recours ordinaires de la juridiction gracieuse sont jointes des évaluations des biens immobiliers, afin que l'autorité judiciaire puisse apprécier la cohérence du prix par rapport à la valeur marchande réelle du bien et disposer d'autres éléments d'appréciation pour délivrer l'autorisation.

L'enquête du notaire : assistance par des conseillers et prise de renseignements

Le notaire, saisi de la demande d'autorisation des parties, peut se faire assister par des conseillers et prendre des renseignements.

Le notaire dispose ainsi d'un pouvoir d'investigation visant à lever les doutes sur l'utilité ou la commodité réelle, pour la partie dans l'intérêt de laquelle l'autorisation est demandée, de l'opération à réaliser.

L'enquête préliminaire effectuée par le notaire ne requiert l'accomplissement d'aucune formalité particulière, n'étant exigé aucun rapport spécial contenant les déclarations des personnes consultées.

En outre, le notaire n'est investi d'aucun pouvoir coercitif, puisqu'il ne peut que demander aux parties concernées de fournir des informations utiles pour décider d'accorder ou non l'autorisation.

De même, l'autorisation peut être accordée dans le cas d'une personne protégée relativement à un acte concernant des biens successoraux. Le notaire, sur la base des pouvoirs qui lui sont conférés par la réforme, peut délivrer dans ce cas une autorisation unique qui concilie conjointement les besoins de protection du patrimoine des créanciers de la succession et ceux de l'incapable.

3. LA CONCLUSION DE LA PROCÉDURE

3.1. Le refus d'autorisation

La loi ne détermine pas de manière spécifique la façon dont le notaire doit exprimer son refus de délivrer l'autorisation. On peut néanmoins penser à certaines hypothèses :

- a) Illégitimité du demandeur à solliciter l'autorisation (par exemple, si la demande est faite par un parent à qui la responsabilité parentale a été retirée, ou par un tuteur qui a été suspendu ou destitué).
- b) manque de conviction quant à l'opportunité ou à l'utilité pour l'incapable de l'acte à accomplir, ou du fait que la demande formulée ne contient aucune

motivation mettant en évidence la nécessité ou l'utilité de l'accomplissement de l'acte. Le notaire est tenu de notifier aux demandeurs sa réponse négative par écrit, en indiquant les raisons du refus. Cette obligation de motivation répond au besoin de transparence et garantit aux parties la possibilité de se plaindre du refus, mais aussi de pouvoir reformuler leur demande en tenant compte des objections du notaire, puis réintroduire une nouvelle demande d'autorisation auprès d'un autre notaire ou de l'autorité judiciaire.

3.2. L'autorisation et son efficacité de l'autorisation

Après avoir reçu la demande écrite des parties, si l'enquête est concluante, le notaire peut délivrer l'autorisation et :

- prévoir qu'une contrepartie doit être perçue dans l'intérêt du sujet fragile : le notaire doit déterminer (comme le ferait le juge) les précautions nécessaires à son réemploi. Cette disposition a pour but d'éviter des disparités entre l'autorisation notariale et l'autorisation judiciaire, en permettant également au notaire de décider de la réutilisation ultérieure de la contrepartie.

Effectuer toutes les formalités de publicité nécessaires pour que l'autorisation elle-même devienne effective, sans aucune charge pour le demandeur, car il doit communiquer l'autorisation

- au greffe du tribunal qui aurait été compétent pour délivrer l'autorisation,
- au procureur de la République du même tribunal.

La communication est nécessaire pour permettre de faire un éventuel recours, de la part :

- du procureur : comme c'est le cas pour toutes décisions émises par l'autorité judiciaire dans lesquelles son avis est requis, ou
- de la partie requérante : la réclamation du requérant peut être motivée soit par le refus du notaire de délivrer l'autorisation, soit par l'acceptation partielle de la demande faite au notaire.

Compte tenu de la référence aux règles du code de procédure civile, une plainte contre l'autorisation notariale doit être déposée dans les dix jours suivant la notification au procureur et aux parties.

En l'absence de réclamation, l'autorisation délivrée par le notaire prend effet vingt jours après la date de sa notification à la partie requérante, au tribunal et au ministère public.

4. CONCLUSION

Cette réforme a été un succès pour la profession notariale.

- Elle témoigne de la considération du notaire par le législateur. Le notaire répond ainsi : à un besoin social de rapidité de la prise de décision
- au besoin de l'Etat de soutien des juridictions

En conclusion, la loi italienne a identifié le Notaire comme le seul substitut possible du juge (et pas seulement un simple « auxiliaire »), étant donnés son indépendance, sa qualité de tiers impartial, et sa compétence juridique.



AUTRES ARTICLES

SUR LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES ET LA DÉJUDICIARISATION

La Procuration Enregistrée en Droit Polonais : Le Rôle Central du Notaire dans une Nouvelle Forme de Mandat de Protection Future

Pawel Dabrowski, Notaire en Pologne (FR)

<https://drive.google.com/file/d/1mxw3gV9CmlDwobZhUJCnYC5bsCr8bnPk/view?usp=sharing>

Résumé

Pawel Dabrowski, Notaire en Pologne (FR-EN)

<https://drive.google.com/file/d/1RvuB72P2nhmRCu-dMkTCDATE7iFRbftt/view?usp=sharing>

Quand le droit devient soutien: le notaire au service des familles vulnérables

Sonia Lemieux, Notaire au Québec, Canada (FR)

https://drive.google.com/file/d/11ugXAO0OT8z6yAD_XWUeDBzeN0eeQfSQ/view?usp=sharing

L'évolution des procédures non contentieuses devant notaire au Québec : entre déjudiciarisation et protection des personnes vulnérables

Anna Kamateros, Notaire au Québec, Canada (FR)

<https://drive.google.com/file/d/1okG1iJkhSwwCJgBca55BgaTEIV3TLBTs/view?usp=sharing>

La Déjudiciarisation au Sénégal

Fatou Mballo Thiam, Notaire à Dakar, Sénégal (FR)

https://drive.google.com/file/d/1BaWDuf0fEdMcvPkQW_Y0CVsgjPn3-SKN/view?usp=sharing





LA PERSONNE ET LA FAMILLE • LE COUPLE

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

7

ACCORDS FAMILIAUX À CUBA
Code des familles et argumentation notariale

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO / NOTAIRE A CUBA

RÉSUMÉ :

1. Droit de la famille et notariat : leur expression dans le nouveau Code des familles de Cuba. 2. La fonction publique notariale et les contrôles de l'autorité publique. 2.1. Contrôle notarial de la légalité. 2.2. Contrôle notarial de l'équité (ou de la non-préjudicialité). 2.3. Les contrôles de l'autorité publique du notaire face aux pactes familiaux. 3. Le caractère raisonnable des décisions notariales en matière familiale. 4. La pondération notariale pour évaluer la pertinence de la garde et de la prise en charge partagées. 5. Application notariale de l'équité et des principes en matière familiale. 6. En conclusion. Bibliographie.

1. DROIT FAMILIAL ET NOTARIAT : LEUR EXPRESSION
DANS LE NOUVEAU CODE DES FAMILLES DE CUBA

L'adoption par référendum populaire, le 25 septembre 2022¹, d'un nouveau Code régissant le droit de la famille peut être considérée comme l'un des événements historiques les plus importants de ce début de XXI^e siècle à Cuba, et lorsque l'on fait référence à son caractère historique, cela ne se limite en aucun cas au domaine du droit. Son adoption a été, sans aucun doute, un événement incontournable dans l'histoire de notre patrie².

¹ Il convient de noter que le référendum populaire susmentionné a donné lieu à une participation de 6 269 427 électeurs, soit 74,12 % du total selon la liste actualisée qui s'élevait à 8 457 978. Les bulletins valides ont été au nombre de 5 909 385, soit 94,25 % ; les bulletins nuls ont été au nombre de 157 878, soit 2,51 % ; les bulletins blancs ont été au nombre de 202 164, soit 3,22 %. Ont voté pour le. Au total, 1 959 097 électeurs, soit 33,15 %, ont voté contre et 3 950 288 électeurs, soit 66,85 %.

Si l'on se tourne vers le passé, on ne peut oublier qu'à Cuba, les normes relatives au droit de la famille figuraient dans le Code civil espagnol du 24 juillet 1889, qui a été étendu à l'île par décret royal du 31 juillet 1889, et est entré en vigueur le 5 novembre de la même année jusqu'au 12 avril 1988, date à laquelle il a été remplacé par le nouveau Code civil, toujours en vigueur³. Toutefois, le droit de la famille cubain, suivant les populaire entre février et avril 2022. 6 481 207 électeurs ont participé à ce processus, soit 75,93 % des 8 535 742 électeurs inscrits.

² Le Code de la famille cubain a été la première loi ordinaire soumise à référendum dans le pays, et sans crainte de se tromper, le premier code sur ce sujet qu'un État ait soumis à référendum. Il n'y a jamais eu dans l'histoire du pays de norme plus médiatisée, qui ait autant polarisé la société cubaine que ce code.

Un peu plus d'un mois après la proclamation de la Constitution de la République de Cuba de 2019, le 10 avril de cette année-là, le ministre de la Justice a constitué un groupe intersectoriel et multidisciplinaire temporaire qui a commencé à travailler sur la proposition initiale d'un nouveau Code des familles. Cette proposition étant déjà bien avancée, la commission de rédaction a été officiellement constituée en mars 2021.

Le 15 septembre 2021, la version 22 du projet de code a été rendue publique et un processus de consultations spécialisées a été lancé jusqu'en octobre de la même année, auquel ont participé 47 institutions, organismes, organisations de la société civile, sociétés scientifiques, groupes représentant différents secteurs tels que les religieux, les personnes handicapées, entre autres. Après discussion et approbation d'une nouvelle version par l'Assemblée nationale en décembre 2021, il a été décidé de convoquer la consultation.

³ Cependant, il ne faut pas perdre de vue ni omettre de mentionner les importantes normes juridiques qui ont été adoptées à Cuba en matière familiale au cours de la première moitié du XXe siècle et qui ont conduit à inclure certaines réformes partielles des normes du droit familial contenues dans le Code civil espagnol, en vigueur dans le pays à cette époque et qui témoignent de la forte dynamique sociale qui existait dans le pays en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes et de l'égalité en matière filiale. Ainsi, comme l'indique le professeur MESA CASTILLO, « les premiers efforts législatifs nationaux se sont concentrés sur le divorce avec ou sans rupture du lien matrimonial, un effort qui remontait à la République de Cuba en armes ». Ainsi, différents projets de loi sur le divorce ont été présentés à partir de 1903 et au cours des années suivantes, en 1910, 1913, 1914, 1918, 1927, 1928, 1930, 1931, 1933 et 1934 ». En 1916 (loi du 19 juin), l'âge requis pour atteindre la pleine capacité juridique a été abaissé de 23 à 21 ans révolus. Un an plus tard, en 1917, la loi dite « loi sur les biens matrimoniaux » (loi du 18 juillet) a été promulguée dans le but de protéger un certain groupe de femmes d'une certaine situation économique (les femmes n'avaient plus besoin que de l'autorisation de leur mari pour disposer de leurs propres biens), laissant intact le reste du dogme de l'autorité maritale pour les autres actes. En 1918 (loi du 29 juillet), le mariage civil, conçu comme un contrat civil, est établi comme seule forme de mariage légalement valable, privant le mariage religieux de sa validité et de son efficacité. À cette même date, la première loi sur le divorce par liaison ou par dissociation est approuvée, éliminant la conception sacramentelle, indissoluble et perpétuelle du mariage. En 1929 (loi du 1er juillet), les Cubaines qui se mariaient avec un étranger ne perdaient plus leur nationalité en raison de leur mariage. En 1930 (loi du 6 février), l'adultère a été dépénalisé, ne constituant plus qu'un motif de divorce, sans distinction de sexe. En 1934, les femmes obtiennent le droit de vote, en vertu de la Constitution du 3 février de cette année-là. En 1938 (loi du 15 août), les enfants nés hors mariage de parents qui, au moment de la conception, étaient ou non (essence de la modification sur la légitimité des enfants) en mesure de se marier, sont également considérés comme légitimes, à condition que les parents aient contracté un mariage légal à tout moment par la suite. En 1950 (loi du 20 décembre), complémentaire à la Constitution de 1940 en matière d'égalité entre l'homme et la femme au sein du mariage, elle parvient à démanteler le dogme de l'autorité du mari, en égalisant, au moins formellement, les droits et devoirs conjugaux, en accordant aux deux parents conjointement l'exercice de l'autorité parentale, en accordant à la femme le droit de faire partie du Conseil de famille et d'être tutrice. Voir MESA CASTILLO, Olga, « Principales normes juridiques de protection de la famille à travers l'histoire coloniale et néocoloniale de Cuba » (conférence inédite, gracieusement fournie par l'auteure).

79 192 réunions ont été organisées, dont 1 159 dans les missions cubaines à l'étranger. Au cours de ces réunions, 336 595 interventions ont été faites et 434 860 propositions ont été traitées. Les réunions organisées dans le milieu étudiant et professionnel ont donné lieu à 73 211 propositions, dont 61,96 % étaient favorables au projet de code.

Au cours de plusieurs journées de débats, la commission rédactrice a mené un travail d'étude et d'analyse rigoureux, discuté les propositions de modifications et assuré la cohérence interne du projet, présentant le 22 juillet 2022 sa version 25 avec une modification de 49,15 % de l'ensemble du contenu de la version 24 soumise à consultation populaire. Cette version a été discutée et approuvée par l'Assemblée nationale et a été soumise à un référendum populaire le 18 septembre 2022 dans les missions diplomatiques cubaines à l'étranger et le 25 septembre 2022 sur le territoire national. Concernant le processus normatif et les principales nouveautés du Code, voir PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Ana María ALVAREZ-TABÍO ALBO et Yamila GONZÁLEZ FERRER, « À propos du nouveau Code des familles de Cuba : les raisons du oui », dans la revue *Anales de Legislación Argentina*, année LXXXIII, n° 1, janvier 2023, pp. 5-70.

Les orientations prises par certains pays, tant en Amérique latine⁴ qu'en Europe de l'Est⁵, ont acquis une autonomie normative avec la promulgation, le 14 février 1975, d'un Code de la famille, qui est entré en vigueur le 8 mars de la même année et qui, bien qu'il se soit écarté de la philosophie qui inspirait les normes familiales contenues dans le Code civil espagnol, a indéniablement laissé son empreinte, même si ce corpus normatif s'est davantage inspiré des courants doctrinaux qui prônaient une plus grande intervention de l'État dans la famille, et qui, depuis l'Italie, étaient défendus par le maître bolognais Antonio CICU⁶. Ce code a mis fin à la possibilité de convenir du régime

⁴ En 1972, le Code de la famille bolivien avait été adopté (23 août 1972) et, un an plus tard, le Code de la famille costaricien (21 décembre 1973).

⁵ Ainsi, la Bulgarie disposait d'un Code de la famille depuis 1968 (décret n° 225 du 15 mars 1968), l'ancienne République démocratique allemande disposait d'un Code de la famille et d'une loi d'introduction du Code datant du 20 décembre 1965, tandis que la Pologne disposait d'un Code de la famille et de la tutelle (loi du 25 février 1964), l'ancienne République tchécoslovaque disposait également de la loi n° 94 du 4 décembre 1963, Code de la famille, tout comme la Roumanie dont le Code de la famille datait de 1954, modifié en 1956, tandis que l'ancienne République socialiste fédérative soviétique de Russie avait un Code du mariage et de la famille, approuvé par la loi du 30 juillet 1969.

⁶ Grand juriste de Bologne, en Italie, où il était professeur titulaire à l'université. Au cours de ses premières années d'enseignement, CICU s'est consacré à l'étude du droit de la famille, qui a été au centre de ses cours de droit civil entre 1911 et 1913. C'est précisément en 1913 qu'il a développé une première synthèse sur la théorie générale du droit de la famille, qui envisageait une double comparaison entre le droit de la famille et le droit public et le droit privé, soulignant les similitudes avec le premier et les différences avec le second. L'influence de cet auteur dans d'autres régions du monde, notamment en Amérique latine, ne fait aucun doute.

économique du mariage, imposant une conception matrimoniale extrême, à tel point qu'il a supprimé la possibilité d'opter pour l'union de fait, transformant par impératif légal la reconnaissance judiciaire de l'union de fait en mariage, allant même jusqu'à lui reconnaître des effets *ex tunc*, de sorte que ce qui était autrefois une union de fait, après la formalisation du mariage et l'extension de ses effets vers le passé, devenait un mariage à compter de la date même de constitution de l'union, de sorte que la chenille se transformait immédiatement en papillon, au mépris de l'autonomie privée du couple et du consentement matrimonial. Tout cela dans le noble but de régulariser le statut des couples qui n'avaient pas opté pour le mariage, mais plutôt pour une union de fait. De même, le législateur a renforcé le système de constitution de la tutelle pour les mineurs et les personnes déclarées judiciairement incapables. Dans un autre ordre d'idées, il a réglementé un système de divorce sans faute et a établi le principe de l'égalité filiale et de l'égalité formelle entre l'homme et la femme en matière de mariage. Ce code était également conçu pour une société imaginée à partir de la jeunesse, dans laquelle les personnes âgées n'avaient guère leur place. Compte tenu de son contexte, il privilégiait une vision adultocentrique et patriarcale des conflits familiaux. Il ne faut pas oublier qu'il a été promulgué avant l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant. Toutefois, avec ses avantages et ses inconvénients, le Code de la famille de 1975 a été un texte normatif révolutionnaire pour son époque et a influencé la législation future en matière de droit de la famille de plusieurs pays d'Amérique centrale, tels que le Panama, le Salvador et le Nicaragua⁷, qui ont adopté leurs codes de la famille dans les décennies suivantes.

Cependant, l'évolution de la société cubaine depuis la fin des années 80 du siècle dernier a fait apparaître la nécessité d'une réforme, au moins partielle, du Code. Les résultats de recherches multidisciplinaires, principalement en sociologie et en psychologie⁸, ainsi que la pratique juridique, qui reconnaissait

⁷ Code de la famille du Panama (loi n° 3 du 17 mai 1994), code de la famille du Salvador (décret n° 677 du 22 novembre 1993) et code de la famille du Nicaragua (loi n° 870 du 24 juin 2014).

⁸ Comme le reflète la multidisciplinarité, « la famille cubaine se caractérise aujourd'hui par l'hétérogénéité non seulement de ses structures, mais aussi de ses conditions socio-économiques (...) ». Il existe une véritable hétérogénéité dans les conditions socio-économiques dans lesquelles vivent certaines familles et d'autres, ce qui génère « des situations d'inégalité familiale et sociale au sein de la famille et entre les familles ». Voir ARÉS MUZIO, Patricia et María Elena BENÍTEZ PÉREZ, « Éléments à prendre en compte pour la conception d'une politique familiale à Cuba » (en PDF), sur http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_ares-muziopatricia.pdf, consulté le 17 mars 2017, p. 21 et 22, respectivement.

Selon ÁLVAREZ SUÁREZ, « Il faut considérer la famille dans la Grande Île des Antilles en sachant qu'il en existe différents types (...). Ce modèle exclusif composé d'une mère, d'un père et d'un enfant est désormais rare, car les familles sont devenues plus complexes dans leur composition et leur fonctionnement ». Voir GÓMES BUGALLO, Susana et Yuniel LABACENA ROMERO, « ¿Cuánto ha cambiado la familia? » (Dans quelle mesure la famille a-t-elle changé ?), dans *Juventud Rebelde*, édition numérique du 19 février 2017, <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2017-02-19/cuanto-ha-cambiado-la-familia-cubana/>, consulté le 17 mars 2017.

déjà une série de problèmes familiaux qui n'avaient pas de fondement substantiel dans le contenu du Code de la famille de 1975, ont renforcé cette idée qui faisait chaque jour davantage son chemin dans le monde universitaire.

Les changements dans la structure démographique, Cuba devenant le pays le plus âgé du continent, et les obligations contractées par Cuba en vertu des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le pays, tels que la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée en 1989, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée en 1979, et la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée en 2006, ont également constitué d'importants catalyseurs qui ont favorisé la réforme du droit de la famille.

Toutefois, il ne fait aucun doute que le catalyseur le plus important de tous ceux qui ont été mentionnés et qui a ouvert la voie à un droit de la famille plus inclusif a été l'adoption en 2019 de la nouvelle Constitution de la République. Ce n'est qu'avec la proclamation de cette Constitution, véritable tournant dans le droit cubain, que la dernière étape de la refonte de notre droit de la famille a commencé. Le processus de rédaction du Code des familles répondait au mandat constitutionnel contenu dans sa disposition transitoire.

Onzième⁹, expression de la grande importance que l'État a accordée à l'institution familiale et à la nécessité de transformer la législation alors en vigueur en la matière, qui ne répondait plus à la diversité familiale existant dans la société cubaine et n'offrait pas d'options pour résoudre les innombrables conflits qui ne trouvaient pas de protection dans le droit positif.

Le Centre de recherches psychologiques et sociologiques (CIPS) souligne que la famille cubaine « passe d'un modèle familial nucléaire typique à une remise en question des formes traditionnelles, des unions consensuelles et de la monoparentalité comme tendance prépondérante de la nucléarisation familiale (...). Parallèlement, l'émergence de nouvelles configurations familiales est évidente, notamment les familles recomposées, les familles élargies sous l'empreinte de la parenté, les couples de même sexe, les unions visiteuses ou ouvertes, et l'augmentation croissante des ménages d'une seule personne (CAMPOALEGRE et al. 2012). Le tableau familial se recompose, se diversifie et se complexifie donc sur les plans socio-structurel, fonctionnel et spatial. Ses principales tendances actuelles se renforcent et acquièrent une plus grande stabilité perspective »⁸. Voir CAMPOALEGRE SETIÉN, Rosa et al., Centre de recherches psychologiques et sociologiques (CIPS), « Glossaire des termes les plus utilisés dans le groupe d'études sur la famille du CIPS, 1985-2014, Multiplier les idées, les expériences et les rêves », 2015, p. 13 (en PDF). Dans d'autres recherches menées au début de ce siècle par des chercheurs de ce centre, l'attention a également été attirée sur l'existence à Cuba de différents types de familles, à partir de l'étude des structures familiales et de leur extension comme principaux supports conceptuels de classification. Voir CHÁVEZ NEGRÍN, Ernesto et al., Centre de recherches psychologiques et sociologiques (CIPS), « Les familles cubaines au tournant de deux siècles », 2008, pp. 19 et suivantes (en PDF).

⁹ Selon lequel il a été disposé que : « Compte tenu des résultats de la consultation populaire qui a eu lieu, l'Assemblée nationale du pouvoir populaire décidera, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la Constitution, d'engager le processus de consultation populaire et de référendum sur le projet de code de la famille, qui doit préciser la forme sous laquelle le mariage doit être constitué ».

L'adoption du nouveau Code de la famille à Cuba est devenue dès le départ une nécessité ressentie et rêvée par beaucoup. L'un des objectifs du nouveau Code était de parvenir à un juste équilibre entre le projet de vie de chaque personne, fondé sur son autonomie et le libre développement de sa personnalité, et le projet de vie familiale commune. Il s'agissait de parvenir à des normes conçues avec un sens éthique profond et une vocation de pluralité, à partir de profils de plus en plus inclusifs. Pour cela, il était nécessaire d'ériger un Code – comme cela a été dit – à partir des affections (article 2.2), sur la base du respect de la différence et de la visibilité des droits des secteurs les plus vulnérables dans l'ordre familial. Il ne fait aucun doute que le droit des familles doit viser à garantir les droits de toutes les personnes, quelle que soit la structure ou la forme d'organisation choisie par chacune d'entre elles dans leur désir de fonder une famille (article 1.1), afin de préserver des valeurs (article 1.2) telles que le respect mutuel, la loyauté, la solidarité, l'entraide, ainsi que l'affection entre ses membres, afin que la famille reste une entité morale, certes reconnue comme étant de nature plurielle, mais ayant un seul objectif : rendre heureux ceux qui la composent. Il s'agissait de concevoir un corpus normatif adapté à la société cubaine d'aujourd'hui. Une norme qui reflète l'atlas de la géographie socio-familiale nationale, dans laquelle la reconnaissance des droits de tous les acteurs familiaux aurait sa place.

Dès le début, le législateur s'est efforcé de construire un droit de la famille dont les institutions substantielles auraient un cadre non seulement procédural – comme c'est souvent le cas dans ce domaine – mais aussi notarial. C'est là que réside la différence entre le nouveau Code et d'autres propositions approuvées sur le continent depuis le début du siècle, telles que le Code des familles et de la procédure familiale de Bolivie (2014), le Code de la famille du Nicaragua (2014) et même le Code civil et commercial de la Nation argentine (2014) ou le Code civil de Porto Rico (2020). En effet, le nouveau Code des familles de Cuba (2022) divise les sources de protection de l'exercice des droits dans le domaine familial, à tel point que l'attribution de compétences au notaire dispute de manière symétrique les compétences aux juges. Le législateur s'engage de manière continue et pérenne à construire, à partir de la base, un droit familial à l'empreinte notariale indéniable, fondé sur :

a) La tradition du notariat cubain d'être compétent en matière familiale, à tel point qu'il a été historiquement l'un des notariats hispano-américains ayant les compétences les plus étendues dans ce domaine¹⁰.

¹⁰ Il convient de souligner que le notariat a joué un rôle important dans l'histoire du droit familial cubain. Comme nous le rappelle le professeur MESA CASTILLO, dans la législation matrimoniale mambisa, plus pré-

b) La solvabilité professionnelle du notaire et son statut de fonctionnaire public investi de l'auctoritas¹¹.

c) La reconnaissance de l'autonomie privée dans les différentes institutions juridiques familiales, y compris celles dans lesquelles l'ordre public a traditionnellement prévalu, telles que la filiation, la responsabilité parentale, les institutions de garde et de protection.

d) La nécessité de donner une authenticité substantielle et formelle aux actes et transactions juridiques de nature familiale, de leur donner une forme - dans de nombreux cas - constitutive et présupposée, en plus de leur opposabilité par le biais d'une publicité formelle et matérielle.

cisement dans la loi sur le mariage civil de 1869, le mariage, qualifié de contrat, était célébré devant notaire. Pour sa part, la loi du 29 juillet 1918, qui introduit à Cuba le divorce par consentement mutuel, tout comme l'ordonnance Le décret militaire n° 140 du 28 mai 1901 du gouvernement américain d'intervention - qu'il abroge - établissait - non sans une certaine ambiguïté - que, outre le juge municipal, « l'autorité » ou « le fonctionnaire » du domicile du demandeur étaient autorisés à célébrer des mariages, sans préciser qui ils étaient, étant entendu qu'il s'agissait des notaires, ce qui a ensuite été expressément prévu à l'article 138 du Code notarial de 1929, en ce sens que ceux-ci se verraient attribuer cette compétence, au même titre que les juges, ratifié par la suite à l'article 43 de la Constitution de 1940 qui établissait que seul le mariage autorisé par un fonctionnaire habilité à le célébrer était valable, ces fonctionnaires étant les notaires et les juges municipaux. Voir MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Havane, 2010, p. 136, notes (20) et (21). En matière de divorce, une loi (appelée loi notariale) a été adoptée le 17 décembre 1937 dont le premier article prévoyait l'ajout à l'article 1 du Code notarial de 1929 d'un paragraphe obligatoire attribuant aux notaires des pouvoirs dans tous les actes de juridiction volontaire qui relevaient de la compétence des juges et des tribunaux et d'autres actes déterminés dans ladite loi, précisant à l'article IV, alinéa q), la compétence en matière de divorce par consentement mutuel. Malgré toutes les critiques dont elle a fait l'objet, la loi a été saluée par certains notaires de l'époque. À cet égard, il a été déclaré que : « (...) La loi notariale ouvre un vaste champ d'action aux professionnels du notariat ; sans nuire à leur sérieux ni à leurs garanties, les procédures gagneront en rapidité, ce qui caractérise toutes les activités de la vie moderne ; elle contribuera certainement, dans une large mesure, à désengorger les tribunaux, en allégeant la charge de travail qui pèse sur eux, au bénéfice des tribunaux eux-mêmes et de ceux qui y comparaissent. Sans compter les avantages et le confort que cela représente pour les parties de pouvoir traiter et résoudre en droit, dans l'atmosphère intime, bien que dépourvue d'austérité, d'un notariat, les affaires qui les obligeaient à recourir aux temples de Thémis, non moins ingrats pour ceux qui ne sont pas habitués à traiter avec la déesse, bien qu'ils soient sacrés ». Voir CARBONELL BARBERÁN, Ramiro, *Legislación notarial, Cultural*, La Havane, 1939, pp. 11-12.

Sans aucun doute, Cuba a été l'un des premiers pays où le droit a attribué au notariat des compétences traditionnellement qualifiées de juridiction volontaire familiale devant les tribunaux.

¹¹ Le notariat cubain dispose d'un système d'accès *numerus clausus*, avec une dédicace exclusive et incompatible avec l'exercice du droit. À Cuba, le notariat est resté, malgré toutes les conjonctures historiques, exempt de tout examen mesurant la solvabilité intellectuelle du candidat. Ce que l'on appelle aujourd'hui l'examen d'habilitation notariale, qui détermine l'aptitude professionnelle et les compétences techniques requises pour accéder au notariat, n'est autre que l'examen de concours qu'il faut passer pour avoir accès à une étude notariale. Seuls ceux qui démontrent, avec suffisamment de succès, ces connaissances seront habilités à exercer la profession de notaire. Sur ce sujet, voir PÉREZ GALLARDO, L. B., « El acceso al ejercicio de la función notarial en Cuba: pautas y retos » (L'accès à l'exercice de la fonction notariale à Cuba : lignes directrices et défis), dans *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Conseil général du notariat espagnol, n° 3, 2004, pp. 75-135.

e) La volonté de donner une certaine rapidité à certaines affaires de nature familiale qui, en raison de leur caractère litigieux, doivent être portées devant le notaire, ce qui permet d'attribuer aux tribunaux les affaires qui les concernent réellement, en concentrant l'activité judiciaire sur le règlement des litiges et non sur une action excessive dans le domaine de la juridiction volontaire¹².

f) L'attribution au notaire de contrôles d'autorité publique qui, de par la nature de sa fonction, dépassent ce qui est considéré comme « traditionnel », de sorte que le contrôle de l'équité ou de la non-préjudicialité devient l'un des outils les plus importants, fondé sur des raisonnements évaluatifs non syllogistiques.

g) L'intervention du procureur - généralement obligatoire - par le biais d'avis techniques dans les affaires de nature notariale où sont en jeu les intérêts d'enfants, d'adolescents et de personnes handicapées dont le discernement est compromis.

2. LA FONCTION PUBLIQUE NOTARIALE ET LES CONTRÔLES DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE

2.1. Contrôle notarial de la légalité

Dans le souci d'innovation qui a présidé à l'élaboration du nouveau Code des familles, le législateur trouve dans l'exercice de la fonction publique notariale des raisons suffisantes pour doter les actes et les transactions juridiques relevant du droit de la famille d'une sécurité juridique préventive, en raison de la nature d'autorité publique dont est investi le notariat, qui a ensuite été complétée par l'adoption, le 19 décembre 2024, de la loi sur le notariat¹³. On conçoit ainsi la nécessité de contrôles publics qui s'érigent en barèmes dont le législateur dote le notaire afin de déterminer la conformité de l'acte ou de l'opération juridique familiale que les parties entendent mettre en œuvre avec le droit en vigueur, et pas seulement avec le Code des familles. Parmi ces contrôles, celui de la légalité¹⁴ est particulièrement important. Ainsi, par exemple,

¹² Avec la précision nécessaire que la rapidité ne peut jamais aller à l'encontre de la sécurité juridique. Si la rapidité est une raison supplémentaire qui justifie la déjudiciarisation, elle ne peut en être la seule et unique motivation ou finalité.

¹³ En effet, la loi sur le notariat approuvée à cette date et toujours en attente de publication au Journal officiel de la République de Cuba a suivi la voie révolutionnaire du Code des familles et renouvelle les attributions du notaire, parmi lesquelles celles relatives aux actes et affaires juridiques familiaux occupent une place prépondérante.

¹⁴ Comme le défend la doctrine, cela suppose que « l'obligation du notaire de rédiger l'acte public en adaptant la volonté commune des parties à l'ordre juridique (...) le notaire doit donner une forme juridique à la volonté

les accords parentaux sont soumis au contrôle de légalité notarial (article 164.2) et, bien que dans les autres accords prévus par le Code, il n'y ait pas de déclaration expresse du législateur sur ce contrôle, celui-ci est présumé découler de l'action même du notaire qui doit effectuer un contrôle de légalité (conformément aux articles 9 et 10 de la loi sur le notariat, le second stipulant que « *dans l'exercice de ses fonctions, le notaire n'est soumis qu'à la loi et, dans les actes qu'il autorise, il veille, sur le plan matériel et documentaire, à ce qu'il n'existe aucune disposition contraire aux dispositions de la norme juridique, aux principes énoncés dans les sur laquelle elle repose ou les valeurs qui la sous-tendent* ». Il s'agit en définitive d'un contrôle préventif¹⁵ et présomptif de la légalité visant à garantir l'authenticité matérielle et formelle de l'acte ou de l'opération juridique instrumentée. Comme l'exprime LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, « nier que le notaire est tenu de contrôler la légalité revient à nier quelque chose d'essentiel dans l'essence même de la profession notariale »¹⁶, car, comme le dit si bien SEDA HERMOSÍN, « cela fait partie de l'ADN du notaire moderne »¹⁷, « inhérent à la fonction notariale, lié à son essence même »¹⁸.

commune des parties. Il doit appliquer correctement le droit et ne peut autoriser un acte authentique qui contredit en quoi que ce soit l'ordre juridique (...) cette obligation du notaire de veiller à la légalité n'est pas propre à la fonction notariale, mais est une obligation commune qui incombe à tout fonctionnaire public (...) ». (voir PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, « La función de los notarios y de los registradores: Aplicación del Derecho y control de la legalidad » dans *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola II*, Centro de Estudios, Madrid, 2006 (pp. 2779-2823), p. 2798) ; « le contrôle notarial de la légalité garantit le passage de l'opération au statut officiel, une fois sa conformité légale vérifiée. En d'autres termes, le contrôle notarial susmentionné ne constitue pas une limitation de la liberté contractuelle, mais représente simplement l'étape nécessaire pour obtenir cette reconnaissance officielle (...) » (voir MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, « Contrôle notarial de la légalité », dans *VIIIe Congrès notarial espagnol*, Madrid, 8, 9 et 10 mai 2003, Sol et logement au XXI^e siècle, Conseil général du notariat, Madrid, 2005 (pp. 317-325), p. 322).

¹⁵ Selon MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., « Control notarial... », p. 322, « Ce contrôle, contemporain du consentement, revêt une grande utilité car, en fin de compte, il est véritablement préventif et réduit au minimum le risque de litiges ».

¹⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, « El control de legalidad notarial », dans *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* (Agustín Pérez-Bustamante de Monasterio, directeur), Dykinson, Madrid, 2013 (pp. 1323-1372), p. 1323.

¹⁷ SEDA HERMOSÍN, Manuel A., « El control de legalidad por el notario » (Le contrôle de légalité par le notaire), *Académie sévillane du notariat*, année universitaire 2016-2017 (pp. 260-279), p. 262.

¹⁸ Ibidem, p. 278.

Concernant le contrôle notarial de la légalité, voir également MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María, « El control notarial de legalidad y las últimas sentencias de la Sala 3^a del T. S. » (Le contrôle notarial de la légalité et les derniers arrêts de la 3^e chambre de la Cour suprême), dans *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tome LVII, année 2016-2017, Colegio Notarial de Madrid, 2017, pp. 355-374, BAREA MARTÍNEZ, María Teresa, *El oficio de notario y el control notarial de legalidad. Garantía de libertad, seguridad y prosperidad*, Discours d'entrée à l'Académie royale de jurisprudence et de législation, publications de l'Académie royale de jurisprudence et de législation de Grenade, 2019, passim ;

Ce contrôle comporte deux dimensions, l'une positive qui suppose l'assistance et les conseils du notaire à ceux qui ont besoin de ses services, en les guidant sur la voie du droit vers la réalisation de leurs objectifs, en ajustant les déclarations de volonté au flot normatif, en les sculptant en accord avec les normes en vigueur, en les adaptant aux exigences du droit afin qu'elles produisent des effets juridiques. Il appartient au notaire de modeler les déclarations de volonté négociées, de leur donner une forme juridique, de les verser dans le Jourdain juridique et de leur conférer ainsi un caractère légal, « la forme, et en particulier la forme notariée, est un acte civique, un acte de responsabilité, car elle implique de se soumettre à la norme et de faciliter son respect »¹⁹. La fonction d'adaptation de l'acte juridique à la loi est l'une des plus importantes qui lui incombent. Le notaire a pour mission de donner une forme juridique aux volontés, qu'il doit souvent façonner, en raison de la méconnaissance du droit de ceux qui se présentent devant lui pour obtenir des conseils juridiques et la mise en œuvre d'un acte juridique. CARNELUTTI exprimait avec une clarté limpide, dans un discours désormais anthologique, que le notaire était un traducteur, dans le sens où il savait exprimer dans le langage juridique le plus pur la volonté des parties à travers les concepts techniques les plus précis, avec le mot adéquat, approprié à chaque transaction ou acte juridique²⁰. Il appartient au notaire de qualifier tant le fait, l'acte ou l'opération qu'il instrumentalise, que le type d'instrument qui lui sert de support. De même, dans le cadre de cette tâche, il ne dispose pas seulement de ce contrôle positif, mais aussi de son antithèse, le contrôle négatif ou de rejet, de refus ou d'abstention de l'exercice de la fonction publique qu'il exerce lorsque les intéressés enfreignent le droit en vigueur, et pas seulement la norme écrite, mais aussi les principes généraux du droit applicables à l'affaire. Comme l'explique RODRÍGUEZ ADRADOS, un tel refus de la foi publique notariale peut être fondé non seulement sur une violation de l'ordre juridique, mais aussi sur des principes éthiques et moraux²¹. Le plus grand autel devant lequel se tient le notaire est la loi au sens large. Selon CARNELUTTI, le notaire est un gar-

¹⁹ Comme l'affirment GOMÁ SALCEDO, José Enrique, Ignacio GOMÁ LANZÓN, Fernando GOMÁ LANZÓN, *Derecho notarial*, 3e édition, Aferre, Barcelone, 2022, p. 30.

²⁰ Voir CARNELUTTI, Francesco, « La figura jurídica del notariado » (La figure juridique du notariat), dans *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tome VIII, année 1950-1951, Colegio de Notarios de Madrid, 1954, pp. 373-396.

²¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, « Principe de legalité », dans *Principes notariaux*, Gaceta Notarial, Lima, 2021 (pp. 99-105), p. 103. Toutefois, l'auteur affirme à juste titre que « les infractions détectées doivent dans tous les cas être suffisamment graves pour justifier un refus, sans se fonder sur des défauts insignifiants ou transformer la qualification en une sorte de grève du zèle » (p. 104), un tel « contrôle de refus ou contrôle de rejet n'est que le principal moyen technique dont dispose le notaire pour assurer la conformité de l'acte à la loi, car, n'ayant aucun pouvoir sur les parties, il ne peut leur imposer des obligations, mais seulement des charges » (p. 104).

dien du droit²² comme nul autre, c'est pourquoi FIGA FAURA considérait que le notariat « est une institution dont l'existence se justifie par la nécessité d'atteindre la plus grande sécurité juridique possible »²³. La doctrine la plus moderne parle également de « la fonction d'obstacle du notaire, qui se présente en ce sens comme un « gardien » ou « gatekeeper », car le notaire abaisse la barrière devant les cas qui ne sont pas conformes à la loi »²⁴.

2.2. Contrôle notarial d'équité (ou de non-préjudice)

Au-delà du contrôle de légalité, le nouveau Code des familles - qui suit dans cet ordre les lignes tracées par le décret-loi 154/1994 du 6 septembre, réglementant le divorce par consentement mutuel devant notaire, l'une des normes pionnières en la matière en Amérique latine -, reflète également dans ses dispositions le contrôle de l'équité, selon lequel la fonction publique notariale va au-delà de la vérification du respect des exigences légales pour le « baptême notarial » de l'acte ou de l'opération juridique, désormais expressément confirmé à l'article 11 de la toute nouvelle loi notariale. Comme l'expliquent LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ et PÉREZ RAMOS, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi sur la juridiction volontaire (loi 15/2015 du 2 juillet) qui a donné le feu vert aux séparations et aux divorces devant notaire en Espagne, « le notaire passe à la résolution de questions qui relevaient jusqu'alors des juges (...) en développant quelque chose de plus que le contrôle de la légalité »²⁵, en tranchant et en se prononçant dans certains cas sur

²² CARNELUTTI, F., « La figura jurídica... », cit., p. 11.

²³ Voir FIGA FAURA, Luis, « La función social del notario », dans *Revista de Derecho Notarial*, LXXIX, janvier-mars 1973, p. 8.

²⁴ Ainsi, GOMÁ SALCEDO, J. E., I. GOMÁ LANZÓN, F. GOMÁ LANZÓN, *Derecho...*, cit., p. 39.

²⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro et Carlos PÉREZ RAMOS, « Prólogo », *Separaciones y divorcios ante notario*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (coordinateur), Reus, Madrid, 2016 (pp. 9-13), p. 12. Comme l'affirme PÉREZ HEREZA à propos de ce contrôle, non sans un certain scepticisme, « ... la question la plus difficile à intégrer dans les fonctions traditionnellement exercées par le notaire a été la manière dont doit être configuré, dans le domaine notarial, le contrôle de la lésion prévu à l'article 90 du Code civil en ce qui concerne le contenu de la convention réglementaire. La question est particulièrement délicate dans la mesure où l'existence même de ce contrôle a fait l'objet de controverses, y compris dans le domaine judiciaire, lorsqu'il n'y a pas d'enfants mineurs (...). Cependant (...), la réforme ne modifie aucun aspect substantiel et maintient l'exigence d'équité de la convention, établissant par conséquent que le notaire doit juger si elle est gravement préjudiciable à l'un des époux ou nuisible aux enfants. S'il le juge préjudiciable, il doit refuser l'autorisation, ce qui clôt la voie notariale, et la séparation ou le divorce doit être porté devant le juge. Nous sommes ici face à un pas au-delà du contrôle classique de légalité notariale. Le notaire doit non seulement refuser son autorisation lorsqu'une règle impérative est violée (par exemple, si le divorce est demandé avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la célébration du mariage ou sans assistance juridique), mais il doit également procéder à un contrôle d'équité qui, contrairement à d'autres cas de refus de fonctions, ne semble pas

des situations juridiques. Le notaire pèse donc le pour et le contre avant de prendre décisions, établit des principes tels que celui de l'intérêt supérieur des enfants et des adolescents, reconnu non seulement dans le Code de la famille (articles 3.1 j), 6.1. 7, 43.2, 45.2, 56.3, 58, 89.1, 90.1, 97.3, 119 d), 132 c), 136, 142.2, 149.1 b), 151.3 et 4, 152.2, 156.1, 157, 161.1 et 2, 163.3, 164.2, 168.2, 169.2, 172, 173.1, 184.3 c), 186 a), 194.3, 197, 278, 281, 283.1, 295.2, 329.4, 364, 367, 369, 373, 374, 386.2, 387.1, 394.2 c), d) et e), 447.2, 468, 473.3 et 474) mais d'ancrage constitutionnel (article 86)²⁶, prend des décisions dans son domaine de compétence qui vont au-delà des simples perceptions sensorielles, y compris l'évaluation des preuves. Le notaire recherche le juste équilibre entre les positions des parties dans les affaires familiales, contrôle et homologue les accords ou conventions conclus entre les membres du couple marié, du couple de fait affectif ou du couple parental, évalue et détermine la meilleure interprétation de la volonté de la personne en situation de handicap, conformément aux dispositions de l'article 30.4 du Code civil²⁷, et examine le contenu des pactes en tant que gardien in extremis des intérêts des personnes en situation de vulnérabilité, recherchant dans tous les cas des alternatives qui compensent les asymétries dont peuvent souffrir, dans les affaires juridiques familiales, les personnes qui, en raison de leur situation, sont plus fragiles face à la violence intrafamiliale, aggravée par l'intersectionnalité qui opère chez certains des sujets de l'acte ou de l'affaire juridique.

Il s'agit sans aucun doute de nouvelles fonctions qui s'ajoutent à celles traditionnellement exercées par le notariat tout au long de l'histoire, également réglementées pour la première fois dans les normes juridiques notariales

pouvoir faire l'objet d'un recours devant la Direction générale (compte tenu des termes stricts dans lesquels est formulé l'article 90) ». Voir PÉREZ HEREZA, Juan, « La separación y el divorcio notarial » (La séparation et le divorce notariés), dans *El notario del siglo XXI*, Revue du Collège des notaires de Madrid, n° 63, septembre-octobre 2015, disponible sur : <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial>, consulté le 4 janvier 2024.

²⁶ « L'article 86 de la Constitution cubaine de 2019 déclare la protection spéciale que l'État, la société et les familles doivent accorder aux enfants, les enfants et les adolescents, en garantissant leur développement harmonieux et intégral, en tenant compte de leur intérêt supérieur dans les décisions qui les concernent, en précisant qu'ils sont considérés comme des sujets de droits à part entière et qu'ils jouissent des droits reconnus dans la Constitution pour toutes les personnes, avec en plus ceux qui sont propres à leur condition particulière de personnes en développement. Cela implique d'écouter leur opinion, de les faire participer aux questions qui concernent leur vie, de prendre en compte leurs souhaits et leurs sentiments, de respecter leurs critères en tenant compte de leur autonomie progressive, en les considérant comme des sujets de plein droit dotés de capacités naturelles qui leur permettent d'agir avec compréhension, d'évaluer, d'exprimer des opinions, de partager des valeurs et d'intervenir, en fonction de leur degré de développement, dans les décisions qui peuvent les concerner. Ainsi, la reconnaissance de leur statut de sujets de droits nécessite une action de la famille, en particulier des parents, visant à orienter et à accompagner les enfants dans la connaissance et l'exercice de leurs droits par eux-mêmes, en fonction de l'évolution de leurs facultés, de la reconnaissance de leur autonomie et de leurs ca-

cubaines (article 11 de la loi sur le notariat). La doctrine espagnole y a fait référence à la suite de la promulgation de la loi sur la juridiction volontaire. Il s'agit de fonctions de nature substantielle « qui ne correspondent pas à la fonction notariale traditionnelle et dont le canal formel choisi n'est pas non plus classique »²⁸; en effet, « il existe un ensemble de nouvelles actions qui, bien que d'un point de vue formel, puissent être rattachées aux actes ou aux écritures, il est évident qu'elles vont au-delà du simple jugement selon lequel une chose est considérée comme notoire dans le cercle des personnes proches ou en relation avec elle et qu'elles impliquent une décision qui n'est pas supposée être subjective mais qui est soumise aux règles établies pour l'acte en question, mais qui n'est sans aucun doute pas la constatation d'un fait notoire »²⁹. Ce sont des fonctions qui rapprochent l'exercice de la fonction publique notariale de la fonction judiciaire³⁰. Le contrôle de l'équité en fait partie, car il érige le notaire en décideur avec la plus grande objectivité possible et conformément aux règles établies dans certains cas pour procéder à l'autorisation d'un document public, que le législateur du Code des familles d'abord, puis celui de la loi sur le notariat³¹, mettent à sa disposition et qui

pacités progressives, de leurs compétences en tant que personnes en développement. Voir VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, « La dignidad humana como brújula para la interpretación de la Constitución en materia familiar » (La dignité humaine comme boussole pour l'interprétation de la Constitution en matière familiale), dans Claves para la interpretación de la Constitución cubana de 2019 (Clés pour l'interprétation de la Constitution cubaine de 2019) (Carlos M. Villabell Armengol et Leonardo B. Pérez Gallardo, directeurs), Ediciones Olejnik, Santiago du Chili, 2021 (pp. 261-289), p. 282.

²⁷ Conformément à la réforme opérée par la première disposition finale du Code des familles.

²⁸ GOMÁ SALCEDO, J. E., I. GOMÁ LANZÓN, F. GOMÁ LANZÓN, *Derecho...*, cit., p. 47

²⁹ Ibidem.

³⁰ À l'instar de ce qui s'est produit en Espagne avec la loi sur la juridiction volontaire (loi 15/2015), qui a conduit GÓMEZ GALLIGO à déclarer que « les notaires et les conservateurs des registres ne sont pas des juges, ni intégrés dans la structure du pouvoir judiciaire, mais ils exercent des fonctions d'attribution de droits dans les transactions juridiques, dont la nature est proche de la décision judiciaire. Ils revêtent pour les parties une importance pratique aussi grande que celle qui peut découler d'un jugement, car ils produisent un effet de légitimation dans les transactions juridiques, et acquièrent même (...) une efficacité erga omnes qui transcende le cas litigieux (...) ». Voir GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, « Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria » (Nature des décisions du notaire dans sa fonction de juridiction volontaire), dans *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tome LVII, année 2016-2017, Colegio Notarial de Madrid, 2017 (pp. 535-600), p. 554.

³¹ Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 139 de la loi susmentionnée oblige le notaire, lorsqu'il reçoit la demande de divorce, à « vérifier s'il existe un consensus total quant à ses effets et si les accords proposés par les époux sont équitables et conformes aux principes établis en matière familiale par l'ordre juridique cubain et les normes de droit international applicables, à condition que celles-ci soient compatibles avec les droits reconnus dans la Constitution de la République de Cuba ». Le paragraphe 1 de l'article 150, en matière d'accords de divorce par consentement mutuel, attribue également au notaire la tâche de les qualifier, « même s'il n'y a pas d'enfants, ou s'il y en a, qu'ils soient majeurs et ne se trouvent pas dans une situation de vulnérabilité, pour lesquels il doit veiller à ce qu'ils soient conformes au droit en vigueur et à l'équité », tandis que l'article 162, lorsqu'il réglemente les accords de gestation solidaire, le législateur fait à nouveau référence aux deux contrôles, celui de la légalité et celui de l'équité.

contribue non seulement à la sécurité juridique en tant que valeur, mais aussi à la justice préventive à l'égard des personnes en situation de vulnérabilité.

2.3. Les contrôles de l'autorité publique du notaire sur les pactes familiaux

L'un des principes défendus par le Code des familles est celui de l'équilibre entre l'ordre public familial et l'autonomie (article 3.1 I). Il vise à trouver le juste milieu entre les principes de liberté et de responsabilité. Il s'agit d'une norme qui renforce la liberté dans l'ordre familial, exprimée à travers la possibilité offerte aux personnes en tant que couple affectif, couple parental ou même dans l'ordre filiationnel, d'établir des accords de nature diverse à travers lesquels elles peuvent concevoir différents statuts juridiques familiaux. Ces pactes – expression vivante de ce que la doctrine a appelé la contractualisation du droit de la famille³² – sont des accords dont découlent des règles de nature volontaire conformément aux règles ou critères établis par ceux qui les concluent afin de discipliner les effets des relations établies à cette fin. Le législateur évite d'utiliser le terme « contrat », faisant référence dans tous les cas à des pactes ou accords conclus par des personnes liées par des liens familiaux, en vertu desquels des relations de cette nature, c'est-à-dire familiales, sont créées, modifiées ou éteintes. Ces pactes sont dans tous les cas passés devant notaire. L'acte public en sera le réservoir formel ou documentaire, de sorte qu'il incombe au notaire d'exercer un double contrôle, l'un substantiel, en vertu duquel il transposera les manifestations de volonté des parties dans le

³² Comme l'explique la professeure KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, « L'autonomie de la volonté dans le droit argentin de la famille », dans *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Infojus, Buenos Aires, 2014 (pp. 3-42), afin d'apaiser les détracteurs acharnés de cette position théorique, cette expression « désigne le fait d'accorder une importance croissante aux accords volontaires dans l'organisation des relations familiales. La tendance ne se limite donc pas aux accords contenant des liens obligatoires dont l'objet est susceptible d'avoir une valeur économique et qui répondent à un intérêt, même s'il n'est pas économique, du créancier (...). Elle comprend également d'autres types d'accords qui ne sont pas susceptibles d'avoir une valeur économique » (pp. 5-6), il s'agit de déterminer « si l'autonomie, en tant qu'expression de la volonté, a un impact et dans quelle mesure sur les relations qui configurent la « vie familiale » » (p. 7). Dans le même sens, MEDINA, Graciela, « Contractualisation du droit de la famille », dans *Études sur les contrats en hommage à l'académicien Jorge Horacio Alterni*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 69-100, qui précise que « lorsqu'on fait référence à la contractualisation du droit, on fait allusion à la réglementation privée réalisée par des individus ou des familles de leurs droits et obligations familiaux à travers des instruments privés juridiquement contraignants », avec la précision importante que « le terme « contractualisation » est exemplificatif, car En réalité, nous devrions parler de « conventionnalisation du droit de la famille » et non de contractualisation, car il ne s'agit pas de contrats, mais d'accords, mais en espagnol, « conventionnalisation » est un néologisme qui ne sonne pas bien » (p. 70). Pour une position beaucoup plus incisive, voir BORRILLO, Daniel, « La contractualisation des liens familiaux », dans *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 79, mai 2017, pp. 1- 19.

flux normatif, en ajustant leur contenu à ce qui est autorisé par les normes de nature impérative, et l'autre formel, qui scellera ou blindera l'accord conformément aux exigences de l'ordre instrumental établi par les normes adjectives de cette nature.

3. 1. LE CARACTÈRE RAISONNABLE DES DÉCISIONS NOTARIALES EN MATIÈRE FAMILIALE

L'article 11.2 du Code de la famille introduit pour la première fois dans l'ordre juridique cubain l'obligation normative du caractère raisonnable des décisions notariales³³. « Le caractère raisonnable a été défini de manière très efficace comme la « logique des valeurs », qui rejette tout type de description normative, formaliste, abstraite, rigide et, par conséquent, certaine et d'application contrôlable ; caractérisée essentiellement par la flexibilité et la ductilité ; imprévisible dans ses spécifications ; et intrinsèquement encline à tout ce qui concerne la réalité et les intérêts »³⁴.

Le législateur, au paragraphe 1 dudit article, dispose dans une formulation générale que « les décisions prises dans les affaires familiales doivent être raisonnablement fondées, en tenant toujours compte des principes et des valeurs juridiques qui régissent le droit de la famille (...) », conformément aux dispositions du Code. Puis, au paragraphe 2, il impose la même obligation « à toutes les autorités intervenant dans les affaires de cette nature, même si elles ne sont pas de nature judiciaire ». Cette obligation s'applique bien sûr au notaire, qui est l'une des autorités intervenant dans les affaires familiales, au même titre que les juges, ce que le législateur de la loi sur le notariat a ensuite explicitement réglementé³⁵. Que signifie cette exigence de raisonnabi-

³³ Selon ATIENZA, Manuel, « Sobre lo razonable en el Derecho », dans *Revista española de Derecho constitucional*, année 9, n° 27, septembre-décembre 1989, pp. 93-110 « une décision juridique est raisonnable au sens strict si et seulement si 1) elle est prise dans des situations où il ne serait pas possible, ou acceptable, d'adopter une décision strictement rationnelle ; 2) elle parvient à un équilibre optimal entre les différentes exigences qui se posent dans la décision, et 3) elle obtient un consensus maximal » (pp. 108-109). En ce sens, il propose « une notion du raisonnable qui ne puisse être utilisée simplement pour justifier, en tant que telle, pratiquement n'importe quelle solution pouvant être adoptée face à un cas difficile ou tragique, mais qui contienne une certaine potentialité critique, c'est-à-dire qui puisse être utilisée comme un critère, ou un schéma de critères, permettant de justifier qu'une interprétation ou une décision donnée est préférable (plus justifiée) qu'une autre » (p. 109).

³⁴ BALDASSARRE cit. pos STAMILE, Natalina, « Razonabilidad (Principio de) », *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 8, mars-août 2015 (pp. 222-228), p. 223.

³⁵ Ainsi, le refus raisonnablement fondé du notaire auquel fait référence l'article 150.2 lorsque les accords de divorce ne sont pas conformes au droit en vigueur ou à l'équité, ou celui qui s'applique de manière générale à tous les affaires dans lesquelles il intervient, mentionnées à l'article 14.1, décision contre laquelle toute personne qui s'estime lésée peut former un recours.

lité ? Comme le fait valoir la professeure argentine KEMELMAJER DE CARLUCCI en se référant à l'article 3 du Code civil et commercial de la Nation qui a inspiré l'article 11 de notre Code des familles, il s'agit d'une règle qui limite l'arbitraire, « dans la mesure où elle oblige (...) à un effort supplémentaire dans l'argumentation »³⁶.

La prise de décision n'est pas l'apanage des juges, le Code l'attribue également aux notaires³⁷, ainsi, conformément à l'article 152, le notaire doit pondérer les règles contenues dans cette disposition afin d'évaluer leur pertinence pour homologuer ou approuver les accords de divorce, les accords mettant fin à une union affective de fait ou les accords de parentalité, lorsque le couple, qu'il soit conjugal, de fait ou parental, propose respectivement la garde et la prise en charge partagées, afin de déterminer si ce régime, conforme au principe de réalité familiale, est le plus propice à l'intérêt supérieur de l'enfant ou de l'adolescent. Une situation similaire se présente lorsque, dans les accords de parentalité, l'article 164.2 lui confère la responsabilité de prendre la décision qui implique implicitement d'exercer un contrôle d'équité sur ces accords, soumis à son « audit » juridique. Il appartient au notaire de contrôler les « raisons suffisamment justifiées » qui permettent de mettre en œuvre par acte public les accords relatifs à l'attribution de la garde et de la prise en charge des enfants et des adolescents en faveur des « grands-mères, grands-pères, autres parents ou personnes proches affectivement » visés à l'article 169.1 dudit code. De même, il lui appartient de décider s'il convient ou non de procéder à des ajustements raisonnables facilitant l'exercice des droits des personnes handicapées afin de faciliter un régime de communication familiale, lorsque l'une des personnes concernées se trouve dans cette situation, conformément à l'article 188. Une fois encore, l'article 295 impose au notaire le contrôle de l'équité des accords de divorce, essentiellement ceux qui concernent les intérêts des enfants en situation de vulnérabilité, que ce soit en raison de leur âge ou de leur handicap, détail qui est repris à l'article 296.3 lors de la modification de ces accords, comme cela a déjà été expliqué. L'article 477 laisse aux notaires le soin de décider de la mise en œuvre des accords ou conventions conclus par voie de médiation, ce qui suppose également un contrôle

³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., « Chapitre I. (Première partie) Le caractère raisonnable dans le Code civil et commercial argentin. Lignes directrices générales », dans *Le critère de raisonnable en droit privé*, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos I. Jaramillo Jaramillo, Éditions Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2020 (pp. 3-38), p. 28.

³⁷ Selon STAMILE, N., « Razonabilidad... », cit., p. 224, « le caractère raisonnable est un principe, une catégorie conceptuelle qui appartient à tous les domaines et, surtout, qui est propre à tous les êtres humains, qu'ils soient juristes ou juges, appelés à décider et à résoudre « raisonnablement » les questions juridiques les plus épineuses et controversées ».

d'équité ou de non-préjudice qui permet au notaire de s'abstenir d'agir lorsque ceux-ci, conformément au paragraphe 2 dudit article- « affectent des critères d'ordre public ou portent atteinte à l'intérêt supérieur des enfants et des adolescents ou à la protection des personnes en situation de vulnérabilité », abstention qui doit être raisonnablement fondée.

Le législateur du Code des familles, dans son article 11.2, exige donc du notaire qu'il motive juridiquement ses décisions. La raisonnable est recherchée « comme critère d'évaluation pour parvenir à prendre des décisions conformes aux principes et valeurs qui en découlent de l'ordre juridique »³⁸, ce qu'il réclame textuellement dans le paragraphe précédent de cette disposition. Le législateur ouvre une brèche qui s'est poursuivie avec la réforme en matière notariale, comme cela a été souligné. L'audace de cette norme substantielle ne suffit pas, il a été nécessaire et cohérent avec le Code des familles de reconstruire l'édifice notarial à partir de cette vision de l'argumentation et de la raisonnable. Comme l'exprime COSOLA depuis l'Argentine : « Plus l'argumentation notariale du droit est importante, plus la sécurité juridique est grande. Il s'agit de renforcer certaines obligations éthiques notariales afin que la création du document soit une conséquence naturelle de l'exercice notarial équitable, et que les personnes puissent accéder à leurs droits grâce à une ingénierie juridique sans conflit, qui privilégie la paix »³⁹, ce qui revêt une importance particulière dans le domaine du droit de la famille, matière traditionnellement éloignée de l'influence notariale, car considérée comme un temple des intérêts publics, de préférence protégés dans les domaines de Thémis.

Si le contrôle de légalité notarial repose généralement sur un syllogisme subjonctif, il convient d'encourager les raisonnements juridiques sans structure syllogistique, où prédominent les jugements de valeur, comme le souligne VILLAR⁴⁰. Le législateur du Code de la famille recherche un raisonnement non syllogistique à prédominance évaluative, entendu comme « ce processus mental consistant à relier des idées et des informations pour parvenir à une conclusion sans structure syllogistique et dans lequel prédominent les jugements de valeur effectués par l'interprète pour prendre une décision dans le cadre de certains paramètres fournis par le droit »⁴¹. Ainsi, lorsque le notaire

³⁸ VILLAR, Juan Pablo, Introduction à l'argumentation juridique notariale, Association des notaires d'Uruguay, Montevideo, 2020, p. 54.

³⁹ COSOLA, Sebastián Justo, La prudencia notarial. Vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Gaceta Notarial, Lima 2014, p. 109.

⁴⁰ VILLAR, J. P., Introduction à la..., cit., p. 53.

⁴¹ Ibidem.

doit homologuer ou approuver des accords en matière de droit de la famille conformes au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ou de l'adolescent, le raisonnement qu'il doit utiliser n'est pas syllogistique, mais un raisonnement à prédominance évaluative dans certains paramètres fournis par le droit, entre autres, l'article 7 du Code⁴². La raisonnable s'impose donc notariale à laquelle fait référence COSOLA – et donc la pondération dans ce scénario – invoquée à l'article 152 du Code au titre des règles d'évaluation de la pertinence de la garde et de la prise en charge partagées – et également recrée par le législateur de la loi sur le notariat lorsqu'il y fait référence à l'article 84 afin que le notaire puisse évaluer « la pertinence des décisions liées à des actes ou des affaires juridiques de nature personnelle ou familiale concernant des personnes en situation de vulnérabilité », de manière à pondérer « ce qui, dans chaque cas, répond au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ou de l'adolescent ou respecte l'autonomie des personnes âgées ou handicapées conformément à leurs volontés, leurs souhaits et leurs préférences ». « La raison notariale impose au notaire de trouver, parmi les différentes sources, la meilleure réponse au cas qui lui est présenté, en pesant les solutions, les alternatives et les décisions afin que le document notarié ne soit ni arbitraire ni injuste »⁴³. Ses lignes directrices - comme le souligne aujourd'hui le recteur de l'Université notariale argentine - supposent que : « a) L'action notariale part

⁴² « Article 7. Intérêt supérieur des enfants et des adolescents. 1. L'intérêt supérieur des enfants et des adolescents est un principe général qui régit le droit de la famille, dont le respect est obligatoire et primordial dans toutes les actions et décisions qui les concernent, tant dans la sphère privée que publique.

2. Pour déterminer l'intérêt supérieur d'un enfant ou d'un adolescent dans une situation concrète au sein de la famille, il convient d'évaluer :

- a) Son opinion, en fonction de sa capacité à comprendre, de sa capacité à se forger son propre jugement et de son autonomie progressive ;
- b) son identité et sa condition spécifique en tant que personne en développement ;
- c) la préservation des relations familiales, affectivement proches, dans un environnement familial harmonieux, exempt de discrimination et de violence ;
- d) les soins, la protection et la sécurité dont il bénéficie ;
- e) ses besoins physiques, éducatifs et émotionnels ;
- f) les situations de vulnérabilité dans lesquelles il peut se trouver, y compris celles provoquées par des situations exceptionnelles et des catastrophes reconnues dans la Constitution de la République de Cuba ;
- g) l'effet que tout changement de situation peut avoir sur leur vie quotidienne ; et
- h) d'autres critères pertinents qui contribuent à la satisfaction maximale, intégrale et simultanée des droits des enfants et des adolescents.

3. L'intérêt supérieur des enfants et des adolescents est apprécié en harmonie avec les devoirs des enfants envers leurs mères, leurs pères et leurs autres parents, conformément aux dispositions de l'article 149 du présent code.

⁴³ COSOLA, Sebastián Justo, « La capacité, la minorité et le principe de raison notarial (Argumentation de la théorie de la personnalité humaine à partir de l'article 3 du Code civil et commercial de la Nation) », exposé présenté dans la XXXII Journée notarial argentine, p. 41, disponible sur : <http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/09-Capacidad-minoridad-y-razonabilidad-notarial-Cosola.pdf>, consulté le 6 janvier 2024.

de l'idée de la connaissance et vise le contrôle rationnel ; b) Cette connaissance suppose l'idée qui commande au notaire d'en tirer des conclusions valables (raisonnabilité théorique) ; c) La réception de la volonté des requérants conformément au nouveau droit (raisonnabilité pratique) d) L'obtention d'un résultat juste (le bien doit être fait, le mal évité) e) L'application des connaissances intégrées à l'équité »⁴⁴, lignes qui, dans leur essence, sont en accord avec les mandats du législateur du Code des familles qui cherche, dans les affaires de nature familiale, à ce que le notaire parvienne, par le biais du document public, à un résultat juste conforme à la prudence notariale et à l'application de l'équité comme formule modératrice des solutions rationnelles. « Sans aucun doute, comme l'a souligné VALLET DE GOYTISOLO, le sens du droit, ou le sens de la justice, repose sur un sentiment de justice inné chez l'homme, bien qu'il soit toujours éduicable, mais ce sentiment doit se soumettre à ce que nous dicte la raison, en tenant compte de toutes les circonstances objectives de chaque cas »⁴⁵.

En conclusion, selon les termes de la professeure KEMELMAJER DE CARLUCCI, « la raison est un instrument précieux pour lutter contre les absolus. (...). Un monde où règne le pluralisme (...) ne peut être gouverné que par des raisons que, en principe, les parties concernées peuvent accepter (...) »⁴⁶. Comme l'exprime si judicieusement la professeure : « Le droit, en tant que science sociale, doit être valable pour la réalité ; la réalité est, en soi, infiniment multiforme et soumise à une évolution constante ; par conséquent, le droit ne peut être enfermé dans des formules univoques et immuables ; au contraire, il doit pondérer les situations concrètes (...) »⁴⁷, pondération qui incombe aujourd'hui au notaire en tant qu'artisan de la sécurité juridique préventive dans le nouveau Code des familles de Cuba.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., « La función notarial observada por su ciencia práctica », dans *Derecho notarial*, tome I (Leonardo B. Pérez Gallardo, Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, coordinateurs), Editorial Félix Varela, La Havane, 2006 (pp. 69-94), p. 88.

⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., « Chapitre I. La razonabilidad en el... », cit., pp. 34-35.

⁴⁷ Ibidem, p. 35.

4. LA PONDÉRATION NOTARIALE POUR ÉVALUER LA PERTINENCE DE LA GARDE ET DES SOINS PARTAGÉS

Il convient également de noter que le législateur utilise dans l'article 152 précité la pondération comme technique pour appliquer le droit fondé sur des principes, auquel il convient d'ajouter, avec l'adoption de la loi sur le notariat, l'article 84 précité. Selon le professeur GONZÁLEZ MONZÓN, « ces principes, qui régissent les différentes branches du droit dans leur systématique, apportent de la cohérence à l'ordre juridique et constituent une garantie de sécurité juridique, tout en favorisant la création de normes supérieures de rationalité juridique ; motifs qui justifient leur cadrage analytique à partir des tendances les plus récentes de la théorie juridique contemporaine, afin d'optimiser les processus d'interprétation et d'application par les opérateurs, qui doivent à tout moment respecter leur conséquence constitutionnelle et établir les normes d'une argumentation suffisante »⁴⁸. Si l'article de référence concerne des règles, celles-ci sont liées aux principes énoncés à l'article 3 qui ont une portée générale, dont certains vont au-delà du droit de la famille⁴⁹. Ces principes, selon la disposition elle-même, ont pour fondement la dignité, également prévue à l'article 40 de la Constitution comme valeur suprême sur laquelle repose la reconnaissance et l'exercice des droits et devoirs, tant constitutionnels que légaux⁵⁰. Ainsi, comme l'affirme la doctrine précédente, « placer la valeur de la dignité humaine au sommet des valeurs qui trouvent leur source dans le texte constitutionnel, en soulignant qu'elle est le fondement de la reconnaissance et de l'exercice des droits et devoirs qui y sont consacrés, dans les traités et les lois, oblige à la prendre comme boussole pour la création, l'interprétation et l'application de nos normes, conformément à la

⁴⁸ GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *Los principios jurídicos. Un estudio crítico y propositivo*, éditions Olejnik, Santiago du Chili, 2023, p. 51.

⁴⁹ Selon le professeur cité, « ces principes doivent être conçus comme des mandats d'optimisation, ce qui signifie qu'ils doivent être appliqués progressivement, en fonction des circonstances du cas particulier, et non sous la forme d'un tout ou rien, à la manière de l'application des règles. Ils doivent également servir de paramètres pour l'interprétation et l'argumentation rationnelle dans le domaine juridique et familial, et de normes pour la correction ou la résolution de cas difficiles, en particulier dans le contexte de la configuration de lacunes axiologiques ». Voir GONZÁLEZ MONZÓN, A., *Los principios...*, cit., p. 287.

⁵⁰ Pour une étude sur la dignité dans la Constitution cubaine de 2019, voir GUZMÁN HERNÁNDEZ, Teodoro Yan, Elena BINDI et Karin REIBER, « La dignité dans la Constitution cubaine de 2019 et dans deux notes comparatives : dimensions d'analyse et défis pour le juge », *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, n° 54, juillet-décembre 2019, pp. 5-43 et plus particulièrement en matière familiale, VALDÉS DÍAZ, C. del C., « La dignidad humana... », cit., pp. 261- 289.

Constitution, ce qui revêt une connotation particulière dans le cadre familial, car c'est dans la famille, cellule fondamentale de la société, que la personne doit trouver le meilleur moyen possible d'atteindre son épanouissement intégral, son autodétermination et son bonheur »⁵¹. Toutefois, comme l'exprime le professeur GONZÁLEZ MONZÓN dans la doctrine nationale, en référence à l'article 152 du Code, « ce cas ne constitue qu'un exemple parmi tant d'autres qui, dans la dynamique conflictuelle des relations familiales, nécessitent une méthodologie de pondération, car les principes régissants susmentionnés ont tendance à entrer en collision dans les épisodes concrets auxquels ils sont soumis afin de résoudre les conflits survenus dans le cadre de la dynamique familiale et qui nécessitent une protection juridique efficace. La principiesation est une caractéristique essentiel de la loi substantive susmentionnée, qui renforce l'impact de la théorie des principes juridiques sur la physionomie de l'ordre juridique cubain et sur le travail de ses opérateurs »⁵².

Il s'agit sans aucun doute d'un défi supplémentaire pour le notaire, et par conséquent d'une mise à jour de la fonction publique notariale. Comme l'a souligné VALLET DE GOYTISOLO, « Si en Grèce et à Rome, les anciens oracles étaient les médiateurs entre les dieux et les hommes, le notaire de type latin - qui remplit cette fonction - est le médiateur le plus intime entre la justice et les hommes lorsque ceux-ci veulent s'accorder en fonction de celle-ci. Il leur explique où se trouve le droit dans le cas qu'ils lui soumettent (...) »⁵³, c'est-à-dire que la justice préventive s'enracine dans le droit notarial, avec un accent particulier sur les questions de droit familial. Avec la pondération notariale en matière de garde et de soins partagés, « le législateur établit avec une précision technique un catalogue de maximes à prendre en considération face aux circonstances diverses du cas, afin de satisfaire pleinement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁵⁴, attribuant en outre au notaire – ainsi qu'au juge – « un exercice d'équilibre entre les circonstances concurrentes, en accordant la priorité aux paramètres réglementés dans ledit article »⁵⁵.

⁵¹ Selon VALDÉS DÍAZ, C del C., « La dignidad humana... », cit., p. 265.

⁵² GONZÁLEZ MONZÓN, A., *Los principios...*, cit., p. 287.

⁵³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B. « Ciencia formal y ciencia práctica del Derecho notarial », dans *Revista Jurídica del Notariado*, n° 35, juillet-septembre 2000 (pp. 177-194), p. 193.

⁵⁴ GONZÁLEZ MONZÓN, A., *Los principios...*, cit., p. 287.

⁵⁵ *Ibidem*.

5. APPLICATION NOTARIALE DE L'ÉQUITÉ ET DES PRINCIPES EN MATIÈRE FAMILIALE

De tout ce qui a été expliqué, il ne fait aucun doute que le notaire est tenu d'appliquer l'équité en vertu des règles contenues dans le Code lui-même, auxquelles s'ajoutent celles déjà identifiées dans la loi sur le notariat⁵⁶. L'équité s'érige en une formule qui rend possible la pondération et l'argumentation juridique (raisonnabilité) que le Code exige du notaire. Le législateur exige sans cesse des juges et des notaires des solutions fondées sur l'équité. Comme le défend avec véhémence LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, l'équité n'implique pas « un jugement subjectif, individuel ou arbitraire »⁵⁷, c'est-à-dire que « sa détermination ne peut se faire sur la base d'un sentimentalisme juridique ou d'une simple intuition. Il ne s'agit pas de quelque chose de prédéterminé, mais pas non plus de quelque chose d'arbitraire »⁽⁵⁸⁾. L'équité est une formule utilisée par le législateur pour en faire un outil du notaire en tant qu'autorité publique de contrôle, comme cela a déjà été expliqué. Un outil utile dans l'application et l'interprétation du droit. L'équité et les principes en matière de droit de la famille éliminent l'arbitraire et recherchent le caractère raisonnable fondé sur les décisions notariales. « En d'autres termes, le sens de la justice qui est à la base de l'équité doit être dûment raisonné ou justifié »⁵⁹. En fin de compte, selon le célèbre civiliste colombien JARAMILLO JARAMILLO, « l'équité, la raisonnable et la bonne foi, correctement comprises – et dissociées –, feront partie de cette vaste « boîte à outils » dont dispose l'autorité compétente pour adopter la solution la plus juste et la plus conforme à la réalité, afin que, dans la mesure du possible, son arbitraire ne devienne pas arbitraire »⁶⁰.

⁵⁶ Voir supra note (19).

⁵⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., « Aplicación por el notario de la equidad », dans *Revista Jurídica del Notariado*, n° 53, janvier-mars 2005 (pp. 191-230), p. 207.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos I., « Chapitre III. (Deuxième partie) Le « critère de raisonnable » et la norme de la « personne raisonnable », dans *El criterio de la razonabilidad...*, cit. (pp. 367-624), p. 490.

6. EN CONCLUSION

Il reste un an avant la fin du premier quart de ce XXI^e siècle. *Tempus fugit*, comme le dit l'expression latine qui semble dériver d'un vers des *Géorgiques* (*Georgicae*, III, 284) du poète Virgile. Le temps qui passe à toute vitesse nous amène à réfléchir à la direction que nous prenons, à ce qui s'est passé depuis le début du siècle et à la manière dont nous devons aborder l'avènement du deuxième quart. Après ce passage fugace du temps, le droit a également évolué, tout comme les ressorts ou les piliers sur lesquels repose la sécurité juridique d'un État. Si nous regardons en arrière, nous pouvons constater qu'avec l'arrivée de ce troisième millénaire, nous nous dirigeons - dans certains pays plus rapidement que dans d'autres - vers une société de l'information, dans laquelle les moyens analogiques sont progressivement remplacés par les moyens numériques, soutenus par une technologie qui tend de plus en plus vers la perfection et qui bouleverse les fondements traditionnels des institutions juridiques, sans pour autant perdre leur essence. Mais dans la même mesure où la manière d'être, de penser et de vivre dans la société contemporaine se transforme, intégrant dans cette réalisation personnelle et familiale le cyberspace, les réseaux sociaux et l'intelligence artificielle, des changements plus terre-à-terre ont également eu lieu, qui concernent la structure sociodémographique de la population, avec une incidence particulière dans le domaine familial. Ces mutations sont comme les séismes qui ont frappé l'humanité ces dernières années. Elles ont sans aucun doute un impact considérable et sont d'une grande intensité, car elles touchent l'une des institutions qui a traversé les âges et continue d'exister : je veux parler de la famille, ou plutôt des familles.

En effet, le législateur cubain a continuellement misé sur une conception plurielle de la famille, ce qui ne s'est pas traduit uniquement par l'ajout d'un « s » au mot, mais aussi par l'adaptation de la vision traditionnelle de la famille au nouveau contexte diversifié, pluriel et démocratique qui s'impose aujourd'hui⁶¹. Il s'agit d'ajouter des droits et de rendre visibles des modèles familiaux

⁶¹ L'utilisation du pluriel n'est pas un simple caprice, comme cela a été le cas auparavant en matière de droit civil pour faire référence aux successions, aux obligations, aux contrats, aux personnes, aux droits réels. Il est toujours utilisé au pluriel pour exprimer la diversité des types de chacune de ces institutions, qui n'en sont pas moins conçues de manière abstraite au singulier, comme lorsque nous parlons de la théorie du contrat ou de la réglementation de la succession mortis causa. Seule la famille, parmi les institutions classiques du droit civil dans sa conception originelle, a été reléguée et considérée sous l'angle du singulier, alors que la famille s'est également pluralisée pour émerger sous la forme de familles, expression des différents arrangements familiaux qui sont aujourd'hui enracinés et reconnus socialement, mais pas dans tous les cas, expression juridique. Il est donc regrettable que certains s'accrochent à une position contraire, attachés aux arbres, sans vouloir voir la forêt, concevant l'utilisation du « s », expression sémantique authentique du pluriel, comme une perte d'énergie et de temps, un non-sens ou même un traitement distinctif et discriminatoire malheureux.

jusqu'alors non reconnus du point de vue juridique, sans priver de leurs droits ceux qui en bénéficiaient déjà. La Constitution cubaine de 2019 a expressément reconnu le principe de pluralité familiale (article 81)⁶² et mandate ainsi le législateur pour l'élaboration du principe cité dans un code qui, à partir des affections, permet d'être heureux à ceux qui composent les constructions familiales les plus variées⁶³.

La Constitution tient ainsi compte de la nécessité d'étendre la protection du droit aux modèles familiaux déjà existants, dont la visibilité est indéniable dans la réalité sociale cubaine et qui ont déjà fait l'objet d'études sociologiques, psychologiques, démographiques ou juridiques. Le droit doit être l'expression sincère du tissu social, il existe pour et par lui. La société et les familles lancent ainsi un défi au constituant : rendre visible la pluralité familiale et établir le statut juridique nécessaire pour envisager chacun des différents arrangements familiaux et leurs membres avec des rôles définis, fondés non seulement sur le mariage, mais aussi sur l'union de fait, sur la base de l'affection comme valeur fondatrice de toutes ces constructions familiales, expression de la mosaïque familiale élargie, résultant de la coexistence et de la convergence des constellations dissemblables qui existent dans l'ordre familial de la société cubaine, de plus en plus hétérogène, transnationale, divorciste, consensuelle, avec l'émancipation des femmes, un faible taux de fécondité et une tendance galopante au vieillissement de la population.

⁶² Concernant le principe susmentionné issu de notre doctrine scientifique, voir PÉREZ GALLARDO, L. B., « El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019 » (Le principe de pluralité familiale dans la Constitution cubaine de 2019), dans *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 18, 2021, La Ley, Uruguay, pp. 993-1028.

⁶³ N'oublions pas que parmi les principes reconnus dans le Code des familles à son article 3 f) figure celui de la « recherche du bonheur ». Il s'agit d'un principe qui servira de boussole pour trouver une solution juste à une affaire, sur la base du projet de vie familiale de chacun, à partir de l'exercice du libre développement de la personnalité consacré à l'article 47 de la Constitution de la République de 2019. Afin d'écarter la subjectivité qui existe sans aucun doute dans le terme « bonheur », celui-ci a été défini, selon la doctrine brésilienne, comme « le droit de planifier et de mettre en œuvre un projet rationnel visant à satisfaire des préférences ou des désirs légitimes, en tenant compte, dans cette tâche, des chances de succès » (ainsi, LEAL, Saul Tourinho, « Direito à felicidade : história, teoria, positivação e jurisdição », Thèse (Doctorat en droit constitutionnel), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013, p. 114, disponible sur <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6202>, consulté le 1er mars 2021). À l'instar du droit au libre développement de la personnalité, le droit à la recherche du bonheur suppose « un frein aux interventions arbitraires de l'État », « des choix individuels pour la réalisation de projets personnels [...], la satisfaction personnelle, libre de toute intervention répressive ». Voir ESPÍNDOLA DOS SANTOS, Jordan, Carlos Eduardo SILVA E SOUZA, « Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações », *Revista Pensamento Jurídico*, vol. 13, n° 2, São Paulo, juil./déc. 2019 (pp. 121-147), p. 144, disponible sur <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/176>, consulté le 1er mars 2021.

Cette volonté du législateur en faveur de la pluralité et de l'inclusion, attentive à la nécessité de renforcer dans le droit cubain de la famille l'autonomie privée dans un juste équilibre avec la responsabilité, la solidarité et l'ordre public, a également conduit à la « contractualisation » de ce secteur du système juridique, « traditionnellement » étranger à celle-ci. Le législateur s'efforce de veiller à ce que la balance ne penche pas d'un seul côté. Le plexus axiologique qui inspire le Code conduit également à la nécessité d'établir des contrôles d'autorité qui non seulement adaptent les actes et les transactions juridiques familiaux à la norme impérative, mais aussi à l'équité. Le législateur exige un travail proactif de la part du notaire, ce qui a été réalisé avec la promulgation de la nouvelle loi sur le notariat. Il lui confère une certaine forme d'activisme, propre à la fonction judiciaire en tant que principal rempart non seulement de la sécurité juridique préventive, mais aussi de la justice conservatoire, conformément aux dispositions de l'article 1 de la loi sur le notariat. Les défis de la fonction publique notariale découlant du Code sont de nature diverse : il appartient aux notaires de construire le principe de l'intérêt supérieur des enfants et des adolescents en fonction de la réalité familiale de chaque cas, dans une perspective préventive et préventive (reconnue à l'article 83 de la loi sur le notariat), intervenir dans la pratique de l'écoute des enfants et des adolescents (articles 146 à 148 et 194 de la loi elle-même) et homologuer, approuver ou non les accords familiaux de la nature la plus diverse (à titre d'exemple, voir article 150 de ladite loi sur le notariat concernant les accords de divorce par consentement mutuel). Le notaire devient non seulement le principal créateur de formes, le qualificateur d'affaires, d'actes et de documents, mais aussi le décideur juridique au plus haut niveau, ces décisions étant fondées sur la raison et la pondération notariales.

En fin de compte, le droit de la famille a rarement été aussi étroitement lié à la fonction publique notariale, modernisée à Cuba en 2024. Peut-être que, dans de très rares occasions, le droit comparé a attribué au notariat la mission transcendante d'intervenir dans les affaires familiales impliquant des enfants, des adolescents ou des personnes handicapées⁶⁴. Néanmoins, la commission

⁶⁴ Il ne fait aucun doute que le notariat cubain figure parmi ceux qui se sont vu attribuer le plus de compétences en matière familiale au siège notarial, avec pour conséquence la déjudiciarisation des affaires de cette nature, dans certains cas avec la compétence exclusive du notaire, dans d'autres avec la compétence alternative des juges. Comme cela a été récemment déclaré lors du Symposium mondial sur les actes électroniques et la déjudiciarisation, qui s'est tenu à Brasilia, au Brésil, le 9 novembre 2023, organisé par l'Union internationale du notariat et le Conseil fédéral du notariat brésilien, dont les conclusions sur ce sujet ont été présentées par le secrétaire général de l'Union, le notaire français Thierry VACHON, le notaire « est le substitut naturel du juge dans le cadre des missions judiciaires non contentieuses, car il perçoit sa mission de juridiction gracieuse et sa qualité, maintes fois affirmée, de magistrat de l'amiable » (conclusions remises à l'auteur à l'occasion de sa participation au Symposium).

chargée de rédiger le Code a misé tout son engagement, encore et encore, sur le notariat, elle a fait confiance à l'institution, à la probité morale et à la solvabilité intellectuelle des hommes et des femmes de foi publique. Personne mieux que le notariat n'est à même de garantir l'efficacité dans l'exercice des droits de nature familiale, de combiner harmonieusement rapidité et sécurité juridique. Certes, les défis sont nombreux, mais tout au long de l'histoire, le notariat a su garder le cap et naviguer sur les mers du droit, certes en eaux profondes, mais dans des havres de paix et de tranquillité, grâce à son sens de la justice et de l'équité.

BIBLIOGRAPHIE

Sources doctrinales :

ARÉS MUZIO, Patricia et María Elena BENÍTEZ PÉREZ, « Éléments à prendre en compte pour la conception d'une politique d'familiale en Cuba » (PDF), en http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatricia.pdf, consulté le 17 mars 2017.

ATIENZA, Manuel, « Sobre lo razonable en el Derecho », dans *Revista española de Derecho constitucional*, année 9, n° 27, septembre-décembre 1989, pp. 93-110.

BAREA MARTÍNEZ, María Teresa, *El oficio de notario y el control notarial de legalidad. Garantía de libertad, seguridad y prosperidad*, Discours d'entrée à l'Académie royale de jurisprudence et de législation, publications de l'Académie royale de jurisprudence et de législation de Grenade, 2019.

BORRILLO, Daniel, « La contractualisation des liens familiaux », dans *Droit de la famille. Revue interdisciplinaire de doctrine et de jurisprudence*, n° 79, mai 2017, pp. 1-19.

CAMPOALEGRE SETIÉN, Rosa et al., Centre de recherches psychologiques et sociologiques (CIPS), « Glossaire des termes les plus utilisés dans le groupe d'études sur la famille du CIPS, 1985- 2014, Multiplier les idées, les expériences et les rêves », 2015.

CARBONELL BARBERÁN, Ramiro, *Législation notariale*, Cultural, La Havane, 1939.

CARNELUTTI, Francesco, « La figure juridique du notariat », dans *Annales de l'Académie madrilène du notariat*, tome VIII, année 1950-1951, Collège des notaires de Madrid, 1954, pp. 373-396.

CHÁVEZ NEGRÍN, Ernesto et al., Centre de recherches psychologiques et sociologiques (CIPS), « Les familles cubaines au tournant de deux siècles », 2008 (en PDF).

COSOLA, Sebastián Justo, *La prudencia notarial. Vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Gaceta Notarial, Lima 2014, p. 109.

COSOLA, Sebastián Justo, « La capacidad, la minorité et le principe de raison notarial (Argumentation de la théorie de la personnalité humaine à partir de l'article 3 du Code civil et commercial de la Nation) », exposé présenté lors de la XXXII^e Journée notariale argentine, p. 41, disponible sur :

<http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/09-Capacidad-minoridad-y-razonabilidad-notarial-Cosola.pdf>, consulté le 6 janvier 2024.

ESPÍNDOLA DOS SANTOS, Jordan, Carlos Eduardo SILVA E SOUZA, « Direito à felicidade : do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações », *Revista Pensamento Jurídico*, vol. 13, n° 2, São Paulo, juil./déc. 2019 (pp. 121-147), p. 144, disponible sur

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/176>, consulté le 1er mars 2021.

FIGA FAURA, Luis, « La función social del notario », dans *Revista de Derecho Notarial*, LXXIX, janvier-mars 1973.

GOMÁ SALCEDO, José Enrique, Ignacio GOMÁ LANZÓN, Fernando GOMÁ LANZÓN, *Derecho notarial*, 3e édition, Aferre, Barcelone, 2022.

GÓMES BUGALLO, Susana et Yuniel LABACENA ROMERO, « ¿Cuánto ha cambiado la familia? » (Dans quelle mesure la famille a-t-elle changé ?), dans *Jeunesse Rebelde*, édition numérique du 19 février février 2017,

<http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2017-02-19/cuanto-ha-cambiado-la-familia-cubana/>, consulté le 17 mars 2017.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, « Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria » (Nature des décisions du notaire dans sa fonction de juridiction volontaire), dans *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tome LVII, année 2016-2017, Colegio Notarial de Madrid, 2017 (pp. 535-600).

GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *Les principes juridiques. Une étude critique et propositionnelle*, éditions Olejnik, Santiago du Chili, 2023.

GUZMÁN HERNÁNDEZ, Teodoro Yan, Elena BINDI et Karin REIBER, « La dignité dans la Constitution cubaine de 2019 et dans deux notes comparatives : dimensions d'analyse et défis pour le juge », *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, n° 54, juillet-décembre 2019, pp. 5-43.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos I., « Chapitre III. (Deuxième partie) Le « critère de raisonabilité » et la norme de la « personne raisonnable », dans *El criterio de la razonabilidad en el Derecho privado*, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos I. Jaramillo Jaramillo, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2020, pp. 367-624.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, « L'autonomie de la volonté dans le droit argentin de la famille », dans *Droit des familles, de l'enfance et de l'adolescence*, Infojus, Buenos Aires, 2014, pp. 3-42

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., « Chapitre I. (Première partie) Le caractère raisonnable dans le Code civil et commercial argentin. Lignes directrices générales », dans *Le critère de raisonnable dans le droit privé*, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos I. Jaramillo Jaramillo, Éditions Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2020, pp. 3-38.

LEAL, Saul Tourinho, « Direito à felicidade : história, teoria, posituação e jurisdição », Thèse (Doctorat en droit constitutionnel), Pontificia Universidade Católica, São Paulo, 2013, p. 114, disponible sur <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6202>, consulté le 1er mars 2021.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, « Aplicación por el notario de la equidad », dans *Revista Jurídica del Notariado*, n° 53, janvier-mars 2005, pp. 191-230.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, « El control de legalidad notarial » (Le contrôle de la légalité notariale), dans *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* (Études de droit privé en hommage à Juan José Rivas Martínez) (Agustín Pérez-Bustamante de Monasterio, directeur), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1323-1372.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro et Carlos PÉREZ RAMOS, « Prólogo », *Separaciones y divorcios ante notario*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (coordinateur), Reus, Madrid, 2016, pp. 9-13.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, « Contrôle notarial de la légalité », dans *VIII^e Congrès notarial espagnol*, Madrid, 8, 9 et 10 mai 2003, Sol et logement au XXI^e siècle, Conseil général du notariat, Madrid, 2005, pp. 317-325.

MESA CASTILLO, Olga, « Principales réglementations juridiques de protection de la famille à travers l'histoire coloniale et néocoloniale de Cuba » (conférence inédite, avec l'aimable autorisation de l'auteure).

MESA CASTILLO, Olga, *Droit de la famille*, Éditions Félix Varela, La Havane, 2010. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María, « Le contrôle notarial de la légalité et les derniers arrêts de la 3^e chambre de la Cour suprême », dans *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tome LVII, année 2016-2017, Colegio Notarial de Madrid, 2017, pp. 355-374.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Ana María ALVAREZ-TABÍO ALBO et Yamila GONZÁLEZ FERRER, « À propos du nouveau Code des familles de Cuba : les raisons du oui », dans *Revista Anales de Legislación Argentina*, année LXXXIII, n° 1, janvier 2023, pp. 5-70. PÉREZ

GALLARDO, Leonardo B., « L'accès à l'exercice de la fonction notariale à Cuba : lignes directrices et défis », dans *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Conseil général du notariat espagnol, n° 3, 2004, pp. 75-135.

PÉREZ GALLARDO, L. B., « Le principe de pluralité familiale dans la Constitution cubaine de 2019 », dans *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 18, 2021, La Ley, Uruguay, pp. 993-1028.

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, « La fonction des notaires et des greffiers : application du droit et contrôle de la légalité », dans Livre hommage au professeur Manuel Amorós Guardiola II, Centre d'études, Madrid, 2006, pp. 2779-2823.

PÉREZ HERESA, Juan, « La séparation et le divorce notariés », dans El notario del siglo XXI, Revue du Collège des notaires de Madrid, n° 63, septembre-octobre 2015, disponible sur : <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5388-la-separacion-y-divorcio-notarial>, consulté le 4 janvier 2024.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, « Principe de légalité », dans Principes notariaux, Gaceta Notarial, Lima, 2021, pp. 99-105.

SEDA HERMOSÍN, Manuel A., « El control de legalidad por el notario », Academia Sevillana del Notariado, cours 2016-17, pp. 260-279.

STAMILE, Natalina, « Razonabilidad (Principio de) » (Raisonnabilité (principe de)), Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, n° 8, mars-août 2015, pp. 222-228.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, « La dignité humaine comme boussole pour l'interprétation de la Constitution en matière familiale », dans Clés pour l'interprétation de la Constitution cubaine de 2019 (Carlos M. Villabella Armengol et Leonardo B. Pérez Gallardo, directeurs), Ediciones Olejnik, Santiago du Chili, 2021 (pp. 261-289).

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., « La fonction notariale observée à travers sa science pratique », dans Droit notarial, tome I (Leonardo B. Pérez Gallardo, Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, coordinateurs), Editorial Félix Varela, La Havane, 2006, pp. 69-94.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. « Science formelle et science pratique du droit notarial », dans Revista Jurídica del Notariado, n° 35, juillet-septembre 2000, pp. 177-194.

VILLAR, Juan Pablo, Introduction à l'argumentation juridique notariale, Association des notaires d'Uruguay, Montevideo, 2020, p. 54.

II. Sources juridiques :

« Constitution de la République de Cuba », proclamée le 10 avril 2019, publiée dans la Journal officiel de la République de Cuba, édition extraordinaire, n° 5, du 10 avril 2019. Code de famille de Bolivie du 23 août 1972, disponible sur : <https://www.lexivox.org/norms/BO-COD-DL10426.html>, consulté le 26 mars 2025. Code de la famille du Costa Rica, loi n° 5476 du 21 décembre 1973, disponible à l'adresse suivante :

<https://www.asamblea.go.cr/sd/SiteAssets/Lists/Consultas%20Biblioteca/EditForm/C%C3%B3digo%20de%20Familia.pdf>, consulté le 26 mars 2025.

Code de la famille de Cuba, loi n° 1289 du 14 février 1975, en vigueur depuis le 08 mars 1975, disponible sur : https://oig.cepal.org/sites/default/files/1975_ley1289_cub.pdf, consulté le 26 mars 2025.

Code de la famille du Salvador, décret n° 677 du 22 novembre 1993, disponible à l'adresse suivante : <https://ormusa.org/codigo-de-familia/>, consulté le 26 mars 2025.

Code de famille du Panama, loi n° 3 du 17 mai 1994, https://www.organo-judicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2016/11/C%C3%B3digo-de-la-Familia1.pdf, consulté le 26 mars 2025.

Code de la famille du Nicaragua, loi n° 870 du 24 juin 2014, disponible à l'adresse suivante : <https://www.unicef.org/nicaragua/media/566/file/C%C3%B3digo%20de%20la%20Familia.pdf>, consulté le 26 mars 2025.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Code civil de la République de Cuba, loi n° 59/1987 (mise à jour et harmonisée), 6e édition, Éditions ONBC, La Havane, 2023.

Loi n° 141/2021 du 28 octobre, « Code de procédure », publiée au Journal officiel de la République de Cuba, édition ordinaire, n° 138, du 7 décembre 2021.

Loi n° 156/2022, du 22 juillet, « Code des familles », ratifiée par référendum populaire le 25 septembre 2022, publiée au Journal officiel de la République de Cuba, édition ordinaire, n° 99, du 27 septembre 2022.

Loi n° 50/1984 du 28 décembre « sur les notaires d'État », publiée au Journal officiel de la République de Cuba, édition ordinaire, n° 3, du 1er mars 1985, et son règlement, résolution n° 70/1992 du 9 juin, dans le Journal officiel de la République de Cuba, édition extraordinaire, n° 4, du 9 juin 1992.

« Loi sur le notariat » de Cuba, du 19 décembre 2024 (archives personnelles de l'auteur), en attente de publication.

Résolution 493/2022, du 27 septembre, du ministre de la Justice sur la procédure de divorce par consentement mutuel devant notaire, dans le Journal officiel de la République de Cuba, édition extraordinaire, n° 58, du 27 septembre 2022.





LA PERSONNE ET LA FAMILLE • LE COUPLE

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

8

PROCÉDURE DE DIVORCE NOTARIAL
EN ROUMANIE :

Une Étape vers la Déjudiciarisation

ANA LUISA CHELARU¹ / NOTAIRE EN ROUMANIE

1. INTRODUCTION

1.1. La tendance mondiale à la déjudiciarisation
des procédures non contentieuses

Ces dernières années, le système judiciaire roumain est devenu de plus en plus surchargé, ce qui a conduit à une tendance visant à identifier des mécanismes alternatifs pour alléger la charge des tribunaux. Toutefois, ce phénomène ne se limite pas au système juridique roumain ; il s'inscrit dans une tendance internationale plus large visant la déjudiciarisation de certaines procédures juridiques. L'objectif est de transférer le traitement de certains dossiers – traditionnellement de compétence judiciaire – à d'autres autorités, en vertu de leurs attributions légales.

La déjudiciarisation est comprise comme une « tendance à retirer certains domaines juridiques de la surveillance judiciaire ». Dans le contexte du droit de la famille et des règles correspondantes de droit international privé, cette tendance reflète l'objectif plus large de rationaliser les procédures en réduisant ou en éliminant l'intervention des tribunaux lorsque cela est possible².

¹ Dr Ana Luisa CHELARU, notaire public au sein de l'Union Nationale des Notaires Publics de Roumanie, Chambre des Notaires Publics de Bucarest, e-mail : luisa.chelaru@notariat-chelaru.ro

² Dan Andrei Popescu, Elena Alina Oprea – Observations concernant la compétence judiciaire internationale en matière de divorce et de responsabilité parentale – Bulletin des Notaires Publics n° 4/2024 – Union Nationale des Notaires Publics de Roumanie (UNNPR), p. 28.

Le phénomène est de plus en plus visible dans le domaine des procédures non contentieuses dans les systèmes juridiques modernes. Il reflète une ambition collective de rendre la justice plus accessible, rapide et efficace, en particulier dans les domaines où aucun litige réel n'existe entre les parties, ou lorsque les affaires peuvent être réglées à l'amiable. Ces domaines comprennent les successions, les divorces par consentement mutuel, l'authentification des actes juridiques et la protection des personnes vulnérables par la tutelle ou d'autres mécanismes. Dans de tels cas – où l'intervention d'un juge n'est pas indispensable – la déjudiciarisation apparaît comme un mécanisme naturel et rationnel consistant à confier l'autorité juridique à d'autres organes compétents tels que les notaires, les autorités d'état civil, les organismes administratifs ou des institutions similaires.

Au niveau international, et plus particulièrement au sein de l'Union européenne, un mouvement de plus en plus visible s'est opéré vers la déjudiciarisation dans des domaines tels que le divorce, la médiation, les successions et la protection des personnes vulnérables. Cette évolution est soutenue et encadrée par un cadre juridique européen cohérent établi par des instruments clés tels que le Règlement (CE) n° 2201/2003 (Bruxelles II bis), le Règlement (UE) n° 2019/1111 (Bruxelles II ter), le Règlement (UE) n° 1259/2010 (Rome III) et le Règlement (UE) n° 650/2012 relatif aux successions internationales.

1.2. Le rôle des notaires en droit de la famille.

Transfert de compétence aux notaires en Roumanie : justification juridique et sociale

Le rôle des notaires en droit de la famille est particulièrement significatif à l'échelle mondiale. En général, ils sont reconnus comme des spécialistes des procédures non contentieuses et des experts dans les dimensions juridiques des phénomènes sociaux liés à la vie familiale, accompagnant les individus de la naissance à la mort. Cela inclut les déclarations de reconnaissance d'enfant, les conventions matrimoniales conclues avant ou pendant le mariage, les accords relatifs aux partenariats enregistrés et, dans certaines juridictions, même la célébration du mariage, les procédures de divorce, les accords parentaux concernant les mineurs, les testaments et, enfin, les questions successorales.

Dans ce contexte, les notaires jouent un rôle essentiel dans la société, agissant souvent comme médiateurs dans la résolution amiable de litiges entre particuliers – litiges qui peuvent être réglés hors tribunal – ou, plus couramment, gérant des procédures qui leur sont spécifiquement attribuées par la loi. Ces

responsabilités sont assumées dans le but d'atteindre des accords amiables et de réduire la charge pesant sur les tribunaux.

En tant qu'autorités publiques impartiales et indépendantes, les notaires ont progressivement acquis davantage de compétences en dehors du cadre juridictionnel traditionnel, en particulier dans les cas où les parties sont d'accord et expriment un consentement libre et éclairé.

Dans de nombreuses juridictions européennes, y compris la Roumanie, les notaires ont l'autorité de traiter les divorces par consentement mutuel, de rédiger et d'authentifier les conventions matrimoniales, les accords parentaux, les contrats d'entretien et les partages amiables de biens. Dans ces cas, le notaire vérifie la légalité des actes, assure la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et garantit la sécurité juridique — tout en allégeant la charge des tribunaux en résolvant des affaires ne nécessitant pas l'intervention judiciaire.

À partir de 2010, avec l'adoption de la Loi n° 202/2010 relative à certaines mesures visant à accélérer le règlement des procédures judiciaires³, suivie de modifications du Code civil roumain et de la promulgation de la Loi n° 36/1995 relative aux notaires publics et à l'activité notariale⁴, le notaire public en Roumanie est devenu un acteur clé des procédures non contentieuses. La procédure de divorce consensuel sans enfants mineurs fut d'abord confiée aux notaires par la Loi n° 202/2010, qui modifiait l'article 37 de l'ancien Code de la famille. Par la suite, à partir de 2011, avec l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, les notaires ont également reçu compétence pour traiter les divorces impliquant des enfants mineurs.

En Roumanie, le transfert de compétence aux notaires s'est opéré progressivement par l'attribution de certaines responsabilités juridictionnelles. Ce changement a été motivé par une demande sociale croissante d'un meilleur accès à la justice, justifié par des raisons d'efficacité institutionnelle et soutenu par un processus législatif cohérent et délibéré. Actuellement, le divorce devant notaire ne peut avoir lieu que dans des circonstances non contentieuses et uniquement lorsque les époux sont parvenus à un accord sur toutes les conditions nécessaires à la dissolution du mariage par cette procédure.

D'un point de vue juridique, la légitimité de ce transfert de compétence repose sur le statut du notaire en tant qu'autorité publique ainsi que sur les garanties

³ Publié au Journal Officiel de Roumanie n° 714/26.10.2010.

⁴ Publié au Journal Officiel de Roumanie n° 237/19.03.2018, republié, tel que modifié et complété ultérieurement.

d'impartialité, de légalité, d'indépendance et de compétence professionnelle. Dans ces conditions, certaines procédures — telles que le divorce, les accords parentaux ou les successions — peuvent être réalisées dans un cadre extrajudiciaire, garantissant que les droits des parties sont protégés dans des conditions équivalentes à celles applicables devant un tribunal.

1.3. Objectifs et finalité de l'article

Cet article vise à analyser et présenter la procédure de divorce gérée par les notaires publics en Roumanie à la lumière des réformes législatives adoptées au cours des dernières décennies. L'accent est mis sur l'efficacité procédurale et la valeur ajoutée que le notaire apporte aux affaires non contentieuses dans ce domaine. Sont abordés tant les cas de divorce sans enfants mineurs que ceux impliquant des mineurs, en mettant l'accent sur les modalités et conditions selon lesquelles les questions relatives aux mineurs sont réglées par des accords parentaux, afin de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'article cherche à mettre en évidence les effets bénéfiques du transfert des compétences en matière de divorce des tribunaux vers les notaires, notamment : réduction et simplification de la durée de la procédure, accessibilité accrue pour les citoyens, diminution de la charge des tribunaux, amélioration de la satisfaction du public quant à la gestion de la justice, et coûts procéduraux réduits — offrant ainsi un exemple réussi de mécanisme alternatif fonctionnel.

En outre, le document propose une brève analyse des règles de droit international privé applicables au divorce notarial en Roumanie, avec une référence particulière aux règlements européens pertinents (Bruxelles II ter, Rome III). L'article entend contribuer à une meilleure compréhension du rôle moderne du notaire en droit de la famille et offrir des recommandations de bonnes pratiques aux notariats souhaitant acquérir de nouvelles compétences en matière de divorce dans le cadre du processus plus large de déjudiciarisation.

2. CADRE JURIDIQUE ANTÉRIEUR

2.1. La procédure judiciaire de divorce en Roumanie avant l'introduction du divorce notarial

Avant l'introduction, par la législation actuelle, des procédures administratives et notariales de divorce, le divorce en Roumanie était régi par les dispositions

de l'ancien Code de la famille⁵ (articles 37–44), complétées par les règles du contenu de l'ancien Code de procédure civile⁶ (articles 607–609). Ces dispositions établissaient une procédure spéciale dérogeant aux règles procédurales ordinaires, applicable aux cas ayant pour objet la dissolution du mariage.

Ce cadre législatif, remplaçant une réglementation antérieure plus restrictive⁷, prévoyait à l'article 37 du Code de la famille que :

« (1) Le mariage prend fin par le décès de l'un des époux ou par la déclaration judiciaire de décès de l'un des époux. (2) Le mariage peut être dissous par divorce. Le divorce peut avoir lieu : a) par consentement mutuel des époux, à la demande des deux parties ; b) lorsque, pour des raisons bien fondées, les relations entre les époux sont gravement atteintes et que la poursuite de la vie conjugale n'est plus possible ; c) à la demande de l'époux dont l'état de santé rend impossible la continuation du mariage. »

Dans ce système, le tribunal était la seule autorité compétente pour prononcer la dissolution du mariage, reposant sur l'idée que la facilité du divorce risquait de transformer le mariage en une union temporaire. Ainsi, l'autorité judiciaire - et aucune autre - était considérée comme seule habilitée à apprécier et décider de la continuation ou de la dissolution du mariage. Par conséquent, la législation établissait une procédure spéciale adaptée aux particularités des affaires de droit de la famille.

Avant l'adoption du Code de la famille, une législation antérieure énonçait - en termes négatifs - que le mariage ne pouvait être dissous que par le tribunal lorsque, pour des raisons bien fondées, les relations entre les époux étaient si gravement et irrémédiablement altérées que la continuation du mariage était devenue manifestement impossible pour l'époux en demandant la dissolution⁸. Le même Code de la famille comportait également des dispositions relatives au divorce par consentement mutuel. Ainsi, le cadre législatif précédant le nouveau Code civil adoptait une approche mixte du divorce, le considérant à la fois comme un remède et comme une sanction.

⁵ Le Code de la famille en vigueur depuis 1993, abrogé par la Loi n° 71/2011 pour la mise en œuvre de la Loi n° 287/2009 relative au Code civil.

⁶ Le Code de procédure civile en vigueur depuis 1993, abrogé par la Loi n° 76/2012 et remplacé par le Code de procédure civile de 2010 (Version révisée – R1).

⁷ Le Code civil roumain de 1864. Voir également, à cet égard, une excellente synthèse de l'ancienne réglementation dans Raluca Ioana Huruba – La procédure de divorce. Analyse approfondie des dispositions pertinentes de droit substantiel et procédural, Éditions Pro Universitaria, 2024, pp. 72–81.

⁸ Emese Florian – Droit de la famille, Éditions CH Beck, Bucarest, 2006, pp. 166–167.

2.2. Conditions légales pour obtenir un divorce selon l'ancienne réglementation (motifs, procédures et autorités compétentes)

La dissolution du mariage à l'initiative de l'un des époux requérait la réunion des conditions cumulatives suivantes : existence de raisons bien fondées de divorce, détérioration grave des relations conjugales due à ces raisons, et impossibilité de poursuivre la vie conjugale. Dans le cas du divorce par consentement mutuel, les conditions cumulatives étaient : l'écoulement d'au moins un an depuis la célébration du mariage et l'absence d'enfants mineurs issus du mariage.

D'un point de vue procédural, dans tous les cas, le divorce ne pouvait être engagé que devant un tribunal, par une procédure spéciale régie par l'ancien Code de procédure civile.

Cette procédure impliquait plusieurs éléments distinctifs, notamment : le droit de demander la dissolution du mariage était réservé exclusivement aux époux ; la compétence territoriale suivait des règles particulières ; l'admissibilité des preuves destinées à démontrer l'existence de motifs valables pour le divorce était appréciée selon des critères spécifiques ; et les droits dispositifs des parties étaient soumis à certaines restrictions inexistantes dans le droit commun.

En plus des exigences générales d'une requête introductive d'instance, chaque demande de divorce devait mentionner les noms des enfants mineurs issus du mariage ou légalement reconnus comme tels (y compris adoptés). En l'absence d'enfants mineurs, cela devait être expressément indiqué. La demande principale, à savoir la dissolution du mariage, pouvait être accompagnée de demandes accessoires portant sur : le nom que porterait chaque époux après le divorce, l'attribution de l'autorité parentale pour l'éducation des enfants, la détermination de la contribution de chaque parent aux frais d'entretien et d'éducation, le partage des biens communs et d'autres questions connexes.

En ce qui concerne les voies de recours, tant l'appel que le recours étaient soumis à un délai de 30 jours à compter de la communication du jugement, soit le double du délai applicable aux affaires civiles ordinaires. La date à laquelle le divorce produisait ses effets correspondait à celle où la décision devenait définitive et irrévocable.

3. LES DEFAUTS DE LA LÉGISLATION ANTÉRIEURE ET LES AVANTAGES DE LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE DU DIVORCE NOTARIAL

3.1. Inefficacités et limites du divorce judiciaire

Avant le transfert de compétence aux notaires, le divorce judiciaire constituait l'unique moyen légal de dissoudre un mariage, quelle que soit la nature de la relation entre les époux ou l'existence d'un accord mutuel. Même dans les divorces par consentement mutuel, les parties devaient suivre la procédure judiciaire complète : calendrier procédural, examen des pièces, auditions, et parfois administration de preuves supplémentaires. Ce cadre contentieux est progressivement devenu inadapté à la réalité sociale moderne, caractérisée par des séparations de plus en plus amiables et par une demande croissante de solutions juridiques rapides, efficaces et personnalisées.

3.1.1. Procédures longues et bureaucratiques.

Coûts financiers et émotionnels élevés pour les époux

La procédure judiciaire de divorce comportait plusieurs étapes : dépôt de la demande, fixation des audiences, convocation des parties, audiences publiques, production de preuves (même en l'absence de litige), prononcé et rédaction du jugement, communication de la décision et, éventuellement, résolution de l'appel ou du recours.

L'ancienne réglementation entraînait des délais très longs, en particulier dans les tribunaux surchargés. La durée moyenne d'un divorce variait de 4 à 8 mois dans les cas simples (sans enfants ni demandes accessoires, comme le partage des biens), et pouvait dépasser 18 mois lorsque des enfants, des biens communs ou des demandes reconventionnelles étaient impliqués. En l'absence de conflit réel, une telle durée devenait injustifiée et disproportionnée⁹.

Bien que le divorce soit, par nature, un moment délicat dans la vie d'une personne, la procédure judiciaire amplifiait souvent les tensions entre les parties. Les convocations publiques, les audiences, et l'obligation de comparution personnelle pouvaient transformer une séparation amiable en conflit formel. Outre la durée du procès, le divorce judiciaire impliquait des coûts élevés : taxes judiciaires, honoraires d'avocats, frais de déplacement, etc. De plus, le système judiciaire lui-même supportait des coûts administratifs importants.

⁹ Emese Florian – Op. cit., p. 195.

Des milliers de divorces étaient enregistrés chaque année, mobilisant des ressources judiciaires considérables pour des affaires ne comportant pas de litige réel.

3.1.2. Manque de flexibilité pour les séparations amiables

Le système judiciaire traditionnel ne distinguait pas réellement entre les divorces contentieux et les divorces par consentement mutuel. Même lorsque les époux s'accordaient pleinement sur la rupture du mariage et ses effets (garde, pension alimentaire, nom, résidence, etc.), ils devaient suivre les mêmes étapes procédurales que les couples en conflit. Les tribunaux ne pouvaient adapter la procédure à la nature consensuelle de la demande, ce qui entraînait une utilisation disproportionnée du temps et des ressources par rapport aux besoins réels. L'absence de procédure extrajudiciaire efficace constituait donc un obstacle à un accès flexible et humanisé à la justice.

Dans ces conditions, et compte tenu du fait que les divorces amiables représentaient une proportion importante du total des affaires de divorce – affectant l'efficacité du système et retardant le traitement des litiges réels – le transfert de compétence aux notaires est apparu comme une solution naturelle.

3.2. Les avantages du divorce notarial

L'introduction du divorce notarial en Roumanie, par la Loi n° 202/2010 et les réglementations subséquentes, a constitué une innovation majeure en droit de la famille, marquant le passage d'un modèle judiciaire rigide à un modèle plus efficace, accessible et centré sur l'accord des parties. La procédure notariale a permis le règlement rapide des demandes de divorce lorsque les époux s'accordaient sur la rupture du mariage et, le cas échéant, sur ses effets. Les avantages de cette réglementation sont multiples, tant pour les citoyens que pour le système judiciaire.

3.2.1. Procédure de divorce plus rapide, plus simple et moins coûteuse que le contentieux

Le divorce notarial élimine les étapes procédurales complexes, les remplaçant par une procédure administrative simplifiée, menée dans un environnement neutre et professionnel. Les époux déposent une demande conjointe, et le notaire, après un délai de réflexion de 30 jours, vérifie la persistance de leur

⁹ Emese Florian – Op. cit., p. 195.

volonté et, en l'absence de rétractation, délivre le certificat de divorce. La procédure peut être finalisée en un mois, contrairement aux mois nécessaires en cas de divorce judiciaire.

D'un point de vue financier, le divorce notarial entraîne des coûts nettement inférieurs au contentieux (environ 200–300 euros pour le divorce seul, sans partage des biens). Les honoraires sont clairs, transparents et connus à l'avance ; ils n'impliquent ni taxes judiciaires, ni délais prolongés, ni honoraires d'avocat. De plus, l'absence de représentation obligatoire et de taxes de timbre réduit considérablement les coûts pour les parties¹⁰.

3.2.2. Désengorgement des tribunaux, confidentialité et sécurité juridique grâce à l'intervention du notaire

Le transfert de compétence aux notaires a permis aux tribunaux d'être déchargés de milliers d'affaires de divorce dépourvues de conflit réel. Les ressources judiciaires ont ainsi pu être réorientées vers les affaires plus complexes, améliorant l'efficacité globale du système judiciaire. Selon les données officielles¹¹, le divorce notarial est devenu en Roumanie, en quelques années, l'une des procédures alternatives les plus utilisées en matière de droit de la famille.

Par ailleurs, contrairement aux procédures judiciaires, où les audiences sont publiques, la procédure notariale s'effectue dans un environnement discret, confidentiel et professionnel, adapté aux besoins psychologiques des époux. L'absence d'exposition publique et la nature non contentieuse de la procédure préservent la dignité et l'intimité des parties, réduisent les tensions et favorisent une relation civilisée, notamment lorsque des enfants sont concernés. Le divorce notarial offre de solides garanties de légalité et d'équilibre, grâce à l'intervention du notaire en tant qu'autorité publique impartiale et professionnel du droit. Le notaire vérifie le consentement libre et éclairé, la capacité juridique, le respect des conditions légales et, le cas échéant, la légalité de l'a-

¹⁰ Voir également Daniela Negrila – Le divorce par procédure notariale. Études théoriques et pratiques, Éditions Universul Juridic, 2014, pp. 39–40.

¹¹ Selon les données statistiques officielles du Registre Notarial National des Demandes de Divorce (RNNECD), entre 2012 et 2022, les notaires publics en Roumanie ont finalisé un total de 160 417 dossiers de divorce, dont 81 659 impliquaient des enfants mineurs. À titre de comparaison, durant la même période, les tribunaux ont rendu 199 385 jugements de divorce, soit une moyenne annuelle d'environ 19 938 affaires. Ces chiffres confirment que le divorce notarial est devenu non seulement une alternative viable, mais également la voie privilégiée par un nombre important de justiciables, contribuant directement à la décongestion du système judiciaire et à une plus grande efficacité dans le règlement des litiges en droit de la famille.

ccord parental ou patrimonial. Les actes rédigés possèdent une force probante et exécutoire, garantissant une stabilité juridique et prévenant les litiges futurs.

4. LE RÔLE DES NOTAIRES DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE EN ROUMANIE

4.1. Les modes de divorce en Roumanie

Le divorce, ou la dissolution du mariage, est régi par le droit roumain dans le Code civil, Chapitre VII, Articles 373 à 404. Il constitue le moyen par lequel un mariage est dissous et, selon les dispositions légales actuelles, il n'est plus exclusivement de nature judiciaire. À la demande de l'un ou des deux époux, le divorce entraîne la cessation future des principaux effets juridiques de l'union matrimoniale¹².

D'un point de vue procédural, le Code civil roumain consacre trois voies distinctes de divorce, dont deux permettent une séparation consensuelle, tandis que la troisième autorise la dissolution indépendamment de l'accord des parties :

- **Divorce judiciaire** – accessible aux couples avec ou sans enfants mineurs;
- **Divorce administratif** – effectué par les autorités de l'état civil, applicable uniquement aux couples sans enfants mineurs ;
- **Divorce notarié** – accessible aux époux avec ou sans enfants mineurs.

4.1.1. Divorce judiciaire : par consentement mutuel ou pour faute

Selon l'article 374 du Code civil roumain, le divorce par consentement mutuel peut être prononcé par un tribunal, indépendamment de l'existence d'enfants mineurs et sans égard à la durée du mariage. Le tribunal doit constater l'existence d'un consentement libre et non contraint de la part des deux époux, avant de prononcer le jugement de divorce. Toutefois, si l'un des époux est placé sous interdiction légale, le divorce judiciaire par consentement mutuel n'est pas permis.

Le divorce judiciaire pour faute est régi par l'article 379 du même Code, qui permet au tribunal de prononcer la dissolution du mariage en constatant la

¹² I. Nicolae, *Le droit de la famille dans le contexte national et dans les relations de droit international privé*, Éditions Hamangiu, Bucarest, 2014, p. 163.

culpabilité de l'un ou des deux époux.¹³ Même si un seul époux initie la procédure, une faute conjointe peut être reconnue. Si l'un des époux décède au cours de la procédure, l'action peut être poursuivie par les héritiers légaux du défunt.

4.1.2. Divorce administratif : par accord des parties

Lorsque les époux conviennent de se séparer et qu'il n'existe aucun enfant mineur né ou adopté dans ou hors mariage, l'officier de l'état civil peut, en enregistrant leur volonté commune, accorder la dissolution du mariage. L'article 371 (1) du Code civil prévoit cette compétence en alternative, permettant aux époux de déposer leur demande soit auprès de l'autorité ayant célébré leur mariage, soit auprès de leur dernier domicile commun. Après vérification du respect de toutes les conditions légales, l'officier de l'état civil délivre un certificat de divorce.

4.1.3. Divorce notarié : par accord des parties - compétence juridique des notaires

Les mêmes dispositions législatives s'appliquent à la procédure de divorce notarié effectuée par un notaire public en Roumanie.¹⁴

L'article 376 du Code civil régit une procédure uniforme pour le divorce administratif et le divorce notarié, à l'exception du paragraphe (2), qui autorise l'un des époux à être représenté par procuration, au moyen d'un mandat authentique, lors du dépôt de la demande de divorce devant un notaire.

La conduite du divorce notarié doit être interprétée conjointement avec la Loi n° 36/1995 relative aux notaires publics et à l'activité notariale, ainsi que son Règlement d'application.¹⁵

Conformément à l'article 12, point (p), le notaire public est légalement habilité à conduire la procédure de divorce. Toutefois, selon l'article 15, point

¹³ Les dispositions du Code civil roumain doivent également être interprétées conjointement avec celles prévues aux articles 915-932 du Code de procédure civile roumain actuellement en vigueur.

¹⁴ La différence entre le divorce administratif et le divorce par procédure notariale réside dans le fait que, conformément au paragraphe (2) du même article, le divorce par consentement mutuel peut également être finalisé par un notaire public dans les cas où il existe des enfants mineurs nés du mariage, hors mariage ou adoptés, à condition que les époux parviennent à un accord concernant leur nom de famille après le divorce, ainsi que sur tous les aspects obligatoires relatifs aux enfants (l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la fixation de la résidence des enfants, les modalités d'entretien des relations personnelles avec l'enfant, et la détermination de la contribution de chaque parent aux frais d'éducation et d'entretien).

¹⁵ Règlement pour la mise en œuvre de la Loi n° 36/1995 relative aux notaires publics et à l'activité notariale, publié au Journal Officiel de Roumanie n° 479/2013.

(e), la compétence est limitée territorialement : elle revient au notaire dont l'étude est située dans la circonscription où le mariage a été célébré ou où les époux avaient leur dernier domicile commun.

Dans ce contexte, les articles 267 à 278 du Règlement d'application de la Loi n° 36/1995 constituent le cadre juridique applicable à la procédure de divorce notarié, qu'il y ait ou non des enfants mineurs. Selon ces dispositions, un divorce par consentement mutuel doit être réglé par le notaire territorialement compétent en fonction du lieu du mariage ou du dernier domicile commun des époux.¹⁶

4.2. Les étapes de la procédure de divorce notarié

4.2.1. Dépôt de la demande de divorce

Les étapes procédurales devant le notaire, qu'il y ait ou non des enfants mineurs, suivent une approche généralement uniforme, sous réserve d'exigences particulières en cas de présence d'enfants.

La première étape consiste en la présentation d'une demande conjointe de divorce devant un notaire public. Les deux époux doivent se présenter simultanément et en personne à l'étude notariale pour signer la demande en présence du notaire.

À titre exceptionnel, l'un des époux peut agir par l'intermédiaire d'un représentant légal, à condition que celui-ci soit mandaté par une procuration authentique établie spécifiquement à cet effet. L'article 269 du Règlement d'application de la Loi n° 36/1995 autorise explicitement cette possibilité, sous réserve que la procuration comprenne toutes les exigences formelles et substantielles.

Lors du dépôt de la demande, le notaire vérifie l'identité des parties et examine la compétence matérielle et territoriale. Il doit également s'assurer qu'aucune demande identique n'a déjà été enregistrée auprès d'une autre autorité compétente.

¹⁶ Conformément aux dispositions de l'article 268 du Règlement pour la mise en œuvre de la Loi n° 36/1995, « la dernière résidence commune s'entend du dernier domicile dans lequel les époux ont vécu ensemble. La preuve de la dernière résidence commune est apportée, selon le cas, par les documents d'identité des époux indiquant un domicile ou une résidence communs, ou, en l'absence de tels documents, par une déclaration authentique sur l'honneur de chacun des époux indiquant leur dernière résidence commune. Cette déclaration est inscrite dans la demande de divorce et dans la décision admettant la demande. »

Pour déterminer la compétence matérielle, le notaire examine : le consentement mutuel au divorce ; l'existence ou l'absence d'enfants mineurs nés ou adoptés pendant le mariage ; l'accord sur les noms portés après le divorce ; et l'absence d'une interdiction légale affectant l'un ou l'autre époux.

Les documents requis incluent : l'acte de mariage, les documents d'identité et les actes de naissance des époux, ainsi que ceux des enfants mineurs le cas échéant.

Après les vérifications nécessaires et l'enregistrement formel dans les registres internes, un **délai obligatoire de réflexion de 30 jours** est accordé. Si les parties ne se présentent pas à l'expiration de ce délai et ne sollicitent pas de report pour motif légitime, le notaire rejette la demande. En cas de présence d'enfants mineurs, la demande est également rejetée si aucun accord n'est trouvé concernant l'autorité parentale ou les noms post-divorce.

Le délai de réflexion peut uniquement être prolongé dans des circonstances limitées, comme l'absence d'un rapport d'enquête psychosociale requis ou l'impossibilité justifiée d'entendre un mineur.

Dans cette procédure, deux registres électroniques nationaux sont utilisés :

1. **Le Registre national des demandes de divorce (RNECD)** – administré par l'Union nationale des notaires publics de Roumanie ;
2. **Le Registre unique des certificats de divorce** – tenu par le Ministère des affaires intérieures.

C'est ce dernier qui génère le numéro unique de chaque certificat.

Après réception de la demande, le notaire transmet les données au RNECD. S'il n'existe aucune autre demande enregistrée, un **certificat de confirmation** est délivré, autorisant l'inscription formelle du dossier dans le Registre des divorces de l'étude notariale.

Au niveau local, l'étude tient deux registres :

- le **Registre des divorces** ;
- le **Registre duplicata des divorces, classé par ordre alphabétique.**

4.2.2. Demande de divorce, accord concernant l'enfant mineur et audition du mineur

La demande de divorce doit inclure les déclarations conjointes des époux concernant : le consentement libre, l'existence ou non d'enfants mineurs, la capacité juridique, l'absence de demandes identiques antérieures, le dernier domicile commun, et les noms portés après le divorce.

En cas de présence d'enfants mineurs, la demande doit en outre comporter :

- une déclaration stipulant que l'autorité parentale sera exercée **conjointement** par les deux parents (condition obligatoire pour le divorce notarié en présence d'enfants mineurs) ;
- la fixation de la **résidence** de l'enfant après le divorce ;
- la contribution financière précise du parent non résident à l'entretien, l'éducation, la scolarité et la formation de l'enfant ;
- un calendrier détaillé du **droit de visite** et les modalités de maintien des relations personnelles.

Tous les aspects relatifs à l'enfant doivent être consignés dans un **accord distinct et authentifié** le jour du divorce.

Après l'enregistrement de la demande, le notaire doit notifier l'autorité tutélaire compétente, afin qu'elle prépare un **rapport d'enquête psychosociale**, évaluant : l'exercice de l'autorité parentale, la résidence de l'enfant, le maintien des liens familiaux et la contribution des parents.

L'audition des mineurs âgés de 10 ans ou plus est **obligatoire**. Le notaire peut également décider d'entendre un enfant de moins de 10 ans. L'audition est consignée dans un procès-verbal signé par l'enfant et les deux parents.

4.2.3. Résolutions du dossier de divorce : admission et rejet de la demande. Certificat de divorce

À la fin de la procédure, le notaire doit rendre l'une des deux décisions suivantes :

- (a) Admission de la demande et délivrance du certificat de divorce ; ou
- (b) Rejet de la demande.

(a) Admission de la demande de divorce

À l'expiration du délai de 30 jours, si aucun obstacle n'existe, les deux époux doivent se présenter **en personne** devant le notaire (la représentation n'est plus admise).

En cas d'enfants mineurs, le rapport psychosocial et le procès-verbal d'audition sont annexés au dossier.

Si le notaire constate le consentement libre et éclairé des époux, conformément à l'article 273 du Règlement d'application de la Loi n° 36/1995, il authentifie l'accord parental et rédige l'« **accord d'admission** ».

Le notaire délivre ensuite le **certificat de divorce**, attestant la dissolution du mariage par consentement mutuel, **sans attribution de faute**.¹⁷

Le certificat précise les noms portés après le divorce et, le cas échéant, les références à l'accord parental.

Le numéro du certificat est généré par le Registre unique des certificats de divorce.

Le divorce produit effet à **la date de délivrance** du certificat.

Le notaire inscrit le numéro sur l'acte de mariage original et transmet une copie du certificat à l'autorité d'état civil compétente.

(b) Rejet de la demande de divorce

Le notaire doit rejeter la demande lorsque les conditions légales ne sont pas remplies. Parmi les motifs :

- L'un des époux déclare se rétracter ;
- L'un des époux ne se présente pas ;
- Absence d'accord sur l'autorité parentale ou les noms ;
- Le mariage a déjà été dissous par une autre autorité ;
- Réconciliation des parties ;
- Retrait de la demande ;
- Décès de l'un des époux avant la clôture de la procédure ;
- Absence du rapport psychosocial ou impossibilité d'entendre le mineur de 10 ans

¹⁷ Dragoş Isache – L'Encyclopédie notariale de la famille, Éditions Monitorul Oficial, Vol. 3, Bucarest, 2024, p. 115.

- Le rapport psychosocial conclut que l'accord n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

Un divorce notarié **n'est pas susceptible de recours**. Si les parties souhaitent recommencer après une rétractation ou réconciliation, **une nouvelle procédure doit être engagée**.

Le dossier de divorce est conservé pendant **10 ans** dans les archives de l'étude notariale. Une copie du certificat et de la décision d'admission est conservée de manière permanente.

5. DISPOSITIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ APPLICABLES AU DIVORCE NOTARIAL EN ROUMANIE¹⁸

5.1. La loi applicable au divorce et à la séparation légale selon le Code civil roumain

Dans le cadre de l'harmonisation du droit interne roumain avec le cadre juridique de l'Union européenne, la réglementation du divorce et de la séparation légale selon le Code civil roumain a subi des modifications importantes, s'écartant des dispositions antérieures de la Loi n° 105/1992¹⁹.

Dans les affaires comportant des éléments transfrontaliers, le cadre juridique applicable est régi à la fois par le Code civil roumain (articles 2597-2602) et par le Règlement (UE) n° 1259/2010²⁰ (communément appelé Règlement Rome III), complété par les dispositions pertinentes du Règlement (UE) n° 1111/2019²¹ (Bruxelles II ter), qui a remplacé l'ancien Règlement (CE) n° 2201/2003²² (Bruxelles II bis).

¹⁸ Ana Luisa Chelaru – Repères actuels en droit international privé. Personnes. Successions. Famille, Éditions Universul Juridic, Bucarest, 2018, pp. 345-358.

¹⁹ Loi n° 105/1992 relative à la réglementation des matières de droit international privé – abrogée lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil.

²⁰ Règlement du Conseil n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, publié au Journal Officiel de l'Union européenne L 343/2010.

²¹ Règlement du Conseil n° 1111/2019 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, et à l'enlèvement international d'enfants (refonte), abrogeant le Règlement n° 2201/2003 (Bruxelles II bis).

²² Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant le Règlement (CE) n° 1347/2000, publié au Journal Officiel de l'Union européenne L 338/1/2003.

Conformément au Code civil roumain, la détermination de la loi applicable au divorce relève, en principe, du libre choix des époux (*lex voluntatis*), qui peuvent sélectionner l'un des systèmes juridiques énumérés de manière exhaustive dans le Règlement²³. Concernant les exigences formelles d'un tel accord de choix de loi, celui-ci doit satisfaire certaines conditions de validité : être écrit, daté, signé par les deux époux et contenir une déclaration expresse. Lorsque la loi applicable impose une formalité particulière – comme c'est le cas en droit roumain – l'accord doit être conclu sous forme authentique, en tant que convention matrimoniale.

Une disposition essentielle relative à la détermination objective de la loi applicable, en l'absence d'un accord valide entre les époux, se trouve à l'article 2600 du Code civil roumain. Cet article établit, par ordre de préférence décroissant, les systèmes juridiques susceptibles de s'appliquer lorsque les parties n'ont pas exercé leur droit de choix²⁴. Dans ces situations, les époux ne disposent plus de la liberté de désigner la loi applicable.

Quant au concept de séparation légale, bien qu'il ne soit pas expressément réglementé comme une institution distincte dans le Code civil roumain actuel, il peut être interprété comme une décision judiciaire atténuant les effets du lien conjugal en autorisant les époux à vivre séparément. Cette notion peut être assimilée à la situation envisagée par l'article 379, paragraphe 2, du Code civil roumain, qui reconnaît une séparation de fait d'au moins deux ans comme motif valable de divorce²⁵.

À cet égard, l'article 2602 du Code civil précise que les règles relatives à la loi applicable au divorce s'appliquent *mutatis mutandis* à la séparation légale.

²³ Ainsi, conformément à l'article 2597 du Code civil roumain, les époux peuvent, d'un commun accord, désigner l'une des lois suivantes comme loi applicable à leur divorce : la loi de l'État dans lequel ils ont leur résidence habituelle commune au moment de la conclusion de la convention ; la loi de l'État dans lequel ils ont eu leur dernière résidence habituelle commune, à condition que l'un d'eux y réside encore ; la loi de l'État dont l'un des époux est ressortissant ; la loi de l'État dans lequel les époux ont résidé au moins trois ans ; ou la loi roumaine. La convention désignant la loi applicable peut être conclue ou modifiée jusqu'à la date à laquelle l'autorité compétente est saisie de la procédure de divorce. Toutefois, le tribunal peut prendre acte de la convention des époux jusqu'à la première audience à laquelle les deux parties ont été régulièrement convoquées.

²⁴ L'article 2600 du Code civil roumain prévoit que la loi applicable à la dissolution du mariage est l'une des suivantes : la loi de l'État dans lequel les époux ont leur résidence habituelle commune au moment du dépôt de la requête en divorce ; à défaut, la loi de l'État dans lequel ils ont eu leur dernière résidence habituelle commune, si l'un des époux y réside encore ; à défaut, la loi de l'État dont ils ont la nationalité commune au moment du dépôt de la requête ; à défaut, la loi de leur dernière nationalité commune, si l'un d'eux a conservé cette nationalité ; ou, en dernier recours, la loi roumaine. Si la loi étrangère ainsi désignée ne permet pas le divorce ou ne l'autorise que dans des conditions extrêmement restrictives, la loi roumaine s'applique, à condition qu'au moment du dépôt de la requête l'un des époux soit citoyen roumain ou réside habituellement en Roumanie.

²⁵ Dragos Alexandru Sitaru, *Droit international privé*, Éditions C.H. Beck, Bucarest, 2013, p. 207.

5.2. Applicabilité du Règlement (UE) n° 1111/2019²⁶ Bruxelles II ter

Alors que la détermination de la loi applicable au divorce est guidée par les articles 2597–2600 du Code civil roumain, la détermination de la compétence internationale est régie par les règles établies dans le Règlement (UE) n° 1111/2019, également appelé Règlement Bruxelles II ter.

Selon l'article 1(a) du Règlement, son champ d'application couvre le divorce, la séparation légale et l'annulation du mariage. Le paragraphe 9 du Préambule précise clairement que le Règlement s'applique exclusivement aux décisions relatives aux affaires matrimoniales, sans s'étendre aux motifs substantiels du divorce, aux mesures accessoires ou aux conséquences patrimoniales du mariage.

Dans ce contexte, il convient de noter que le Règlement utilise des termes et des concepts pouvant diverger dans leur sens de leurs équivalents dans la doctrine roumaine de droit international privé²⁷.

En outre, l'article 3 du Règlement élargit la notion de « juridiction » pour inclure non seulement les organes judiciaires, mais aussi toute autre autorité compétente, telle que les notaires publics, lorsqu'ils exercent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires selon le droit national²⁸.

Ainsi, dans les cas de divorce comportant un élément d'extranéité, une fois que la compétence est établie conformément au Règlement et que l'autorité compétente est identifiée comme une institution roumaine, la compétence du notaire public peut également être engagée. Cette compétence est conférée par l'article 267²⁹ du Règlement pour l'application de la Loi n° 36/1995, qui

²⁶ Acte normatif ayant réformé et abrogé le Règlement n° 2201/2003, applicable en Roumanie jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau règlement.

²⁷ Aux fins du Règlement, le terme « tribunal » signifie « toute autorité d'un État membre compétente dans les matières entrant dans le champ d'application du présent règlement ». Selon l'article 2, un « jugement » désigne toute « décision d'un tribunal d'un État membre, y compris un décret, une ordonnance ou un arrêt, prononçant le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage, ou concernant la responsabilité parentale », indépendamment de son intitulé.

²⁸ Conformément à l'article 3 du Règlement, en matière de divorce, la compétence appartient aux tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel se trouve : la résidence habituelle des époux ; leur dernière résidence habituelle, si l'un d'eux y réside encore ; la résidence habituelle du défendeur ; en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre des époux ; la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé au moins un an avant la requête ; la résidence habituelle du demandeur depuis au moins six mois avant la requête s'il est ressortissant de cet État ; ou la nationalité commune des deux époux.

²⁹ Comme mentionné précédemment, conformément à l'article 267, paragraphe (1) : « La procédure de divorce par consentement mutuel relève de la compétence du notaire public dont l'étude se trouve dans la juridiction du tribunal ou du Tribunal de Bucarest dans le ressort duquel le mariage a été conclu ou où se trouvait la dernière résidence commune des époux. »

dispose, aux paragraphes 1 et 2 (première phrase), que le divorce par consentement mutuel relève du notaire public du lieu où le mariage a été célébré ou du dernier domicile commun des époux.

Après réception de la demande de divorce, le notaire doit d'abord déterminer si la compétence territoriale existe. Toutefois, avant de procéder à cette vérification, conformément à l'article 138, paragraphe 2, de la Loi n° 36/1995, le notaire est tenu de vérifier si le droit roumain est applicable à la procédure. Cet examen préliminaire est indispensable pour établir si le droit substantiel roumain régit la procédure de divorce notarial.

Lorsque la compétence relève du notaire public roumain et que la procédure implique des éléments étrangers, le notaire délivre, en plus du certificat de divorce, le formulaire standard prévu à l'Annexe II du Règlement, conformément à l'article 36. Ce formulaire garantit la reconnaissance automatique de la décision de divorce dans les autres États membres de l'Union européenne.

5.3. Règlement (UE) n° 1259/2010 – Rome III

Applicable en Roumanie depuis le 21 juin 2012³⁰ le Règlement (UE) n° 1259/2010, connu sous le nom de Règlement Rome III, a été adopté afin d'établir un cadre juridique cohérent et prévisible permettant d'identifier la loi applicable au divorce et à la séparation légale dans les situations de conflit de lois. Le Règlement vise à assurer la sécurité juridique et à éliminer le risque qu'un époux engage une procédure devant un tribunal appliquant un régime juridique plus favorable, obtenant ainsi un avantage sur l'autre partie (voir Préambule, paragraphe 9).

Le mode de vie de plus en plus mobile des citoyens de l'Union européenne a nécessité une plus grande flexibilité et prévisibilité juridiques. Dans ce contexte, le Règlement cherche à renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce et de séparation légale en leur permettant de choisir la loi applicable (voir Préambule, paragraphe 15).

Concernant son champ matériel, le paragraphe 10 du Préambule précise que le Règlement s'applique exclusivement à la dissolution ou à l'assouplissement du lien matrimonial, et que la loi identifiée conformément aux règles de conflit du Règlement régit les motifs substantiels du divorce et de la séparation légale. Selon l'article 1³¹, le Règlement n'est applicable que lorsqu'un con-

³⁰ À l'exception de l'article 17, applicable depuis le 21 juin 2011.

flit de lois existe et que la relation juridique présente une dimension internationale.

Pour déterminer la loi applicable³², les époux peuvent désigner la règle de conflit pertinente, mais uniquement parmi celles expressément énumérées dans le Règlement³³.

L'article 5 du Règlement Rome III fixe les règles procédurales pour une telle désignation. Selon son paragraphe 2, l'accord sur la loi applicable peut être modifié jusqu'à la date à laquelle la juridiction est saisie. En l'absence d'accord — ou si un accord antérieur a été retiré — les époux peuvent encore choisir la loi applicable au cours de la procédure, à condition que la loi du for le permette expressément. Lorsque ces conditions procédurales sont remplies, le tribunal est tenu de constater le choix des parties.

En l'absence d'accord, le divorce et la séparation légale sont régis par l'un des systèmes juridiques indiqués par les règles de conflit énoncées à l'article 8 du Règlement³⁴.

Pour ce qui concerne la séparation légale, dans la mesure où elle est reconnue par le droit national, le Règlement prévoit que, si cette séparation est ultérieurement convertie en divorce, la loi applicable à la séparation continue de s'appliquer au divorce, sauf accord contraire entre les parties.

Bien qu'il soit directement applicable dans tous les États membres participants, le Règlement n'impose pas aux juridictions nationales l'obligation de prononcer un divorce dans les cas où le droit interne ne reconnaît pas l'institution du divorce ou la validité du mariage en cause aux fins de dissolution. Le Règlement Rome III fonctionne en conjonction avec le Règlement (UE)

³¹ Selon le même article 1 du Règlement, le paragraphe (2) précise que ne relèvent pas du champ d'application du règlement : a) la capacité juridique des personnes physiques ; b) l'existence, la validité ou la reconnaissance du mariage ; c) l'annulation du mariage ; d) le nom des époux ; e) les effets relatifs au régime matrimonial ; f) la responsabilité parentale ; g) les obligations alimentaires ; h) les fiducies ou les successions.

³² Concernant la loi applicable au divorce, voir également E. Viganotti, *Pratique du divorce international*, Lextenso Éditions, Gazette du Palais, Paris, 2016, pp. 53–58.

³³ Les époux peuvent choisir l'une des lois suivantes : a) la loi de l'État sur le territoire duquel ils ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; b) la loi de l'État sur le territoire duquel ils ont eu leur dernière résidence habituelle, si l'un y réside encore ; c) la loi de l'État dont l'un des époux est ressortissant ; d) la loi du for.

³⁴ L'article 8 du Règlement prévoit que le divorce et la séparation de corps sont régis par l'une des lois suivantes, dans cet ordre : a) la loi de l'État de résidence habituelle des époux au moment de la saisine du tribunal ; b) la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle, si celle-ci n'a pas pris fin plus d'un an avant la saisine et que l'un des époux y réside encore ; c) la loi de l'État dont les époux ont la nationalité commune au moment de la saisine ; d) la loi du for.

n° 1111/2019 (Bruxelles II ter), et ses dispositions matérielles sont pleinement harmonisées avec celles de ce dernier. Les dispositions du Code civil roumain sont également compatibles avec le Règlement Rome III, bien qu'elles soient entrées en vigueur avant son applicabilité directe.

Enfin, concernant son interaction avec d'autres instruments internationaux, l'article 19 du Règlement établit que son application n'affecte pas la mise en œuvre des conventions internationales auxquelles les États membres participants sont parties. Toutefois, entre États participants, le Règlement Rome III prime sur toute convention bilatérale ou multilatérale antérieure portant sur la même matière.

6. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS POUR L'EXTENSION DE LA PROCÉDURE DE DIVORCE NOTARIAL DANS D'AUTRES JURIDICTIONS

La procédure de divorce notarial, telle qu'elle est réglementée et mise en œuvre en Roumanie, constitue une illustration convaincante de la déjudiciarisation effective d'un domaine sensible du droit de la famille. La délégation de compétence aux notaires publics a permis de décharger les tribunaux d'un nombre important d'affaires non contentieuses, de réduire la durée de traitement de ces affaires et d'offrir aux citoyens une alternative juridique rapide et accessible. En outre, cette évolution a renforcé le rôle du notaire en tant qu'autorité publique chargée de gérer les litiges familiaux dans un environnement extrajudiciaire, impartial et professionnel.

Au cours des quinze dernières années de pratique, le divorce notarial a démontré que les procédures de droit de la famille n'impliquant pas de litige substantiel peuvent être traitées efficacement, en garantissant la sécurité juridique et le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans intervention judiciaire. Le succès de ce modèle procédural repose sur l'existence d'un cadre juridique clair, d'un contrôle professionnel strict de la pratique notariale, de la numérisation des processus, ainsi que d'une coopération institutionnelle constructive entre notaires, autorités de protection de l'enfance et administrations de l'état civil.

De plus, l'intégration des instruments de droit international privé et des règlements européens – notamment le Règlement (UE) n° 1259/2010 (Rome III) et le Règlement (UE) n° 1111/2019 (Bruxelles II ter) – a permis d'aligner la pratique notariale roumaine sur les normes juridiques européennes. Cela

a facilité le traitement des divorces transfrontaliers dans un cadre prévisible, équitable et juridiquement reconnu dans toute l'Union européenne.

Recommandations pour les notaires d'autres juridictions

Pour les notaires exerçant dans d'autres systèmes juridiques et souhaitant élargir leurs compétences en droit de la famille, en particulier en matière de divorce, l'expérience roumaine peut servir d'exemple particulièrement instructif. Les recommandations suivantes sont proposées :

- 1. Établir un cadre juridique clair et cohérent** – Il est essentiel d'adopter une législation nationale reconnaissant explicitement le rôle du notaire en tant qu'autorité publique en matière de divorce, garantissant impartialité, sécurité juridique et protection des droits fondamentaux.
- 2. Définir les critères d'admissibilité de la procédure** – Le divorce notarial devrait être accessible exclusivement dans les cas non contentieux, lorsque les époux expriment un consentement mutuel à dissoudre le mariage et s'accordent sur toutes les conséquences juridiques, en particulier concernant les enfants mineurs.
- 3. Formation professionnelle et spécialisation des notaires** – Les notaires devraient suivre une formation rigoureuse en droit de la famille, psychologie de l'enfant et instruments juridiques internationaux applicables, afin d'assurer un haut niveau de compétence juridique et éthique.
- 4. Coopération interinstitutionnelle** – Une collaboration effective avec les organismes de protection de l'enfance doit être institutionnalisée, notamment dans les affaires impliquant des mineurs, y compris les évaluations psychosociales et la vérification de l'intérêt supérieur de l'enfant.
- 5. Numérisation et transparence procédurale** – La mise en œuvre de registres électroniques centralisés (comme le Registre national des demandes de divorce et le Registre unique des certificats de divorce en Roumanie) améliore la transparence, empêche les enregistrements multiples et assure un suivi précis des dossiers.
- 6. Harmonisation avec le droit international privé** – L'adoption de dispositions législatives permettant l'application et la reconnaissance des normes européennes et internationales relatives à la compétence et à la loi applicable est essentielle pour faciliter la reconnaissance transfrontalière des décisions de divorce.



AUTRES ARTICLES

SUR LES POUVOIRS DU NOTAIRE
EN MATIÈRE DE DIVORCE

**El impacto de la competencia notarial material
en la desjudicialización del divorcio incluido con supuestos
de hijos menores de edad del matrimonio**

Victor Hugo Estacio Chan, Notario en Perú (ES)

https://drive.google.com/file/d/1uvbcsCO__17ISrCu_TZrbE0hqoftak5u/view?usp=sharing

Le divorce sans juge:

Retour d'expérience en France ou L'exception française

Corinne Dessertenne-Brossard, Notaire en France (FR)

https://drive.google.com/file/d/1LegFGPld9TSENSt2zeT-QrwJCrLNsYx_/view?usp=sharing





9

COMPÉTENCES DES
NOTAIRES POLONAIS EN
MATIÈRE SUCCESSORALEKACPER GÓRNIAK / NOTAIRE À CHRZANÓW, POLOGNE
Docteur, Université Jagellonne de Cracovie

1. INTRODUCTION

Après 1989, l'économie polonaise et, par conséquent, le droit polonais ont connu une transformation, passant d'une économie planifiée à une économie de marché. Il en a résulté l'essor et le développement des entreprises privées ainsi que l'augmentation de la richesse dans la société polonaise. Après 45 ans d'occupation communiste, c'était quelque chose de nouveau. Les gens ont commencé à accumuler des richesses à plus grande échelle : non seulement des biens immobiliers, mais aussi des capitaux, des maisons, des appartements, des entreprises, des actions ou des obligations privés. Cette nouvelle situation économique a posé des défis au système juridique. Malgré de nombreux changements importants dans le droit, et en particulier dans le droit privé, le droit successoral est resté inchangé pendant une longue période. Le problème ne venait pas de l'héritage communiste du Code civil du 25 avril 1964, y compris sa quatrième partie (art. 922-1088) consacrée au droit successoral, car ces dispositions n'étaient pas – et ne sont pas actuellement – souscrites à l'axiologie socialiste. Elles constituent, dans leur essence, un droit successoral parfaitement « occidental » : avec un large catalogue d'héritiers légaux, la liberté de tester ou la liberté de partager la succession conformément à la volonté des cohéritiers. Le problème était – et reste – que le droit successoral polonais, tant matériel que procédural, a été rédigé pour une société pauvre où les successions sont modestes, ne comprennent pas d'actifs commerciaux, ni de dettes importantes,

et ne nécessitent donc pas d'instruments juridiques complexes pour la planification successorale, la gestion ou la protection des actifs¹.

La disparité entre la situation économique et la simplicité du droit successoral a conduit à des changements importants qui ont été introduits dans la législation polonaise au cours des douze dernières années. Ces changements ont élargi la portée de la liberté testamentaire, accéléré le processus de certification de l'héritage, créé de nouveaux mécanismes limitant la responsabilité en matière de dettes successorales, mis en place des instruments juridiques complexes servant à gérer les actifs commerciaux au décès de l'entrepreneur et permis la planification successorale multigénérationnelle grâce à des dispositifs de type fiducie². Il s'agit là de changements substantiels du droit successoral polonais qui ont réorienté sa structure systématique et axiologique. Et il ne fait aucun doute que ce processus n'est pas encore terminé.

La plupart des nouveaux instruments du droit successoral polonais ont créé de nouvelles compétences pour les notaires. La volonté d'adapter le droit successoral aux nouvelles circonstances économiques s'est accompagnée de la nécessité d'alléger le travail des tribunaux. Les tribunaux polonais sont constamment surchargés et procèdent lentement, c'est pourquoi le législateur, en mettant en œuvre de nouveaux dispositifs juridiques en matière de droit successoral, tente de les attribuer aux notaires. En conséquence, le rôle des notaires dans les affaires successorales est désormais très actif.

Les plus importants de ces instruments seront présentés dans les points suivants. Ils peuvent être divisés en trois groupes. Premièrement, il y a les compétences quasi judiciaires, attribuées aux notaires, afin de résoudre les litiges successoraux incontestables. Deuxièmement, certaines nouvelles compétences des notaires leur permettent désormais d'être destinataires d'actes juridiques qui, auparavant, ne pouvaient être effectués que devant un tribunal.

Troisièmement, le champ d'activité des notaires est parfois élargi par la mise en œuvre de nouveaux types d'actes juridiques nécessitant la forme d'un acte notarié. Toutes les nouvelles compétences notariales en matière successorale ne sont peut-être pas une réussite totale, mais de nombreuses réglementations ont eu un impact positif sur les transactions juridiques, contribuant également à alléger la charge des tribunaux. Cette expérience polonaise de trans-

¹ F. Longchamps de Bériet, La substitution fiduciaire, "Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1999 (2), p. 324 ; F. Zoll, Faut-il revenir au débat sur la structure du futur code civil ?, dans Études de droit privé. Livre jubilaire dédié au Professeur Wojciech Popiołek (dir. M. Jagielska et al.), Wolters Kluwer : Varsovie 2017 ; p. 833.

² K. Górniak, La succession de l'entreprise en cas de décès de l'entrepreneur, Beck : Varsovie 2023, p. 449-448.

formation du droit successoral peut également s'avérer fructueuse pour d'autres juridictions.

2. COMPÉTENCES QUASI JUDICIAIRES DES NOTAIRES POUR RÉGLER LES QUESTIONS SUCCESSORALES

Le premier instrument juridique accordé aux notaires en Pologne, et sans doute le plus important, est la certification notariale de la succession. Jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, lorsque le droit privé polonais a été unifié, le droit successoral respectait deux règles générales importantes inspirées du droit allemand. Premièrement, l'acquisition de l'héritage doit être confirmée, sinon les droits d'un héritier ne peuvent être pleinement exercés (art.1025-1027 du Code civil polonais³, anciennement art. 45-47 du décret sur le droit successoral de 1945⁴). Deuxièmement, seul le tribunal, après une procédure judiciaire, peut rendre une décision confirmant l'acquisition de l'héritage. Cette deuxième règle a été abrogée par la loi du 24 août 2007⁵ qui a introduit un autre moyen de confirmer l'acquisition de la succession : une attestation notariale de succession.

La justification de ce nouvel instrument était de soulager les tribunaux en transférant une partie des successions nécessitant la confirmation des tribunaux aux notaires⁶. Elle s'applique aux cas non contentieux, puisque l'ordre de succession est fondé sur la loi ou sur des dernières volontés incontestables et sur le fait que toutes les personnes intéressées s'accordent sur l'ordre de succession. Ces cas ne donnent lieu à aucun conflit réel et il n'est donc pas nécessaire de les résoudre devant les tribunaux⁷. La loi a plutôt introduit une procédure non contentieuse et hautement formalisée, menée par un notaire qui, à l'issue de celle-ci, délivre et enregistre un certificat notarié de succession. Cet acte confirme l'acquisition de la succession et lie tous les tiers et toutes les administrations, sauf s'il est annulé par un tribunal. Telles sont les hypothèses de base de la certification notariale de succession qui ont été mises en œuvre par le biais de dispositions spécifiques qui seront présentées ci-après.

³ Loi du 23 avril 1964 – Code civil, Journal of Laws (“JL”) 2024, item 1061 (“PCC”).

⁴ Décret du 8 octobre 1946 – Loi sur les successions, JL 1946, item 328.

⁵ J. L 2007, item 1287.

⁶ K. Grzybczyk, M. Szpunar, La certification notariale de la succession comme méthode alternative..., “Rejent” 2006(2), p. 44–57 ; P. Borkowski, Certification notariale de la succession, LEX : Varsovie 2011, p. 15–16.

⁷ W. Borysiak dans Commentaires de droit privé. Tome IVB..., art. 95a, note 2.

Conformément à l'article 95a de la loi du 14 février 1991 sur le notariat⁸, un notaire délivre un certificat de succession lorsque la succession résulte de l'ordre légal de succession ou d'un testament autre que les « testaments spéciaux », c'est-à-dire ceux qui ne peuvent être exécutés que dans des cas d'urgence spécifiques (parmi lesquels figurent : le testament oral, le testament de voyage et le testament militaire – articles 952 à 955 du PCC). Par conséquent, un notaire peut s'appuyer sur la certification notariale testament olographe, testament écrit (holographe) ou testament officiel (rédigé en présence d'un fonctionnaire). Les « testaments spéciaux » ont été exclus car leur validité est intrinsèquement controversée (que l'« urgence » soit réelle ou non) et cela contredirait le caractère incontestable des procédures notariales⁹.

Un notaire ne peut certifier une succession qu'après avoir établi un protocole de succession avec la participation et le consentement de toutes les personnes intéressées (art. 95b du PON). Les personnes intéressées sont définies comme les personnes pouvant être considérées comme des héritiers légaux ou testamentaires (art. 95aa du PON). Cela comprend au moins deux groupes de personnes. Premièrement, les héritiers légaux du cercle le plus proche, c'est-à-dire le cercle des parents qui peuvent hériter de la succession après le décès d'une personne donnée (par exemple, une épouse et des enfants, si le défunt en a laissé ; les parents du défunt s'il n'a laissé ni épouse, ni enfants, ni descendants plus éloignés)¹⁰. Ensuite, les personnes désignées comme héritiers dans un testament, et s'il existe plusieurs testaments, cela s'applique à toutes les personnes désignées dans tous les testaments¹¹. Ce qui est essentiel dans cette réglementation, c'est que le premier groupe de personnes (considérées comme héritiers légaux) reste qualifié de personnes intéressées même s'il existe un ou plusieurs testaments désignant des héritiers différents¹². La raison en est que les héritiers légaux peuvent avoir intérêt à contester le testament désignant des héritiers testamentaires¹³. Cette règle préserve le caractère consensuel de la procédure. La loi n'exige pas la présence des personnes exclues de la succession comme si elles n'avaient pas vécu jusqu'à l'ouverture de la succession. Cela inclut les personnes qui ont renoncé à la succession (art. 1020 du PCC, art. 95aa § 2 du PON), celles qui ont été déclarées par un tribunal indignes de succéder (art. 928 du PCC, art. 95aa § 2 du PON) et les personnes qui

⁸ JL 2024, item 1001 ("PON").

⁹ W. Borysiak... art. 95a, note 31.

¹⁰ P. Bender, Les participants à la certification notariale..., "KPN" 2017(3), p. 16-17 ; W. Borysiak... art. 95aa, note 5.

¹¹ P. Bender... p. 19, W. Borysiak... note 11.

¹² W. Borysiak... note 6.

¹³ P. Bender... p. 15-16.

ont renoncé à la succession par voie d'un contrat conclu avec la personne à laquelle elles doivent succéder (art. 1049 § 2 du PCC)¹⁴.

Toutes les personnes intéressées doivent être présentes lors de l'établissement d'un protocole de succession où elles s'accordent mutuellement sur l'ordre de succession et toutes les circonstances spécifiques qui sont déterminantes pour cette solution, telles que le cercle des parents (par exemple, qu'il n'y a pas d'autres enfants du défunt), l'absence de testament ou l'existence et la validité d'un testament (s'il y en a un), l'absence de décision antérieure confirmant cette succession (judiciaire ou notariée), domicile du défunt. Les déclarations incluses dans le protocole sont faites sous peine de responsabilité pénale pour fausse déclaration. Au départ, les personnes intéressées devaient être présentes en même temps et faire toutes les déclarations conjointement, dans le même protocole, mais cela a changé en vertu de la loi du 24 juillet 2015¹⁵. Depuis lors, il est possible de préparer un projet de protocole de succession et ce projet peut être accepté par chaque personne intéressée à des moments différents et même devant différents notaires (art. 95ca du PON)¹⁶.

Un notaire délivre un certificat de succession sur la base des déclarations des parties figurant dans le protocole de succession et des documents pertinents, tels que les protocoles d'ouverture du testament, les actes attestant l'acceptation de la succession, ainsi que les actes de naissance, de mariage ou de décès.

Un certificat de succession prend effet après son inscription au registre des successions (art. 95h du PON). Cette inscription permet également de vérifier facilement si le certificat a été délivré lorsqu'une personne demande à obtenir un nouveau certificat (art. 95h § 4 du PON).

La réglementation discutée garantit le caractère non contentieux de la certification notariale de succession. Ce principe est renforcé par la règle supplémentaire énoncée à l'article 95e § 1 du PON, qui stipule qu'un notaire ne délivre pas de certificat de succession s'il existe un doute quant à l'existence d'une juridiction nationale, au contenu du droit étranger applicable, à la personne de l'héritier et au montant des parts dans la succession. Dans la pratique, le certificat peut être délivré si la famille s'accorde sur l'ordre de succession, c'est-à-dire s'il n'y a pas de conflit concernant la succession. En outre, l'existence même d'un tel instrument encourage le règlement à l'amiable

¹⁴ P. Bender... p. 32-41 ; W. Borysiak... note 49.

¹⁵ JL 2015, item 1137.

¹⁶ P. Bender... p. 10-11.

d'une question successorale. Les gens sont conscients du fait qu'ils peuvent obtenir un certificat notarié d'héritier même dans les jours qui suivent le décès du défunt, alors que la déclaration de succession par le tribunal nécessite plusieurs mois (voire plus). Si elles souhaitent régler rapidement une affaire, elles sont plus enclines à trouver un accord.

Il convient de noter que la procédure notariale de certification de la succession n'est pas obligatoire. Les parties sont libres de porter l'affaire devant le tribunal sans obstacle. Mais lorsque le certificat notarié de succession est délivré, il est contraignant pour toutes les parties et tous les services et il ne peut être révoqué que par le tribunal dans le cadre d'une procédure spéciale. La preuve que l'acte de succession est erroné ne peut être apportée que dans le cadre d'une procédure de révocation ou de modification de l'acte, menée par le tribunal, qui doit, dans le même temps, délivrer une déclaration de succession (art. 679 du Code de procédure civile polonais). Le certificat notarié de succession doit également être révoqué si une déclaration judiciaire de succession a été délivrée pour la même succession (art. 6691 du Code de procédure civile polonais). En outre, une présomption découlant d'un certificat notarié enregistré de succession ne peut être invoquée à l'encontre d'une présomption découlant d'une déclaration judiciaire de succession (art. 1025 § 3 du PCC). Ces règles illustrent la priorité juridique de la décision du tribunal sur le certificat notarié¹⁷. Toutefois, en l'absence de déclaration judiciaire de succession, un certificat notarié de succession a une force contraignante similaire à celle de la décision du tribunal¹⁸. Cela montre que lorsqu'il délivre un certificat de succession, le notaire rend en fait une décision quasi judiciaire à l'issue d'une procédure quasi judiciaire – bien que non contentieuse –¹⁹, ce qui est parfois considéré comme une « privatisation » de la puissance publique²⁰.

Après dix-sept ans d'utilisation du certificat notarial de succession, il s'est avéré être un instrument juridique efficace. Actuellement, environ 60 à 70 % des affaires successorales sont résolues au moyen d'un certificat notarial de succession. C'est un moyen efficace de décharger les tribunaux.

L'expérience acquise par les notaires polonais dans la certification des successions a conduit à la décision de leur conférer également la compétence

¹⁷ Z. Truszkiewicz, Annulation de l'acte de certification de la succession, "Przegląd Sądowy" 2010(7-8), p. 7-23.

¹⁸ Z. Truszkiewicz... p. 5-24.

¹⁹ W. Borysiak... art. 95a, note 4.

²⁰ P. Ksiezak, Nature juridique de l'acte de certification de la succession, dans Certification notariale de la succession, Beck : Varsovie 2019, p. 1-16.

d'émettre le Certificat Successoral Européen, avec l'introduction du Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 (art. 95q-95y du PON).

Un autre instrument illustrant le rôle des notaires en matière successorale est l'administrateur de succession. Ce dispositif juridique a été introduit par la loi du 5 juillet relative à la gestion successorale. Le but de cette réglementation est de faciliter la succession d'entreprises après le décès d'un entrepreneur personne physique exerçant en son nom propre. Le décès d'un tel entrepreneur entraîne des difficultés dans l'exécution des contrats, l'expiration des licences, la gestion du personnel, le règlement des impôts ou encore la tenue de la comptabilité.

Soudainement, l'entreprise perd son unique propriétaire et son seul gestionnaire. L'administrateur de succession doit donc gérer temporairement l'entreprise (pour une durée maximale de deux ans après le décès), afin de pouvoir la transmettre aux héritiers définitifs une fois ceux-ci identifiés.

Bien que l'entrepreneur puisse désigner un administrateur de succession de son vivant par un acte écrit (art. 9 du PSM), il est également possible de le nommer après son décès. L'art. 12 du PSM introduit une procédure notariale visant à nommer un administrateur de la succession d'une entreprise, suivant un modèle similaire à celui du certificat notarial de succession.

Le caractère exceptionnel de cette procédure – et donc son utilité – découle du fait que la loi exige la présence de personnes dont la qualité d'héritier n'est pas encore certaine. Le notaire émet un certificat notarial de nomination de l'administrateur de succession en présence de personnes appartenant au cercle (le plus proche) des héritiers légaux ou, en cas de testament, des héritiers testamentaires, mais aucune de ces personnes ne doit avoir été préalablement confirmée par une certification judiciaire ou notariale de succession.

Elles peuvent alors être qualifiées « d'héritiers provisoires », puisque leur statut juridique est simplement présumé (et non définitivement établi).

La procédure notariale de nomination requiert la présence de toutes les personnes intéressées, y compris non seulement les héritiers (provisaires ou définitifs, si leur statut est confirmé), mais également le conjoint survivant copropriétaire de l'entreprise (art. 12(1)–(2) du PSM). Ces personnes font des déclarations conjointes concernant la situation de l'entreprise laissée par le

défunt, lesquelles sont consignées dans le procès-verbal notarial de nomination (art. 95zc du PON).

Il n'est pas nécessaire qu'elles soient unanimes : le consentement de personnes détenant collectivement plus de 85/100 de la part de l'entreprise héritée suffit (art. 12(3) du PSM). Cette majorité peut nommer un administrateur dont les compétences seront pleinement effectives à l'égard de tous les copropriétaires. De plus, la nomination reste valable même si le cercle final des héritiers s'avère différent de celui présumé lors de la nomination. Cela montre le caractère unique de cette procédure et souligne le rôle important joué par les notaires. Elle peut être qualifiée d'instrument quasi juridictionnel par lequel le notaire agit presque comme un juge dans une affaire non contentieuse.

Néanmoins, la popularité de la gestion successorale reste limitée en Pologne : environ deux mille administrateurs « actifs » sont désignés chaque année.

3. LES NOTAIRES COMME DESTINATAIRES D'ACTES JURIDIQUES AUPARAVANT RÉSERVÉS AUX TRIBUNAUX

À l'origine, les notaires en Pologne ne recevaient que les déclarations d'acceptation ou de renonciation à la succession, compétence qu'ils partagent — comme aujourd'hui — avec les tribunaux. L'art. 1018 § 3 du PCC dispose que la déclaration d'accepter ou de renoncer à la succession est faite devant un tribunal ou un notaire.

L'intervention du tribunal était obligatoire dans deux cas :

1. lorsque l'héritier renonçant était un mineur ;
2. lorsque l'héritier souhaitait bénéficier de la limitation de responsabilité pour les dettes successorales.

L'art. 101 § 3 du Code de la famille et de la tutelle prévoit que les parents ne peuvent effectuer, sans l'autorisation du tribunal tutélaire, des actes dépassant la gestion ordinaire. Il ne fait aucun doute qu'une renonciation à la succession au nom d'un mineur constitue un tel acte, exigeant donc une autorisation judiciaire.

Récemment, le législateur polonais a assoupli cette règle. La nouvelle loi du 28 juillet 2023 a introduit l'art. 101 § 4 du PCFG, selon lequel la renonciation à la succession par un parent au nom d'un enfant ne requiert pas l'autori-

sation du tribunal si quatre conditions sont remplies simultanément :

1. Le parent doit avoir l'autorité parentale complète.
2. Le consentement des deux parents est requis.
3. L'enfant n'hérite que suite à la renonciation du parent.
4. Les autres descendants des parents doivent également avoir renoncé à la succession.

La déclaration attestant ces conditions doit figurer dans l'acte notarial, sous peine de responsabilité pénale pour fausse déclaration (art. 641 § 31 du Code de procédure civile).

Ces nouvelles règles — inspirées partiellement du §1643 du BGB — ont déplacé des milliers de demandes d'autorisation judiciaire vers les notaires, qui peuvent désormais traiter ces renonciations rapidement et efficacement. Toutefois, cette voie n'est pas obligatoire : les parents peuvent encore saisir le tribunal s'ils le souhaitent.

Un autre exemple de compétence partagée concerne la limitation de responsabilité pour les dettes successorales. Lorsque l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire — ce qui est présumé s'il ne fait aucune déclaration dans les six mois (art. 1015 du PCC) — sa responsabilité est limitée à la valeur des biens successoraux (art. 1031 § 2 du PCC).

Initialement, ces biens et leur valeur devaient être établis dans un inventaire officiel remis par le tribunal (arts. 637–637¹ PCCP). La loi du 20 mars 2015 a introduit une alternative : l'inventaire privé, document préparé par l'héritier lui-même et présenté devant un tribunal ou un notaire (art. 1031 § 1 du PCC). Cet inventaire limite la responsabilité seulement si les biens et dettes sont révélés avec diligence ; autrement, le bénéfice peut être contesté par les créanciers.

Si la succession est simple, l'inventaire privé est un bon choix ; mais s'il y a complexité, il devient difficile de satisfaire aux exigences. Ainsi, malgré l'alternative notariale, la majorité des héritiers préfèrent encore l'inventaire officiel du tribunal.

D'autres changements mineurs ont également confié aux notaires des actes auparavant réservés aux tribunaux, tels que le procès-verbal d'ouverture de testament (art. 649 PCCP) ou la délivrance de certificats à l'exécuteur testamentaire (art. 665 PCCP).

Pris ensemble, ces changements ont profondément modifié l'équilibre des compétences, renforçant nettement la position du notariat.

4. NOUVEAUX ACTES JURIDIQUES EXIGEANT LA FORME DE L'ACTE NOTARIÉ

Les nouvelles compétences précédentes présentent le notaire comme substitut ou auxiliaire du tribunal. Mais son rôle le plus traditionnel demeure la préparation d'actes juridiques, le conseil impartial aux parties et l'aide à choisir l'acte le plus adapté à la protection de leurs intérêts.

Toute nouvelle catégorie d'acte exigeant une forme notariée élargit donc son domaine d'intervention.

Ces dernières années, le droit polonais a été enrichi par deux actes importants exigeant un acte notarié.

Le legs par vindication

Introduit par la loi du 18 mars 2011, ce type de legs permet le transfert direct d'un bien individualisé du défunt au légataire. Ce transfert est effectif au moment du décès, en dehors de la succession universelle.

Le légataire n'a pas besoin d'être héritier et acquiert directement du défunt. Ses droits sont confirmés selon les mêmes procédures que ceux des héritiers, et il est responsable des dettes successorales jusqu'à concurrence de la valeur du bien légué.

En raison de sa complexité et de ses effets, ce legs n'est valable que dans les testaments notariés.

La fondation familiale

Introduite par la loi du 26 janvier, elle constitue une personne morale destinée à accumuler un patrimoine, le gérer dans l'intérêt des bénéficiaires et les soutenir selon les dispositions du fondateur.

Contrairement aux fondations classiques, elle poursuit un objectif de nature privée, assurant la gestion intergénérationnelle du patrimoine familial.

La loi impose que l'acte constitutif et la charte soient établis sous forme notariée (art. 22 et 26 du PFF).

Ce dispositif est déjà très populaire malgré sa récente introduction.

5. CONCLUSIONS

Cette présentation succincte montre à quel point les compétences des notaires polonais en matière successorale se sont élargies. Il y a vingt-cinq ans, leur rôle en matière de succession était marginal ; aujourd'hui, il constitue une part essentielle de leur pratique quotidienne. Les changements ont été progressifs, chaque nouvelle compétence apparaissant tous les quelques ans. Compte tenu du fait que le droit des successions polonais n'est pas encore pleinement adapté à l'économie de marché, il est probable que cette évolution se poursuive dans les années à venir, apportant de nouvelles compétences notariales dans ce domaine.

Littérature :

Bańczyk W., *Cour de justice de l'Union européenne, 12.10.2017 : L'efficacité du legs étranger « par vindication » dans un État qui ne le reconnaît pas et les limites du droit des successions, sur la base du Règlement (UE) n° 650/2012*, "Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 2020(3)

Bender P., dans *Commentaires de droit privé. Tome IVC. Droit successoral des entrepreneurs. Commentaire* (dir. K. Osajda), Beck : Varsovie 2022

Bender P., *Les participants à la certification notariale de la succession (« personnes intéressées ») dans le cadre de la Loi sur le notariat modifiée*, "Krakowski Przegląd Notarialny" 2017(3)

Borkowski P., *Certification notariale de la succession*, LEX : Varsovie 2011

Borysiak W., dans *Commentaires de droit privé. Tome IVB. Droit et procédure successorale. Commentaire* (dir. K. Osajda), Beck : Varsovie 2018

Górniak K., *Introduction dans Commentaires de droit privé. Tome IVC. Droit successoral des entrepreneurs. Commentaire* (dir. K. Osajda), Beck : Varsovie 2022

Górniak K., *La succession de l'entreprise en cas de décès de l'entrepreneur*, Beck : Varsovie 2023

Grzybczyk K., Szpunar M., *La certification notariale de la succession comme méthode alternative de constatation du droit d'hériter*, "Rejent" 2006(2)

Ksiezak P., *La nature juridique de l'acte de certification de la succession*, dans *Certification notariale de la succession* (dir. A. Marciniak), Beck : Varsovie 2019

Longchamps de Brier F., *La substitution fiduciaire*, "Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1999(2)

Margonski M., *Exemption légale de l'obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal pour que les parents renoncent à la succession au nom d'un mineur* (art. 101 § 4 du Code de la famille et de la tutelle) – analyse de la nouvelle solution, "Rejent" 2024(4)

Truszkiewicz Z., *Annulation de l'acte de certification de la succession*, "Przegląd Sadowy" 2010(7–8), pp. 7–23

Zoll F., *Faut-il revenir au débat sur la structure du futur code civil ?*, dans *Études de droit privé. Livre jubilaire dédié au Professeur Wojciech Popiolek* (dir. M. Jagielska et al.), Wolters Kluwer : Varsovie 2017





LA PERSONNE ET LA FAMILLE • SUCCESSIONS

MODÉRATRICE: VALENTINA RUBERTELLI

10

HÉRITAGE NUMÉRIQUE : ENTRE SUCCESSION PATRIMONIALE ET DROITS DE LA PERSONNALITÉ

Propositions pour une pratique notariale européenne

CLARISSA FONDA / NOTAIRE À ROME, ITALIE

Membre de la Commission internationale du Conseil des notaires italiens

Vice-présidente de la Commission des thèmes et congrès de l'UINL

“Moi, Taylor Alyson Swift, je laisse à mes fans une étreinte virtuelle et une gratitude éternelle. Mon cœur bat pour chacun d'entre vous, car vous avez toujours été là. Je vous laisse une série de playlists que j'ai sélectionnées, car je crois que la musique peut changer le monde”

Voici le testament que ChatGPT a imaginé pour Taylor Swift. Mais l'intelligence artificielle peut-elle rédiger un testament ? Comment garantir mon identité numérique ? La succession numérique existe-t-elle ?

L'identité numérique est un concept moderne, né avec Internet. Elle évolue à travers une dialectique constante entre sa nature protéiforme et le droit à l'anonymat, entre la nécessité d'une authentification pour y accéder et le droit à la vie privée.

Il existe des attributs qui peuvent varier (comme le lieu de résidence) et d'autres qui ne peuvent pas (comme les données biométriques). Ces derniers méritent une protection particulière.

Trois facteurs d'authentification :

- Quelque chose que vous connaissez (mot de passe, code PIN)
- Quelque chose que vous possédez (jeton OTP, PKI)
- Quelque chose que vous êtes (données biométriques)

La gestion de ces systèmes d'identification et d'authentification permet d'accéder à notre patrimoine, notre héritage numérique.

Ces dernières années, le patrimoine de nos clients est devenu de plus en plus hybride : outre les actifs traditionnels, on trouve désormais des comptes en ligne, des archives dans le cloud, des bibliothèques numériques, des crédits auprès de plateformes, des domaines Internet, des portefeuilles d'actifs cryptographiques, des profils sociaux, des sites web personnels, ainsi qu'une quantité énorme de traces numériques et de « vestiges ». Ceux-ci n'ont souvent pas de valeur économique immédiate, mais sont riches en signification personnelle et en valeur probante.

Il est nécessaire de faire la distinction entre les actifs numériques et les appareils sur lesquels ils sont stockés, ainsi qu'entre les actifs numériques créés par le défunt et ceux acquis au cours de sa vie. Dans le cas des actifs créés, le droit de transmission est total ; pour les droits acquis, la succession doit suivre les conditions contractuelles initialement acceptées.

La question qui se pose à nous est à la fois simple et exigeante : comment garantir la continuité juridique et la protection de la personne même après sa mort numérique, avec des outils efficaces, proportionnés et respectueux de la vie privée des tiers ?

Je propose aujourd'hui un cadre et un ensemble de lignes directrices opérationnelles pour la pratique notariale, élaborés à la croisée du droit successoral, de la protection des données et des contrats de plateformes.

1) Qu'entendons-nous par « héritage numérique » ?

Je propose deux catégories opérationnelles, utiles pour la rédaction d'actes et pour le travail de conseil :

1. Les actifs numériques à contenu patrimonial : positions juridiques transférables ayant une valeur économique (soldes de comptes de paiement en ligne, crédits sur des plateformes, domaines, contenus numériques effectivement transférables, droits sur des crypto-actifs, redevances accumulées, etc.).

2. Vestiges numériques personnels et données non patrimoniales : comptes, archives, messages, photographies, contenu social, métadonnées, brouillons - « traces » de la vie numérique - qui ne constituent pas en eux-mêmes un actif économique, mais ont une valeur émotionnelle, documentaire ou identitaire.

Cette distinction n'est pas purement théorique : la première catégorie est régie par la logique de la succession patrimoniale ; la seconde nécessite des dispositions relatives au droit d'accès et à la gestion post mortem par les héritiers ou une personne désignée, avec des limites claires pour protéger la vie privée et les droits des tiers.

2) Trois piliers

Premier pilier : transmission et continuité patrimoniale.

Ce qui est légalement transférable doit être transmis aux héritiers selon les règles ordinaires du droit successoral, en évitant le risque que des clauses contractuelles unilatérales ne vident de leur substance la circulation légitime de la valeur. Le défi pratique consiste à garantir que la qualification de l'actif (et donc sa transférabilité) relève du droit applicable à la succession, et non des conditions unilatérales d'une plateforme.

Deuxième pilier : droit d'accès post mortem.

Pour les contenus non patrimoniaux, l'objectif n'est pas de « approprier » les informations personnelles du défunt, mais d'assurer l'accès, la conservation et, le cas échéant, la suppression ou la remise aux ayants droit, conformément aux volontés du défunt et dans les limites légales. Il s'agit d'un droit fonctionnel : il sert à composer la mémoire du défunt, à régler les affaires en suspens, à protéger les intérêts légitimes de la famille, à prévenir les abus, à garantir le droit à l'oubli et à préserver et Transmettre le patrimoine numérique d'une personne.

Troisième pilier : protection des tiers.

L'accès des héritiers ne peut porter atteinte à la vie privée, au secret des communications, à la propriété intellectuelle ou à d'autres droits légaux de tiers. Des protocoles de minimisation sont nécessaires : accès par niveaux, extraits partiels, rédaction sélective et journaux de traçabilité.

3) Instruments testamentaires et organisation du testament

a) Dispositions testamentaires « adaptées au numérique »

Inclure dans les testaments une section numérique qui :

- Énumère les principaux éléments (sans jamais inclure les mots de passe ou les codes PIN),
- Nomme un fiduciaire numérique ou désigne l'exécuteur testamentaire avec des pouvoirs spécifiques,
- Établit une hiérarchie des instructions en cas de conflit entre le testament
- établit une hiérarchie des instructions en cas de conflit entre le testament et les préférences en ligne,
- distingue les biens patrimoniaux des contenus personnels, en indiquant pour ces derniers s'ils doivent être conservés ou supprimés.

b) Instructions extra-testamentaires et outils en ligne

Prévoir une clause reconnaissant toute préférence exprimée directement par le titulaire dans les paramètres des services en ligne, avec un mécanisme clair de vérification et de révocation. **Règle d'or** : le dernier testament valablement formé et documenté prévaut.

c) Documentation et preuves

En pratique, joindre :

- Un inventaire numérique essentiel (catégories, principales plateformes, références contractuelles),
- Des indications pour localiser les factures, les e-mails d'activation, les contrats,
- Un protocole de premier accès pour l'exécuteur testamentaire/ le fiduciaire numérique (canaux officiels, points de contact des fournisseurs, formulaires).

4) Relations avec les fournisseurs de services numériques

Troismots clés : canaux, délais, traçabilité.

- **Canaux** : n'utilisez que les formulaires et canaux officiels fournis par les fournisseurs de services, en adressant les demandes à un point de contact unique.
- **Délais** : demandez expressément des délais fixes pour le traitement et la réponse ; en cas de silence, envoyez un rappel motivé et, si nécessaire, engagez des recours judiciaires.

- **Traçabilité** : chaque étape doit laisser une trace documentaire : demandes, réponses, journaux de téléchargement, accusés de réception, listes des données fournies ou expurgées.

Sur le fond : ne demandez que ce qui est nécessaire à la finalité déclarée (principe de minimisation) et exigez un format interopérable pour toute exportation de données.

5) Relations internes entre cohéritiers

La gestion du contenu non patrimonial peut générer des conflits : supprimer ou conserver ? Qui décide ?

Trois précautions pratiques :

1. **Moratoire prudent** : éviter les suppressions irréversibles dans les premiers mois suivant la confirmation du titre de succession ; se concentrer sur la copie, la conservation et la sécurisation des données.
2. **Notification et consultation** : avant tout changement important (suppression, mémorialisation des comptes), informer les cohéritiers à l'avance en leur fixant un délai pour faire part de leurs commentaires.
3. **Copie de conservation** : sauf indication contraire du défunt, conserver pendant une période raisonnable une copie complète du contenu personnel dans des archives sécurisées avec un accès réglementé.

En cas de litige, le notaire peut faciliter la conclusion d'un accord écrit définissant l'objet, le calendrier, les critères de sélection, le traitement des données de tiers et la responsabilité des suppressions.

6) Dimension internationale et conflit de lois

Dans les successions transfrontalières, le point d'ancrage naturel pour les actifs numériques à contenu patrimonial reste la loi applicable à la succession telle qu'identifiée par les règles de l'UE.

Pour le contenu non patrimonial et le droit d'accès post mortem, il est rationnel de se référer à la même loi successorale, évitant ainsi une distinction entre patrimoine « matériel » et « immatériel ».

Une distinction claire est néanmoins nécessaire entre les litiges successoraux et les litiges contractuels avec la plateforme : dans le premier cas, le titre successoral prévaut ; dans le second, le contrat et ses clauses juridictionnelles prévalent, avec des recours en matière de protection des consommateurs le cas échéant.

Lorsque le prestataire est situé en dehors de l'UE, la prudence suggère :

- d'adresser les demandes au représentant européen lorsqu'il existe,
- de documenter le lien effectif du service avec l'UE,
- Si nécessaire, obtenir une ordonnance de l'autorité compétente pour appuyer la demande d'accès ou de conservation.

7) Le notariat italien a préparé un décalogue

Permettez-moi de rappeler ici l'expérience du notariat italien qui, depuis 2007, a élaboré un décalogue sur l'héritage numérique.

Son message est clair :

1. Il n'existe toujours pas de législation spécifique, d'où l'importance d'une planification préalable ;
2. Les mots de passe ne font pas partie de la succession, mais sont des clés d'accès qui doivent être gérées avec soin ;
3. Des mandats fiduciaires et post mortem numériques peuvent être prévus pour les biens numériques personnels et affectifs ;
4. Confier un mot de passe à quelqu'un ne signifie pas céder le bien auquel il donne accès ;
5. Les contenus piratés, les biens sous licence, les comptes de signature électronique et les profils d'identité numérique sont exclus de la succession ;
6. Les cryptomonnaies sont de véritables actifs numériques ayant une valeur économique ;
7. Un compte en ligne est le prolongement virtuel d'un compte réel ; par conséquent, les héritiers peuvent réclamer ce qui leur revient de droit par les voies traditionnelles ;

8. Les relations avec des prestataires non européens peuvent donner lieu à des litiges internationaux complexes;
9. Certaines plateformes proposent déjà des outils tels que les «contacts héritiers » ou les comptes commémoratifs;
10. Et surtout, le notaire reste au cœur du conseil et de la garantie de la sécurité juridique.

Ce décalogue nous montre que, même en l'absence de législation, la pratique peut anticiper les besoins et apporter une sécurité juridique.

En tant que notaires, nous pouvons rétablir l'ordre dans un domaine souvent régi par des conditions générales opaques, en plaçant au centre la volonté, la preuve, la proportionnalité et la protection de la personne.

8) Trois vignettes pratiques

Cas A – Portefeuille et crypto-actifs

La cliente désigne un fiduciaire numérique dans son testament et joint un inventaire avec les adresses publiques des portefeuilles. La clé privée d'un portefeuille « froid » est manquante.

Le fiduciaire procède immédiatement à la conservation des appareils à des fins d'expertise, empêche les suppressions automatiques, demande des relevés aux bourses centralisées et transfère les actifs accessibles aux héritiers. Pour le portefeuille inaccessible, il documente la perte technique dans un rapport d'expert, prévenant ainsi tout litige futur.

Cas B – Archives de photos de famille dans le cloud

Les héritiers demandent une copie complète. Le fournisseur propose un forfait qui comprend également des images de tiers. Le notaire suggère : demander l'exportation par album, anonymiser les visages de tiers et classer le journal d'exportation avec un hachage pour garantir l'intégrité.

Cas C – Profil social et réputation

Conflit entre le conjoint et les frères et sœurs : supprimer ou transformer en mémorial ? Le notaire convoque les parties, propose un moratoire de six mois, exporte le contenu et en fait une copie de conservation ; un accord est alors conclu pour la mémorialisation avec des commentaires restreints et une modération confiée à un tiers.

9) Dix recommandations opérationnelles pour le notaire

1. Liste de contrôle numérique dans chaque affaire successorale : existence de comptes, plateformes, appareils, portefeuilles, domaines.
2. Clauses spécifiques dans les testaments : désignation d'un fiduciaire numérique, hiérarchie des instructions, critères de conservation/suppression.
3. Ne jamais inclure de mots de passe dans l'acte : utiliser des délégations et des canaux officiels; ne conserver que les références nécessaires à la preuve.
4. Inventaire et preuves : joindre les contrats, les factures, les e-mails d'activation et les liens vers les centres d'aide.
5. Accès à des fins définies : chaque demande adressée à un fournisseur doit indiquer l'objet, la base juridique, la minimisation et les délais.
6. Traçabilité : conserver les journaux, les reçus et les hachages des paquets de données obtenus.
7. Gestion des droits des tiers : rédaction/anonymisation lorsque cela est possible ; informer les parties co-intéressées lorsque cela est nécessaire.
8. Accords entre cohéritiers : notification, moratoire prudentiel, copie de conservation; mécanismes de règlement rapide.
9. Approche internationale consciente : distinguer succession/contrat ; lorsque cela est utile, utiliser le certificat successoral européen comme preuve du statut et des pouvoirs.
10. Formation continue : mettre à jour les modèles et les protocoles ; tester périodiquement les canaux de contact des principaux fournisseurs.

CONCLUSION

L'héritage numérique n'est pas un chapitre étranger au droit des successions : il s'agit de la continuation naturelle de ce droit dans l'environnement numérique dans lequel nous vivons aujourd'hui. Grâce à des clauses claires, des protocoles d'accès traçables, le respect des tiers et la prise en compte des dimensions internationales, la pratique notariale peut offrir une sécurité juridique même dans le cadre d'un post-mortem numérique, renforçant ainsi le rôle du notaire dans le monde moderne.



AUTRES ARTICLES

SUR LES POUVOIRS NOTARIAUX
EN MATIÈRE DE
DROIT SUCCESSORAL

Desjudicialización en Uruguay

Esc. Gabriela Bouvier & Esc. Gabriela Silva Pedragosa,
Notarios en Uruguay (ES)

<https://drive.google.com/file/d/1cTOy1K-he4tcx6G1t1HnUN9vRkl1mHpK/view?usp=sharing>

Motivación y justificación de las decisiones notariales en los procesos de sucesión intestada en el Perú

Boris Antonio Vilca Gutiérrez, Notario en Peru (ES)

https://drive.google.com/file/d/1HBY5CavsqkSn_4ruM4tjvHcx1bOIQ4Jl/view?usp=sharing





LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT • PATRIMOINE
PROCÉDURES D'EXÉCUTION ET RECOUVREMENT DES CRÉANCES
MODÉRATRICE : SOPHIE POTENTIER RIOS

1

LE NOTAIRE EN TANT QUE COMMISSAIRE DU TRIBUNAL DANS LES PROCÉDURES D'EXÉCUTION

TIHANA SUDAR / NOTAIRE EN CROATIE

La conduite des procédures d'exécution sur la base d'un document authentique relève de la compétence des notaires depuis le 28 janvier 2006 en tant qu'activité notariale originelle.

Est considéré comme document authentique tout document qui reflète de manière complète et véridique un acte ou une opération. Un document authentique sur la base duquel l'exécution peut être ordonnée peut être une facture (la facture est également considérée comme le calcul des intérêts), une lettre de change et un chèque avec protêt et factures de retour (lorsqu'ils sont nécessaires à l'établissement de la créance), un acte public, un extrait des livres de commerce, un document privé certifié conformément à la loi et un document considéré comme acte public conformément à des réglementations spéciales.

Aperçu historique

La Loi sur l'Exécution de 2003 régle pour la première fois la participation des notaires à l'exécution fondée sur un document authentique.

L'article 307a de la Loi sur l'Exécution stipulait que les notaires publics émettaient des ordonnances d'exécution sur la base de documents authentiques.

Conformément à cette loi, la compétence notariale n'était pas régie par des règles de compétence territoriale, mais par une compétence élective ; c'est-à-dire

que les créanciers pouvaient choisir n'importe quel notaire, indépendamment de son siège officiel dans la République de Croatie.

La Loi sur l'Exécution de 2012 conserve également le modèle d'exécution notariale fondée sur un document authentique, sur la base de la répartition des affaires d'exécution en fonction de la compétence territoriale des notaires.

En conséquence, l'article 279 de la loi disposait qu'une demande d'exécution fondée sur un document authentique devait être présentée à un notaire territorialement compétent dont le siège se trouvait dans l'unité d'autonomie régionale correspondant au domicile ou au siège du débiteur.

Cette loi permet également le maintien du concept de regroupement de grands créanciers par comtés auprès de notaires de leur choix.

En raison de cette approche, la fonction notariale acquit alors, de manière assez injuste, un statut quelque peu négatif, non seulement dans les procédures d'exécution mais aussi en général.

Les réformes de la Loi sur l'Exécution de 2014 et de 2017, bien que modifiées et complétées sur certains points essentiels, ont conservé ce concept de compétence.

Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière d'exécution notariale

Il est bien connu que la Cour de Justice de l'Union Européenne a statué sur la reconnaissance des décisions émises par des notaires de la République de Croatie sur la base d'un document authentique, lesquelles devraient être exécutoires dans d'autres États membres de l'Union Européenne conformément au Règlement 1215/2012.

La Cour a considéré cette question comme une question préjudicielle et a statué par plusieurs décisions interconnectées.

Lorsqu'ils ordonnent l'exécution sur la base d'un document authentique, les notaires mènent une procédure abrégée ex parte, qui assure un règlement rapide de l'affaire dans l'intérêt de l'économie procédurale.

Avant la réforme de 2020, le notaire émettait une ordonnance d'exécution sur

la base de la demande du créancier, sans participation préalable du débiteur.

Ce n'est qu'après la notification de l'ordonnance que le débiteur pouvait exercer son droit de défense en présentant une opposition.

Cependant, si le débiteur ne présentait pas d'opposition - c'est-à-dire s'il ne manifestait pas d'intérêt pour une audience contradictoire - la décision devenait un titre exécutoire.

Dans les affaires *Pula Parking* et *Zulfikarpašić*, la CJUE conclut que l'absence de contradictoire jusqu'à l'émission de l'ordonnance d'exécution excluait les notaires de la notion de « tribunal » selon le Règlement 1215/2012.

Le Règlement adoptant une conception stricte de la délégation externe des fonctions juridictionnelles, la décision *Pula Parking* constitue une exception au principe *audiatur et altera pars*, fondement de la conception traditionnelle de la justice, raison pour laquelle les notaires furent privés du statut de « tribunal ».

Conformément à ces décisions, la procédure croate d'exécution fondée sur un document authentique ne respecte pas le principe du contradictoire.

Bien que le Règlement 1215/2012 ne contienne pas de définition du terme « tribunal », les décisions de la CJUE montrent que ce terme est interprété de manière restrictive.

L'article 3 du Règlement permet d'assimiler d'autres autorités à un tribunal uniquement si elles sont expressément mentionnées — ce qui a été utilisé par la Hongrie et la Suède pour inclure leurs notaires dans les procédures d'injonction de payer.

Les notaires croates n'en font pas partie, car au moment de la renégociation du Règlement 44/2001, la Croatie n'était pas encore membre de l'Union Européenne et ne pouvait pas proposer leur inclusion.

Par conséquent, les notaires croates ne peuvent pas être considérés comme un « tribunal » aux fins du Règlement 1215/2012, et leurs ordonnances d'exécution fondées sur un document authentique ne peuvent ni circuler librement ni être exécutées dans d'autres États membres.

Réformes législatives pour l'harmonisation avec la jurisprudence européenne

Afin d'adapter le droit croate aux exigences de la CJUE, le législateur a introduit plusieurs réformes.

Pour satisfaire le paragraphe 57 de l'arrêt Pula Parking, le législateur a introduit l'institution de la notification préalable du débiteur dans la réforme de 2020.

Le notaire informe le débiteur de :

ce que, s'il ne satisfait pas volontairement à l'obligation dans les 15 jours suivant l'envoi de la notification, une ordonnance d'exécution sera émise ;

son droit de former opposition, dont l'effet est la révocation de l'ordonnance en sa partie exécutoire et la poursuite du litige devant le tribunal ;

la possibilité de régler le différend de manière extrajudiciaire.

Cela satisfait les normes minimales relatives aux décisions portant sur des créances non contestées, garantissant au débiteur une véritable opportunité de défense avant la formation du titre exécutoire.

Réforme du 15 septembre 2021 : Le notaire en tant que commissaire du tribunal

La principale caractéristique de cette réforme est la numérisation du processus et la communication électronique chaque fois que possible.

L'activité notariale originelle est ainsi devenue une activité déléguée par le tribunal.

À partir de cette date, la demande d'exécution fondée sur un document authentique doit être soumise électroniquement au moyen du formulaire prescrit.

Exception : les personnes physiques peuvent soumettre une demande sur papier auprès de l'Agence Financière (FINA), qui la numérise et la transmet électroniquement au tribunal compétent.

La demande doit contenir :

- désignation du tribunal,
- nom, domicile et OIB des parties,
- représentants et mandataires,
- indication du document authentique,
- demande d'exécution,
- signature du requérant.

Les annexes sont présentées au format PDF, sans signature électronique, jusqu'à 20 Mo par document.

Le notaire enverra au débiteur la notification avec copie de la demande et l'avertira :
du délai de 15 jours pour un paiement volontaire ;
de son droit d'opposition ;
de la possibilité d'un règlement extrajudiciaire.

L'objectif est d'assurer la participation du débiteur avant que la décision d'exécution ne soit rendue.

Attribution automatisée et certification

La demande est envoyée électroniquement au tribunal municipal du domicile du débiteur, et les affaires sont automatiquement réparties entre les notaires selon l'ordre alphabétique et les règles de compétence territoriale.

Le notaire appose la certification de force exécutoire dans les 15 jours suivant l'expiration du délai d'opposition, sauf réception d'une opposition. Il doit transmettre au tribunal les oppositions tardives, irrecevables ou non fondées pour rejet. La certification est émise d'office lorsque les conditions légales sont réunies.

Le notaire en tant que commissaire judiciaire - Effets

L'article 39a(4) de la Loi sur l'Exécution prévoit expressément que le notaire est commissaire du tribunal. La compétence se détermine selon le domicile du débiteur. La Loi sur le Notariat impose que le notaire n'exerce que dans son territoire officiel, sauf exceptions justifiées. Le système automatisé attribue les affaires selon le domicile du débiteur, puis uniformément entre les notaires.

Numérisation du système

La Chambre des Notaires de Croatie et le Ministère de la Justice ont développé le système numérique. L'application eNotar, propriété de la Chambre, est intégrée au système judiciaire eSpis, permettant :

- automatisation,
- réduction des coûts,
- suppression des tâches manuelles,
- interopérabilité avec les registres numériques.

La communication électronique requiert une authentification NIAS et une signature électronique qualifiée.

Pour les créanciers personnes physiques, deux modalités : dépôt électronique direct ou dépôt via FINA.

L'absence d'obligation pour les personnes physiques d'utiliser l'e-communication ralentit la procédure et augmente les coûts (notifications postales).

Le législateur maintient l'option papier pour les personnes dépourvues d'accès aux technologies numériques.

Le système VACO

Le système automatisé de recouvrement VACO est introduit, permettant au notaire de vérifier si le créancier dispose de fonds suffisants dans son portefeuille électronique (eWallet) et d'effectuer le prélèvement.

CONCLUSION

L'exécution fondée sur un document authentique est une compétence déléguée par le tribunal, exécutée au moyen d'un système électronique avancé.

Les réformes de 2020 et 2021 l'ont consolidée comme un moyen efficace d'assurer les créances non contestées, en équilibrant :

- le droit du créancier de recouvrer sa créance,
- la protection du débiteur grâce à la possibilité d'opposition.

La redistribution automatisée a éliminé les pratiques de concentration de créanciers auprès de notaires spécifiques et réduit les connotations négatives entourant l'institution notariale.

La numérisation a apporté efficacité, uniformité et réduction des coûts.

L'exécution notariale s'est imposée comme une partie essentielle du système croate, jusqu'à constituer un concept sui generis d'« exécution notariale ».

Les notaires se positionnent comme garants de la justice préventive et de la sécurité juridique.

RÉSUMÉ

L'exécution notariale est une activité notariale déléguée, menée comme une procédure électronique hybride et ex parte, avec possibilité d'opposition du débiteur ouvrant la voie à une procédure contradictoire devant le tribunal.

L'efficacité du système électronique et la répartition équitable garantissent fonctionnalité, simplicité et économie.

La numérisation élimine le recours au papier et améliore la transparence.





LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT • PATRIMOINE
PROCÉDURES D'EXÉCUTION ET RECOUVREMENT DES CRÉANCES
MODÉRATRICE : SOPHIE POTENTIER RIOS

2

MÉCANISMES DE RECOUVREMENT DES PENSIONS ALIMENTAIRES IMPAYÉES AU CHILI

Le travail notarial silencieux mais efficace dans
la désjudiciarisation des procédures de recouvrement

ELENA PÍA RAMÍREZ CATALÁN /NOTAIRE AU CHILI

Dans le cadre de l'appel à communications pour le deuxième thème, « La juridiction gracieuse : de nouvelles compétences au service des citoyens », du 31^e Congrès International du Notariat de l'UINL, est présenté l'article suivant, qui met en lumière les nouvelles compétences et obligations confiées aux notaires chiliens avec la promulgation, le 10 novembre 2021, de la Loi n°21.389 créant le Registre National des débiteurs de pensions alimentaires et modifiant divers corpus juridiques afin de perfectionner le système de paiement des pensions alimentaires.

1. INTRODUCTION

Inséré dans le phénomène mondial de désjudiciarisation des affaires non contentieuses dans le domaine **de la personne et de la famille**, le notaire chilien s'est vu attribuer des compétences hybrides qui, sans lui reconnaître une légitimité pleinement judiciaire, le désignent comme officier public garant pour la protection des personnes vulnérables, en matière de recouvrement direct - c'est-à-dire désjudiciarisé - des pensions alimentaires impayées. Le notaire reçoit ainsi un accès au Registre National des Débiteurs de Pensions Alimentaires et se voit imposer de lourdes sanctions en cas de manquement aux obligations de consultation et de recouvrement, ainsi qu'en cas de consultation abusive dudit registre.

Le nouveau Registre chilien des Débiteurs de Pensions Alimentaires comprend toutes les personnes présentant plus de trois mois consécutifs ou cinq mois discontinus de dette.

L'inscription au registre entraîne diverses conséquences pour le débiteur, telles que l'impossibilité d'obtenir ou de renouveler le permis de conduire, l'impossibilité d'obtenir un passeport, la rétention de remboursements d'impôts ou encore la rétention de fonds issus d'opérations de crédit.

La création de cette loi vise à résoudre les nœuds critiques du processus d'exécution ou de recouvrement des pensions alimentaires.

Dans le cas spécifique des notaires, ceux-ci deviennent garants face à l'action ou l'inaction des comparants débiteurs alimentaires. Alors que le notaire ne pouvait auparavant effectuer aucune observation, un rôle actif lui est désormais conféré : consultation de données, orientation des démarches dans son rôle de soutien institutionnel, exécution des instructions de paiement en cas de rétention de fonds ou d'exigence de garanties ou paiements préalables à la signature de l'acte notarié. Toutefois, il est exclu de la Commission de coordination et d'évaluation du système, créée pour assurer le renforcement du dispositif.

2. DESCRIPTION DE L'ANCIENNE LOI

Auparavant, les avocats, mandataires ou directement les créanciers alimentaires devaient réaliser de quasi-« opérations de renseignement policier », car ils devaient eux-mêmes rechercher les débiteurs, suivre leurs changements d'emploi, demander au tribunal de requérir institution par institution des informations sur leur emploi, leurs revenus, leurs avoirs bancaires, leurs fonds de pension, et effectuer des recherches dans les études notariales, les Conservateurs des Biens-Fonds ou les Archives judiciaires, afin de détecter tout mouvement patrimonial du débiteur ou mise à jour de ses données personnelles, notamment son domicile.

Sans domicile connu, il était impossible de notifier des demandes ou des liquidations de dettes permettant un recouvrement forcé. Et une fois réunies toutes les conditions du recouvrement, il fallait ouvrir une procédure parallèle d'exécution, fournir des informations sur les biens du débiteur et solliciter individuellement chaque mesure de contrainte – lesquelles, bien que prévues par la loi, ne pouvaient être ordonnées d'office. L'ensemble rendait tout recouvrement extrêmement difficile, les taux de paiement étaient faibles et le débiteur restait dans une forme d'impunité qui lui permettait de disposer librement de ses biens pour échapper au paiement.

3. CARENCES / DIFFICULTÉS DE L'ANCIENNE LOI

Absence de transversalité dans la recherche ou l'intégration de l'information dans un registre public facilement accessible.

Absence de mécanismes automatiques, d'office ou désjudiciarisés de recouvrement.

Le défaut de recouvrement ou l'impossibilité d'obtenir le paiement augmentait la situation de vulnérabilité des personnes concernées.

4. APPORTS / INTÉRÊT DE LA NOUVELLE LOI

L'objectif est d'améliorer le respect du paiement des pensions alimentaires, de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et de promouvoir la coresponsabilité parentale.

L'inscription au registre entraîne diverses conséquences pour le débiteur : impossibilité d'obtenir/renouveler le permis de conduire, rétention d'impôts, rétention de fonds dans les opérations de crédit, etc.

Les obligations des notaires ont débuté le 18 novembre 2021, date de publication de la Loi n°21.389 ; cependant, la mise en œuvre opérationnelle du Registre a eu lieu un an plus tard, fin 2022. Durant cette période, il a été très difficile de gérer des actes tels que les quittances de fin de contrat, la vente de véhicules, de biens mobiliers ou immobiliers, faute de directives claires sur la manière d'exercer les nouvelles prérogatives.

Certaines lois antérieures relatives aux pensions alimentaires ont été modifiées

- Loi n°14.908 : qualification notariale dans les adjudications publiques et instruments publics ;
- Loi n°19.620 : restrictions pour le débiteur en cas d'arriérés ;
- Lois n°16.618, n°20.066 : sanction en tant que violence intrafamiliale le non-paiement répété ;
- Loi n°20.880 : obligation de déclarer les dettes dans la fonction publique.

L'un des apports majeurs de la nouvelle législation est qu'elle permet un travail en réseau entre divers services :

- Service du Registre Civil (gestionnaire du Registre)
- Tribunaux de la Famille (mise à jour du registre)
- Conservateurs des Biens-Fonds
- Notaires (consultation directe du registre)

Les notaires peuvent ainsi exercer directement, sans procédure judiciaire d'exécution, les facultés suivantes :

Loi 14.908 art. 29 al. 5 : en cas d'adjudications nécessitant une écriture publique, le notaire ne peut pas instrumenter la vente si l'adjudicataire figure au registre. Sanction : amende du double des montants non retenus.

Dans les ventes immobilières : le notaire doit consulter le registre pour l'acheteur et le vendeur. Si l'une des parties est débitrice, la vente ne peut être instrumentée sans paiement ou retenue.

Pour la vente de véhicules soumis à immatriculation : mêmes règles de consultation et retenue de fonds.

Dans ces cas, la remise au notaire de valeurs ou documents de paiement avec instructions écrites constitue garantie suffisante. Le notaire doit conserver l'instruction un an.

Pour les quittances de fin de contrat de travail : le notaire doit exiger la preuve des retenues et paiements effectués. Sanction : responsabilité solidaire du notaire pour les montants non retenus ou non payés.

5. RÔLE DU NOTAIRE

Fonctions - Valeur Ajoutée - Expérience Pratique

La justice préventive exercée par le notaire se manifeste par la rétention immédiate de fonds, la limitation immédiate des droits du débiteur et la possibilité de percevoir garanties ou paiements automatiquement.

Le notaire doit avoir un intérêt légitime pour consulter le registre, sous peine de sanction.

Bien que la loi n'exige pas la certification de la consultation, la majorité des notaires joignent à leurs actes une preuve de la consultation du registre.

Il manque encore l'inclusion d'autres actes patrimoniaux, comme les répudiations d'héritage.

6. CONCLUSION ET AJUSTEMENTS POSSIBLES

À titre personnel, il est très valorisant que la protection des personnes vulnérables repose en partie sur les notaires. Le système fait confiance au notariat, notamment en raison de son efficacité et des lourdes sanctions applicables. Le notaire est reconnu comme « soutien institutionnel ».

L'efficacité de la loi est manifeste : elle confère des obligations à plusieurs acteurs, permettant un recouvrement désjudiciarisé.

Des améliorations possibles : incorporation d'autres actes notariés, élargissement des facultés dans les quittances de travail, participation active du notariat dans la commission de renforcement du système.

RÉPONSES AUX QUESTIONS ADJOINTES À L'APPEL À COMMUNICATION

1) Une compétence utile dont les notaires chiliens ne disposent pas ?

La possibilité de célébrer des mariages, pour mieux conseiller les couples sur leurs droits et obligations. Les divorces non contentieux consomment beaucoup de ressources judiciaires et manquent souvent d'orientation patrimoniale, générant ensuite de nouveaux litiges. La justice préventive serait un atout.

2) Une compétence du notariat chilien utile à d'autres notariats ?

Justement la matière de cet article : la confiance accordée aux notaires pour consulter et promouvoir le recouvrement des pensions alimentaires, dans une logique de désjudiciarisation.



AUTRES ARTICLES

À PROPOS PROCÉDURES
D'EXÉCUTION ET DE PAIEMENT

The Reform of the Order for Payment Procedure: Transfer of Jurisdiction to Civil Law Notaries in Hungary

Dr. Klaudia Takács (ENG)

<https://drive.google.com/file/d/1vnziszqwi-UtPck9V3gFH48zzdU-epU2/view?usp=sharing>

Executive inscription as a way of out-of-court settlement of civil disputes in Kazakhstan

President Assel Zhanabilova (ENG)

https://drive.google.com/file/d/1C6Me2io7PpRtfVxeJGN77SOYRR_QWVd/view?usp=sharing





3

RÉSOLUTION DES CONFLITS AVANT LE PROCÈS : Nouveaux rôles du notaire au service de la société

DILSHOD ASHUROV

PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES D'OUZBÉKISTAN

Note

L'article analyse le rôle de la médiation et du notaire dans le développement du règlement pré-judiciaire des différends entre les parties au moyen de la procédure de médiation. La certification d'un accord de médiation contribue sans exagération à accroître l'importance de l'activité notariale en tant que mécanisme de justice préventive, qui répond aux normes modernes de justice préventive satisfaisant les besoins actuels de la société.

Mots-clés : déjudiciarisation, médiateur, accord de médiation, notariat, notaire, justice préventive.

Aujourd'hui, dans une société civilisée, il est impossible d'imaginer la résolution d'un conflit entre les parties sans la participation d'un tiers, avec l'aide duquel il serait possible de réconcilier les parties, selon le contenu du différend, ses sujets, son étendue et son aspect moral.

Il y a dix ans, une formulation telle que « la médiation dans la pratique d'un notaire, dans la pratique d'un notaire, d'un avocat, d'un tribunal » aurait au minimum provoqué la surprise, au maximum, le rejet. Il semble que tous les mots soient clairs, mais il aurait été difficile de relier et de présenter les termes ensemble, cela aurait probablement été difficile. Maintenant, c'est notre réalité.

Avec l’adoption de la Loi « Sur la médiation », du 03.07.2018 n° 482, la médiation est devenue l’une des institutions en développement. À ce jour, elle s’étend aux relations liées à l’application de la médiation aux différends découlant de relations juridiques civiles, y compris les activités commerciales, ainsi qu’aux différends du travail et aux différends découlant de relations juridiques civiles, y compris les différends découlant de relations juridiques familiales, sauf disposition contraire de la loi.

Dans notre pays, la médiation a deux formes : extrajudiciaire et judiciaire. Ainsi, dans les différends liés aux investissements étrangers et découlant des activités d’un investisseur étranger (différend d’investissement) sur le territoire de la République d’Ouzbékistan, ainsi que dans les différends collectifs du travail, une procédure obligatoire de médiation pré-judiciaire a été introduite. Selon la législation procédurale, la médiation s’applique avant que le tribunal ne se retire en salle de délibération au tribunal de première instance. Le délai général de la médiation est de 30 jours maximum, pouvant être prolongé d’une période supplémentaire de 30 jours. Si le tribunal reçoit un accord pour mener une médiation, la procédure est suspendue pour une durée maximale de 60 jours. Si un accord de médiation est conclu à ce stade, la taxe d’État payée est remboursée.

La médiation peut également être appliquée au stade de l’exécution obligatoire des actes judiciaires. Dans les procédures d’exécution, la médiation est effectuée uniquement par des médiateurs professionnels dans un délai maximum de 15 jours. Les frais judiciaires ne sont pas remboursés.

En général, les questions de médiation à l’étape actuelle sont abordées d’une manière ou d’une autre par 57 actes juridiques, dont cinq codes (le Code civil, le Code de procédure civile, le Code de procédure économique, le Code fiscal et le Code du travail) et 12 lois.

L’utilisation de la médiation devant les tribunaux

Statistiques sur l’abandon des affaires économiques et civiles dans les tribunaux en lien avec la conclusion d’un accord de médiation.

Tribunaux civils	Tribunaux économiques
2020: 150	435
2021: 1 166	2 013
2022: 3 256	3 561
2023: 2 221	5 125
Total 2020–2023: 6 793	11 134

Dynamique de croissance (2020–2023) : $\times 15 - \times 12$

Comparé à la charge judiciaire de 2023 : 0,2 % – 1,8 %

Les médiateurs sont divisés en médiateurs professionnels et non professionnels. Les médiateurs non professionnels fournissent leurs services gratuitement. Un médiateur professionnel est une personne ayant reçu une formation spéciale, une certification et inscrite au registre des médiateurs professionnels.

L'inscription au registre des médiateurs professionnels jusqu'en 2023 était une procédure présenteielle, désormais réalisée électroniquement via les centres de services publics et le Portail unique des services publics interactifs¹ (auparavant cette procédure était effectuée au format traditionnel via les autorités de justice). Le délai d'inscription au registre des médiateurs professionnels a été réduit de dix à trois jours.

Au mois de février 2025, 1 820 personnes sont inscrites au registre, dont environ 57 % sont des notaires et des avocats (1 040 notaires).

Aujourd'hui, pratiquement chaque notaire, professionnellement ou par intuition, utilise un certain ensemble d'outils de médiation, et depuis le 14 janvier 2020² en République d'Ouzbékistan, la médiation a pénétré dans l'activité notariale sous la forme d'un acte notarial spécifique : la certification d'un accord de médiation.

Les notaires-médiateurs, dans l'activité notariale, pour la période 2021–2024 – premier trimestre 2025, ont conclu 253 accords de médiation.

Les accords de médiation mentionnés ont résolu des différends survenus entre les parties sur la base de contrats hypothécaires, de différends successoraux, de partage de biens conjugaux et de différends matrimoniaux.

Dans la science moderne, il existe de nombreuses recherches théoriques consacrées à la médiation dans l'activité notariale ; la pratique de la médiation se développe également. Les notaires accomplissent involontairement certaines actions de caractère médiateur. La plupart des notaires, intuitivement et grâce à l'expérience accumulée, utilisent et appliquent dans la pratique des compétences en résolution de conflits, négociation et communication. Ces compétences

¹ Résolution du Cabinet des Ministres n° 544 du 17 octobre 2023 « Approbation du règlement administratif pour la fourniture de services de l'État pour l'inclusion dans le registre des médiateurs professionnels ».

² Loi de la République d'Ouzbékistan n° 602 du 14 janvier 2020 // Base nationale de législation // 15 janvier 2020, n° 03/20/602/0052.

sont à leur tour des outils du médiateur, sans lesquels il ne serait pas si facile, dans des situations où quelque chose doit être clarifié, résolu ou discuté.

Mais certains notaires le font au niveau professionnel. Ce sont ceux qui ont reçu une formation professionnelle et une formation complémentaire en médiation. Ils utilisent de manière systématique et consciente les connaissances, les compétences et les capacités acquises dans leur pratique.

Le rôle du notaire et sa tâche principale est d'assurer la sécurité juridique des actes (transactions, faits ou documents) qu'il certifie. L'activité du notaire précède largement le moment de la signature d'une transaction (contrat, accord). Il doit vérifier l'ensemble des normes juridiques applicables au contrat, s'assurer que les règles impératives nécessaires sont respectées et pleinement comprises par les parties à l'acte, contrôler la validité de la volonté des parties avec une compréhension complète de l'essence et des conséquences des obligations acceptées.

Ce contrôle préliminaire constant permet d'éviter de nombreux conflits dont le risque augmente considérablement en son absence, ce qui peut être utilisé dans la pratique de la médiation.

Dans l'exercice de ses fonctions publiques, le notaire est tenu par des règles éthiques strictes, dont le respect le conduit inévitablement sur une voie garantissant l'harmonie légale et sociale. En particulier, cela concerne le respect par le notaire-médiateur des obligations suivantes :

1. Le notaire-médiateur est tenu de maintenir l'objectivité. Le rôle du notaire est d'être l'avocat de l'affaire et non du client. Le notaire fournira des conseils dans l'intérêt général de toutes les parties présentes dans les actes à réaliser, qui peuvent inclure, par exemple, un accord de médiation.
2. Le notaire-médiateur est impartial. La tâche du notaire, souvent difficile à accomplir, est de traiter toutes les parties intéressées de manière égale : il doit s'assurer que les conseils donnés et les vérifications effectuées sont égaux pour toutes les parties à l'acte à certifier. Il est inacceptable qu'un notaire-médiateur prenne parti pour l'un de ses clients afin d'agir contre un autre.
3. Le notaire-médiateur est un instrument d'équilibre entre les parties dans le processus de médiation. Il doit s'assurer que tous les signataires de l'accord de médiation comprennent pleinement l'importance des obligations qu'ils

ont volontairement assumées et soient prêts à assumer une responsabilité égale tant pour leur exécution que pour leur non-exécution.

Ainsi, le rôle traditionnel du notaire est à bien des égards complémentaire à celui du médiateur et peut être utilisé par le médiateur pour rapprocher les positions des parties grâce à leur confiance dans la procédure de médiation elle-même. Afin de remplir l'objectif principal de son activité, le notaire s'efforcera de participer activement à la prévention des conflits, non seulement en résolvant les désaccords qui surviennent au cours du processus, mais aussi en empêchant l'apparition de différends à l'avenir. En ce sens, la résolution des conflits fait partie de la fonction préventive du notariat.

Le notaire est le porteur de toutes les caractéristiques d'un médiateur qui offrent les garanties nécessaires pour assurer que le règlement des conflits par des procédures extrajudiciaires répond au niveau de sécurité requis pour l'administration normale de la justice. Ainsi, les principes d'indépendance et d'impartialité, d'égalité et de coopération, de confidentialité et de volontariat, dont le respect est nécessaire dans le travail du médiateur et dans la pratique notariale directe, sont inclus dans les règles éthiques de l'activité notariale réalisée au nom et sous le contrôle de l'État.

Ainsi, l'éthique notariale est l'un des outils efficaces au service de la médiation et toutes les qualités inhérentes à un notaire sont garanties par son appartenance à une profession strictement régulée par la loi et strictement et constamment contrôlée par les organes professionnels.

Nos lecteurs peuvent se poser la question suivante. Étant donné qu'en République d'Ouzbékistan un notaire agit comme médiateur uniquement pour les différends survenant dans le cadre des actions notariales³, l'accord de médiation approuvé par un notaire-médiateur est-il couvert par la Résolution du Cabinet des Ministres sous le Président de la République d'Ouzbékistan « Sur l'approbation de la liste des documents pour lesquels le recouvrement des dettes est effectué de manière incontestable sur la base des actes exécutoires réalisés par les notaires » n° 26 du 18.01.2002.

La réponse est sans équivoque : à l'heure actuelle, ce n'est pas applicable, car conformément à la Partie 3, Partie 4 de l'article 29 de la Loi de la République

³ Point 1451 de l'Instruction « Sur la procédure de réalisation des actes notariés par les notaires » n° 3113 du 4 janvier 2019.

d'Ouzbékistan « Sur la médiation », un accord de médiation est contraignant pour les parties qui l'ont conclu et doit être exécuté volontairement par elles sous la forme et dans les délais qui y sont prévus. Si les parties n'exécutent pas l'accord de médiation, elles peuvent s'adresser au tribunal pour la protection de leurs droits.

Il convient de souligner en particulier que, bien que la médiation pour les notaires-médiateurs en Ouzbékistan soit un type d'activité notariale, les accords de médiation, dans la République d'Ouzbékistan, la législation en vigueur en matière de médiation ne prévoit pas l'exécution obligatoire des accords de médiation.

La médiation est naturellement compatible avec l'exercice des devoirs professionnels d'un notaire, y compris son impartialité. En ce sens, à notre avis, une combinaison de deux situations est possible : un notaire peut agir comme médiateur dans les différends survenant au cours des actions notariales, ainsi que certifier les accords de médiation en tant que notaire lorsque cela est requis par le médiateur et les parties. Le notaire peut sérieusement aider le médiateur en participant à la médiation et en agissant comme garant de la compétence de la procédure de médiation volontaire, ainsi que des actions du médiateur professionnel neutre. L'invitation d'un notaire en tant que spécialiste à participer à la procédure de médiation est tout à fait cohérente avec les activités du médiateur. La certification notariale en temps opportun des parties et de leurs documents par le notaire ne fera que contribuer à l'esprit d'entreprise des parties dans le processus de médiation, ainsi qu'au résultat positif des négociations avec la signature d'un accord de médiation objectif et raisonnable, qui sera notarié par le notaire invité par les parties ou par le médiateur.

Bien que les informations concernant le notaire-médiateur soient incluses dans le Registre des médiateurs professionnels, sa participation en tant que médiateur professionnel dans les différends non liés à l'activité notariale reste très controversée, car le champ d'application de la médiation dans l'activité notariale est encore limité aux différends de propriété et de succession.

Dans la République d'Ouzbékistan, la certification de l'accord de médiation est effectuée sur la base du Code civil, des lois « Sur les notaires », « Sur la médiation », « Sur la taxe de l'État », de l'Instruction « Sur la procédure pour la réalisation des actes notariés par les notaires » n° 3113 du 4 janvier 2019, de l'Ordre du Ministre de la Justice de la République d'Ouzbékistan « Sur l'

approbation du montant maximum des honoraires perçus pour les actes juridiques et techniques supplémentaires réalisés par les notaires » (Enregistré par le Ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan le 29 mai 2020. Enregistrement n° 3235) et d'autres actes juridiques régissant l'activité notariale⁴.

Le notaire examinera la demande dans le délai prévu par la loi et enverra une notification aux parties indiquant les parties, l'objet du différend, la date et le lieu de la procédure de médiation. Si les parties demandent conjointement la médiation, le notaire demandera aux parties de présenter un accord simple par écrit concernant l'application de la médiation.

D'où la nécessité d'une politique de l'État visant à promouvoir le soutien simultané de la médiation dans la pratique notariale, ainsi que la participation des notaires au processus de médiation. Pour que cette politique réussisse, chaque médiateur et notaire doit se sentir personnellement impliqué dans la mise en œuvre de ses connaissances et de ses compétences professionnelles pratiques.

Le succès collectif nécessite également que les notaires maîtrisent des compétences spécialisées et des techniques de médiation. En particulier, une formation complémentaire en psychologie et en techniques de négociation commerciale est souhaitable.

Une telle formation est souhaitable pour les notaires et les employés des bureaux notariaux qui souhaitent s'affirmer en tant que professionnels, cherchant à gagner la confiance et la reconnaissance de leurs clients par leurs actions professionnelles, y compris la participation au processus de médiation.

Le principal point de référence dans l'application de la médiation dans l'activité notariale est l'Instruction « Sur la procédure pour la réalisation des actes notariés par les notaires » n° 3113, du 4 janvier 2019, qui a été complétée par

⁴ Contrairement aux autres médiateurs, un notaire-médiateur, en déterminant la médiabilité d'un différend, est tenu de respecter les exigences de la Résolution du Ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan sur la lutte contre les délits fiscaux et monétaires et le blanchiment d'argent auprès du Bureau du Procureur Général de la République d'Ouzbékistan « Sur l'approbation des règles de contrôle interne pour contrer la légalisation des produits d'activités criminelles, le financement du terrorisme et le financement de la prolifération des armes de destruction massive dans les bureaux notariaux et cabinets d'avocats » et les annexes à la Résolution n° 1 du Ministère de la Justice en date du 14 juin 2021 et n° 19 du Département pour la Lutte contre les Délits Économiques du Bureau du Procureur Général de la République d'Ouzbékistan en date du 10 juin 2021 « Modifications et compléments à la Résolution "Sur l'approbation des règles de contrôle interne pour contrer la légalisation des revenus provenant d'activités criminelles et le financement du terrorisme dans les bureaux notariaux et cabinets d'avocats" (enreg. n° 2020 du 19.10.2009) ».

l'Ordre du Ministre de la Justice n° 103 du 2 mai 2020 par les points §-141, 1451-14511.

Conformément aux normes susmentionnées, un notaire agit en tant que médiateur sur la base du consentement volontaire des parties à un différend visant à adopter une solution mutuellement acceptable dans les relations de droit civil, y compris les questions de propriété et de succession.

Un notaire agira en tant que médiateur uniquement pour les différends survenant au cours des actions notariales. Les participants à la médiation sont les parties et le médiateur. Les parties à la médiation peuvent être des personnes physiques ou morales. Les parties participeront à la médiation personnellement ou par l'intermédiaire d'un représentant conformément à la loi.

Un notaire en Ouzbékistan approuve les accords de médiation dans les différends suivants :

- différends familiaux (partage des biens conjugaux) ;
- différends de succession (détermination de la part dans la succession, partage de la succession, etc.) ;
- autres différends (obligations monétaires, obligations de transfert de propriété, obligations de dette, obligations de gage).

Afin de mener la procédure de médiation, les parties, d'un commun accord, peuvent s'adresser au notaire qui a effectué les actes notariés ou à un autre notaire.

La partie intéressée peut s'adresser au notaire avec une demande d'application de la procédure de médiation, dans laquelle elle présentera ses arguments justifiant ses prétentions envers l'autre partie.

Le notaire, dans le délai prévu par la loi, examinera la demande et enverra aux parties un avis indiquant les parties, l'objet du différend, la date et le lieu de la procédure de médiation. Si les parties demandent conjointement la médiation, le notaire demandera aux parties de présenter un accord sur l'application de la procédure de médiation sous forme écrite simple.

En s'adressant à un notaire pour la résolution d'un différend de propriété ou de succession, les parties doivent présenter une pièce d'identité et l'original du document notarié ayant donné lieu au différend, ainsi qu'un accord écrit sur l'application de la procédure de médiation.

L'accord sur l'application de la procédure de médiation entrera en vigueur à partir du moment de sa signature.

Au cours de la procédure de médiation, le notaire n'aura pas le droit de restreindre les droits et intérêts légalement protégés des parties ni de les obliger à prendre une décision.

Avant le début de la procédure de médiation, le notaire tiendra des réunions avec toutes les parties, ainsi qu'individuellement avec chaque partie, donnera des recommandations écrites et orales sur la résolution du différend, expliquera aux parties les objectifs et les tâches de la médiation, leurs droits et obligations, garantira l'échange d'opinions et de propositions entre les parties et proposera des moyens de résoudre le différend.

Le notaire mettra fin à la procédure de médiation en raison des circonstances suivantes :

- conclusion par les parties d'un accord de médiation ;
- impossibilité de parvenir à une solution mutuellement acceptable au différend ;
- conclusion d'un accord des parties pour mettre fin à la médiation sans parvenir à un accord sur les divergences existantes (s'il existe un accord écrit sur la procédure de médiation) ;
- déclaration d'une partie de refuser de poursuivre la médiation ;
- expiration du délai pour la réalisation de la procédure de médiation.

Le notaire confirmera l'accord de médiation conclu entre les parties si les parties ont atteint une décision mutuellement acceptable sur les conditions de résolution du différend ou des obligations découlant des résultats de la procédure de médiation.

L'accord de médiation sera rédigé en 3 exemplaires, certifiés par un notaire. Un exemplaire sera conservé dans les archives du bureau notarial.

Le paiement du tarif d'État du notaire-médiateur sera effectué sur la base de la Loi de la République d'Ouzbékistan « Sur le tarif d'État » du 06.01.2020 (LRU n° 600) conformément à l'annexe « Montants des taxes du tarif d'État »,

point « Sh1 », pour la certification d'autres accords, sauf ceux prévus aux sous-paragraphes « a »-« h », qui fixe les montants suivants :

- pour les personnes physiques : 50 pour cent de la valeur de base de calcul (BCV) ;
- pour les personnes morales ou si l'une des parties est une personne morale : 1 BCV.

Le paiement des autres dépenses du notaire-médiateur est effectué sur la base de l'Ordre du Ministre de la Justice de la République d'Ouzbékistan « Sur l'approbation du montant maximum des honoraires perçus pour les actes juridiques et techniques supplémentaires réalisés par les notaires » (Enregistré par le Ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan le 29 mai 2020. Enregistrement n° 3235), réglementant les frais suivants :

- lorsque des actions supplémentaires de caractère juridique et technique sont réalisées pour fournir des explications : 20 pour cent du BCV ;
- pour la préparation d'un projet certifié d'un accord de médiation en tant que médiateur professionnel : 55 pour cent du BCV.

Le notaire aura le droit de ne pas facturer les actions juridiques et techniques supplémentaires au cours des activités de médiation, en tenant compte des activités financières. Le paiement et le remboursement des coûts seront effectués par les parties en parts égales, sauf si elles ont convenu d'une règle différente.

Le ministère de la Justice a actuellement élaboré un projet de loi « Sur l'introduction de modifications et d'additions à certains actes législatifs de la République d'Ouzbékistan en vue de développer l'institution de la médiation ». Le projet prévoit les changements suivants dans les activités des médiateurs :

- Créer la possibilité de résoudre des différends par la médiation entre clients et banques, ainsi qu'entre consommateurs et organisations d'assurance.
- En 2023, les tribunaux ont examiné 115 000 affaires de différends entre un client et une banque, ainsi que 27 000 affaires de contrats d'assurance, ce qui représente en moyenne 12 pour cent de la charge totale de travail des tribunaux.
- Le ministère de la Justice a été désigné comme l'organe étatique autorisé dans ce domaine ;

- Le ministère approuve les normes de formation des médiateurs, les règles d'éthique professionnelle, les procédures de développement professionnel, les examens de qualification pour l'inclusion dans le registre et les procédures de responsabilité disciplinaire.

- Des commissions de qualification sont établies pour la réalisation des examens de qualification pour l'inclusion dans le registre des médiateurs et pour examiner la responsabilité disciplinaire des médiateurs ;

- La Commission de qualification des médiateurs : réalise les examens de qualification pour les candidats à la médiation, suspend et met fin au statut de médiateur ou décide de sa réintégration, et examine les recours contre leurs actions.

- Médiation familiale obligatoire avant les audiences judiciaires pour déterminer le temps qu'un enfant passe avec son père ou sa mère. Il est déterminé que cette question doit être résolue par :

- Le président de l'assemblée des citoyens de la Mahalla et les activistes des femmes seront formés en médiation professionnelle et concluront des accords de médiation pour les différends familiaux gratuitement.

- En cas de non-exécution volontaire d'un accord de médiation conclu entre les parties, des mécanismes pour l'exécution de l'accord seront établis.

- Si les termes d'un accord de médiation ne sont pas exécutés volontairement, le tribunal émettra un titre exécutoire pour son exécution.

Actuellement, afin d'augmenter l'efficacité du travail des notaires-médiateurs, il est prévu d'introduire une plateforme électronique e-mediator.uz, qui comprendra les fonctionnalités suivantes :

- registre électronique des médiateurs ;

- cabinet personnel du médiateur ;

- processus électronique pour passer l'examen de qualification (sélection des questions et vérification automatique des réponses) ;

- création du portfolio du médiateur ;

- rapport électronique sur les activités du médiateur avec résumé automatisé des données ;
- délivrance de certificats de fin de cours de formation des médiateurs via intégration ;
- modèles électroniques de documents liés à la médiation ;
- exécution d'accords de médiation électroniques avec signatures électroniques et médiation en ligne par vidéoconférence.

Ainsi, les réformes en cours dans notre État dans le domaine des modes alternatifs de résolution des différends, en particulier l'inclusion dans l'activité notariale de pouvoirs pour régler les différends et conflits à l'aide de procédures de conciliation (médiation), visent à renforcer le rôle du notariat en tant qu'organe de juridiction incontestée, garantissant la mise en œuvre du trafic civil. Ces innovations méritent approbation et développement ultérieur.

Liste des références

1. Loi de la République d'Ouzbékistan « Sur la médiation » // Base nationale de législation, 04.07.2018, n° 03/18/482/1447 ; 30.07.2019, n° 03/19/551/3493 ; 15.01.2020, n° 03/20/602/0052).
2. Loi de la République d'Ouzbékistan « Sur le notariat » // Base nationale de législation, 26.12.1996. n° 343-I.
3. Ordre du ministre de la Justice de la République d'Ouzbékistan du 4 janvier 2019 n° 2 « Sur l'approbation de l'Instruction sur la procédure de réalisation des actes notariés par les notaires », enregistré par le ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan le 4 janvier 2019 n° 3113.
4. Résolution du ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan du Département pour la lutte contre les délits fiscaux, monétaires et le blanchiment d'argent auprès du Bureau du Procureur général de la République d'Ouzbékistan « Sur l'approbation des Règles de contrôle interne pour lutter contre la légalisation des produits du crime, le financement du terrorisme et le financement de la prolifération des armes de destruction massive dans les bureaux notariaux et les formations d'avocats ». (intitulé de l'acte dans la ré-

daction de la résolution du ministère de la Justice du 14 juin 2021 n° 13 et du Département pour la lutte contre les délits économiques auprès du Procureur général de la République d'Ouzbékistan du 10 juin 2021 n° 19 (reg. n° 2020-4 du 14.06.2021) – base nationale de législation, 14.06.2021, n° 10/21/2020-4/0554), (Enregistré par le ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan le 19 octobre 2009, numéro d'enregistrement 2020-4/0554).

5. Rustambekov I.R. Médiation : Manuel pour médiateurs. – Tachkent : 2019.

6. Maripova S.A. Médiation dans l'activité d'avocat et dans l'activité notariale. // La suprématie du droit et sa garantie dans la pratique de l'application de la loi : Recueil des matériaux de la VI^e conférence scientifique et pratique annuelle des étudiants de master et doctorat, dédiée à la mémoire du docteur en droit, professeur Zhumash Khazhenbaevich Kosanov (Nur-Sultan, 13 avril 2022) / Édité par Z.H. Baimoldina. – Nur-Sultan : RSU « Académie de Justice auprès de la Cour suprême de la République du Kazakhstan », 2022. Page 327.

7. Maripova S.A., Ashurov D.R., Musaeva Z.A. Recommandations méthodologiques sur la médiation dans l'activité notariale. (Ministère de la Justice de la République d'Ouzbékistan, Centre de formation avancée des juristes, Chambre des notaires de la République d'Ouzbékistan).



AUTRES ARTICLES

SUR LES
PROCÉDURES DE MÉDIATION

Notarial competences in non contentious proceedings in Mongolia

Not. Buyandelger Altansukh (ENG)

https://drive.google.com/file/d/1rsjeqjouXP6L6lQJ_x6MSzFVHjFuZdRZ/view?usp=sharing

La inserción de la cláusula de mediación para solución integral de controversias en Argentina

Not. Carla Balducci, Not. Graciela Curuchelar,

Not. María Cristina García y Not. Graciela Vilalta (ES)

[https://drive.google.com/file/d/1Nf1iYm8u8N6VwPxXKVhY380wHHnd_jyz/view?
usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1Nf1iYm8u8N6VwPxXKVhY380wHHnd_jyz/view?usp=sharing)

La place du notaire au cœur du règlement des litiges dans le système judiciaire québécois

Hélène Potvin, Notaire au Québec (FR)

<https://drive.google.com/file/d/1hfw-PNDXNeQEIXkr0oiPI7LOxsCg7y-/view?usp=sharing>





4

COMPÉTENCE NOTARIALE DANS LE CADRE DES PARTAGES EN ALLEMAGNE

STEFAN BANDEL / NOTAIRE EN ALLEMAGNE

RESUMÉ

La loi du 26 juin 2013 relative au transfert de certaines tâches relevant de la juridiction gracieuse aux notaires (BGBl. I 2013, 1800) a réformé le droit procédural allemand en transférant certaines procédures judiciaires non contentieuses, en particulier les *Teilungssachen* (affaires de partage), des tribunaux aux notaires. Ce changement visait à améliorer l'efficacité et à soulager le pouvoir judiciaire du traitement des procédures formelles mais non litigieuses qui pouvaient être gérées de manière compétente en dehors des tribunaux.

Sous le régime juridique antérieur à la réforme, les affaires de partage de biens – en particulier lorsque les héritiers avaient besoin d'aide pour répartir la succession entre les participants – étaient principalement traitées par les tribunaux locaux dans le cadre de la juridiction gracieuse. Il convient de noter que ces procédures diffèrent du partage successoral que les héritiers ont choisi de mener à bien de manière consensuelle sans recourir à la médiation et pour lequel les notaires sont et ont déjà été compétents, notamment en ce qui concerne la rédaction des actes authentiques consignait la volonté des parties concernant le transfert de biens immobiliers ou de parts de sociétés à responsabilité limitée dans le cadre du partage successoral (*Erbausinandersetzung*).

La réforme de 2013 permet désormais aux parties de mener volontairement la procédure de médiation susmentionnée devant un notaire lorsque les partici-

pants estiment qu'une facilitation est nécessaire pour parvenir à un consensus sur le partage des biens. La procédure nécessite le consensus des participants et est menée par un notaire, qui est chargé des tâches précédemment effectuées par les tribunaux, notamment la vérification des droits des parties, la rédaction des plans de partage et le respect des garanties procédurales. Bien que les notaires ne puissent pas trancher définitivement les litiges, ils agissent à titre quasi judiciaire et leurs actions sont soumises à un contrôle judiciaire, ce qui préserve la protection juridique et la responsabilité.

La réforme a encore renforcé le rôle institutionnel des notaires en Allemagne, reconnaissant leur neutralité, leur expertise juridique et leur autorité publique comme étant adaptées à la conduite de procédures judiciaires formelles. Elle reflète une évolution plus large vers la décentralisation procédurale et renforce la contribution du notariat à l'ordre juridique et à l'efficacité administrative dans le domaine du droit non contentieux.

I. INTRODUCTION

Avec la *Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare* du 26 juin 2013 (BGBl. I 2013, 1800), le législateur allemand a introduit des réformes importantes dans le domaine de la juridiction volontaire (*freiwillige Gerichtsbarkeit*). Parmi les innovations les plus importantes figure l'extension de l'autorité procédurale aux notaires en matière de partage des biens, codifiée principalement dans les §§ 342 et suivants et §§ 363 et suivants de la loi sur la procédure en matière familiale et dans les affaires de juridiction gracieuse (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* – FamFG) et, surtout, dans le § 11 de la loi sur la procédure en matière familiale et dans les affaires de juridiction gracieuse (FamFG). loi sur la procédure en matière familiale et en matière de juridiction gracieuse (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* – FamFG) et, surtout, à l'article 23a paragraphe 3 de la loi sur l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG). Les nouvelles règles sont entrées en vigueur le 1er septembre 2013.

Les questions relatives au partage des biens sont définies par la loi à l'article 342, paragraphe 2, de la FamFG, qui stipule : « Les questions relatives au partage des biens sont [...] les tâches que les tribunaux doivent accomplir conformément au présent livre en ce qui concerne la répartition des biens successoraux et des communautés de biens à la fin d'un mariage, d'un partenariat de vie ou d'une communauté de biens

prolongée ». Il s'agit de la médiation facilitant un accord sur la répartition des biens entre les héritiers ainsi qu'en cas de divorce si les époux ont auparavant choisi le régime matrimonial de la communauté de biens.

Cette extension de la compétence notariale reflète l'objectif politique et juridique plus large qui consiste à garantir la pérennité du système judiciaire en réattribuant les responsabilités procédurales non contentieuses à des professionnels du droit compétents et neutres en dehors des tribunaux. Grâce à cette réforme, les notaires, déjà reconnus comme des fonctionnaires neutres (cf. § 1 Code fédéral des notaires – *BNotO*) dans le cadre de l'administration préventive de la justice – sont désormais habilités à agir avec autorité judiciaire en matière de partage des biens. Toutefois, la compétence notariale est strictement limitée aux procédures non contentieuses.¹ Les tribunaux conservent la compétence exclusive pour les actions visant à un partage contentieux d'une succession (*Erbteilungsklage*).

La présente analyse fournit un aperçu détaillé du transfert de compétence, fondé à la fois sur la réforme législative et sur les cadres préexistants au niveau des États fédérés.

La présente analyse fournit un aperçu détaillé du transfert de compétence, fondé à la fois sur la réforme législative et sur les cadres préexistants au niveau des États fédérés.

II. BRÈVE DESCRIPTION DE LA LÉGISLATION ANTÉRIEURE

Avant la réforme de 2013, la compétence en matière de partage successoral telle que définie ci-dessus relevait généralement des *Amtsgerichte* (tribunaux locaux)² agissant en tant que *Nachlassgericht* (tribunal des successions) ou *Familiengericht* (tribunal des affaires familiales). Cependant, quelques *Länder* allemands avaient introduit une compétence concurrente des tribunaux et des notaires avant même 2013.³

La cour a exercé sa compétence de manière unitaire et centralisée, en appliquant le principe principes de l'enquête d'office (§ 26 FamFG), de l'équité procédurale (§ 34 FamFG) et de la documentation formelle. Au sein du tri-

¹ Cf. Hausleiter/Schemann, FamFG, Remarques préliminaires §§ 363 et suivants. Considérant 4.

² Preuß, DNotZ 2013, 740 (744).

³ Heinemann, FGPrax 2013, 139 et ci-dessous III.

bunal, le greffier compétent (*Rechtspfleger*)⁴ a géré toutes les étapes de la procédure : de la convocation des héritiers à la vérification des créances, en passant par l'organisation des audiences et la délivrance d'un plan de partage juridiquement exécutoire. Ce processus n'a pratiquement pas été affecté par la réforme⁵ et sera décrit en détail ci-dessous (IV.).

III. DIFFICULTÉS DE L'ANCIENNE LOI

Plusieurs lacunes critiques de l'ancien système judiciaire ont motivé la réforme

1. Surcharge judiciaire : les tribunaux consacraient beaucoup de temps à des affaires courantes et incontestées, ressources qui auraient pu être allouées à des litiges contentieux.

2. Inaccessibilité : la répartition géographique limitée des tribunaux a souvent entraîné la frustration des citoyens et une lassitude procédurale.

3. Manque de spécialisation : les officiers ministériels ne disposaient pas de l'expérience spécialisée des notaires en matière d'évaluation, de planification successorale et de rédaction formelle d'actes juridiques.

4. Divergences entre les Länder : Même avant la réforme, certains Länder autorisaient les notaires à arbitrer les litiges successoraux parallèlement aux tribunaux (par exemple, art. 38 BayAGGVG (code bavarois sur l'exécution de la GVG), art. 24 et suivants HessFGG (loi hessoise sur les questions de juridiction non contentieuse)), ce qui témoignait d'une incohérence juridique à l'échelle fédérale.

Ces défis ont souligné la nécessité d'une répartition différenciée et fonctionnellement efficace des tâches au sein de la juridiction volontaire, ce à quoi la réforme de 2013 a répondu.

IV. RÔLE DES NOTAIRES APRÈS LA RÉFORME

Le cadre juridique de la juridiction notariale est établi aux articles 342 et suivants, 363 et suivants de la FamFG. Conformément à l'article 342, paragraphe 2, point 1, de la FamFG, en liaison avec l'article 23a, paragraphe 3, de la GVG,

⁴ Heinemann, FGPrax 2013, 139 ; Preuß, DNotZ 2013, 740 (744).

⁵ Preuß, DNotZ 2013, 740 (745).

les notaires ont une compétence exclusive en matière de médiation dans les affaires de partage des biens. Si l'article 487 de la FamFG autorise des dérogations spécifiques à chaque Land, ces exceptions ont désormais cessé d'exister à l'échelle nationale⁶.

Dans leur nouvelle fonction, les notaires assument les rôles précédemment dévolus aux juges, aux officiers ministériels et aux greffiers, raison pour laquelle, conformément à l'article 492 FamFG, les règles pertinentes de la FamFG s'appliquent aux tâches notariales en matière de partage des biens. Le bureau du notaire fait office de greffe du tribunal et les huissiers de justice font office d'huissiers.⁷

La compétence territoriale appartient à tout notaire dont le domicile officiel se trouve dans le district du tribunal local où le défunt avait sa dernière résidence habituelle ou où se trouvent les biens successoraux (§ 344, al. 4a FamFG). En ce qui concerne le partage d'une communauté de biens, conformément au § 344, al. 5 FamFG, la compétence du notaire est liée à la compétence du tribunal en matière matrimoniale (§ 122 FamFG). Parmi plusieurs notaires compétents, les parties concernées sont libres de choisir le notaire⁸ et le notaire sollicité en premier lieu a la priorité⁹. Si un notaire localement incompétent reçoit une demande relative à un partage de biens, il est tenu de renvoyer l'affaire au notaire compétent (§ 3, al. 1, § 492, al. 1 FamFG).

Les procédures notariales en matière de partage des biens sont régies par les §§ 363 et suivants FamFG. L'ouverture de la procédure nécessite :

- l'existence d'une communauté d'héritiers ;¹⁰
- la demande d'au moins une partie (§ 363, al. 1 FamFG) sous la forme prévue aux § 23, 25 FamFG¹¹;
- la soumission des parties concernées et du patrimoine à partager (§ 363 al. 3 FamFG).

Le notaire convoque toutes les parties à une audience (§ 365 FamFG) avec un préavis raisonnable conformément au § 32, al. 2 FamFG. En général, le

⁶ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Recital 434.

⁷ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Considérant 434 .

⁸ Preuß, DNotZ 2013, 740 (745).

⁹ Heinemann, FGPrax 2013, 139.

¹⁰ Krätzschel/Falkner/Döbereiner/Krätzschel, Nachlassrecht, § 23 considérant 33.

¹¹ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Considérant 434.

délai fixé par le notaire ne doit pas être inférieur à deux semaines.¹² Il convient de noter que même si une partie convoquée ne se présente pas, l'audience peut avoir lieu (§ 365, al. 2 FamFG) et cette partie n'a pas besoin d'être convoquée à nouveau pour une audience ultérieure, sauf si elle en fait la demande en vertu du § 366, al. 4 FamFG. Si une partie ne se présente pas sans négligence, elle a droit à une réintégration conformément au § 367 FamFG.

Si un consensus est atteint, l'accord est authentifié par le notaire et un plan de partage formel au titre de l'article 368 FamFG n'est pas nécessaire.¹³ Si toutes les parties ne sont pas présentes, la partie absente est informée que son consentement sera présumé après un délai fixé (article 366, paragraphe 3, FamFG), sauf si elle fait opposition par voie de recours immédiat (article 372 FamFG).

Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, le notaire prépare un plan de partage pour confirmation.¹⁴ Si toutes les parties sont d'accord lors de l'audience, le notaire confirme immédiatement l'accord (§§ 366, 368 FamFG). Dans le cas contraire, la procédure prévue au § 366, al. 3, 4 FamFG régit les étapes suivantes, qui aboutissent à la confirmation (§ 368, al. 1 FamFG) et à la création d'un titre exécutoire (§ 371 FamFG) si toutes les parties finissent par se mettre d'accord ou ne formulent aucune objection.¹⁵

Les notaires, tout comme les juges, doivent respecter la neutralité procédurale, garantir le respect des procédures et documenter de manière exhaustive toutes les étapes de la procédure. Les restrictions prévues aux §§ 6,7 BeurkG (implication personnelle du notaire ou de personnes qui lui sont étroitement liées) s'appliquent également dans les affaires de partage de biens.¹⁶ Des recours juridiques sont disponibles en vertu des §§ 58 et suivants FamFG et § 372 FamFG et servent à protéger contre les erreurs dans la médiation.¹⁷

Malgré la sophistication juridique de ce modèle, son adoption pratique est restée modérément modérée, car un seul cohéritier peut facilement entraver le processus en vertu du § 368 paragraphe 1 FamFG limite son utilité dans certains cas.¹⁸

¹² Holzer ZEV 2013, 656 (659).

¹³ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Recital 435

¹⁴ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Considérant 435.

¹⁵ Krätzschel/Falkner/Döbereiner/Krätzschel, Nachlassrecht, § 23 Considérant 72.

¹⁶ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Recital 434 ; Ihrig, MittBayNot 2013, 352 (356).

¹⁷ Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, § 17 Considérant 435 ; Ihrig, MittBayNot 2013, 352 (357 et suivants).

¹⁸ Hausleiter/Schemann, FamFG, Remarques préliminaires §§ 363 et suivants. Considérant 4.

V. CONCLUSION

L'extension de la compétence des notaires en matière de partage des biens en vertu des articles 342 et suivants, 363 et suivants de la FamFG est un exemple remarquable de la manière dont les procédures non contentieuses peuvent également être traitées par la profession notariale. En attribuant des fonctions quasi judiciaires aux notaires, le législateur a mis en place un système qui allège la charge des tribunaux tout en préservant l'intégrité de la procédure et la sécurité juridique.

Cette réattribution repose sur un objectif politique cohérent : distinguer les tâches essentielles à la mission fondamentale du pouvoir judiciaire de celles qui peuvent être déléguées à l'administration. La réforme tire parti des atouts structurels du notariat – sa neutralité, son expertise juridique et son accessibilité – pour améliorer à la fois l'efficacité et la réactivité du droit successoral.

Bien que la pratique actuelle suggère une adoption prudente, notamment en raison de l'exigence de consensus et du risque d'obstruction, ce modèle est très prometteur, en particulier dans les cas simples.

En fin de compte, le modèle notarial prévu aux §§ 342 et suivants, §§ 363 et suivants FamFG sert de modèle pour une administration moderne et centrée sur le citoyen de la justice non contentieuse.

Bibliographie :

Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz/Sammet, 8e édition 2024, § 17 Droit successoral, considérant 434 et suivants.

Haußleiter, FamFG/Schemmann, 2e édition 2017, Remarques préliminaires §§ 363 et suivants. Considérants 1-6

Heinemann, Jörn, Aufgabenübertragung auf Notare, FGPrax 2013, 139-142

Holzer, Johannes, La procédure de partage successoral selon la FamFG, ZEV 2013, 656-662

Ihrig, Thomas, Vermittlung der Auseinandersetzung des Nachlasses durch den Notar, MittBayNot 2012, 353-366

Krätzschel/Falkner/Döbereiner, NachlassR/Krätzschel, 12e édition 2022, § 23

Preuß, Nicola, La loi sur le transfert de tâches dans le domaine de la juridiction gracieuse aux notaires, DNotZ 2013, 740





LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT • LE LOGEMENT

FAVORISER ET SÉCURISER L'ACCÈS AU LOGEMENT DES OCCUPANTS PRÉCAIRES

MODÉRATRICE : SOPHIE POTENTIER RIOS

5

LA RÉGULARISATION DOMANIALE EN ARGENTINE

MARIANA HEFLING, MARTIN LEANDRO RUSSO ET
GONZALO MATIAS VASQUEZ / NOTAIRES EN ARGENTINE

RÉSUMÉ :

1. INTRODUCTION. 2. LE NOTAIRE ET L'ACCÈS AU LOGEMENT. 3. RÉGULARISATION FONCIÈRE ET TITRAGE DE MASSE. 4. ÉVOLUTION LÉGISLATIVE EN ARGENTINE. 5. ASPECTS GÉNÉRAUX ET APPLICATION DE LA LOI DANS LA PROVINCE DE BUENOS AIRES. 6. LA PROCÉDURE DE RÉGULARISATION. 7. NATURE JURIDIQUE. 8. LA RÉGULARISATION COMME CAUSE D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ. 9. L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ ET LA NATURE DU BIEN ACQUIS. 10. CESSIION DES DROITS DE LA LOI 24.374. 11. RÉGLEMENTATIONS PROVINCIALES. 12. CAS PARTICULIER DE TITULATION DANS LA PROVINCE DE BUENOS AIRES. LOI 14.449. 13. DROIT COMPARÉ. 14. CONCLUSIONS. 15. BIBLIOGRAPHIE.

1. INTRODUCTION

L'accès au logement est un sujet qui préoccupe et occupe les États, mais surtout les citoyens. Une grande partie de la population mondiale n'a pas les moyens d'acquérir son propre logement.

Dans leur quête d'un tel accès, les législateurs ont trouvé la régularisation foncière. Cette régularisation est un mécanisme juridique qui permet d'octroyer des titres de propriété aux occupants légitimes de biens immobiliers urbains en situation irrégulière.

En 1994, la loi 24374 a été promulguée. Elle établit une procédure notariale et administrative, que nous verrons en détail, pour accéder au titre de propriété. Mais elle ne se limite pas à cela, elle accorde également une sécurité juridique aux personnes qui possèdent publiquement et pacifiquement, pendant une période déterminée. Ce système permet en Argentine à des milliers de personnes en situation de vulnérabilité d'accéder à un logement en disposant d'un titre légalement valable. Cela favorise non seulement l'accès au logement, mais aussi ce que cela implique, à savoir l'inclusion sociale et la sécurité juridique.

Dans le présent travail, nous tenterons d'exposer la partie pratique de l'application de cette norme, ainsi que les discussions doctrinales qui ont suivi la promulgation de cette loi. Le rôle du notaire dans le processus, son impact social et l'application de ce système dans d'autres pays. Nous analyserons l'importance de l'intervention notariale en tant que garantie de légalité et de protection des droits, évitant ainsi la discrétion de l'État et les risques de clientélisme politique.

C'est ainsi que l'a compris le législateur en adoptant la loi-cadre en la matière en Argentine, la loi 24.374, convaincu que le notaire, en tant que professionnel du droit exerçant une fonction publique dont la principale caractéristique est son caractère fédérateur et l'authenticité de l'instrument autorisé, devait nécessairement participer à la procédure.

Plus de trente ans après l'adoption de la loi susmentionnée, et compte tenu de l'expérience des provinces qui l'appliquent, comme la province de Buenos Aires, nous pouvons affirmer que c'est précisément l'intervention du notaire qui garantit dans une large mesure le respect de toutes les exigences de fond et de forme exigées par la loi, aboutissant à la régularisation en bonne et due forme du bien immobilier et servant de barrière au clientélisme politique ou à l'utilisation abusive du système.

Pour sa part, le notaire, en tant que professionnel du droit, ne peut ignorer la réalité de la société dans laquelle il exerce son activité, qui a souvent besoin de son intervention désintéressée pour résoudre les problèmes qui la touchent. La loi 24.374 confère au notaire une mission à la fois professionnelle et sociale, l'engageant à venir en aide à ceux qui en ont le plus besoin, ce qui, à court terme, profite à ceux qui régularisent leur situation et, à long terme, à la société dans son ensemble et à l'activité du notaire, dans la mesure où la procédure implique l'insertion dans le trafic commercial d'un bien immobilier qui, jusqu'à présent, était exclu du système. était jusqu'alors marginalisé du système.

Tout cela est lié à l'un des droits humains les plus fondamentaux : celui d'accéder à un logement décent.

C'est ce que stipule l'article XXIII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, incorporée à notre Constitution nationale : « *Toute personne a droit à la propriété privée, correspondant aux besoins essentiels d'une vie décente, qui contribue à maintenir la dignité de la personne et du foyer* ». La Déclaration universelle des droits de l'homme exprime le même principe dans son article 17, principes qui ont été repris dans l'article 14 bis de notre Constitution.

Au-delà des mots de ces déclarations, la réalité actuelle des quartiers urbains où la population est marginalisée est préoccupante marginalisée, ce qui est accentué par les mouvements migratoires, des zones rurales vers les zones urbaines et des pays limitrophes, et par les crises économiques récurrentes que notre pays a connues.

Dans ce contexte, nous sommes confrontés dans l'exercice de notre profession à de nombreux cas de personnes qui, après avoir payé un terrain ou un logement, ont vu l'enregistrement de leur titre de propriété compromis, soit par des irrégularités dans leurs titres antérieurs, soit par le passage du temps et la perte de contact avec ceux qui leur ont vendu, soit par le manque de ressources économiques pour enregistrer le titre, soit par la désinformation sur la nécessité de l'enregistrement, entre autres.

Il s'agit dans tous les cas de propriétaires légitimes, de bonne foi, ininterrompus et pacifiques qui ont besoin de l'aide de l'État et du notaire afin que, agissant conjointement, ils puissent accéder à leur droit à un logement dans des conditions normales, leur permettant de garantir les conditions minimales nécessaires pour contribuer au développement des potentialités individuelles et favoriser ainsi l'intégration sociale des secteurs les plus vulnérables.

2. LE NOTAIRE ET L'ACCÈS AU LOGEMENT

Notre pays fait partie, avec beaucoup d'autres pays d'Amérique et d'Europe, du système notarial latin, d'origine romano-germanique. Cela confère à nos États un passé commun qui se traduit par l'application d'un régime juridique de base très similaire entre ces pays et qui diffère considérablement de la *Common Law*.

Le système latino-américain accorde généralement une importance considérable au notaire dans l'intervention de différents actes et transactions juridiques, conférant à ce professionnel du droit le pouvoir de certifier dans l'exercice d'une fonction publique déléguée par l'État.

Il en découle que tout acte public émanant d'un notaire revêt un caractère authentique, c'est-à-dire qu'il est présumé que son contenu et sa forme sont véridiques.

Dans certains domaines où l'ingérence de l'État peut s'avérer plus dangereuse que dans d'autres, l'intervention du notaire en tant que tiers impartial peut constituer une garantie du respect des formes et des prescriptions légales.

Compte tenu des caractéristiques du notariat latin, avec ses attributions et ses fonctions, nous considérons qu'il s'agit du professionnel le plus apte à intervenir dans les procédures d'accès au logement et de régularisation foncière, toujours en collaboration avec l'État et en travaillant conjointement.

C'est ainsi que le comprennent non seulement les pays de la région, mais aussi l'Union internationale du notariat, organisme qui regroupe les États du monde entier qui appliquent le système notarial latin et au sein duquel existe un groupe de travail dédié à l'étude et à l'analyse des problèmes liés à l'accès au logement et à la délivrance massive de titres de propriété.

Cela démontre l'importance que le notariat mondial accorde à cette question, non seulement parce qu'elle relève de la compétence professionnelle des notaires, mais surtout en raison de son aspect social. À titre d'exemple, la XIII^e Journée notariale ibéro-américaine qui s'est tenue en République du Paraguay en 2008 a conclu :

« Le notariat est l'option la plus appropriée pour assurer la certitude et la sécurité des droits, car la loi reconnaît une efficacité privilégiée au document qu'il autorise et, en même temps, l'octroi des titres se fait sans nuire à la souplesse et à l'efficacité nécessaires exigées par le marché et les transactions juridiques. »

La participation du notaire ne doit pas seulement se limiter à la rédaction des titres et au contrôle préalable de leur légalité, mais aussi à la fonction de conseiller juridique, afin qu'il puisse apporter son expérience à la communauté dans la conception, l'amélioration et la publication des programmes de régularisation foncière ».

3. RÉGULARISATION FONCIÈRE ET TITRAGE DE MASSE

En prenant les deux termes qui nous occupent dans le présent travail, sommes-nous dans les deux cas face à une même situation ou convient-il plutôt de les différencier ?

En d'autres termes, nous nous demandons si la régularisation foncière implique toujours la délivrance d'un titre de propriété.

Selon le dictionnaire juridique, le terme « titre » « *équivaux à l'instrument qui atteste le droit en vertu duquel une chose est acquise ou possédée. Il équivaut également à la cause d'un droit. Le titre, en tant que cause pour laquelle nous possédons une chose, est transférable lorsque cela est fait à perpétuité* ». ¹

On entend par régulariser « *imposer l'ordre ou établir la loi dans le chaos ou l'anarchie. Organiser* ». ²

Dans le cadre du sujet qui nous occupe, nous devons analyser ces deux termes en relation avec un tiers : le social.

Nous en concluons que la régularisation foncière ne se limite pas à l'obtention d'un titre de propriété, entendu comme l'attribution d'un titre formel sur des biens dont on a déjà le contrôle ³, mais qu'elle va au-delà.

La régularisation foncière est la réglementation de la relation du citoyen avec la terre, qu'il a acquise dans la plupart des cas par des moyens inappropriés. Cette régularisation est un processus qui peut ou non aboutir à l'obtention d'un titre de propriété ⁴.

La régularisation ne se produit donc pas seulement avec l'octroi de titres de propriété ou de titres justes, mais nous pensons que la loi utilise ce terme dans le sens plus large de mettre de l'ordre dans une situation qui le nécessite, et qui, dans le cas présent, fait référence à l'irrégularité foncière.

¹ FERNÁNDEZ DE LEÓN. « Dictionnaire juridique. Tome IV ». Éditions ABECE SRL. Page 458.

² CABANELAS GUILLERMO. « Dictionnaire encyclopédique du droit coutumier ». Tome VII. Éditions Helistas. Page 109.

³ EMANUELE CALO. « Entre réalité et utopie : le rôle du notariat dans la diffusion de la propriété ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 956. Page 535

⁴ Dans les pays sous-développés, l'octroi de titres de propriété « contribuerait à réduire la pauvreté ». 25 CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT. ESPAGNE 2007. Selon les représentants des 75 pays participant au congrès. Il a été établi que près de 80 % de la population mondiale ne dispose pas de titres de propriété, ce qui l'empêche de prouver qu'elle en est propriétaire. »

4. ÉVOLUTION LÉGISLATIVE EN ARGENTINE

Le problème du logement dans notre pays s'est considérablement aggravé à partir de 1940, avec les mouvements migratoires de l'intérieur du pays vers la ville de Buenos Aires, à la recherche de meilleures conditions de vie et de travail⁵.

À partir de cette date, l'État national a cherché, à travers différents instruments législatifs, à apporter une solution au problème du logement. Nous mentionnons parmi ceux-ci les suivants, tous deux antérieurs à la loi 24.374.

1. Régularisation financière et cadastrale. Loi 24.464.

Promulguée en 1995, cette loi fixe trois objectifs de régularisation, qui devaient être atteints par l'octroi de crédits hypothécaires à des particuliers.

La *propriété*, en accordant le titre de propriété à la personne à qui le logement avait été attribué grâce à un prêt, évitant ainsi les successions de simples droits personnels ; le financier, obtenant la garantie hypothécaire, qu'il pouvait ensuite commercialiser ; et le notaire, mettant le bien au nom de l'acquéreur, mais aussi l'insérant dans le commerce juridique immobilier et commençant à percevoir des impôts.⁶

À cette fin, la loi a créé le Fonds national pour le logement (FONAVI), destiné à financer la construction de logements et de projets d'urbanisation.

Les provinces argentines ont adhéré à la loi et créé les Instituts provinciaux du logement, qui ont finalement conclu avec les collèges notariaux de chaque circonscription des accords visant à respecter les objectifs de la loi et à créer des listes de notaires chargés de l'enregistrement.

De nombreux biens immobiliers ont pu être régularisés grâce à ce système, qui est ensuite tombé en désuétude car il est devenu lent et bureaucratique lorsque les instituts provinciaux ont pris en charge l'exécution intégrale du programme.

Aujourd'hui, rares sont les circonscriptions où il continue d'être utilisé.

⁵ FERREARI DE SOLARI DEL VALLE, Ema B ; COLINAS, Cludina A, BASANTA, Luis Felipe, GOMEZ, Néstor Osvaldo. « Titrisation à caractère social et régularisation foncière en République argentine ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 959, p. 409.

⁶ Op. cit. 5, p. 413.

2. Banque hypothécaire nationale :

La Banque hypothécaire a mis en place à plusieurs reprises des plans de crédit hypothécaire à des taux très avantageux et à long terme, qui permettaient aux personnes à faibles revenus et aux classes moyennes d'accéder à la propriété. Au fur et à mesure que les plans se développaient, la Banque hypothécaire finançait la construction d'immeubles et de complexes résidentiels, qui étaient ensuite enregistrés au nom de particuliers.

Les retards ultérieurs dans l'approbation des plans et des autorisations municipales pour la construction de ces bâtiments ont retardé la remise des clés au bénéficiaire, ce qui a compliqué l'octroi du prêt hypothécaire et entraîné la désuétude du système.

En 2012, le gouvernement national a annoncé la mise en œuvre d'un nouveau plan par l'intermédiaire de la Banque hypothécaire nationale.

Baptisé PRO.CRE.AR BICENTENARIO, ce plan prévoit l'octroi de crédits hypothécaires par le biais d'un système de tirage au sort pour la construction, l'agrandissement, l'achèvement et la rénovation de logements uniques, ainsi que pour l'acquisition de logements construits par le programme dans le cadre de projets d'urbanisation.

Le financement du système sera assuré par la participation de différents organismes publics, dont l'ANSES et le ministère de l'Économie et des Finances publiques, ainsi que d'autres investisseurs privés intéressés.

Il existe deux types de lignes de crédit, selon que le bénéficiaire possède déjà son terrain (le crédit est accordé pour la construction) ou qu'il n'en possède pas (le crédit est accordé pour son achat).

Les succursales de la Banque hypothécaire de chaque circonscription tiennent une liste des notaires habilités à signer l'octroi des crédits.

5. ASPECTS GÉNÉRAUX ET APPLICATION DE LA LOI DANS LA PROVINCE DE BUENOS AIRES

Promulguée le 7 septembre 1994, la loi établit la procédure de régularisation des biens immobiliers destinée à toute personne remplissant les conditions requises, dans le but d'apporter des solutions concrètes à ceux qui accèdent au système.

Il convient de citer à cet égard les propos tenus par le sénateur López de Zabalia lors du débat parlementaire du 2 décembre 1993 : *« J'agis en pleine conscience que ce projet de loi s'inscrit dans un mécanisme d'horlogerie, car c'est un mécanisme d'horlogerie dont a besoin le civiliste en matière d'acquisition de la propriété par des actes entre vifs et son opposabilité aux tiers »*.

La loi stipule que les bénéficiaires de cette loi sont les personnes qui prouvent une possession publique pacifique et licite trois ans avant le 1^{er} janvier 2009. Dans un premier temps, son article premier stipule : *« bénéficieront des avantages de cette loi les occupants qui justifient d'une possession publique, pacifique et continue, pendant trois ans avant le 1er janvier 2009, et de sa cause licite, de biens immobiliers urbains dont la destination principale est celle d'une habitation unique et permanente, et qui réunissent les caractéristiques prévues dans la réglementation »*.

Il en découle donc que la première condition requise est que le bénéficiaire prouve qu'il était en possession légale, publique et pacifique du bien immobilier avant 2009.⁷

Les concepts de possession publique, pacifique et continue sont clairs, mais que faut-il entendre par cause licite au sens de la loi ?

Il existe plusieurs opinions doctrinales à ce sujet. Nous adhérons à celle qui considère comme cause licite non seulement celle qui trouve son origine dans un acte de vente ou un contrat de cession de droits de possession, mais aussi celle qui résulte de l'expiration du délai de vingt ans de prescription acquisitive, en vertu des dispositions de l'article 1899 du Code civil argentin « Prescription acquisitive longue. En l'absence d'un juste titre ou bonne foi, l'délai est de vingt ans. L'absence ou la nullité du titre ou de son inscription, ni la mauvaise foi de sa possession ne peuvent être invoquées à l'encontre de l'acquéreur.

Par conséquent, toute personne en possession d'un acte de vente, d'une cession de droits de possession ou de tout autre document attestant de sa bonne foi dans la possession du bien, ou qui possède le bien immobilier pour quelque raison que ce soit depuis plus de vingt ans à la date d'ouverture de la procédure, peut bénéficier de cet avantage conformément à la loi.

Il convient de préciser que la loi ne s'applique qu'à la régularisation des biens immobiliers urbains, à l'exclusion des biens immobiliers ruraux, et qui sont

⁷ L'article premier a été modifié afin d'actualiser la date de possession par la loi 27118, article 35, de 2015.

destinés à servir de logement unique et d'occupation permanente au bénéficiaire, ce qui rend impossible la régularisation de plus d'un bien immobilier par personne ou de biens immobiliers à usage commercial.

L'article 2 fait référence aux personnes pouvant bénéficier des avantages de la loi : « *Peuvent régulariser leur situation : a) les personnes physiques occupant à l'origine le bien immobilier concerné ; b) le conjoint survivant et les héritiers de l'occupant d'origine qui ont continué à occuper le bien immobilier ; c) Les personnes qui, sans être des héritiers, ont cohabité avec l'occupant d'origine, bénéficiant d'un traitement familial, pendant une période d'au moins deux ans avant la date fixée par l'article 1, et qui ont continué à occuper le bien immobilier ; d) Ceux qui, par un acte légitime, ont continué à jouir de cette possession.*

Outre le conjoint survivant et les héritiers de l'occupant initial qui ont continué à occuper les lieux, la loi permet également à toute personne qui, sans être un successeur, a bénéficié d'un traitement familial pendant la période indiquée, d'accéder au régime, intégrant ainsi le concubin du bénéficiaire dans le système.

L'article 3 stipule la gratuité de la procédure, clarifiant une fois de plus la finalité sociale du système.

Dans la province de Buenos Aires, il a également été établi que les actes de régularisation sont exonérés de l'impôt sur la transmission de biens et du droit de timbre, conformément aux dispositions des lois 12.387 de 1999 et 13.610 de 2006.

De même, démontrant son engagement envers le régime de régularisation, et à travers différents accords signés avec le Sous-secrétariat social des terres de la province, le Conseil d'administration du Collège des notaires de Buenos Aires a réduit les cotisations que doivent verser tous les notaires titulaires, intérimaires ou collaborateurs des registres de régularisation foncière, et a également décidé de réduire de 50 % le coût des feuilles notariales utilisées pour ces actes. Toujours dans la province de Buenos Aires, la loi 24.371 a été réglementée par les décrets 2815/96 et 3237/02 qui, entre autres, ont créé l'autorité chargée de l'application de la norme : le sous-secrétariat social des terres et Urbanisme dans la province de Buenos Aires.

Dans la province de Buenos Aires, selon les données fournies par le Collège des notaires, les chiffres fournis par le système entre 2010 et 2020 sont les suivants : 568 notaires régularisés, 82 676 actes de régularisation et 69 781 actes de consolidation.

6. LA PROCÉDURE DE RÉGULARISATION

Après avoir abordé les exigences générales de la norme et ses principales caractéristiques, nous allons maintenant analyser sa procédure.

Elle se divise en deux étapes : la première, la régularisation, qui se termine par la délivrance de l'acte notarié attestant que le bénéficiaire remplit les conditions requises par la loi ; et la seconde, la consolidation du domaine, à laquelle on accède dix ans après l'enregistrement de l'acte susmentionné et qui se termine par l'enregistrement définitif du domaine au nom du bénéficiaire.

La procédure est régie par l'article 6 et les articles suivants de la loi, qui exigent du bénéficiaire, afin d'engager la procédure, qu'il présente au notaire intervenant une demande d'adhésion au régime prévu par la loi et une preuve documentaire attestant le respect des conditions fixées aux articles 1 et 2.

Une fois la procédure engagée et après évaluation des documents, le notaire doit demander le certificat cadastral, le plan cadastral et le rapport de propriété afin d'identifier le bien immobilier.

Si les documents demandés permettent d'identifier le propriétaire enregistré et son domicile, le notaire doit envoyer une lettre recommandée à tous les propriétaires séparément, en plus de procéder à la publication d'avis.

Si vous ne connaissez pas l'adresse du titulaire, vous devez vous adresser à la Chambre électorale afin de connaître sa dernière adresse et procéder à l'envoi du document.

Si le titulaire du domaine se présente, il a le droit d'exercer sa défense. Deux situations peuvent se présenter : Si le titulaire du registre s'y oppose, la procédure sera suspendue, à condition que le motif de l'opposition ne soit pas lié au solde du prix ou à des contestations des procédures, des autorités ou des interventions prévues par la loi, auquel cas la procédure se poursuivra et l'opposant devra introduire un recours judiciaire.

Pour en revenir à la procédure de régularisation, les notaires, en plus de demander les informations ou de notifier les titulaires, doivent effectuer deux relevés : un relevé social, qui a pour but de voir qui vit dans la maison. Et un relevé technique, afin de vérifier les caractéristiques du bien et du quartier ou de la zone où il est situé, telles que l'accès aux routes principales, la proxi-

mité des transports publics, l'asphaltage, les réseaux d'égouts et de gaz, ce qui donne lieu à une fiche cadastrale qui détermine l'évaluation du bien immobilier aux fins du paiement de 1 % de la valeur que doit effectuer le bénéficiaire, conformément à la loi, qui délègue aux provinces sa réglementation.

Dans la province de Buenos Aires, le bénéficiaire doit déposer ce montant à la Banque de la province de Buenos Aires, en réglant les factures qui lui sont remises par le notaire via un système organisé par le Collège des notaires de la province de Buenos Aires, dans lequel les notaires régulateurs doivent également enregistrer tous les dossiers de régularisation et de consolidation qu'ils ouvrent.

Une fois le dossier, qui est actuellement numérique, terminé, toutes les conditions remplies et le délai de 30 jours prévu par la loi écoulé, tous les documents sont envoyés au sous-secrétariat social des terres de la province, accompagnés d'un projet d'acte notarié, pour contrôle et visa par l'organisme de contrôle. En l'absence d'observations, ou si celles-ci ont été résolues, le notaire procède à l'autorisation de l'acte conformément à la loi 24.374 relative au respect des exigences formelles d'adhésion au régime, avec la signature du bénéficiaire.⁸

Cet acte doit être inscrit dans la rubrique « titres de propriété » du registre foncier, aux fins du calcul du délai de 10 ans prévu à l'article 8 de la loi : *« L'inscription au registre visée à l'alinéa e) de l'article 6 produit les effets d'une inscription de titre aux fins du calcul du délai de prescription prévu à l'article 3999 du Code civil. Toutes les actions qui reviennent aux titulaires actuels du droit de propriété, y compris, le cas échéant, celle d'expropriation inversée, restent réservées. »*

Selon le libellé original de l'article 8, dix ans après l'acte de régularisation, le bénéficiaire devait engager une procédure judiciaire d'usucapion brève afin de consolider son droit de propriété, ce qui, selon nous, avait un effet négatif aux fins de la loi, car cela judiciaisait la procédure, entraînant des retards et rendant le processus plus coûteux.

C'est pourquoi il a été modifié en 2003 avec la promulgation de la loi 25.797, dont le libellé est désormais le suivant : *« L'inscription au registre visée à l'alinéa*

⁸ Concernant l'exigence des 30 jours, dans l'affaire « Felix Antonio Vicente c/ succession de Benito Curkovic s/ Nullité d'acte public. 4/09/2009, il a été déclaré : « La Chambre civile et commerciale, salle III, de Mercedes, dans l'affaire en question, a confirmé le jugement de première instance qui a rejeté la demande de nullité au motif que : « le demandeur disposait de 30 jours, à compter de la notification par voie d'édits, de radio et de personne, pour s'opposer à l'acte, et il ne l'a pas fait ».

e) de l'article 6 se transformera de plein droit en propriété parfaite à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de son enregistrement. Les titulaires du droit de propriété et/ou ceux qui s'estiment avoir un droit sur les biens immobiliers faisant l'objet de cette inscription peuvent exercer les actions correspondantes, y compris, le cas échéant, celle d'expropriation inversée, jusqu'à l'expiration du délai susmentionné ».

En 2006, le décret provincial n° 181/2006 a été promulgué afin de réglementer cette réforme, établissant la manière de mener à bien la deuxième partie de la procédure, à savoir la consolidation du domaine, qui intervient de plein droit à l'expiration du délai de dix ans.

À cette fin, le bénéficiaire doit se présenter devant n'importe quel notaire du registre de régularisation foncière de sa circonscription, muni de l'acte de régularisation original.

Le notaire ouvre un nouveau dossier et doit demander un rapport de propriété, une carte cadastrale et un plan cadastral. Une fois ces documents obtenus, il rédige un nouvel acte dans lequel il consigne l'expiration du délai de dix ans et la reconnaissance de l'autorité d'application par laquelle la propriété est consolidée au nom du bénéficiaire, qui obtient ainsi, une fois inscrit au registre, son titre de propriété définitif.

Si le bénéficiaire initial est décédé avant l'expiration du délai de dix ans, ses héritiers se réuniront pour consolider leurs droits, en justifiant leur qualité par les documents correspondants attestant leurs liens avec le défunt et le décès de celui-ci. L'inscription au registre foncier se fera au nom du bénéficiaire initial, ses héritiers devant ensuite engager la procédure successorale de manière ordinaire.

Il convient de préciser que l'inscription de ce deuxième acte au registre foncier entraîne l'annulation de l'inscription précédente du bien immobilier et la création d'une nouvelle inscription, dans laquelle devront être consignées toutes les restrictions de propriété correspondant au bénéficiaire, et par laquelle toutes celles qui appartenaient à l'ancien propriétaire seront éteintes et annulées.

Nous concluons en soulignant l'importance de l'activité conjointe et permanente dans le processus de régularisation, tant de la part des notaires chargés de la régularisation que de l'autorité d'application, des municipalités, du registre foncier et du cadastre territorial.

Nous tentons ainsi d'accélérer la procédure, de raccourcir les délais et de résoudre les problèmes, afin d'offrir à ceux qui accèdent au régime une solution efficace tant du point de vue juridique que de l'inclusion sociale.

7. NATURE JURIDIQUE

Maintenant, après avoir analysé la procédure établie par la loi, il convient de se demander quelle est la nature juridique du droit qui en découle.

Lorsque nous autorisons l'acte attestant le respect des conditions requises pour bénéficier du régime prévu par la loi, s'agit-il d'un droit personnel, d'un titre imparfait, d'un droit de propriété révocable ou d'un droit réel non nommé ?

Parmi toutes ces théories, celle du droit personnel est celle qui prédomine dans la jurisprudence, du moins jusqu'à la réforme mentionnée de l'article 8. Il a été déclaré à cet égard que ce qui est accordé, c'est la reconnaissance de la possession et le respect des conditions requises par la loi. Elle agit comme un titre valable aux fins du Code civil et commercial de la Nation.⁹

Mais pour la jurisprudence majoritaire, le titre juste ne confère pas non plus au bénéficiaire le droit d'action en revendication.

Dans l'affaire « *TORREZ, Humberto Oscar c/TORRES MARIO PASCUAL ET AUTRE S/REIVINDICACIÓN* », tant le juge de première instance que la chambre civile et commerciale de Junín ont procédé à une analyse complète de la loi et du Code civil, et ont conclu à rejeter cette action au motif qu'elle ne correspondait pas à celle qui revient au bénéficiaire de la loi 24374.

Après la réforme de l'article 8, la jurisprudence continue de soutenir la théorie du droit de possession, mais elle n'est plus majoritaire.

À cet égard, la doctrine est divisée. Certains auteurs affirment que, puisque la norme stipule que l'enregistrement de l'acte implique la conversion de plein droit de la propriété parfaite, ils en concluent que ce que le bénéficiaire avait jusqu'alors était une propriété imparfaite et non un droit de possession.

⁹ « L'acte de régularisation foncière fourni par le demandeur [...] ne constitue pas un titre d'acquisition suffisant pour établir un droit de propriété plein ou imparfait », et n'étant pas titulaire du droit réel de propriété, il ne dispose d'aucun droit réel. Chambre d'appel en matière civile et commerciale de Lomas de Zamora, salle III, dossier « Oviedo, Domingo c/ Baez, Adolfo Zacarías s/Reivindicación »

C'est également ce qu'a décidé la Chambre civile et commerciale, première chambre du département judiciaire de La Matanza, dans une procédure d'expulsion engagée par un bénéficiaire de la loi 24.374 contre les occupants d'un immeuble régularisé, en déclarant qu'il s'agissait d'un droit réel de propriété imparfaite¹⁰.

D'autres auteurs partagent cette théorie, ajoutant qu'en plus d'être imparfait, ce droit serait révocable.

La dernière théorie considère qu'il s'agit d'un nouveau droit réel qui prendrait la forme d'un « quasi-droit de propriété », entraînant un démembrement de celui-ci.

Nous adhérons à la théorie selon laquelle la signature de l'acte de soumission au régime de la loi donne naissance à un droit personnel, mais nous considérons également qu'il serait opportun, de lege ferenda, que la norme elle-même précise dans ses articles de quel type de droit il s'agit afin de garantir une plus grande sécurité juridique au bénéficiaire.

Le seul argument qui pourrait contredire la théorie du droit de possession est le fait que le registre foncier n'enregistre pas les droits mais les titres, et que le document résultant de l'acte de régularisation doit être enregistré.

Cependant, nous ne pouvons manquer de mentionner que la même loi sur l'enregistrement stipule dans son article 2, alinéa c), que tout document établi par les lois nationales ou provinciales peut également être enregistré, ce qui fait que l'instrument obtenu par la procédure de régularisation foncière constitue une exception qui pourrait s'inscrire dans cet alinéa de la loi.

8. LA RÉGULARISATION COMME CAUSE D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ

Les modes d'acquisition des droits réels dans notre système juridique sont classés en trois catégories : a) par des actes entre vifs et par disposition testamentaire ; b) à titre universel et à titre particulier et c) par les modes originels et par les modes dérivés, nous nous référerons à ces derniers.

¹⁰ Procès-verbal « VARELA, Enriqueta Elena c/VARELA, Verónica et autre s/Expulsion » Salle I Département judiciaire de La Matanza. Date 27/05/2010.

Les acquisitions dérivées impliquent au moins deux parties, l'une cédant son droit à l'autre. Les acquisitions dérivées peuvent être classées comme suit : i) acquisitions dérivées par des actes entre vifs (par exemple, vente, échange, donation, etc.) ; ou ii) acquisitions dérivées pour cause de décès (par exemple, acquisition par l'héritier ou le légataire).

L'acquisition originaire ne reconnaît pas de transmission antérieure, l'acquisition du droit réel s'opérant de manière autonome et primitive au nom du sujet. L'usucapion et la régularisation foncière, entre autres reconnues par notre législation, sont des exemples de modes originels.

La régularisation foncière constitue un mode exceptionnel d'acquisition de la propriété d'un bien immobilier urbain destiné à l'habitation ou à la production de l'occupant ou du possesseur non vicieux.

Il est soutenu que la cause juridique de cette acquisition est l'occupation, la possession sans vices, raison pour laquelle la doctrine a tendance à la traiter comme un cas de prescription brève, une prescription acquisitive spéciale. Kiper la traite conjointement avec l'institut de la prescription acquisitive en raison de l'assimilation de ses effets. En termes généraux, elle se distingue de la prescription acquisitive par l'existence d'une procédure extrajudiciaire, et en particulier de la prescription brève, car celle-ci représente davantage un moyen de remédier à une situation juridique déterminée qu'un moyen d'acquisition. Le droit à la régularisation se concrétise au moment de sa demande, dès lors que les conditions légales sont remplies, et devient opposable aux tiers à partir de ce moment. sa prise de raison par le registre immobilier.

N'étant pas un titre valable, comme le suppose Calegari De Grosso, l'acquisition ne remonte pas au jour de l'acte de régularisation, mais au moment où le délai prévu à l'article 8 de la loi 24.374 est écoulé, moment auquel l'acquisition de la pleine propriété du bien immobilier prendra effet.

9. L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ ET LA NATURE DU BIEN ACQUIS

L'article 8 de la loi 24.374 établit la consolidation de la propriété à l'expiration d'un délai de 10 ans à compter de l'inscription au registre de l'acte de possession ou du respect des conditions légales. Jusqu'à ce moment, le bénéficiaire était possesseur avec l'espoir de devenir propriétaire, ce qui se produira 10 ans après l'inscription au registre de l'acte de régularisation.

Selon une position que nous partageons, le bien a le caractère de bien propre (art. 464, alinéa a), bien commun (art. 465, alinéa a) ou bien personnel (si le régime de séparation a été choisi dans ce dernier cas) en fonction de l'état civil au moment où le bénéficiaire a commencé à en prendre possession et non au moment où les 10 ans pendant lesquels la propriété s'est consolidée ont été accomplis. Par exemple, si une personne détient un acte de vente ou de possession alors qu'elle était mariée, et qu'elle est désormais veuve ou divorcée à l'expiration des 10 ans, le bien peut être considéré comme commun.

Cependant, d'autres soutiennent que, sans préjudice des dispositions du CCCN selon lesquelles le bien a le caractère correspondant à l'état civil au moment où le bénéficiaire a commencé à en prendre possession, dans le cas de la régularisation de la propriété, compte tenu de son caractère exceptionnel, cette situation n'est pas suffisante pour acquérir la propriété, et que, par conséquent, le bien aura le caractère propre, commun ou personnel, au moment où cette possession devient effective, c'est-à-dire au moment où les 10 ans sont écoulés. Par exemple, si une personne a commencé à posséder alors qu'elle était mariée et qu'au moment où elle a acquis ce droit en raison de la relation de pouvoir, elle était déjà divorcée, ce bien sera propre.

10. CESSION DES DROITS DE LA LOI 24.374

Comme tout droit, ceux découlant de la loi 24.374 peuvent être cédés par leurs titulaires.

Les cessions doivent être effectuées par acte public, sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient passées devant des notaires régularisateurs. Tout notaire peut procéder à leur autorisation.

Aux fins de leur mise en œuvre, il convient de demander des rapports de propriété et d'inhibitions, afin de s'assurer que la loi 24.374 est inscrite au registre foncier, que le délai de dix ans n'a pas expiré et que le bénéficiaire n'est pas inhibé aux fins de cession.

Comme nous l'avons déjà indiqué, nous adhérons à la position selon laquelle le droit acquis par le bénéficiaire est un droit personnel, mais nous comprenons que, afin de garantir la sécurité juridique à celui qui acquiert ces droits, le notaire doit prendre toutes les précautions nécessaires et agir avec diligence dans l'exercice de ses fonctions.

La modification de l'article 8 de la loi, en établissant la consolidation de plein droit résultant de l'expiration du délai de dix ans, rend impossible la cession des droits découlant de la loi après l'expiration du délai.

Le bénéficiaire ayant consolidé de plein droit sa propriété, il doit établir l'acte correspondant à son nom, puis il peut transmettre le bien immobilier par les procédures ordinaires.

Malgré cela, et face à l'action du registre foncier de la province de Buenos Aires qui continuait à enregistrer les cessions accordées après l'expiration du délai de dix ans, la DTR 2/2011 a été promulguée en 2011, réglementant la procédure de consolidation et établissant que seules les cessions de droits prévues par la loi dans les dix ans précédant la consolidation seraient inscrites au registre.

11. RÉGLEMENTATIONS PROVINCIALES

À ce jour, plusieurs provinces argentines disposent de réglementations locales régissant cette matière.

Dans la province de La Pampa, les lois 1 589, 1 617, 1 647 et 1 718 ont été réglementées, établissant la permanence du système de régularisation foncière par la loi 1 796, car ces lois le mettaient en œuvre comme un système d'exception. Dans la province de La Rioja, la loi provinciale 8.700 a été promulguée, qui réglemente les modalités d'attribution des logements construits par l'État provincial, son autorité d'application et la distribution des fonds.

Dans la province de Santa Fe, la loi nationale 24 374 a été réglementée et est appliquée. Un système similaire à celui de la province du Chaco a été utilisé, où la loi provinciale 6.172, récemment modifiée par la loi 7.005, a été promulguée, créant les Registres uniques de l'habitat, afin que les attributaires de terres se présentent pour régulariser leur situation.

La province de Salta a également réglementé la loi nationale et délivre actuellement des actes de régularisation, mais contrairement à la province de Buenos Aires, où, comme nous l'avons vu, le notaire intervient dès le début de la procédure, le dossier est traité par l'autorité d'application qui, une fois le processus terminé, le remet au notaire pour qu'il autorise l'acte.

Dans la province de Corrientes, la loi 5.836 a été promulguée en 2008. Elle établit la procédure de régularisation ordinaire des établissements sur l'ensemble du territoire provincial, en particulier dans les zones suburbaines, les fermes et les zones rurales.

Enfin, la province de Neuquén a adopté la loi 2.660 créant le ministère du Développement territorial, qui a donné naissance aux Unités de régularisation foncière, chargées de traiter les dossiers administratifs. Une fois toutes les conditions remplies et le délai de 30 jours sans opposition écoulé, l'unité transmet le dossier à l'autorité compétente afin qu'elle rende une décision ordonnant la régularisation, qui est remise au notaire désigné par le bénéficiaire afin de procéder à l'enregistrement.

Plusieurs provinces n'ont pas encore réglementé l'application de la loi 24374, mais utilisent d'autres lois nationales, telles que la loi 24.320 ou la loi 10.830, pour l'enregistrement ou l'attribution de parcelles, de fermes ou de logements sociaux.

12. TITRAGE DANS LA PROVINCE DE BUENOS AIRES LOI 14.449

En novembre 2013, la province de Buenos Aires a adopté la loi 14.449, dite « loi sur l'accès équitable au logement ».

Elle aborde trois thèmes fondamentaux.

Le premier concerne l'expropriation par les municipalités des terrains qui restent inoccupés pendant plus de cinq ans, dits « terrains en friche » ; le deuxième concerne la régularisation des quartiers informels et le troisième concerne la contribution de 10 % (au minimum), en argent ou en terrains, des propriétaires de terrains privés aux municipalités, correspondant à la valeur du projet qu'ils entreprennent.

La réglementation a des fondements sociaux et vise principalement à poursuivre la mise en œuvre de solutions de logement dans la province.

Sans nous attarder sur l'analyse détaillée de la norme, car cela dépasserait le cadre du présent travail, nous devons mentionner qu'en ce qui concerne l'expropriation des terrains dits inutilisés, la loi ne serait pas fonctionnelle

pour l'objectif visé, car nous considérons que le délai de cinq ans fixé est trop court, compte tenu du cas des particuliers qui acquièrent des terrains pour la construction de leur seule et unique maison, sans but lucratif, et qui ne peuvent pas commencer la construction avant l'expiration du délai. La réglementation ne précise pas non plus comment l'attribution de ces terrains sera effectuée.

La deuxième caractéristique discutable est la délégation de la procédure d'enregistrement des actes à l'Escribanía General de Gobierno (bureau général des notaires du gouvernement), ce qui obligerait les bénéficiaires à recourir à une procédure administrative lente et coûteuse, alors que celle-ci pourrait être effectuée auprès des registres notariaux de régularisation foncière avec l'intervention du sous-secrétariat social aux terres et à l'urbanisme.

13. DROIT COMPARÉ

Modèles internationaux et pays avec intervention notariale en matière d'usucapion

Dans différents pays, la régularisation foncière et la prescription acquisitive ont suivi des modèles divers, certains avec intervention notariale et d'autres sans. Voici quelques exemples pertinents :

Brésil

Le Statut de la ville (loi 10.257/2001) autorise l'usucapion urbaine spéciale, réduisant à cinq ans le délai nécessaire pour acquérir la propriété dans les cas d'intérêt social. En outre, il autorise l'usucapion collective, facilitant ainsi la régularisation de quartiers entiers. Il prévoit également l'usucapion extrajudiciaire, dans laquelle le notaire intervient au début de la procédure pour certifier la possession, puis la procédure est transmise au registre pour contrôle.

Colombie

La loi 388/1997 stipule que la propriété doit remplir une fonction sociale, autorisant l'expropriation de terrains inutilisés pour la régularisation des quartiers. Des plans de titrisation massive ont également été mis en œuvre en coordination avec des organismes publics et privés. Il n'existe pas de procédure réglementée d'usucapion notariale.

Mexique

Le pays a mis en place des programmes de délivrance de titres de propriété avec l'intervention de l'État et d'un notaire. L'usucapion extrajudiciaire est

une procédure administrative traitée par les organismes publics chargés du logement, avec l'intervention d'un notaire dans la phase finale.

Porto Rico

Le notariat du pays travaille en collaboration avec le ministère du Logement à la mise en place du processus d'usucapion dans les études notariales. Le projet prévoit la publication d'édits dans les journaux, la participation du ministère public à la procédure et la signature de l'acte final de régularisation foncière devant notaire, suivi d'une inscription au registre foncier.

14. CONCLUSIONS

Au cours de toutes ces années pendant lesquelles la loi en question a été appliquée et continue de l'être, nous pouvons affirmer que c'est l'intervention du notaire qui a permis de réduire le nombre de litiges liés au processus de régularisation foncière. Il s'agit en réalité d'un processus qui garantit le droit de défense du propriétaire foncier et/ou de ses héritiers, mais surtout qui garantit la sécurité juridique tant pour le bénéficiaire de la loi que pour la société. Il garantit la procédure de régularisation des biens immobiliers et permet ainsi leur intégration dans le marché immobilier.

Bien que la procédure comporte une partie administrative, le dossier est entièrement constitué chez le notaire, qui intervient à toutes les étapes. Cela garantit le bon déroulement du processus.

Dans le cadre de son application, en essayant de coordonner le travail de tous les acteurs impliqués dans le processus (autorité d'application, registre foncier, cadastre territorial et notariat), la réglementation a permis de régulariser la situation de nombreuses personnes touchées par des problèmes de logement, ce qui a profité non seulement à ces dernières, mais aussi à la société dans son ensemble, dans la mesure où ces biens immobiliers sont intégrés au marché immobilier, créant ainsi de meilleures conditions sociales.

Depuis l'adoption de la loi, le notariat s'est fortement engagé en faveur du système, démontrant ainsi qu'il n'est pas étranger à la réalité qui prévaut dans la société où il exerce ses activités, et encourageant le caractère social de celles-ci.

Comme tout cadre réglementaire, le système a ses réussites et ses erreurs. Forts de l'expérience acquise au cours de ces années et des résultats obtenus, et considérant que les premières l'emportent sur les secondes, nous croyons aux ver-

tus du système créé par la loi susmentionnée qui, même s'il peut être perfectionné, a permis à de nombreuses personnes de voir se concrétiser leur droit à un logement décent.

Enfin, nous tenons à souligner que la régularisation ne confère pas seulement un titre au bénéficiaire, mais lui donne aussi sa dignité et un avenir. À une époque où l'on parle tant d'intelligence artificielle et de numérisation, qui sont bien sûr l'avenir, nous oublions ou reportons quelque chose d'essentiel, l'accès au logement, qui est de plus en plus difficile. Et ce n'est pas seulement le cas dans notre pays, mais aussi au niveau mondial. Selon un rapport de l'ONU, on estime qu'environ 1,8 milliard de personnes n'ont pas de logement adéquat et ce chiffre est malheureusement en augmentation.

En tant que notaires, nous ne pouvons pas détourner le regard, nous avons l'obligation et aussi la nécessité de contribuer à faire évoluer ces chiffres.

15. BIBLIOGRAPHIE

25^e Congrès international du notariat, organisé par le Conseil général du notariat espagnol. Espagne 2007.

XIV^e Journée notariale ibéro-américaine. Punta Cana, République dominicaine, 2010. Conclusions Thème I. Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 965.

ABELLA, Adriana. « La fonction notariale dans les pays du notariat latin ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 489.

AGUILAR, Víctor Rafael. « La sécurité juridique notariale face à la délivrance massive de titres de propriété ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 937.

BALLINA BENÍTES, Emilio et PODREZ YANIZ, Haydée Sabina. « Analyse du régime en vigueur dans la province de Buenos Aires ».

CALÓ, Emanuele. « Entre réalité et utopie : le rôle du notariat dans la diffusion de la propriété ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 956.

CLICHEVSKY, Nora. « Régularisation de l'informalité foncière en Amérique latine et dans les Caraïbes. Une évaluation sur la base de 13 pays et 71 programmes ». CEPAL Nations Unies.

COLINAS, Claudina et MARTÍNEZ, Celeste. « Quinze ans de gestion d'un outil innovant de régularisation foncière : une fin heureuse pour une procédure contestée ». XVIe Congrès national du droit foncier. Année 2011.

COSTA, Aline et HERNÁNDEZ, Agustín. « Analyse de la situation actuelle de la régularisation urbaine en Amérique latine ». Revue INVI Numéro 68. Mai 2010.

Di CASTELNUOVO, Gastón. « Le possesseur depuis plus de vingt ans et la régularisation foncière. Un cas de cause licite ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires numéro 930.

FERNÁNDEZ, Ediseo. « Programmes de régularisation de la propriété foncière urbaine et pauvreté urbaine en Amérique latine ». Revue Vivienda Popular. Août 2013. République orientale de l'Uruguay.

FERRARI de SOLARI DEL VALLE, Ema B, COLINAS, Claudina, BASANTA, Luis Felipe, GOMEZ, Néstor Osvaldo. « Titrisation du contenu social et régularisation foncière en République argentine ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 959.

LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. « L'usucapion de la loi 24.374 ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 940.

ORTEGA, Juan Manuel et RULLANSKY, Gustavo Fabián. « Acte de vente : l'inscription dans les registres où sont consignés ces contrats. Registre des possesseurs. Régularisation foncière : loi 24.374 et modifications. Consolidation. Titres insuffisants. Double propriété ».

TEJO, Carlos José. « Raisons historiques de notre juridiction notariale ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 960.

STREGER, Ezequiel José. « Régularisation foncière ». Cahier du Centre d'études notariales de la délégation Lomas de Zamora du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 5.

URBANEJA, Marcelo Eduardo. « La double propriété et l'activité notariale ». Revue notariale du Collège des notaires de la province de Buenos Aires, numéro 947.

Jurisprudence

« Saturno Hogar s.a. C/ Apaulasa, Ariel s/ recouvrement exécutoire ». Chambre civile et commerciale, du travail et des mines n° 1, circonscription judiciaire de Neuquén. 17/02/2009.

« Sánchez, Mirta c/ Fernández, Gustaco et autre s/ revendication ». Chambre d'appel civile et commerciale du département judiciaire de La Matanza, salle I. 10/05/2005.

« Varela, Enriqueta c/ Varela et autre s/ expulsion. » Chambre civile et commerciale du département judiciaire de La Matanza, salle I, 27/05/2010.





LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT • LE LOGEMENT

RECONSTRUIRE SON LOGEMENT, DEMANDER UNE INDEMNISATION
ET/OU PROUVER SA PROPRIÉTÉ EN CAS DE CATASTROPHE HUMAINE OU MATÉRIELLE

MODÉRATRICE : SOPHIE POTENTIER RIOS

6

LE NOTARIAT PORTORICAIN, UNE RÉFÉRENCE DANS LES PROCESSUS DE RECONSTRUCTION APRÈS UNE CATASTROPHE NATURELLE

LILLIANNE MUÑIZ MARIANI / NOTAIRE À PORTO RICO

Rédactrices : Not. Michelle Collazo Torres, Not. Milagros Martínez Mercado, Not. Lillianne Muñiz Mariani

1. INTRODUCTION

Porto Rico, archipel situé entre l'océan Atlantique Nord et la mer des Caraïbes, est un territoire non incorporé des États-Unis d'Amérique. Sa situation géographique l'expose régulièrement à diverses catastrophes naturelles. Une catastrophe naturelle a été définie par le Bureau des Nations Unies pour la réduction des risques de catastrophes comme « une perturbation grave du fonctionnement d'une communauté ou d'une société à n'importe quelle échelle, due à des événements dangereux qui interagissent avec des conditions d'exposition, de vulnérabilité et de capacité, entraînant une ou plusieurs des conséquences suivantes : pertes et impacts humains, matériels, économiques et environnementaux ».¹

Au cours de la dernière décennie, Porto Rico a été fortement touché par des ouragans, des tremblements de terre et des séismes. La vie sociale, économique et morale de ses citoyens en a été considérablement affectée. Plus précisément, le passage des ouragans Irma et Maria en septembre 2017, les tremblements de terre à la fin de l'année 2019 et le plus intense des nombreux séismes qui ont

¹ Bureau des Nations Unies pour la réduction des risques de catastrophe. Terminologie du Cadre de Sendai sur la réduction des risques de catastrophe (2017), <https://www.undrr.org/terminology/disaster>.

frappé le sud-ouest de l'île au début de l'année 2020 ont contraint le gouvernement du pays à trouver des solutions pour répondre de manière rapide et rentable aux besoins urgents de la population en matière de reconstruction. Le gouvernement a notamment mis l'accent sur l'accès de ses citoyens aux fonds fédéraux pour la reconstruction et la réhabilitation des logements touchés par ces catastrophes. Parallèlement, des groupes d'aide juridique autogérés ont vu le jour afin d'aider les citoyens à obtenir les documents légaux requis par les agences fédérales pour le versement individuel des fonds fédéraux disponibles.²

Dans ce contexte, le Parlement du pays a approuvé la « loi spéciale visant à accélérer les procédures d'octroi de titres de propriété dans le cadre du programme d'autorisation des titres rattaché au ministère du Logement » (loi 118-2022).³ Cette législation, à caractère temporaire et limitée aux victimes des catastrophes naturelles survenues au cours de la dernière décennie, confère aux notaires le pouvoir d'autoriser des actes notariés sur les dossiers de propriété, d'usucapion, de reprise de succession et de constitution de droits de superficie. Cette intervention notariale, qui s'inscrit dans le cadre de la déjudiciarisation et des affaires non contentieuses, permet aux citoyens d'obtenir l'enregistrement rapide des titres.

Cette communication propose la loi 118-2022 de Porto Rico comme modèle à prendre en considération par d'autres pays confrontés aux ravages des catastrophes naturelles ou d'événements catastrophiques et imprévus. Son objectif est de servir de référence pour la création de structures juridiques souples et efficaces permettant une réponse plus efficace, renforçant ainsi la sécurité juridique et facilitant une reprise rapide.

Elle souligne également le rôle fondamental du notaire qui, en tant que seul professionnel habilité à rédiger, authentifier et autoriser des actes publics, agit en tant que garant de la stabilité juridique et économique du pays en temps de crise.

² Alexandra Camacho Meléndez, Évaluation de la nature, du contenu et des objectifs de l'activité notariale après une catastrophe naturelle : le cas spécifique de l'ouragan Maria : proposition partielle de modèle d'urgence notariale dans LE NOTARIAT PORTO-RICANAIS, AGENT DE CHANGEMENT SOCIAL, FACE AUX NOUVEAUX DÉFIS SOCIAUX, NORMATIFS ET TECHNOLOGIQUES. (Ordre des notaires de Porto Rico, éd., 2020)

³ Loi 118 du 23 décembre 2022, 17 L.P.R.A. § 1581 et suivants.

II. GENÈSE DE LA DÉJUDICIARISATION À PORTO RICO : Loi sur les affaires non contentieuses devant notaire à Porto Rico

La compétence des tribunaux à Porto Rico découle de l'article V de la Constitution de l'État libre associé de Porto Rico. Cet article stipule que le pouvoir judiciaire est exercé par une Cour suprême et par les autres tribunaux établis par la loi.⁴

À Porto Rico, la déjudiciarisation a vu le jour avec la « loi sur les affaires non contentieuses devant notaire »⁵ (loi 282-2000). Cette législation a habilité les notaires à traiter et à statuer sur sept affaires non contentieuses qui relevaient auparavant de la compétence exclusive des tribunaux. À savoir : les déclarations d'héritiers ; la vérification et l'enregistrement des testaments olographes ; la délivrance de lettres testamentaires⁶ ; la déclaration de simple absence pour contracter un nouveau mariage ; les procédures Ad perpetuum rei memoriam ; la correction des actes figurant dans le registre démographique ; et les changements de noms et prénoms.

Bien que la loi 282-2000 soit entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, la Cour suprême de Porto Rico, seule cour constitutionnelle et organisme de réglementation de la profession juridique à Porto Rico, a ordonné aux notaires de s'abstenir d'engager toute procédure jusqu'à nouvel ordre. De ce fait, la mise en œuvre de la loi 282-2000 n'a pu être effective que douze ans plus tard, le 1^{er} février 2012, date à partir de laquelle l'organisme de réglementation a autorisé les notaires à certifier les actes notariés correspondant aux affaires ex parte prévues par ladite loi.⁷ La Cour suprême a fondé sa décision sur le fait que la mise en œuvre de la législation nécessitait :

- L'affectation de fonds dont la branche judiciaire ne disposait pas ;
- Nommer et former du personnel, rechercher des installations physiques et des équipements plus modernes et plus sûrs ;
- Réglementation guidant les notaires dans l'exercice de ces nouvelles fonctions et garantissant les intérêts des citoyens ;
- Création du Registre général des compétences notariales, qui rend public le début, la fin ou la cessation de la procédure au siège notarial et les règles de son fonctionnement ; et

⁴ CONST. PR art. V, § 1.

⁵ Loi n° 282 du 21 août 1999, telle que modifiée, 4 L.P.R.A. §2155 et suivants.

⁶ Par la suite, le pouvoir d'autoriser cette procédure a été abrogé en vertu de la loi n° 219 du 23 septembre 2024.

⁷ 2011 TSPR 135.

- Règles de fonctionnement du personnel de l'Office d'inspection des notaires (ODIN) et instructions à l'intention des inspecteurs des protocoles.⁸

Dans ce contexte, la Cour suprême a chargé l'ODIN et le Secrétariat de la Conférence judiciaire et notariale⁹ (Secrétariat) de réviser un rapport et un règlement (Rapport) qui avaient été présentés en 1998 par le Comité consultatif sur la juridiction volontaire¹⁰ rattaché au Secrétariat. Cette tâche s'est achevée en décembre 2000. Étant donné que, parallèlement, la branche judiciaire modernisait ses méthodes de travail et la technologie correspondante, le rapport a fait l'objet de nouveaux amendements. Il convient de mentionner que, dans tous ces processus, la Cour suprême a permis à l'Institut du notariat portoricain du Barreau des avocats de Porto Rico (CAAPR) et à l'ancienne Association des notaires de Porto Rico de présenter leurs commentaires et d'apporter leur soutien à l'ODIN afin de mettre en œuvre la loi.

En 2004, la Cour suprême a créé la Commission pour l'étude et l'évaluation de la fonction notariale à Porto Rico, rattachée au Secrétariat (Commission).¹¹ La Commission a également collaboré en formulant des suggestions visant à accélérer les procédures. Ainsi, les tâches confiées par la Cour suprême aux différents organismes collaborateurs étant achevées, l'ODIN a présenté son rapport final à la Cour suprême le 8 juillet 2011.

Parallèlement, la mise en œuvre de la loi 282-2000 exigeait que le ministère de la Justice de Porto Rico rédige un règlement visant à réglementer l'intervention du ministère public dans les affaires relatives aux nouvelles compétences conférées aux notaires. Ce n'est donc que 11 ans plus tard, le 28 avril 2011, que ce règlement a été dûment approuvé.

⁸ Le Bureau d'inspection des notaires a été créé en vertu de l'article 62 de la loi sur le notariat de Porto Rico, loi 75 du 2 juillet 1987. L'ODIN est un organe opérationnel de la Cour suprême de Porto Rico chargé de contrôler et d'orienter les notaires qui exercent la fonction notariale dans la juridiction. Il fonctionne par l'intermédiaire d'inspecteurs des protocoles qui relèvent directement d'un directeur.

⁹ Le Secrétariat de la Conférence judiciaire et notariale est l'organisme qui planifie et coordonne les sessions de la Conférence judiciaire et de la Conférence notariale de la Cour suprême de Porto Rico. Il apporte également un soutien juridique et technique aux comités consultatifs permanents de la Conférence judiciaire et aux comités ad hoc désignés par la présidente de la Cour suprême.

¹⁰ Le Comité consultatif sur la juridiction volontaire a été créé par la Cour suprême de Porto Rico afin de faciliter et d'accélérer les procédures judiciaires non contentieuses en permettant aux notaires, en collaboration avec les tribunaux, d'intervenir dans les affaires relevant de la juridiction volontaire. Voir la résolution de la Cour suprême de Porto Rico du 21 mai 1993.

¹¹ La Commission pour l'étude et l'évaluation de la fonction notariale a été créée par la résolution n° S-2004-4, 2004 TSPR 142, avec pour mission d'examiner l'exercice de la fonction notariale dans tout Porto Rico afin de recommander les modifications nécessaires à la législation et à la réglementation de la fonction notariale.

C'est alors que la Cour suprême procède à la modification de douze règles du Règlement notarial de Porto Rico et ajoute le « Chapitre IX - Des affaires non contentieuses devant notaire » audit corps de règles.¹² Enfin, il a publié la résolution du 16 septembre 2011 afin que les notaires puissent commencer à exercer les compétences qui leur sont conférées en vertu de la loi 282-2000, à compter de février 2012.

Outre les pouvoirs conférés aux notaires portoricains par la loi 282-2000, la législature portoricaine a adopté des lois spéciales qui accordent aux notaires des compétences concurrentes avec les tribunaux dans d'autres affaires non contentieuses. En matière de droit de la famille, ils ont été habilités à autoriser les actes publics relatifs au mariage et au divorce devant notaire, avec certaines restrictions, à l'émancipation par volonté des parents ayant l'autorité parentale ou des tuteurs légaux et à la tutelle volontaire différée. En matière de droits réels, ils ont été habilités à autoriser les actes notariés relatifs aux dossiers de propriété, à l'usucapion, à la reprise de la succession et à la constitution de droits de superficie permettant l'enregistrement rapide des titres, mais limités aux victimes des catastrophes naturelles survenues au cours de la dernière décennie.

Cette dernière, qui est une législation à caractère temporaire, vise à résoudre les problèmes historiques de propriété à Porto Rico afin d'obtenir leur inscription au registre. Cela marque un changement significatif dans l'approche des questions non contentieuses sur l'île, c'est pourquoi nous allons exposer son objectif.

III. LA LOI 118-2022

Porto Rico étant un territoire des États-Unis d'Amérique, le gouvernement fédéral américain a autorisé le déblocage de plus de 10 millions de dollars de fonds fédéraux pour des projets de reconstruction, de remise en état, de développement et d'atténuation des dommages subis par les biens immobiliers à la suite des catastrophes naturelles qui ont frappé Porto Rico au cours de la dernière décennie.¹³ C'est pourquoi le programme d'autorisation des titres, géré par le département du logement de Porto Rico, a été créé Rico¹⁴ dans le

¹² Règlement notarial de Porto Rico, 4 L.P.R.A. Ap. XXIV.

¹³ Rapport positif sur le projet de loi C.1063, Chambre des représentants de Porto Rico, Commission du logement et du développement urbain, du 25 mai 2021, 3^e session ordinaire, 19^e assemblée législative, p. 2.

¹⁴ Le programme d'autorisation des titres a été créé dans le cadre du programme de subvention globale pour le développement communautaire après une catastrophe (CDBG-DR), financé par les fonds de relèvement alloués par le ministère américain du Logement et du Développement urbain (HUD) et est géré par le Département du logement de Porto Rico.

but d'accélérer l'enregistrement des titres de propriété afin de faciliter l'accès des sinistrés aux fonds fédéraux de reconstruction et d'éliminer les obstacles à l'accès à des fonds similaires en cas de catastrophes futures.

L'Agence fédérale de gestion des urgences (FEMA) était chargée d'évaluer les demandes soumises par les sinistrés afin de recevoir les fonds de reconstruction disponibles. En conséquence, la FEMA a estimé qu'environ 60 % des 1 100 000 demandes au total ont été rejetées car elles ne répondaient pas aux critères d'éligibilité. Selon le rapport sur l'évaluation des dommages causés aux habitations et les stratégies de reconstruction à Porto Rico, la principale raison du rejet était que les propriétaires présumés des biens immobiliers pour lesquels des dommages étaient réclamés n'ont pas pu prouver leur titre de propriété.¹⁵ La preuve de propriété exigée des sinistrés dans le cadre de leur demande était une copie certifiée conforme de l'acte notarié attestant leur propriété ou du document privé attestant leur droit de possession.¹⁶

Selon les conclusions du législateur portoricain, quatre facteurs principaux contribuent au fait qu'un nombre important de familles portoricaines ne possèdent pas de titre officiel sur leurs propriétés¹⁷. Premièrement, l'absence de législation exigeant l'inscription obligatoire des titres au registre foncier. Deuxièmement, le manque d'informations indispensables pour établir la chaîne de succession requise pour l'inscription au registre, causé par la pratique pluralisée de la construction informelle sur l'île. On entend par « construction informelle » toute construction réalisée de manière autonome sans respecter les exigences en matière de certifications, de permis et/ou de procédures auprès des organismes de réglementation compétents. Ces constructions ne sont pas non plus nécessairement conformes aux codes de construction. À cet égard, il a été signalé ce qui suit :

Après le passage des ouragans Irma et Maria, nous avons constaté que 55 % des constructions de logements à Porto Rico avaient été réalisées de manière informelle, sans suivre la procédure d'autorisation requise et sans être en conformité avec les codes et règlements de construction en vigueur au moment

¹⁵ CDBG-DR, Guides du programme, Programme d'autorisation des titres, DÉPARTEMENT DU LOGEMENT. (2^e août de 2023), [https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20\(TC\)%20%20PROGRAM%20GUIDELINES%20\(V.3\)%20\(ES\).pdf&wpdmdl=6539&refresh=644d29eeb2bc01682778606](https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20(TC)%20%20PROGRAM%20GUIDELINES%20(V.3)%20(ES).pdf&wpdmdl=6539&refresh=644d29eeb2bc01682778606) (citations omises) (italiques ajoutés).

¹⁶ Annie I. Rivera Cruz, Exposé : Du passé au présent : transformations du notariat latino à Porto Rico : histoire, législation et justice préventive, Journée notariale ibéro-américaine, Santa Cruz de Tenerife, Îles Canaries, Espagne, (septembre 2022).

¹⁷ Exposé des motifs, loi 118 du 23 décembre 2022, 17 L.P.R.A. § 1581 et suivants.

de leur construction. Nous avons également constaté que ces logements construits de manière informelle ont été les plus endommagés par les ouragans.¹⁸

Troisièmement, le transfert abrogé de biens immobiliers par acte sous seing privé, pratique qui a vu le jour au début de la domination anglo-saxonne à Porto Rico et dont les vestiges subsistent. Quatrièmement et enfin, la ségrégation des terrains sans respecter les réglementations applicables, affectant la composition du noyau familial, exigée par la FEMA pour obtenir les fonds fédéraux disponibles. À cet effet, la FEMA a indiqué qu'elle « ne peut offrir une aide financière ou des services de secours en cas de catastrophe qu'aux logements composés d'un seul noyau familial »¹⁹.

C'est en conséquence de ce qui précède et en réponse aux milliers de demandes adressées au programme d'autorisation des titres de propriété qui n'ont pas eu accès aux fonds fédéraux de reconstruction en raison de l'absence de titres de propriété que la loi 118-2022 a été adoptée. Cette loi vise à assouplir et à accélérer les procédures d'attribution des titres de propriété afin de permettre leur inscription au registre foncier, les fonds disponibles expirant en 2026. Elle s'inscrit dans le cadre de la déjudiciarisation. La loi 118-2022 peut être résumée comme suit en ce qui concerne sa portée, ses objectifs, ses conditions et ses avantages :

A. Portée :

- Octroyer des titres de propriété dans le cadre du programme d'autorisation des titres, rattaché au ministère du Logement, pour les terrains et les structures endommagés par les ouragans Irma et Maria en 2017, les tremblements de terre de 2020 et les situations d'urgence qui en ont découlé.²⁰

B. Objectifs :

- Assouplir les exigences légales relatives à la certification de propriété et à la mise à jour des titres de propriété afin de garantir l'accès aux fonds fédéraux de relance.

¹⁸ COL. ABOG. PR, COMMISSION DE DROIT CIVIL, RAPPORT DU SOMMET SUR LES DÉFIS DÉMOGRAPHIQUES DE PORTO RICO 157 (Migdalia Fraticelli Torres, éd., 2024).

¹⁹ José Ocasio, La propriété foncière : son caractère oppressif dans un Porto Rico post-Maria. 87 Rev. Jur. U.P.R. 3, (2018), 1021-1046.

²⁰ Les procédures créées en vertu de cette loi sont temporaires et réservées aux personnes touchées par ces catastrophes.

- Mettre en place des procédures simples et rapides pour les dossiers de propriété, la prescription acquisitive, la reprise de la succession et la constitution de droits de superficie.²¹
- Mettre en place des procédures spéciales au sein du Bureau de gestion des permis (OGPe) et du Registre foncier afin de simplifier et d'accélérer l'enregistrement des titres liés aux biens immobiliers.

C. Conditions requises :

- Certification de propriété par déclaration sous serment avec détails sur l'occupation du bien immobilier, la manière dont il a été acquis et l'absence de revendications de tiers.
- Preuve de possession au moyen de documents tels que testaments, contrats d'achat-vente, certifications de la FEMA, factures de services publics.
- Réglementation et supervision : Le ministère du Logement est l'organisme gouvernemental chargé de coordonner les processus. Cela comprend la sélection et le recrutement des notaires participants ainsi que la tenue du registre des bénéficiaires.

D. Avantages :

- Exemption des droits et frais notariaux pour les transactions nécessaires à l'enregistrement des titres.
- Facilite l'accès au financement et aux programmes de reconstruction.
- Formalisation de la propriété, offrant une sécurité juridique aux propriétaires.
- Élargissement des compétences notariales.

IV. RÔLE DU NOTARIAT PORTORICAIN ET VALEUR DE SON INTERVENTION

Comme indiqué précédemment, la loi 218-2022 autorise les notaires à traiter dans leurs locaux des procédures telles que : 1) la déclaration de propriété ; 2) la reprise du processus interrompu ; et 3) l'action déclaratoire d'usucapion, avec l'obligation d'informer les agences concernées et de garantir l'absence de conflits de propriété.

Dans le cadre de la déjudiciarisation, le notariat joue un rôle essentiel dans la consolidation de la sécurité juridique. La loi 218-2022 positionne le notaire

²¹ La loi n° 210 du 8 décembre 2015, mieux connue sous le nom de « Loi sur le registre foncier de l'État libre associé de Porto Rico », telle que modifiée, établit le caractère constitutif du droit de superficie, à compter de son adoption.

portoricain comme élément central du processus de relance et de développement économique du pays. En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par cette législation, le notariat portoricain facilite le processus de formalisation des droits de propriété de milliers de familles portoricaines. Outre l'accès aux fonds de relance disponibles, une fois l'enregistrement de la propriété obtenu, les consommateurs notariaux pourront déclarer, transmettre, grever ou modifier la propriété et les autres droits réels sur leurs biens immobiliers à l'avenir.

Ainsi, le notaire offre non seulement aux citoyens la possibilité d'obtenir la justice sociale, mais il garantit également les droits de propriété des utilisateurs de ses services et assure la transparence et la sécurité juridique des transactions effectuées devant lui, éléments essentiels à la reprise du pays et à son développement socio-économique.

Les procédures de déclaration de propriété et de reprise du traitement successif permettent d'inscrire des biens immobiliers non enregistrés ou dont les droits ne sont pas consignés au registre foncier. En résumé, la procédure requise par la loi susmentionnée suit la loi sur les affaires non contentieuses devant notaire et son règlement. Cette procédure établit que, à la demande du légitime et à condition qu'il prouve sa propriété par un titre valable, le notaire notifiera son intervention initiale au Registre général des compétences notariales (ci-après « le Registre ») dans un délai maximal de 3 jours. Le notaire rassemblera et évaluera les documents qui lui sont fournis par le requérant et, si la procédure est recevable, il établira un acte notarié dûment motivé. En outre, il constituera un dossier et notifiera sa décision au Registre dans un délai de 72 heures. À l'inverse, s'il détermine que la procédure n'est pas recevable, en raison d'obstacles liés à l'absence de documents, à l'opposition du ministère public, à des litiges, à une demande de cessation ou à la connaissance d'une procédure judiciaire parallèle, le notaire renverra le dossier au requérant, dressera un acte de cessation et en informera le Registre dans un délai maximal de 3 jours.

D'autre part, en ce qui concerne l'action déclaratoire d'usucapion de biens immobiliers, le requérant doit prouver qu'il a été en possession de bonne foi, avec un titre valable, de manière publique, pacifique et ininterrompue pendant la durée légalement établie. Au préalable, le demandeur doit avoir présenté sa demande d'aide financière aux programmes CDBG-DR ou CDBG-MIT dans le délai fixé par la loi. Une fois les parties intéressées et les agences gouvernementales notifiées, et un délai d'opposition accordé, si aucune opposition n'est formulée, un acte notarié détaillé sera établi pour inscription au registre foncier.

Dans la pratique, le notaire veille à ce que les droits de propriété des personnes qui n'ont pas enregistré individuellement ou formellement leur propriété soient reconnus dans les programmes de restitution, d'indemnisation, de reconstruction et de récupération, en accordant une attention particulière aux personnes les plus vulnérables grâce à l'adoption de mesures leur permettant de récupérer leurs droits en tant que propriétaires ou leur ouvrant d'autres voies pour accéder à un logement adéquat ou à des terres. Il favorise ainsi le marché économique, puisqu'il positionne un bien immobilier sur le marché en vue de sa commercialisation.

V. IMPACT DE LA LOI 118-2022 SUR LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DU PAYS

La formalisation de la propriété foncière a de multiples effets positifs sur le développement économique d'un pays. Dans le cas de Porto Rico, l'acquisition d'un titre de propriété officiel grâce à la loi 118-2022 permet non seulement aux propriétaires d'accéder à des fonds de reconstruction pour réparer et reconstruire les logements touchés par des catastrophes naturelles, mais aussi, grâce à l'inscription de leurs droits de propriété au registre foncier, d'accéder à des crédits hypothécaires et à d'autres avantages financiers. Cette injection de fonds, publics et privés, ainsi que la régularisation de la propriété immobilière, donnent également un coup de pouce à d'autres secteurs, tels que la construction, le secteur juridique et notarial, ce qui se traduit par des recettes fiscales et des droits. Tout cela contribue à la croissance et au développement économique de l'île.

La loi 118-2022 permet à des milliers de familles de formaliser la propriété de leur logement, ce qui leur confère une sécurité juridique et la possibilité de transférer ou de vendre leurs biens légalement.

VI. CONCLUSIÓN

La Loi 118-2022: Un modèle pour remédier à l'absence de titre de propriété formel et promouvoir le développement socio-économique par le biais du notariat.

En résumé, la loi 118-2022 apparaît comme une réponse directe, bien que temporaire et limitée, aux besoins de reconstruction du pays après avoir subi les ravages de plusieurs catastrophes naturelles au cours de la dernière décennie. Elle répond également à un problème historique à Porto Rico : l'absence de titres de propriété formels pour les biens immobiliers. Cette

situation, bien que latente depuis des décennies, est apparue de manière flagrante après les catastrophes susmentionnées, lorsque des milliers de personnes sinistrées se sont vu refuser l'accès aux fonds fédéraux de reconstruction faute de titre de propriété formel.

Cette législation établit un mécanisme accéléré pour l'obtention de titres de propriété, reconnaissant l'urgence et l'importance de la formalisation de l'enregistrement. Dans ce processus, le notariat portoricain joue un rôle de premier plan, puisqu'il se voit attribuer de nouvelles compétences en matière non contentieuse dans le cadre de la déjudiciarisation. Il s'agit d'une avancée significative vers la décentralisation des fonctions traditionnellement judiciaires, qui favorise une justice plus agile, plus efficace et plus accessible pour les citoyens.

En termes pratiques et concluants, la genèse de la loi 118-2022 répond à un contexte d'urgence et peut sans aucun doute servir de modèle à d'autres pays ou juridictions confrontés à des problèmes similaires après des événements catastrophiques. Cependant, son développement et sa mise en œuvre potentiels dépassent le cadre des catastrophes naturelles.

Une vision plus large de cette législation, au-delà des contextes d'urgence, ouvre la voie à des processus de régularisation des titres de propriété accessibles, durables et structurés à long terme. Grâce à une réglementation supplémentaire ou à des modifications législatives, et en s'appuyant sur une structure axée sur l'accessibilité, la souplesse des procédures et la participation des notaires, il est possible de faciliter la transition de milliers de citoyens de l'informalité vers la pleine intégration dans un système de propriété formel. Cela répond non seulement à un besoin historique, mais a également un impact direct sur la stabilité sociale, l'accès au crédit, l'investissement, la commercialisation et la publicité des registres du marché immobilier, ainsi que sur le renforcement économique du pays en général. Une solution juridique et structurée aux problèmes de propriété est essentielle au développement socio-économique de toute nation.

D'autre part, il est indispensable de recommander que toute législation, actuelle ou future, garantisse le libre choix du notaire par le citoyen. La confiance dans les transactions juridiques et la transparence des procédures ne pourront être renforcées que si le consommateur notarial peut choisir librement le professionnel qui l'assistera. Le renforcement du notariat en tant qu'institution qui confère la foi publique et garantit la légalité exige la reconnaissance de son rôle essentiel dans les processus de formalisation de la pro-

priété. Miser sur un notariat moderne, accessible, responsabilisé et librement choisi, c'est miser sur un Porto Rico plus juste, plus stable et économiquement plus fort.

En conclusion, la loi 118-2022 représente un outil précieux et reproductible qui peut inspirer d'autres juridictions dans son application au contexte des situations d'urgence. De plus, si l'on élargit les réflexions et les idées afin de rechercher des solutions durables à l'informalité en matière de propriété foncière et de logement, si l'on mise sur une approche globale dans laquelle le notariat joue un rôle central, cette loi peut devenir le fondement d'une transformation profonde du régime de propriété, avec des effets positifs à long terme sur le développement socio-économique et la sécurité juridique de nos pays.

Question 1 : Pourriez-vous citer une compétence dont les notaires ne disposent pas dans votre pays et qui vous serait pourtant utile dans votre pratique quotidienne ?

A. L'annulation dans le registre foncier d'un billet à ordre égaré.

Il serait utile pour la pratique notariale à Porto Rico que les citoyens puissent demander auprès d'un notaire l'annulation dans le registre foncier d'un billet à ordre égaré. La perte d'instruments négociables est plus courante dans notre pays qu'on ne le pense généralement. Dans la plupart des cas, ces documents sont égarés par le créancier ou le débiteur hypothécaire une fois l'obligation principale remplie. Dans d'autres cas, ils sont détruits à la suite des catastrophes naturelles qui frappent fréquemment notre île. Dans les deux cas, les citoyens doivent saisir le tribunal pour un procès ordinaire, seule option possible pour effectuer la démarche correspondante.

Reconnaissant que la charge de travail des tribunaux à Porto Rico entraîne des retards dans le traitement des documents essentiels aux transactions juridiques et commerciales de notre société, l'Assemblée législative cherche des alternatives pour rendre les procédures plus accessibles et moins coûteuses pour la population portoricaine par le biais du notariat. Il est bien connu que l'intervention notariale garantit la légalité et la sécurité du processus, tout en protégeant les droits des parties concernées. Actuellement, le Collège notarial de Porto Rico promeut auprès de l'Assemblée législative de Porto Rico le projet de loi sénatorial 394 afin que le notariat portoricain se voie conférer le pouvoir d'annuler dans le registre foncier un billet à ordre égaré, en collaboration avec les tribunaux dans certaines circonstances.

Dans l'exposé des motifs, le projet de loi stipule :

L'article 122 de la loi 210-2015, telle que modifiée, connue sous le nom de « loi sur le registre foncier de l'État libre associé de Porto Rico », régit une procédure fréquemment utilisée par les citoyens devant les tribunaux : l'annulation dans le registre foncier d'un billet à ordre égaré ...

Il s'agit de cas dans lesquels les parties peuvent démontrer (1) **qu'il s'agit d'instruments payables à ordre**, (2) **que les créances mentionnées ont été entièrement remboursées**, (3) **que l'instrument public n'a pas fait l'objet d'une négociation ni d'un transfert à un tiers**, et (4) **que l'instrument négociable a été égaré alors qu'il était en possession des parties mentionnées**.

Dans ces circonstances, compte tenu de la participation de toutes les parties intéressées et de la notification en bonne et due forme aux détenteurs potentiels du titre négociable, nous ne sommes pas confrontés à une procédure contentieuse nécessitant l'intervention judiciaire.²²

Dans ces conditions, il est avancé qu'il ne devrait y avoir aucun obstacle juridique empêchant le notaire de procéder à la radiation d'une hypothèque lorsque le document original a été perdu ou détruit, lorsque le créancier et le débiteur hypothécaire (ou leurs successeurs) se présentent à la signature de l'acte public à cette fin.

La procédure proposée comprend la publication d'un avis dans un journal à grand tirage et la notification par courrier recommandé avec accusé de réception au créancier hypothécaire figurant au registre foncier, dans les cas où celui-ci est différent de celui qui apparaît dans l'acte. Cela permet de garantir que toutes les parties potentiellement concernées soient dûment informées, protégeant ainsi les droits du créancier enregistré, des éventuels détenteurs de bonne foi de l'acte, ainsi que ceux de toute personne ayant un intérêt ou une réclamation à son sujet. Enfin, dans les cas où une réclamation est présentée, le notaire cesserait immédiatement son intervention et renverrait l'affaire devant les tribunaux.

En conclusion, le projet de loi, dans le cadre de la déjudiciarisation, vise à simplifier les démarches liées à la propriété immobilière, à alléger la charge des tribunaux et à renforcer le notariat portoricain en tant qu'acteur clé dans la facilitation des processus et la protection des droits des parties concernées. Le gouvernement doit encourager une législation qui rende possible l'intégration de procédures formelles de manière efficace et permanente en faveur

²² P. de la S. 394 du 7 mars 2025, 1ère session ordinaire, 20^{ème} Assemblée législative (italique ajouté).

d'une plus grande sécurité juridique dans les transactions commerciales immobilières et du développement socio-économique de Porto Rico. La loi 118-2022 en est un exemple, et toute autre législation proposée doit prévoir de traiter les problèmes de propriété sans que les pouvoirs conférés aux notaires soient limités à l'accès aux fonds de récupération pour les dommages causés par des catastrophes naturelles. En outre, afin que la personne intéressée puisse bénéficier des services du notaire de son choix, le choix du notaire ne doit pas être imposé par un groupe déterminé par une entité ou une agence gouvernementale.

Enfin, il convient de souligner que la commission législative du Collège notarial de Porto Rico travaille sur plusieurs projets visant à élargir les compétences des notaires, notamment : le remplacement des billets à ordre égarés, l'Exequatur, la médiation notariale et le dossier de propriété.

Question 2 : Existe-t-il une compétence spécifique dont dispose votre notariat et qui, à votre avis, serait utile aux autres notariats ?

A. Divorce devant notaire pour cause de rupture irrémédiable dans les cas où le couple n'a pas d'enfants mineurs ou incapables, ni de biens ou de dettes communs.

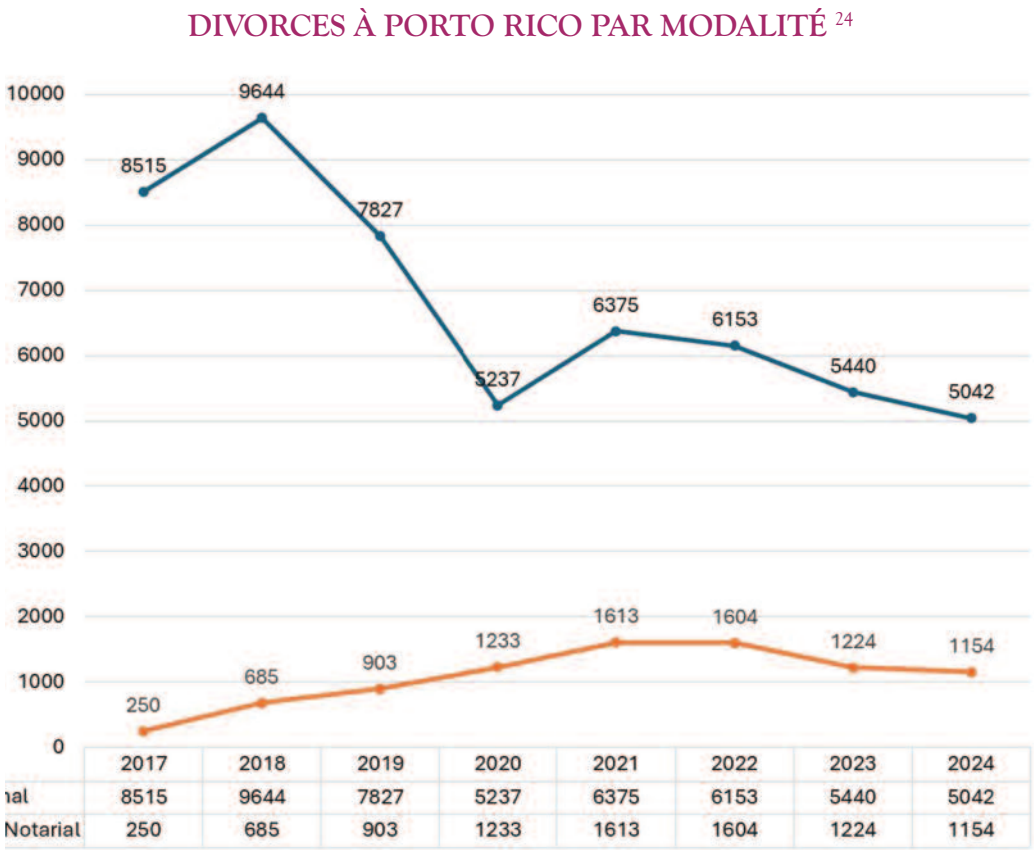
En ce qui concerne le divorce devant notaire, afin d'alléger la charge de travail des tribunaux de justice de Porto Rico et d'offrir aux citoyens un système rapide, privé, accessible et économique pour les affaires non contentieuses par le biais de la fonction publique notariale, la dissolution du lien matrimonial pour cause de rupture irrémédiable a été autorisée depuis 2016. Cette procédure était rendue possible par la consignation de l'accord dans un acte notarié devant notaire dans les cas où il n'y avait ni biens ni dettes communs, ni enfants mineurs ou incapables. Ceci en vertu de la loi 155 du 10 août 2016. L'année suivante, la dissolution du lien matrimonial pour cause de consentement mutuel a été autorisée par la consignation de cet accord dans un acte notarié, dans les cas où il n'y avait pas d'enfants incapables. Cela en vertu de la loi 52 du 27 juillet 2017. Ces deux dispositions légales ont ensuite été intégrées au Code civil de Porto Rico²³, qui est entré en vigueur le 28 novembre 2020.

Depuis son adoption, le divorce devant notaire est l'une des procédures non contentieuses qui connaît le plus grand développement à Porto Rico. En 2017, il y a eu au total 8 765 divorces à Porto Rico. Parmi ceux-ci, 97,1 % ont été

²³ CÓD. CIV. PR, art. 423, 473-475, 31 LPRA §§ 6761, 6831-6833.

prononcés par un tribunal, tandis que 2,9 % ont été autorisés par acte authentique devant notaire. En 2019, les divorces devant notaire représentaient environ 8 % de l'ensemble des divorces sur l'île et en 2020, environ 17 %, ce qui reflète une augmentation d'environ 68 % du nombre de divorces autorisés devant notaire à cette date.

En 2024, le nombre de divorces devant les tribunaux avait diminué à 5 042, contre 8 515 en 2017, soit une baisse d'environ 41 %. Dans le même temps, le nombre de divorces devant les notaires est passé de 250 en 2017 à 1 154 en 2024, ce qui représente 18,6 % de l'ensemble des divorces sur l'île et une augmentation de 362 % depuis que cette compétence a été conférée aux notaires dans notre juridiction. Voir l'illustration suivante :



En règle générale, le divorce devant notaire est une procédure plus rapide et moins coûteuse que le divorce judiciaire. Cependant, d'autres considérations

²⁴ MINISTÈRE DE LA SANTÉ DE PORTO RICO, RAPPORT ANNUEL SUR LES STATISTIQUES D'ÉTAT CIVIL : MARIAGES ET DIVORCES DE 2017 À 2020 (2024). MINISTÈRE DE LA SANTÉ DE PORTO RICO, BUREAU DE L'ÉTAT CIVIL, TOTAL DES MARIAGES ET DIVORCES PAR TYPE DE CÉLÉBRANT ET ANNULATION 2021-2024 (2025). Le nombre total de divorces prononcés en 2018 et 2020 a été affecté par le passage des ouragans Irma et Maria et par la pandémie de COVID-19, respectivement.

peuvent expliquer la préférence des citoyens pour le recours à un notaire afin de dissoudre leur lien matrimonial dans les cas autorisés par la loi. Parmi celles-ci, il convient de mentionner :

1. La procédure notariale est moins bureaucratique et offre une plus grande flexibilité dans les accords qui peuvent être conclus entre les parties.
2. Les procédures notariales sont traitées de manière privée et confidentielle.
3. Le divorce devant notaire n'est possible que lorsque les deux parties sont d'accord sur la dissolution du mariage. Cela peut faciliter la dissolution du mariage de manière plus amicale et consensuelle, évitant ainsi des situations qui pourraient affecter les relations familiales à l'avenir.
4. Il n'est pas nécessaire de passer par un procès ni de faire intervenir un tiers, en l'occurrence un juge.
5. Il s'agit d'un processus plus simple et plus direct.
6. Immédiateté du résultat de l'acte, puisque la dissolution du lien matrimonial est immédiate dès la signature de l'acte public. Ceci contraste avec le délai de trente jours qui doit s'écouler à compter de la date à laquelle le tribunal rend son jugement pour que celui-ci soit définitif et exécutoire.

BIBLIOGRAPHIE

CAMACHO MELÉNDEZ, Alexandra, et al., *Le notariat portoricain en tant qu'agent de changement social face aux nouveaux défis sociaux, réglementaires et technologiques*, 2023.

OCASIO, José, « La Titularidad Propietaria: Su Formalidad Opresiva en un Puerto Rico Post María » (*La propriété foncière : sa formalité oppressive dans un Porto Rico post-Maria*), *Revue juridique de l'Université de Porto Rico*, San Juan, 2018.

RIVERA CRUZ, Annie I., *Du passé au présent : transformations du notariat latino à Porto Rico : histoire, législation et justice préventive*, exposé présenté lors de la Journée notariale ibéro-américaine, Santa Cruz de Tenerife, Espagne, 2022.

LOIS, RÈGLEMENTS ET JURISPRUDENCE

Const. P.R., article V, § 1, (1952).

Code civil de Porto Rico, articles 423, 473-475, 31 LPRA §§ 6761, 6831-6833, (2020).

Loi n° 282 du 21 août 1999, « Loi sur les affaires non contentieuses devant notaire », 4 L.P.R.A. §2155 et suivants, (1999).

Loi n° 118 du 23 décembre 2022, « Loi visant à accélérer les procédures d'octroi de titres de propriété dans le cadre du programme d'autorisation des titres rattaché au ministère du Logement », 17 L.P.R.A. § 1581 et suivants, (2022).

Règlement notarial de Porto Rico, 4 L.P.R.A. Ap. XXIV, (1995).

In Re Approbation des règles pour la mise en œuvre de la loi sur les affaires non contentieuses devant notaire, 2011 TSPR 135, (2011).

SOURCES ADMINISTRATIVES ET AUTRES

Barreau de Porto Rico, Rapport du sommet sur les défis démographiques de Porto Rico (2024).

CDBG-DR, Guides du programme, Programme d'autorisation des titres, DÉPARTEMENT DU LOGEMENT (2 août 2023) [https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20\(TC\)%20PROGRAM%20GUIDELINES%20\(V.3\)%20\(ES\).pdf&wpdmdl=653&refresh=644d29eeb2bc01682778606](https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20(TC)%20PROGRAM%20GUIDELINES%20(V.3)%20(ES).pdf&wpdmdl=653&refresh=644d29eeb2bc01682778606). (dernière consultation le 22 avril 2025)

Département de la santé de Porto Rico, Rapport annuel sur les statistiques démographiques : mariages et divorces de 2017 à 2020 (2024).

Département de la santé de Porto Rico, Bureau de l'état civil, Total des mariages et des divorces par type de célébrant et d'annulation 2021-2024 (2025).

Bureau des Nations Unies pour la réduction des risques de catastrophe, Terminologie du Cadre de Sendai sur la catastrophes Risk . « Catastrophe », (2017) <https://www.undrr.org/terminology/disaster>. (dernière consultation le 22 avril 2025).

Rapport positif sur le projet de loi C.1063 du 25 mai 2021, 3^e session ordinaire, 19^e Assemblée législative.

P. de la S. 394 du 7 mars 2025, 1^{re} session ordinaire, 20^e Assemblée législative.





LE PATRIMOINE ET LE LOGEMENT • LE LOGEMENT

RECONSTRUIRE SON LOGEMENT, DEMANDER UNE INDEMNISATION
ET/OU PROUVER SA PROPRIÉTÉ EN CAS DE CATASTROPHE HUMAINE OU MATÉRIELLE

MODÉRATRICE : SOPHIE POTENTIER RIOS

7

LES CERTIFICATS DE LOGEMENT
DELIVRES PAR LES NOTAIRES UKRAINIENS

RAPPORT SUR L'UKRAINE

Le notariat ukrainien continue à fonctionner sans interruption, même sous le régime légal de la loi martiale. Malgré la menace constante d'attaques à la roquette et à l'artillerie, la situation sécuritaire instable et la destruction des infrastructures civiles, les notaires exercent leur profession, y compris dans les zones de la ligne de front. Garantir l'accès des citoyens aux actes notariés dans ces régions est essentiel à l'exercice de leurs droits.

Dès les premiers mois de la guerre, un réel besoin s'est fait sentir en Ukraine d'assister les citoyens dans de nouvelles démarches, jusque-là non confiées aux notaires. L'État a lancé le processus d'enregistrement des dommages et des destructions de biens immobiliers. Un mécanisme a été mis en place pour permettre le dépôt des demandes de dommages et de destructions par l'intermédiaire de notaires.

Par la suite, les compétences des notaires ont été élargies et un mécanisme d'indemnisation a été mis en place. Ces questions sont régies par la loi ukrainienne « sur l'indemnisation des dommages et de la destruction de certaines catégories de biens immobiliers résultant d'hostilités, d'actes terroristes et de sabotages causés par l'agression armée de la Fédération de Russie contre l'Ukraine », ainsi que par "le registre national des biens endommagés et détruits résultant d'hostilités, d'actes terroristes et de sabotages causés par l'agression armée de la Fédération de Russie contre l'Ukraine » du 23 février 2023 et les textes réglementaires qui en découlent.

Grâce à l'activité des notaires, la sécurité juridique, la continuité des processus d'enregistrement et la protection adéquate des droits et des intérêts légitimes des personnes physiques et morales sont assurées, même dans des conditions d'hostilités actives.

Les notaires accordent une attention particulière à l'accueil personnel des citoyens, y compris ceux privés de l'accès aux moyens numériques en raison de la destruction d'infrastructures critiques ou du manque d'accès aux services électroniques. Ainsi, le notaire ukrainien assure le maintien de l'ordre juridique dans un contexte de danger accru, contribuant ainsi à la stabilité, à la confiance dans les institutions publiques et au respect des droits de l'homme.

Dans le cadre de leurs compétences, les notaires déposent des demandes, au nom des victimes, visant à constater les dommages ou la destruction de biens immobiliers causés par des hostilités, des actes terroristes ou des actes de sabotage :

- ♦ En cas de dommages matériels, les notaires délivrent des avis d'information servant de preuve pour l'obtention d'une indemnisation ou la protection des droits ;
- ♦ En cas de destruction totale d'un bien immobilier, les notaires accompagnent l'ensemble des démarches : de l'enregistrement des demandes d'indemnisation à la certification des transactions d'achat d'un nouveau logement à l'aide d'un certificat de logement.

Une description étape par étape de la procédure d'obtention d'un nouveau logement pour les propriétaires de logements détruits et l'intervention d'un notaire :

- inscription des droits de propriété sur le logement détruit au Registre national des droits (si les droits sur le logement détruit n'ont pas été préalablement inscrits au registre électronique)
- cette étape est réalisée par l'intermédiaire d'un notaire ;
- dépôt d'une notification de destruction
- dépôt possible par l'intermédiaire d'un notaire ;
- dépôt d'une demande d'indemnisation par le propriétaire du logement détruit

- possible par l'intermédiaire d'un notaire ;
- examen de la demande et adoption d'une décision par la Commission sur le montant de l'indemnisation ;
- délivrance d'un certificat de logement correspondant au montant d'indemnisation au propriétaire du logement détruit
- généré automatiquement par un logiciel ;
- recherche d'un nouveau logement à acheter ;
- enregistrement officiel de la perte de propriété du logement détruit, effectué par l'intermédiaire d'un notaire ;
- authentification d'un contrat d'achat et de vente de logement pour lequel les fonds crédités sur le certificat de logement à titre d'indemnisation sont versés, est effectuée exclusivement par un notaire ;
- enregistrement d'État de l'émergence des droits de propriété sur le nouveau logement, l'imposition d'une interdiction d'aliénation pour une période de 5 ans, l'enregistrement d'État du contrat d'achat et de vente au Registre des biens endommagés et détruits - est effectué exclusivement par un notaire.

La notification d'un dommage ou d'une destruction de biens peut également être effectuée par l'intermédiaire d'un notaire. Dans ce cas, le notaire :

- ♦ établit l'identité du demandeur ou les pouvoirs du représentant de la personne morale;
- ♦ établit la notification via le portail Diya ;
- ♦ appose une signature électronique qualifiée ;
- ♦ fournit une copie papier de la notification à la demande du demandeur.

Les notaires procèdent à l'enregistrement officiel de la perte de propriété de l'objet détruit. Cet enregistrement est d'une importance capitale, car c'est après la perte de propriété que le contrat de vente du logement peut être authentifié à l'aide d'un certificat de logement.

Lors de l'authentification d'un contrat d'achat et de vente de logement à l'aide d'un certificat de logement, le notaire, outre les actions habituelles effectuées lors de l'authentification d'un contrat d'achat et de vente de biens immobiliers, effectue également une série d'autres actions spécifiques, qui sont décrites dans les étapes suivantes :

Étape 1 : Vérification des données du certificat de logement auprès du Registre des biens endommagés et détruits en obtenant un extrait du certificat de logement. Cet extrait doit contenir des informations sur le statut « Fonds réservés » et il est joint au contrat.

Étape 2 : Constatation de la perte de propriété du bien détruit. Le notaire vérifie les informations relatives à la perte de propriété en obtenant des informations détaillées auprès du Registre national des droits de propriété immobilière.

Étape 3 : Vérification de l'appartenance territoriale du bien. Le notaire doit s'assurer que le logement acquis ne se trouve pas sur des territoires temporairement occupés ou officiellement en cours d'hostilités, selon les listes en vigueur.

Étape 4 : Prise en compte des conditions particulières du contrat (interdiction d'aliéner l'objet une période de cinq ans; spécification des détails du certificat de logement; spécification de la procédure de répartition des fonds au moyen de plusieurs certificats ou en cas de vendeurs multiples).

Étape 5 : Obtention du consentement de l'autre conjoint, si le droit de la famille le prévoit en matière de la communauté de biens.

Étape 6 : Vérification des détails des comptes du vendeur qui doivent être ouverts exclusivement dans des banques publiques ukrainiennes.

Étape 7 : Évaluation de la valeur de l'objet du contrat avec mention obligatoire de la valeur selon le rapport d'évaluation dans le texte du contrat.

Étape 8 : Paiement des impôts, de l'impôt militaire et des cotisations à la Caisse de retraite sur une base générale.

Étape 9 : Enregistrement de la propriété du logement acquis est effectué simultanément à l'authentification du contrat par un notaire, sans frais admi-

nistratifs pour les citoyens dont les biens ont été détruits suite aux hostilités, et l'interdiction d'aliénation est imposée.

Étape 10 : Enregistrement du contrat au Registre des biens endommagés et détruits. Une fois toutes les étapes ci-dessus franchies, les informations relatives au contrat authentifié apparaissent au Registre des Biens Endommagés et Détruits (ci-après dénommé RBED), ce qui déclenche le virement des fonds par l'État sur le compte du vendeur.

L'interaction des notaires avec le RBED est une caractéristique de la participation des notaires à la procédure d'indemnisation. Les notaires sont reliés au RBED et ont le statut d'officiers d'état civil pour la saisie des informations relatives à l'utilisation des certificats de logement et des contrats notariés pour l'achat de biens immobiliers résidentiels.

Les notaires introduisent les données suivantes dans le registre par le biais du cabinet électronique :

- les détails du contrat notarié (numéro d'enregistrement de l'acte notarié, date d'authentification) ;
- le coût du logement prévu par le contrat ;
- le montant du paiement au titre du certificat de logement ;
- les informations concernant le vendeur du bien immobilier (pour les personnes physiques : nom complet, numéro d'enregistrement de la carte d'immatriculation du contribuable (NECIC) ou détails de passeport ; pour les personnes morales : nom complet et code Registre national unifié des entreprises et des organisations d'Ukraine (RNUEOU) ;
 - les coordonnées bancaires du vendeur ;
 - le numéro d'enregistrement de l'objet immobilier ou du droit de propriété spécial (le cas échéant) ;
 - le type, l'adresse et la superficie totale du bien ;
 - en cas d'achat du bien avec le terrain : ses numéros d'enregistrement et cadastral.

Les notaires ukrainiens jouent ainsi un rôle important dans l'assistance à l'État et aux citoyens touchés par la guerre. Leurs compétences dans ce domaine ne cessent de s'élargir.

C'est grâce au travail quotidien des notaires, y compris ceux qui travaillent dans les zones de première ligne qui assure l'enregistrement d'État des droits sur les biens immobiliers, l'établissement rapide des droits à indemnisation, l'assistance à l'enregistrement des dommages et des destructions, la notariatisation des contrats d'achat de nouveaux logements et l'inscription des informations pertinentes dans les registres.

La participation active des notaires à la procédure d'indemnisation garantit le respect des principes de légalité, de sécurité juridique et de justice, ce qui est particulièrement important en période de loi martiale et de reconstruction de l'État. Garantir l'accès des citoyens aux actes notariés contribue au rétablissement de leur statut de propriété, au renforcement de la confiance dans les institutions de l'État et au maintien de l'ordre juridique, même en cas de défis exceptionnels. Les programmes d'indemnisation d'État stimulent les nouvelles constructions, même en temps de guerre.

La communauté notariale d'Ukraine continue à remplir consciencieusement ses fonctions, restant un soutien fiable dans le processus de protection des droits et des libertés des citoyens, ainsi que dans le développement de l'État de droit dans le contexte de la lutte pour l'indépendance et l'intégrité territoriale de notre pays.



LIRE

PATRIMOINE ET LOGEMENT

L'Accès des Notaires au Fichier Immobilier (ANF)

François-Stanislas THOMAS, Notaire en France (FR))

<https://drive.google.com/file/d/1Zc3BJLUo5ded0dh45ec767wJqsvNLg0l/view?usp=sharing>



L'ENTREPRISE ET L'ECONOMIE
LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT
MODÉRATRICE : FATOU MBALLO THIAM

1

REGISTRE DES BÉNÉFICIAIRES EFFECTIFS EN RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

KATERINA PROTIVOVA / NOTAIRE EN RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

1. INTRODUCTION

L'exercice de la fonction notariale a connu une évolution rapide ces dernières années et les pouvoirs publics ont entrepris de transférer des compétences non juridictionnelles du juge à une autre émanation de l'État : le notaire. La profession notariale est en pleine mutation, sous l'effet des progrès technologiques et de l'évolution des exigences du marché mondial.

L'objectif de ce rapport est d'analyser et de comparer les compétences incontestées acquises dans le domaine des inscriptions directes par les notaires dans le registre des bénéficiaires effectifs.

Les notaires en République tchèque se voient confier des responsabilités importantes en ce qui concerne le registre des bénéficiaires effectifs, en particulier en matière d'inscriptions directes dans le registre. Ces responsabilités découlent du rôle traditionnel de la profession notariale, qui consiste à authentifier les documents juridiques et à garantir la légalité et l'exactitude de ces inscriptions.

Les notaires jouent un rôle important dans la garantie de l'exactitude, de la légalité et de la transparence du registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque.

Les responsabilités comprennent les inscriptions directes, la vérification des informations relatives à la propriété, l'aide aux entités en matière de conformité et la garantie du traitement approprié des données. Tout cela contribue à ren-

forcer le rôle des notaires dans la gouvernance d'entreprise. Le registre des bénéficiaires effectifs est un système d'information dans lequel sont saisies les données relatives aux bénéficiaires effectifs tels que définis par la loi.

Le registre public est tenu par un tribunal (ci-après « tribunal d'enregistrement »), mais les inscriptions directes peuvent également être effectuées par un notaire. L'obligation de vérifier et de connaître le bénéficiaire effectif est imposée par la loi à un certain nombre d'entités, ce qui a conduit à la nécessité de transférer cette compétence non juridictionnelle du juge (tribunal d'enregistrement) au notaire. L'une des principales transformations mises en oeuvre dans notre pays est l'enregistrement direct par les notaires. Ce changement aide les entrepreneurs et a rendu le travail des notaires plus efficace, permettant ainsi de fournir des services complets au public.

2. BRÈVE DESCRIPTION DE LA LOI ANTÉRIEURE

Avant la loi actuelle sur le registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque, le cadre juridique régissant l'identification et la divulgation des bénéficiaires effectifs était moins complet et ne disposait pas d'un registre public centralisé à cette fin. Avant l'introduction de la loi n° 37/2021 Coll., qui a établi le registre des bénéficiaires effectifs, il n'existait aucun registre public centralisé obligeant les entités à déclarer leurs bénéficiaires effectifs. La loi n° 368/2016 Coll., qui a modifié la loi n° 304/2013 Coll. sur les registres publics, avec effet au 1er janvier 2018, a étendu les pouvoirs du notaire pour effectuer des inscriptions dans des registres ou des archives (non) publics, en particulier dans le registre des bénéficiaires effectifs.

Si les entreprises étaient tenues de tenir des registres internes concernant la propriété et le contrôle, il n'existait aucune obligation formelle de communiquer ces informations à une base de données gouvernementale.

La création du registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque a été largement influencée par les directives européennes, en particulier la directive (UE) 2015/849 (4e directive anti-blanchiment) et ses modifications ultérieures. Ces directives exigeaient des États membres de l'UE qu'ils mettent en place des mécanismes permettant d'identifier et de divulguer les bénéficiaires effectifs afin de renforcer la transparence et de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Toutefois, avant l'entrée en vigueur de la loi tchèque, la mise en oeuvre de cette directive était davantage axée sur la déclaration interne que sur un registre public centralisé.

Le registre des bénéficiaires effectifs, géré par le ministère de la Justice de la République tchèque, sert à enregistrer les personnes physiques qui exercent un contrôle effectif sur des personnes morales ou des fiducies. Il a été introduit principalement dans le but d'accroître la transparence des structures de propriété.

3. LACUNES/DIFFICULTÉS DE LA LOI PRÉCÉDENTE ET AVANTAGES DE LA NOUVELLE LOI

Avant l'introduction du registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque, le cadre juridique s'appuyait principalement sur la réglementation anti-blanchiment et le droit des sociétés pour recueillir des informations sur les bénéficiaires effectifs.

Il n'existait pas de registre public centralisé et la transparence en matière de bénéficiaires effectifs était plus limitée, ne nécessitant que des rapports internes de la part des entreprises à des fins réglementaires.

La nouvelle loi relative au registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque, qui est entrée en vigueur le 1er juin 2021, a apporté plusieurs avantages significatifs, notamment en matière de transparence, de conformité et de rôle des notaires dans le processus. La loi crée un registre public centralisé qui rend les informations sur les bénéficiaires effectifs facilement accessibles au public, aux autorités et aux organismes de réglementation. Cette transparence contribue à empêcher la dissimulation des bénéficiaires effectifs et réduit le risque d'activités illégales telles que le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Le registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque est une étape cruciale vers une plus grande transparence en matière de propriété des personnes morales. Ce système offre un moyen clair et accessible de retracer les personnes qui contrôlent en dernier ressort les entreprises, contribuant ainsi à un environnement commercial plus responsable et plus transparent. Une autre amélioration est la possibilité d'effectuer des inscriptions dans le registre par l'intermédiaire de n'importe quel notaire.

L'enregistrement du bénéficiaire effectif peut être effectué par le tribunal ou par un notaire. Du point de vue de l'utilisateur, les inscriptions notariales présentent plusieurs avantages par rapport aux inscriptions effectuées par le tribunal. Tout d'abord, l'ensemble du processus est moins formel que l'enregis-

trement par le tribunal, ce qui le rend également plus rapide. Il est possible de choisir n'importe quel notaire pour l'enregistrement : peu importe le lieu où la société est basée, etc., vous pouvez choisir en fonction de vos propres préférences. Je considère cela comme un avantage très positif : il est possible de choisir un notaire pour l'enregistrement direct à votre discrétion, car il est alors possible d'effectuer très rapidement des ajustements en fonction des changements intervenus dans la société.

En ce qui concerne le processus, le notaire rencontre les représentants de la personne morale (par exemple, les administrateurs, les actionnaires ou les représentants légaux de la société) pour discuter de la structure de la société et déterminer les bénéficiaires effectifs.

Le notaire recueille également des informations préliminaires sur la structure de propriété de la société, ses actionnaires et toute personne exerçant un contrôle direct ou indirect sur la société. Le notaire ne rédige pas d'acte notarié sous-jacent comme c'est le cas pour les inscriptions au registre du commerce, mais délivre un certificat d'inscription au registre des bénéficiaires effectifs et, après l'avoir délivré, procède à une inscription directe. Ainsi, l'inscription au registre des bénéficiaires effectifs n'est pas effectuée sur la base d'un acte public.

Les faits enregistrés doivent être étayés par des documents pertinents. L'un des documents requis est celui qui atteste les informations d'identification du bénéficiaire effectif enregistré. Dans le cas des étrangers, il est possible de vérifier les données d'identification, par exemple à partir de l'adresse indiquée dans un extrait d'un registre étranger, d'une attestation notariale, d'une copie d'une carte d'identité ou d'un passeport. Le passeport ne contient toutefois pas l'information enregistrée, à savoir l'adresse de résidence. Comme autre exemple de document, on peut certainement citer les extraits du registre du commerce des personnes morales nationales ou étrangères, qui indiquent la structure de propriété ou l'influence exercée par une personne physique donnée. Dans le cas d'une chaîne de personnes morales, il est nécessaire de fournir des extraits des registres du commerce de toutes les personnes ainsi liées. Cependant, il peut y avoir des situations où le propriétaire réel ne peut être déterminé à partir d'une telle déclaration. Le notaire doit alors se contenter d'une déclaration sous serment.

D'autres données sont également enregistrées, par exemple dans le cas d'une désignation indirecte, une description de la structure des relations est enregistrée (relations par lesquelles un avantage est indirectement obtenu ou une influence est indirectement exercée, avec indication de la taille de la partici-

pation), des données sur la nature du statut du bénéficiaire effectif (soit le bénéficiaire final, soit la personne exerçant l'influence finale, soit les deux), la date de création et de cessation du statut de bénéficiaire effectif.

Après l'enregistrement, le notaire délivre à la personne qui a demandé l'enregistrement du bénéficiaire effectif un extrait complet des données valides du registre des bénéficiaires effectifs.

6. CONCLUSION

Les notaires en République tchèque jouent un rôle essentiel dans la garantie de l'exactitude et de l'authenticité des informations soumises au registre des bénéficiaires effectifs, notamment par le biais d'inscriptions directes.

Le notaire est habilité à effectuer ces inscriptions non seulement dans le cas des sociétés commerciales, mais également dans le cas des fondations, instituts, fonds de dotation, fonds fiduciaires, associations, sociétés d'utilité publique, communautés de copropriétaires, églises, sociétés religieuses ou autres personnes morales, qui sont régies par une réglementation spéciale.

L'enregistrement peut être automatique à partir des registres publics ou sur demande auprès d'un tribunal ou d'un notaire, les frais dépendant du type d'entité. L'enregistrement comprend les données d'identification, les parts et la structure de la relation. L'accès aux données est gratuit, mais seuls les personnes enregistrées ou les bénéficiaires effectifs peuvent obtenir un extrait complet. Les irrégularités doivent être corrigées à la demande du tribunal, sous peine d'amendes. La tenue de registres est essentielle pour la transparence et la protection des droits des personnes impliquées, ainsi que pour la prévention des problèmes juridiques et financiers. Le statut des notaires en tant que fonctionnaires publics légalement habilités garantit que leurs inscriptions ont une valeur juridique et offrent un niveau de confiance dans l'exactitude et l'intégrité du registre des bénéficiaires effectifs.





2

INSTITUTIONS : PERSPECTIVES INTERNATIONALES ET PRATIQUES NATIONALES du point de vue de la loi révisée sur la lutte contre le blanchiment d'argent de la République populaire de Chine

YIJUNG CAO / NOTAIRE EN CHINE

RÉSUMÉ

La loi révisée « Lutte contre le blanchiment d'argent de la République populaire de Chine » « République de Chine » inclut pour la première fois des institutions notariales dans le catégorie d'institutions non financières spécifiques qui devraient respecter les règles anti- Obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. L'adoption de mesures anti-blanchiment d'argent Les obligations des institutions notariales ne sont pas seulement une exigence inévitable s'aligner sur l'expérience internationale mais aussi une manifestation vivante du notariat La responsabilité des institutions en matière de développement économique et social national.

À l'occasion de la révision de la « Loi anti-blanchiment d'argent », Les institutions notariales et leurs notaires peuvent être confrontés à de nombreux défis dans le domaine notarial. processus métier, méthodes de travail et développement industriel. Dans le À l'avenir, des efforts pourront être déployés pour contribuer à l'élaboration d'un système anti- Renforcer le réseau de prévention et de contrôle du blanchiment d'argent en Chine construction du système interne, amélioration du support technique et mise en oeuvre de la communication et de la coopération interdépartementales.

Mots clés : Lutte contre le blanchiment d'argent ; Institutions notariales ;
« Anti-Loi sur le blanchiment d'argent de la République populaire de Chine

Avec l'accélération du processus d'intégration économique mondiale, Les activités criminelles de blanchiment d'argent sont devenues de plus en plus fréquentes. et leurs moyens sont devenus plus dissimulés et diversifiés, ce qui constitue un sérieux problème. Menace pour l'ordre financier et la stabilité sociale. Lutte contre le blanchiment d'argent Le travail est devenu un sujet de préoccupation commune à l'échelle internationale La communauté. Les activités des institutions notariales impliquent souvent une part importante de les transferts de capitaux et d'actifs, les rendant vulnérables à l'exploitation par blanchisseurs d'argent. De plus, en tant que composante importante du système de crédit social, Les institutions notariales jouent non seulement un rôle clé dans les activités économiques, mais aussi symboliser la crédibilité nationale. La loi révisée « Anti-blanchiment d'argent » de la République populaire de Chine" (ci-après dénommée « l'Anti- La loi sur le blanchiment d'argent définit clairement la lutte contre le blanchiment d'argent. obligations des institutions notariales. Il ne s'agit pas seulement d'une exigence inévitable. se conformer à la tendance internationale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, mais aussi à une Mesure importante pour renforcer la ligne de défense de la sécurité financière nationale. Cette année également, le ministère de la Justice de la République populaire de Chine, suivant la tendance, a publié le document réglementaire d'appui pour le secteur notarial, les « Mesures administratives de lutte contre le blanchiment d'argent » et le financement antiterroriste des institutions notariales (projet de loi destiné au public) Commentaire), qui apporte un soutien législatif important aux institutions notariales en Chine pour remplir leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Dans ce contexte, L'examen des avancées revêt une grande importance théorique et pratique expériences d'un point de vue international et explorer en profondeur les mise en oeuvre des responsabilités du notaire en matière de lutte contre le blanchiment d'argent institutions en combinaison avec les pratiques nationales.

I.A Enquête de traçabilité sur la réglementation juridique chinoise en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

Les réglementations juridiques sont sans aucun doute le moyen le plus efficace pour prévenir et contenir les activités de blanchiment d'argent. En Chine, la construction et l'amélioration du système juridique de lutte contre le blanchiment d'argent sont un processus qui évolue progressivement, qui est passé par une phase de germination, puis de développement graduel et de maturité, reflétant la réponse active de la Chine à l'appel international de lutte contre le blanchiment d'argent et sa responsabilité en tant que grand.

(I) Évolution historique des lois et réglementations chinoises en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

Le terme « blanchiment d'argent » n'est pas un terme professionnel au sens juridique. En tant que terme professionnel dans le domaine financier, il est apparu aux États-Unis au début du XXe siècle. À l'origine, il signifiait simplement « nettoyer les pièces sales » et n'avait aucune connotation péjorative. Plus tard, il a progressivement fini par désigner le fait de dissimuler des revenus illégaux sous un vernis légal.¹

Le blanchiment d'argent est un comportement de nature financière. Contrairement à la plupart des comportements traditionnels de nature personnelle et immobilière, qui sont principalement découverts par les agences d'enquête, il est principalement découvert lors des opérations des institutions financières.² Compte tenu du caractère dissimulé des comportements de blanchiment d'argent, la Chine a mis en place un système juridique de lutte contre le blanchiment d'argent dont la « loi contre le blanchiment d'argent » constitue le pilier central :

1. Législation spéciale : « Loi anti-blanchiment d'argent »

La « loi anti-blanchiment » est une loi importante pour maintenir l'ordre financier et lutter contre les crimes de blanchiment d'argent. Cette loi régleme de manière exhaustive les comportements anti-blanchiment dans des domaines tels que la supervision et la gestion anti-blanchiment, en clarifiant les obligations anti-blanchiment des institutions financières et des entités spécifiques non financières.

- les institutions financières, mettre en oeuvre les procédures d'enquête en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et promouvoir la coopération internationale dans ce domaine. Son objectif est de prévenir les activités de blanchiment d'argent et de maintenir un bon ordre financier. La loi a été mise en oeuvre pour la première fois en janvier 2007. Plus tard, afin de s'adapter aux changements technologiques rapides, le travail de révision de la « loi anti-

¹ Banque de Chine, Explication des termes à la mode dans la finance internationale : lutte contre le blanchiment d'argent, à l'adresse https://www.boc.cn/about/boc/ab8/201305/t20130517_2272747.html, consultée pour la dernière fois le 5 février 2025.

² Sun Jianfeng, Yu Long et Li Wei, « Exploring the Application Path of Anti-Money Laundering and Criminal Convergence », 36 Journal of Shanghai Lixin College of Accounting and Finance (2024).

blanchiment d'argent » a été lancé en 2020, et elle a finalement été révisée et adoptée en 2024, entrant officiellement en vigueur le 1er janvier 2025. La « loi anti-blanchiment d'argent » met en place un

- système de supervision et de gestion de la lutte contre le blanchiment d'argent avec une division claire des responsabilités du travail et une coopération coordonnée, qui peuvent prévenir efficacement l'érosion des activités de blanchiment d'argent sur les institutions financières, réduisant ainsi les risques opérationnels des institutions financières et garantissant le fonctionnement stable du système financier. La loi encourage également activement la coopération internationale dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent, permettant aux autorités chinoises chargées de l'application de la loi de s'aligner au maximum sur les normes internationales, de partager des informations et des expériences en matière de lutte contre le blanchiment d'argent avec d'autres pays et régions, et de renforcer le statut et l'influence de la Chine dans le domaine de la lutte internationale contre le blanchiment d'argent.

2. Sanctions pénales : « Code pénal de la République populaire de Chine » (ciaprès dénommé « Code pénal »)

Contrairement au positionnement juridique administratif de la « loi anti-blanchiment », les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent dans le « Code pénal » visent principalement à définir les actes criminels de blanchiment d'argent et à clarifier les normes de sanction pénale pour les crimes de blanchiment d'argent et les crimes connexes, en mettant l'accent sur la sanction des actes qui constituent déjà des crimes de blanchiment d'argent. L'article 191 du « Code pénal » stipule spécifiquement la définition, les éléments constitutifs et les normes de condamnation du crime de blanchiment d'argent. Dans la pratique judiciaire, il est généralement admis que la détermination du crime de blanchiment d'argent doit être fondée sur l'établissement des faits du crime en amont. S'il existe des circonstances particulières, telles que le fait que le crime en amont n'ait pas été jugé légalement mais il existe des preuves attestant son existence, cela n'affecte pas la détermination du crime de blanchiment d'argent.³

³ Procuration populaire suprême de la République populaire de Chine, Interprétation de la Cour populaire suprême et de la Procuration populaire suprême sur plusieurs questions relatives à l'application de la loi dans le traitement des affaires pénales de blanchiment d'argent, disponible à l'adresse https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202408/t20240819_663652.shtml#2 dernière consultation le 9 février 2012 .

3. Règlements et règles à l'appui

Les réglementations et règles chinoises en matière de lutte contre le blanchiment d'argent se concentrent principalement sur la définition des obligations des institutions financières en la matière, les mesures réglementaires spécifiques et les détails opérationnels. Par exemple, les « Mesures relatives à la diligence raisonnable à l'égard de la clientèle et à la conservation des informations d'identité des clients et des enregistrements des transactions par les institutions financières » détaillent les exigences, les méthodes et les délais spécifiques auxquels sont soumises les institutions financières pour exercer leur diligence raisonnable à l'égard de la clientèle et conserver les informations d'identité des clients et les enregistrements des transactions, ce qui aide les institutions financières à mieux remplir leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et à prévenir les risques de blanchiment d'argent. Les « Mesures relatives à la supervision et à l'administration de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme par les institutions financières » renforcent la supervision et la gestion des activités de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme des institutions financières, normalisent les mesures et procédures réglementaires et formulent des exigences spécifiques en matière de contrôle interne et de gestion des risques des institutions financières. Les « Mesures pour l'administration de la déclaration des transactions de grande valeur et des transactions suspectes par

Les « institutions financières » stipulent les normes, les procédures de déclaration et les méthodes de déclaration des transactions de grande valeur et des transactions suspectes que les institutions financières doivent déclarer, et constituent une base importante pour les institutions financières afin d'effectuer la surveillance et la déclaration des transactions de grande valeur et des transactions suspectes.

Il convient de noter que, afin de se conformer aux dispositions relatives aux fonctions de lutte contre le blanchiment d'argent des institutions notariales dans la loi anti-blanchiment récemment révisée, le ministère de la Justice a spécialement publié cette année les « Mesures administratives pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme des institutions notariales (projet soumis à consultation publique) ». Il exige que, dans le cadre de leurs services notariaux, les institutions notariales procèdent à une vérification préalable des parties concernées pour les types de services susceptibles de présenter des risques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. En outre, il contient des dispositions spécifiques concernant à la fois les objets et les mesures de la vérification préalable. diligence, envoyant ainsi un signal réglementaire fort.

(II) Comparaison entre l'ancienne et la nouvelle « loi anti-blanchiment »

Depuis son introduction, la « loi anti-blanchiment » a jeté les bases solides d'un environnement financier équitable, juste et transparent en Chine. Cependant, avec le développement rapide des technologies financières et l'évolution de la situation internationale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, les législateurs ont procédé à des mises à jour itératives de la loi en termes d', de portée, d'application, de mesures réglementaires, de coopération et de responsabilités juridiques, dans le but de répondre efficacement aux nouveaux types de risques liés au blanchiment d'argent et de rendre la lutte contre le blanchiment d'argent en Chine plus ciblée. Plus précisément, la comparaison entre l'ancienne et la nouvelle loi antiblanchiment et les responsabilités juridiques, dans le but de répondre efficacement aux nouveaux types de risques liés au blanchiment d'argent et de rendre la lutte contre le blanchiment d'argent en Chine plus ciblée. Plus précisément, la comparaison entre l'ancienne et la nouvelle « loi contre le blanchiment d'argent » se concentre principalement sur les deux aspects suivants :

1. Élargissement des sujets réglementés

La nouvelle « loi anti-blanchiment » élargit le champ d'application des sujets réglementés. L'ancienne « loi anti-blanchiment » limitait les obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent aux institutions financières. Conformément à l'article 64 de la nouvelle « loi anti-blanchiment », certaines institutions non financières doivent également assumer certaines obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dans le cadre de l'exercice de certaines activités notariales, notamment les entreprises de promotion immobilière, les agences immobilières, les cabinets comptables, les cabinets d'avocats, les institutions notariales, etc. L'élargissement des sujets réglementés dans la nouvelle loi comble les lacunes réglementaires antérieures pour les institutions non financières, ce qui permet non seulement de mettre en place un système réglementaire plus complet en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, mais aussi de renforcer la synergie réglementaire et d'améliorer l'efficacité globale de la lutte contre le blanchiment d'argent en Chine.

2. Affiner les normes opérationnelles

L'ancienne « loi anti-blanchiment » contenait des dispositions relativement générales sur les mesures réglementaires à mettre en oeuvre par les institutions financières.

Obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Les entités réglementées peuvent se sentir limitées dans la mise en oeuvre pratique de certaines opérations, ce qui peut nuire à l'efficacité réelle des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent. Par exemple, dans les domaines de l'évaluation des risques et de la diligence raisonnable à l'égard de la clientèle, l'ancienne loi exigeait uniquement des institutions financières qu'elles identifient l'identité de leurs clients et conservent les enregistrements des transactions pertinentes. Cependant, la nouvelle loi exige à la fois des institutions financières et des institutions non financières qu'elles mettent en place un mécanisme d'évaluation des risques parfait, en particulier pour renforcer la diligence raisonnable à l'égard des clients à haut risque et des comportements transactionnels à haut risque, et qu'elles comprennent les sources et les utilisations des fonds concernés. Dans le domaine de la déclaration des transactions de grande valeur et suspectes, l'ancienne loi exigeait uniquement des institutions financières qu'elles déclarent les transactions de grande valeur et suspectes, mais après l'introduction de la nouvelle loi, des exigences plus détaillées ont été formulées pour ces déclarations, soulignant que les institutions financières ont l'obligation de surveiller et de déclarer les transactions transfrontalières et les transactions en monnaie virtuelle. Ces directives opérationnelles détaillées constituent non seulement une mesure importante pour faire face aux changements dans les moyens de blanchiment d'argent dans le cadre des nouveaux modèles commerciaux notariaux, mais aussi un maillon essentiel pour s'aligner sur les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et améliorer l'image internationale.

De manière générale, cette révision législative envoie un signal de « renforcement de la surveillance ». Cela s'explique principalement par le fait que le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), une organisation internationale de lutte contre le blanchiment d'argent, a souligné, lors de son évaluation des mesures anti-blanchiment prises par la Chine, qu'il existait des lacunes dans les systèmes anti-blanchiment et les systèmes de mise en oeuvre spécifiques des institutions non financières chinoises.⁴ Les législateurs espèrent que cette révision de la loi permettra d'améliorer de manière globale le système réglementaire anti-blanchiment de la Chine, de perfectionner le système moderne de réglementation financière et de promouvoir un développement financier de haute qualité.

⁴Zhang Weiwei, La loi sur le blanchiment d'argent fait l'objet d'une première refonte : renforcement de la prévention et du contrôle des nouveaux types de risques liés au blanchiment d'argent, (9) Assemblée populaire nationale chinoise³⁵, 36 (2024).

II. Justification de la mise en oeuvre des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent par les institutions notariales

L'article 64 de la loi anti-blanchiment récemment révisée inclut clairement les institutions notariales dans la catégorie des institutions non financières spécifiques qui doivent remplir des obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.⁵ En fait, avant la révision de cette loi, l'Administration des services juridiques publics du ministère de la Justice et l'Association chinoise des notaires ont publié conjointement l'« Avis sur la réglementation de la gestion des activités notariales liées à l'étranger », exigeant le renforcement de la gestion des activités liées à l'étranger par les institutions notariales et l'amélioration de la gestion interne des contrôles qualité.⁶ Activités notariales liées à l'étranger not only démontre les capacités des institutions notariales en matière d'affaires étrangères, mais sert également à mettre en valeur l'image internationale de la Chine. Par conséquent, toutes les institutions notariales doivent faire preuve d'une extrême prudence lorsqu'elles acceptent des affaires liées à l'étranger. Étant donné que le lien entre les activités de blanchiment d'argent et les activités notariales se manifeste principalement dans le domaine des authentications liées à l'étranger, telles que les investissements à l'étranger par des personnes physiques et des entreprises qui s'internationalisent, cela pourrait expliquer pourquoi les législateurs envisagent d'imposer des obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent aux institutions notariales. L'auteur démontrera la justification de la mise en oeuvre des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent par les institutions notariales sous deux aspects : la dimension financière et la dimension sociale.

⁵ Article 64 de la loi anti-blanchiment d'argent de la République populaire de Chine : « Les institutions suivantes établies sur le territoire de la République populaire de Chine doivent remplir les obligations anti-blanchiment d'argent des institutions non financières spécifiques telles que prescrites dans la présente loi(2) Les cabinets comptables, les cabinets d'avocats, les études notariales, etc. qui sont chargés de gérer l'achat et la vente de biens immobiliers pour le compte de clients, de gérer des fonds, des titres ou d'autres actifs pour leur compte, de gérer des comptes bancaires et des comptes de titres pour leur compte, de lever des fonds pour la création et l'exploitation d'entreprises, et d'agir en tant qu'agents pour l'achat et la vente d'entités opérationnelles »

⁶ Ministère de la Justice de la République populaire de Chine : « Avis de l'Administration des services juridiques publics du ministère de la Justice et de l'Association chinoise des notaires sur la réglementation de la gestion des activités notariales liées à l'étranger », disponible à l'adresse https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgwapp/zwgk/tzggApp/202105/t20210517_395824.html, consulté pour la dernière fois le 12 février 2025.

(I) Dimension financière

La sécurité et la stabilité du système financier sont étroitement liées à l'ordre économique et social de la Chine. Ces dernières années, grâce à l'amélioration des politiques et réglementations chinoises pertinentes, telles que les mesures relatives à l'administration des investissements à l'étranger, et à l'amélioration de l'environnement international des investissements, les investisseurs chinois bénéficient désormais de meilleures conditions et garanties pour leurs investissements à l'étranger. En 2024, le total des investissements directs chinois à l'étranger dans tous les secteurs a atteint 1 159,27 milliards de yuans, soit une augmentation de 11,3 % par rapport à l'année précédente.⁷ Qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une entreprise, lorsqu'il s'agit de transferts de propriété et de transactions financières pendant investissement à l'étranger, la plupart d'entre eux se chargeront des certifications notariales pertinentes des certificats d'identité, des déclarations, des commissions, etc. afin de répondre aux exigences des institutions étrangères concernées. Prenons l'exemple d'un investissement étranger au Japon : si une personne physique souhaite créer une société au Japon, conformément aux exigences de la partie japonaise, elle devra faire certifier par un notaire sa signature et son sceau. Lorsqu'elles traitent ce type d'affaires d'investissement à l'étranger, les institutions notariales, conformément à des réglementations telles que le Règlement de la République populaire de Chine sur l'administration des devises étrangères (décret n° 532 du Conseil d'État) et les Mesures pour l'administration des devises étrangères individuelles (décret n° 3 de la Banque populaire de Chine en 2006), informeront spécialement les demandeurs de notariat que les investissements à l'étranger et l'utilisation du certificat notarié ne doivent pas enfreindre les réglementations nationales en vigueur en matière d'investissements à l'étranger et de gestion des devises étrangères. En cas d'actes illégaux et criminels tels que l'arbitrage, l'évasion de devises, la fraude et la collecte illégale de fonds, la responsabilité juridique sera engagée conformément à la loi. En outre, le notaire chargé du dossier demandera également au candidat notaire s'il a déjà une expérience pertinente dans la création d'une société et s'il est en mesure de fournir les documents nécessaires à la création d'une société à l'étranger, etc. La raison pour laquelle les institutions notariales font preuve d'une telle prudence dans le traitement de ces affaires liées à l'étranger est qu'une fois le certificat notarié délivré, il signifie que l'institution notariale et le notaire chargé du dossier ont procédé à un examen approfondi de l'objet de la de-

⁷ Ministère du Commerce de la République populaire de Chine : « Brèves statistiques sur les investissements directs chinois à l'étranger dans tous les secteurs en 2024 », à l'adresse : https://www.mofcom.gov.cn/tjsj/gwjhzjt/art/2025/art_044cb9f995184b4e88970994c22a7881.html, dernière consultation le 13 février 2025.

mande et de l'utilisation qui en sera faite par le demandeur. Ce type d'activité implique souvent d'importants flux de capitaux et informations transactionnelles. Si le demandeur utilise une forme juridique pour dissimuler des fins illégales, cela aura non seulement un impact fatal sur l'autorité et la crédibilité de l'institution notariale et du notaire, mais cela nuira également à la bonne image que la Chine s'est forgée depuis longtemps au sein de la communauté internationale, avec des conséquences inimaginables. C'est pourquoi la nouvelle loi anti-blanchiment d'argent stipule clairement les obligations des institutions notariales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, en attendant de toutes les institutions notariales qu'elles maintiennent en permanence une réputation neutre et objective dans la pratique, qu'elles empêchent leur utilisation par des contrevenants à la loi, qu'elles empêchent les fonds illégaux de se mélanger aux transactions financières normales, qu'elles n'interfèrent pas avec le fonctionnement normal du marché financier, et augmenter les facteurs d'instabilité du système financier.

(II) Dimension sociale

D'une part, en tant que partie importante du secteur des services juridiques, la réputation et la crédibilité externes des institutions notariales revêtent une grande importance. La mise en oeuvre active des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent démontre l'attitude de tolérance zéro des institutions notariales à l'égard des actes illégaux et criminels, ce qui constitue une triple manifestation du professionnalisme juridique, de l'éthique professionnelle et de la responsabilité sociale. Cela est très bénéfique pour la réputation et l'image globales du secteur notarial et crée une bonne environnement externe propice au développement sain du secteur notarial. D'autre part, du point de vue de la protection des intérêts publics sociaux, les activités de blanchiment d'argent ne sont qu'un maillon parmi d'autres dans la chaîne des actes illégaux et criminels commis par les contrevenants à la loi. Le blanchiment d'argent est souvent associé à d'autres crimes en amont, tels que la corruption, la contrebande et le trafic de drogue, etc. Si la prévention des risques liés aux activités de blanchiment d'argent n'est pas renforcée, cela pourrait causer un choc énorme à l'ordre financier et économique de la Chine et détruire le bon système de crédit social établi depuis longtemps dans la société chinoise. Lorsque les institutions notariales assument des obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent lors du traitement des dossiers, elles peuvent, dans une certaine mesure, bloquer les canaux de blanchiment d'argent, freiner les crimes de blanchiment d'argent à un stade précoce, réduire le soutien financier aux activités illégales et criminelles, éviter de causer

un choc énorme à l'ordre financier et économique existant en Chine en raison des risques de blanchiment d'argent, contribuer à créer un environnement de marché financier équitable et concurrentiel, garantir l'authenticité, l'exactitude et l'intégrité des informations transactionnelles sur le marché financier, empêcher l'ingérence induite de fonds illégaux sur le marché financier et promouvoir la santé et le développement durable du marché financier.

III. Expériences internationales des institutions notariales dans la mise en oeuvre des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

La lutte contre le blanchiment d'argent a toujours été une question internationale. En 1990, le Groupe d'action financière (GAFI) a publié pour la première fois les « 40 recommandations on Anti-Money Laundering (GAFI 40 Recommendations) », qui fournissait une norme unifiée et un cadre directeur pour la lutte mondiale contre le blanchiment d'argent. De nombreux pays et régions à travers le monde s'en sont inspirés pour élaborer leurs propres systèmes juridiques et politiques nationaux et régionaux de lutte contre le blanchiment d'argent.

Au niveau de l'Union internationale du notariat, la conférence internationale organisée par l'Union à Samarcande, en Ouzbékistan, en 2023 avait pour thème « La prévention du blanchiment d'argent dans la pratique notariale ». Richard Bock, président du Comité de coopération internationale de l'Union internationale du notariat, a souligné que les formes et les domaines d'intégration des institutions notariales dans les tâches de lutte contre le blanchiment d'argent varient selon les pays et les régions. Cependant, en substance, une nouvelle tâche nationale est confiée aux institutions notariales afin d'établir l'image de service de ces dernières et de réduire la charge qui pèse sur le système judiciaire.⁸

Voici les dispositions pertinentes des lois et règlements de certains pays concernant la mise en oeuvre des responsabilités des institutions notariales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent :

⁸ Richard Bock, « Money Laundering Prevention in Notarial Practice », lors de la conférence du CCNI sur « MONEY LAUNDERING PREVENTION IN NOTARIAL PRACTICE » à Samarcande, 2023.

(I) Sénégal

Étant donné que les investissements immobiliers sont extrêmement propices aux activités de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, le Sénégal, comme de nombreux pays de droit civil, exige que les transferts immobiliers à l'intérieur du pays soient basés sur le principe que l'institution notariale dispose reçu un contrat authentique.⁹ Il s'agit en fait d'une manifestation intuitive du rôle important joué par les institutions notariales sénégalaises dans le domaine de la prévention des risques de blanchiment d'argent. Le gouvernement sénégalais a créé une cellule de renseignement financier au sein de sa structure interne en tant qu'agence nationale chargée de traiter les informations financières, et a accordé à cette agence des privilèges d'enquête spécifiques et étendus. Lorsqu'ils traitent des affaires notariales, les notaires sénégalais doivent signaler sans délai à cette agence toute situation suspecte en matière de transactions financières.¹⁰ La cellule de renseignement financier organisera régulièrement des formations professionnelles pour les institutions notariales, car en tant que dépositaires de la puissance publique, les institutions notariales, en plus de fournir les garanties juridiques nécessaires pour les transactions concernées, doivent également être responsables de la prévention et du contrôle des risques potentiels de blanchiment d'argent blanchiment d'argent.

(II) Autriche

De par leur nature, les activités de blanchiment d'argent qui utilisent le système financier pour blanchir les produits du crime sont généralement transnationales. Après la création du marché commun et la suppression des frontières intérieures, en particulier sur le marché financier, la lutte contre le blanchiment d'argent est devenue un défi majeur pour la région européenne.¹¹ Afin de maintenir la solidité et la stabilité du système financier de la Communauté européenne et la confiance du public. Confiant dans son succès, l'Union européenne a successivement publié six versions de la directive anti-blanchiment. La dernière directive comprend des éléments tels que le contrôle des pays à

⁹ Daniel-Sedar Senghor, « La prévention du blanchiment d'argent dans la pratique notariale », lors de la conférence du CCNI sur « LA PRÉVENTION DU BLANCHIMENT D'ARGENT DANS LA PRATIQUE NOTARIALE » à Samarcande, 2023.

¹⁰ Daniel-Sedar Senghor, « La prévention du blanchiment d'argent dans la pratique notariale », lors de la conférence du CCNI sur « LA PRÉVENTION DU BLANCHIMENT D'ARGENT DANS LA PRATIQUE NOTARIALE » à Samarcande, 2023.

¹¹ Wang Xin, An Huiyu, Recherche sur les directives européennes anti-blanchiment d'argent et leurs enseignements, (3) People's Procuratorial Work 54, 60(2024).

haut risque et le renforcement des pouvoirs de renseignement des unités financières, dans le but de fournir aux États membres un environnement réglementaire complet et à plusieurs niveaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Les législateurs autrichiens ont désormais transposé les exigences de la directive dans la législation nationale par le biais de règlements ministériels. Les dispositions relatives aux responsabilités des institutions notariales et des notaires en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dans la législation nationale autrichienne figurent dans la loi sur les notaires, la loi sur les transferts de capitaux et la loi sur l'enregistrement des bénéficiaires effectifs (*Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz*).

Si l'on prend l'exemple de la loi sur l'enregistrement des bénéficiaires effectifs, conformément aux exigences de la 5e directive anti-blanchiment de l'Union européenne, chaque État membre de l'Union européenne doit tenir un registre central pour enregistrer les bénéficiaires effectifs des personnes morales (sociétés, fondations, fiducies et accords fiduciaires similaires). ¹²En Autriche, au lieu d'utiliser ou d'étendre le registre existant pour répondre aux exigences susmentionnées, un nouveau registre a été créé, qui peut être consulté par les bénéficiaires effectifs des sociétés, les autorités judiciaires et les personnes tenues de prévenir le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme pour les fiducies et les contrats fiduciaires similaires. En fait, la consultation du registre est une mesure appropriée pour

Les institutions notariales doivent vérifier l'identité des personnes morales, en s'assurant qu'elles ont rempli leurs obligations de diligence raisonnable. Si une institution notariale constate, lors d'une consultation, que les informations enregistrées dans le registre sont incorrectes ou incomplètes, elle est tenue de le noter dans le registre, et cette mention peut être consultée par d'autres entités assujetties lorsqu'elles consultent le registre.

(III) Le Royaume-Uni

Bien que le Royaume-Uni se soit retiré de l'Union européenne, le système antiblanchiment d'argent existant au Royaume-Uni reste pleinement conforme à la directive anti-blanchiment d'argent de l'UE. Avant que le Royaume-Uni ne quitte officiellement l'UE, cette directive avait déjà été intégrée dans le droit britannique. Le notaire britannique Nigel Ready a souligné que dans la

¹² Alexander Winkler, « AML-regulations in the Austrian Notariat » (Réglementations AML dans le notariat autrichien), lors de la conférence du CCNI sur « MONEY LAUNDERING PREVENTION IN NOTARIAL PRACTICE » (Prévention du blanchiment d'argent dans la pratique notariale) à Samarcande, 2023

lutte internationale contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, les notaires jouent un rôle important dans les transactions immobilières et financières et sont en première ligne.¹³

En tant que centre financier mondial, les institutions notariales de Londres traitent chaque jour un grand nombre de transactions financières d'une ampleur considérable. De plus, le marché immobilier londonien a toujours été une cible privilégiée pour les criminels internationaux qui cherchent à dissimuler des revenus illégaux, ce qui signifie que chaque institution notariale doit faire preuve d'une prudence particulière dans l'identification des clients, des bénéficiaires des sociétés et des sources de financement.

La législation actuelle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent au Royaume-Uni est la loi sur les produits du crime (Proceeds of Crime Act) mise en oeuvre en 2003. Cette loi oblige les institutions notariales à effectuer des évaluations documentées des risques lorsqu'elles traitent des affaires notariales pertinentes, et à formuler et maintenir des politiques et des procédures visant à prévenir le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Cela comprend la réalisation d'une diligence raisonnable à l'égard des clients, c'est-à-dire que l'identification et la vérification de l'identité sont requises tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.¹⁴

En outre, les institutions notariales doivent également dispenser une formation aux notaires et aux autres membres du personnel, afin de leur permettre de comprendre les lois relatives au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme, ainsi que la manière d'identifier et de traiter les transactions et autres activités susceptibles d'être liées au blanchiment d'argent blanchiment d'argent ou au financement du terrorisme.

IV. L'impact de la révision de la loi anti-blanchiment d'argent sur les institutions notariales en Chine et les contre-mesures

L'impact le plus intuitif de la nouvelle loi anti-blanchiment d'argent est que les institutions notariales ont une obligation légale supplémentaire et qu'il existe un sujet réglementaire supplémentaire au sein du système de réglementation financière chinois. En fait, avant l'introduction de la nouvelle loi anti-

¹³ Nigel Ready, « La prévention du blanchiment d'argent dans les juridictions de common law, la pratique au Royaume-Uni », lors de la conférence du CCNI sur « LA PRÉVENTION DU BLANCHIMENT D'ARGENT DANS LA PRATIQUE NOTARIALE » à Samarcande, 2023.

blanchiment d'argent, les institutions notariales prenaient généralement des mesures appropriées pour éviter les risques liés au blanchiment d'argent lorsqu'elles traitaient des affaires liées à des investissements à l'étranger. Cette révision de la loi vise à légaliser l'éthique professionnelle et sociale d'origine.

responsabilités des institutions notariales et des notaires. Cependant, après la révision de cette loi, cela entraînera inévitablement de nombreux changements pour les institutions notariales et les notaires en Chine en termes de processus commerciaux, de méthodes de pratique et de développement du secteur. Chaque institution notariale doit saisir cette opportunité de révision de la loi et, tout en tirant davantage profit du développement pour elle-même, assumer les responsabilités qui lui incombent dans le développement économique et social du pays.

(I) L'impact de la révision de la loi anti-blanchiment d'argent sur les institutions notariales en Chine

Dans l'ensemble, en tant qu'entités réglementaires statutaires en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, les institutions notariales seront confrontées aux impacts suivants :

1. Augmentation des coûts de mise en conformité

Comme mentionné ci-dessus, avant la révision de la nouvelle loi, la supervision de la lutte contre le blanchiment d'argent par les institutions notariales et leurs notaires reposait principalement sur l'éthique professionnelle et la responsabilité sociale des notaires chargés du dossier, plutôt que sur le système de supervision de la lutte contre le blanchiment d'argent au sein des institutions notariales. Avec l'introduction de la nouvelle loi, chaque institution notariale est désormais tenue de remplir activement ses obligations légales en mettant en place un ensemble de systèmes de contrôle interne de lutte contre le blanchiment d'argent. Cependant, la mise en place effective d'un tel système ne peut se faire du jour au lendemain. Les institutions notariales doivent investir davantage de ressources humaines, de ressources matérielles et de temps pour établir et améliorer le système interne de supervision de la lutte contre le blanchiment d'argent, notamment en mettant en place un créer un service spécial chargé de la lutte contre le blanchiment d'argent ou désigner une personne spécifique pour en assumer la responsabilité, etc. Parallèlement, il est également nécessaire de renforcer la gestion des informations d'identité des

¹⁴ Legislation.gov.uk, loi de 2002 sur les produits du crime, disponible à l'adresse <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>, consultée pour la dernière fois le 22 février 2025.

clients et des enregistrements des transactions, de garantir la sécurité et la confidentialité des données et d'améliorer la protection des informations personnelles des clients, ce qui augmentera les coûts d'exploitation des institutions notariales.

2. Changements dans les processus notariaux

Lorsqu'ils traitent des affaires notariales spécifiques, telles que les investissements à l'étranger et les transactions immobilières, les établissements notariaux et leurs notaires sont tenus de mettre strictement en oeuvre les obligations légales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et d'effectuer des vérifications plus approfondies sur les clients. Ils doivent non seulement vérifier les informations d'identité des clients, mais aussi comprendre l'origine de leurs fonds, les objectifs des transactions, etc. Si nécessaire, les clients doivent être tenus de fournir des documents pertinents pour prouver les objectifs et les utilisations de leurs demandes de certification notariale. Cela rendra les processus opérationnels plus complexes et le délai de traitement pourra être prolongé.

3. Renforcement des risques liés à la pratique professionnelle

Si une institution notariale ne remplit pas ses obligations légales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, elle s'expose à des sanctions administratives et juridiques telles que la rectification dans un délai déterminé, des avertissements et des amendes. Cela entraînera non seulement des pertes économiques pour l'institution notariale, mais affectera également sa réputation et sa crédibilité auprès du public, ce qui aura un impact négatif sur le développement à long terme de l'institution notariale.

(II) Contre-mesures prises par les institutions notariales en Chine après la révision de la loi anti-blanchiment d'argent

En combinant les responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent stipulées dans la nouvelle loi anti-blanchiment avec les caractéristiques du secteur notarial, les institutions notariales en Chine peuvent procéder à des ajustements et renforcer leurs réponses dans les domaines suivants :

1. Renforcer la mise en place de systèmes internes

Améliorer le mécanisme d'évaluation des risques liés au blanchiment d'argent, procéder à des évaluations régulières des risques liés aux services notariaux, déterminer les niveaux de risque liés au blanchiment d'argent pour différentes

entreprises et différents groupes de clients, et fournir une base pour la prise de mesures de prévention et de contrôle des risques correspondantes. En outre, étant donné que la nouvelle loi anti-blanchiment d'argent a affiné les dispositions pertinentes en matière d'évaluation des risques, de diligence raisonnable, etc., chaque institution notariale devrait régulièrement organiser la participation du personnel notarial à des formations sur les lois et règlements anti-blanchiment d'argent, les connaissances professionnelles et les compétences, afin que le personnel notarial se familiarise avec les politiques, les règlements et les exigences de travail en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, et maîtrise des compétences telles que la diligence raisonnable à l'égard de la clientèle et l'identification des transactions suspectes. Parallèlement, les comités d'orientation commerciale créés au sein de chaque institution notariale peuvent collecter et organiser des cas typiques de lutte contre le blanchiment d'argent dans les secteurs notariaux nationaux et étrangers et dans d'autres domaines. Grâce à l'analyse de cas et discussion, la sensibilisation à la lutte contre le blanchiment d'argent et les capacités de prévention des risques du personnel notarial peuvent être renforcées, ce qui leur permet de reconnaître l'importance et l'urgence du travail de lutte contre le blanchiment d'argent.

2. Renforcer le soutien technique

En s'appuyant sur des moyens techniques avancés tels que la technologie juridique, introduire des outils techniques de lutte contre le blanchiment d'argent afin d'automatiser et d'intelligenter des tâches telles que la vérification de l'identité des clients et la surveillance des transactions, et améliorer l'efficacité et la précision du travail de lutte contre le blanchiment d'argent. Mettre en place un système de gestion des données fiable pour les informations sur les clients et les enregistrements des transactions, gérer et stocker de manière centralisée les données sur les clients et les transactions afin de garantir la sécurité et la traçabilité des données, ce qui facilite la consultation et l'utilisation des données dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent.

3. Mettre en oeuvre une communication et une collaboration interdépartementales

Maintenir un contact étroit avec les autorités de réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. autorités, comprendre rapidement les changements et les exigences des politiques réglementaires en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, coopérer activement avec la supervision et l'inspection des autorités réglementaires, soumettre les informations et les

données relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent comme requis, et rectifier et mettre en oeuvre rapidement les problèmes et les suggestions soulevés par les autorités réglementaires. Dans le même temps, renforcer les échanges et la coopération avec les institutions concernées telles que les institutions financières, les cabinets d'avocats et les cabinets comptables, partager leurs expériences et leurs informations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, établir conjointement mettre en place un mécanisme de collaboration en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et former une force commune pour la lutte contre le blanchiment d'argent.

CONCLUSION

La loi anti-blanchiment d'argent récemment révisée de la République populaire de Chine fournit une base juridique solide pour le travail anti-blanchiment des institutions notariales. Pour ces dernières, assumer des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent est non seulement une nécessité pour bâtir un système financier sain, stable et durable en Chine, mais aussi une triple manifestation de leur professionnalisme juridique, de leur éthique professionnelle et de leur responsabilité sociale. Il existe déjà des précédents internationaux qui stipulent que les institutions notariales sont des institutions non financières qui doivent assumer des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Ces modèles matures de lutte contre le blanchiment d'argent et ces expériences réglementaires constituent des références utiles pour la Chine. En fait, avant l'introduction de la nouvelle loi antiblanchiment, les institutions notariales chinoises avaient déjà procédé à des examens approfondis des activités liées aux investissements à l'étranger afin de minimiser autant que possible le risque de blanchiment d'argent. À l'avenir, sous la houlette de la nouvelle loi anti-blanchiment, chaque institution notariale devra s'aligner étroitement sur les dernières politiques et réglementations nationales et internationales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, améliorer en permanence le système juridique et le mécanisme réglementaire nationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, renforcer ses propres capacités et sa sensibilisation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, et garantir la mise en oeuvre effective des responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, afin de jouer un rôle plus important dans la protection de la sécurité financière nationale et le développement sain de l'économie.

Nous remercions M. Zheng ZHANG, membre du CCNI de l'UINL, Mmes Yuqi HE et Yiyan DU du bureau notarial de Jing'an à Shanghai, ainsi que M. Dilshod Ashurov, président de l'Association des notaires d'Ouzbékistan, pour leur précieux soutien dans la rédaction de cet article !



L'ENTREPRISE ET L'ECONOMIE
LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT
MODÉRATRICE : FATOU MBALLO THIAM

3

LA PROTECTION DU PATRIMOINE IMMOBILIER ET DES OPÉRATIONS D'INVESTISSEMENT CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX

NOUZHA GRIB / NOTAIRE EN ALGÉRIE

Référent en matière de LCB - FT/ Cour de Boumerdes - ALGÉRIE

Membre de la commission LCB - FT / Chambre Nationale des Notaires - ALGÉRIE

Membre de la CDH / UINL / Docteur en Droit Privé

INTRODUCTION

L'activité économique à travers le monde a connu, ces dernières décennies, des mutations profondes qui ont bouleversé la scène mondiale et qui ont engendré un intérêt sans précédent pour les activités internationales à travers un processus de mondialisation et d'innovation inhérent, ayant pour impact direct la création de nouvelles branches économiques et l'intensification de la compétition entre celles-ci. En effet, l'ouverture des économies nationales est favorisée par l'interdépendance entre les hommes, la libéralisation des échanges et la délocalisation de l'activité par le biais des investissements directs étrangers (IOE). En quête de moyens d'exploitation des perspectives offertes par le marché mondial, les sociétés sont de plus en plus orientées vers des approches et des structures qui transcendent les frontières.

Par ailleurs, le patrimoine immobilier constitue un élément clé dans la structure économique des sociétés. Sa transmission par héritage ou mutation et sa gestion peuvent être exploitées pour des pratiques illicites telles que le blanchiment d'argent. Dans ce contexte, de nouvelles réformes ont été promulguées en Algérie, et ce dans sa Loi de Finances 2025 pour mettre fin à ces abus et renforcer la transparence. Cette réforme apporte une transformation majeure dans le

marché immobilier algérien en imposant l'obligation d'utiliser des moyens de paiement formels, tels que les virements bancaires et les chèques, pour toutes les transactions immobilières.

Dans ce contexte, et sous l'impulsion de l'ensemble de la dernière réforme dans la loi de finance de l'année en cours, l'Algérie affiche sa volonté à apporter une protection aux investisseurs et renforcer sa lutte contre le blanchiment d'argent, dont l'objectif principal est d'être classer dans la liste blanche¹.

A cet effet, l'objectif de notre travail est de faire, d'une manière modeste, simple mais efficace, l'état des lieux sur la réalité de la protection du patrimoine immobilier et des opérations d'investissement en Algérie contre le blanchiment des capitaux, mettant ainsi lumière sur le rôle du notaire dans la bonne exécution et application de ses réformes.

Tout ceci nous a donc poussé à formuler notre principale problématique comme suit : **Quel est l'impact de la nouvelle réforme de la loi de finance en Algérie à travers son article 207 en matière de patrimoine et de logement ? Et qu'apporte-t-elle à l'investissement et à la lutte contre le blanchiment d'argent ?**

Dans notre travail, nous allons essayer de résoudre cette problématique, en essayant d'apporter des réponses instantanées aux questions intermédiaires suivantes:

- Ce qu'est le patrimoine immobilier et les opérations d'investissements?
- En quoi cet amendement est-il efficace pour attirer et accroître le nombre d'investisseurs ?
- Et comment agit-il sur le phénomène du blanchiment d'argent ?

I. LE PATRIMOINE IMMOBILIER ET LES OPÉRATIONS D'INVESTISSEMENT

1. Le Patrimoine Immobilier

1.1 . Définition du patrimoine immobilier :

Le patrimoine immobilier se définit comme l'ensemble des biens immobiliers détenus par une personne ou une entité. Ces biens immobiliers peuvent être

¹ Liste blanche du GAFI : Bien qu'il ne s'agisse pas d'une liste officielle du Groupe d'action financière, la liste blanche comprend tous les pays et territoires qui ne figurent pas sur la liste noire ou la liste grise et qui maintiennent avec succès des systèmes financiers conformes aux recommandations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

des maisons, des appartements, des terrains a bâtir, des constructions en cours, des bâtiments classés « Monuments Historiques », et même des forêts, des champs et des plantations agricoles. Le patrimoine immobilier peut également englober des droits portant sur ces biens, tels que l'usufruit ou l'hypothèque.²

Il représente l'ensemble des biens qui appartient à une personne physique (individuelle) ou morale (entreprise). Cette personne a donc la possibilité de faire valoir un titre de propriété ou un droit qui peuvent être vendus. Contrairement au patrimoine financier, qui comprend les actifs financiers tels que les actions, les obligations ou les liquidités, le patrimoine immobilier est tangible et peut offrir une source de revenus stable ainsi qu'une protection contre.³

1.2. Types de patrimoine immobilier

En droit, on distingue deux types principaux de biens immobiliers qui constituent le patrimoine immobilier : les biens immeubles⁴ par nature et les biens immeubles par destination. Les biens immeubles par nature sont le sol, le sous-sol et tout ce qui est fixe dans le sol. Les biens immeubles par destination sont des biens meubles rattachés durablement à un immeuble. Par ailleurs, il existe aussi des immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent (les droits réels immobiliers: usufruit, servitudes, droit d'usage et d'habitation).

Enfin, le patrimoine immobilier peut également comprendre de la "pierre papier", qui se réfère à des placements permettant de devenir indirectement propriétaire de tout ou partie d'un bien. Ces placements peuvent notamment inclure des parts dans une SCPI (Société civile de placement immobilier).

Il se décline en plusieurs catégories :

Immobilier d'habitation : Comprend les résidences principales et secondaires.
 Immobilier de rapport : Inclut les biens locatifs générant des revenus réguliers.
 Immobilier commercial Englobe les espaces de bureaux, les magasins, et autres propriétés utilisées par les entreprises.
 Terrains à bâtir: Terrains destinés à la construction de nouveaux bâtiments.
 Biens agricoles : Forêts, champs et autres propriétés utilisées pour l'agriculture.
 Des notions juridiques sont également importantes dans la gestion du patrimoine immobilier :

² Frédéric Fangio. La notion d'actif immobilier : aspects juridiques et fiscaux : Público. 2020. p. 73.

³ J. Morand-Deville : Procédures spécifiques pour la protection du patrimoine culturel. Dans La protection du patrimoine culturel immobilier, Ed. Economica 1985. p. 28.

⁴ C'est-à-dire des éléments qui ne peuvent être déplacés, contrairement aux actifs meubles ou incorporels.

L'usufruit permet à une personne d'utiliser un bien et d'en percevoir les revenus sans en être le propriétaire. La nue-propriété désigne la propriété du bien dont l'usufruit est détenu par une autre personne. La plus-value est la différence positive entre le prix de vente et le prix d'acquisition d'un bien. La moins-value représente la perte réalisée lorsque le prix de vente est inférieur au prix d'acquisition. Les cas particuliers comme la Société Civile Immobilière Familiale (SCI) et le viager offrent des stratégies d'investissement et de transmission du patrimoine.

La "pierre papier", ou l'investissement dans des sociétés civiles de placement immobilier (SCPI), représente une alternative d'investissement indirect dans l'immobilier.

1.3. Modalités d'acquisition

L'acquisition de la propriété peut se faire par transfert, par accession ou par possession. Par transfert, l'acquéreur recueille le droit de propriété de son auteur. La vente, l'échange, la donation ou encore le legs sont des actes translatifs de propriété établis tous par le notaire.

Toutes les modalités d'acquisition sont régies par des textes juridiques fondamentaux en Algérie:

- Code civil algérien (ordonnance 75-58):
régit les droits réels, notamment les articles 674 à 791.
- Loi d'orientation foncière (loi 90-25):
organise l'utilisation et le développement du foncier.
- Loi sur l'urbanisme (loi 08-15):
régit les permis de construire et l'utilisation du sol urbain.
- Ordonnance 75-74: impose la publicité foncière.
- Loi sur les biens de l'État (loi 01-10):
régit les biens publics et privés de l'État.

1.4. Valorisation du patrimoine immobilier:

La valeur d'un patrimoine immobilier est déterminée soit par les loyers perçus pour les biens loués, soit par sa valeur vénale estimée pour les biens non loués. La méthode de comparaison est fréquemment utilisée pour estimer cette valeur, s'appuyant sur les transactions de biens similaires dans la même zone géographique. Les facteurs influençant la valeur d'un bien comprennent l'em-

placement, les infrastructures environnantes et la dynamique du marché immobilier. Les revenus locatifs peuvent également servir à évaluer la valeur d'un bien, en appliquant un coefficient de rendement locatif.⁵

Dans l'objectif d'adapter la capacité de contribution des citoyens à l'impôt, certains impôts prévoient d'assujettir uniquement les personnes qui possèdent certains types de biens, et à partir d'un certain montant.

Il en est ainsi pour l'impôt sur le patrimoine, prévu par le code des impôts directs et taxes assimilées.

Il est très fréquent que les citoyens sous-évaluent⁶ le bien immobilier acquit pour échapper à l'imposition, ce qui peut entraîner des conséquences lourdes.

Comme dans le cas d'une transmission successorale, tel que : legs des parts sociales incluant des actifs immobiliers. En présence de plusieurs héritiers, les parts sociales ou les actions sont soumises au régime de l'indivision à proportion de leurs droits dans la succession. Il peut y avoir une complexité de l'intégration des héritiers !

Par contre, la surévaluation des biens immobiliers conduit vers la problématique du blanchiment⁷.

2. LES OPÉRATIONS D'INVESTISSEMENT

2.1. Définition :

Les opérations d'investissement sont des emplois comprenant essentiellement des opérations non répétitives qui modifient la consistance ou la valeur du patrimoine de la commune : achats de matériels durables, constructions ou aménagements de bâtiments, travaux d'infrastructure, grosses réparations de bâtiments ...

L'investissement est une opération financière qui consiste à placer de l'argent dans un projet ou une entreprise en vue de réaliser un bénéfice futur. Il peut prendre différentes formes, telles que l'achat d'actions, d'obligations, de biens immobiliers ou encore la création d'une entreprise.⁸

⁵ Pour effectuer le calcul, il suffit d'établir le montant total de votre actif (biens) et de votre passif (dettes et autres emprunts).

⁶ La sous-évaluation désigne la pratique consistant à déclarer intentionnellement une valeur inférieure à sa valeur réelle ou marchande lors d'une transaction ou dans une déclaration de revenus.

⁷ Voir la partie II. P

⁸ ZAOUI Amine. L'encadrement Juridique Des Opérations D'investissement Algérie à l'étranger. Volume 14, numéro 2, pages 432-446, daté du 22/04/2022.

C'est aussi, l'acquisition de biens durables permettant à l'entreprise de se procurer un avantage économique futur. En comptabilité, le terme utilisé est immobilisation. Chaque investissement est une suite d'opérations dans un ordre bien précis. C'est pour cela que l'expression cycle d'investissement est utilisée. Le cycle d'investissement est un cycle long car, généralement, les opérations se déroulent sur un certain nombre d'années.

La volonté de promouvoir l'investissement privé national et étranger en Algérie est clairement inscrite dans le texte constitutionnel qui énonce « L'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage, sans discrimination l'épanouissement des entreprises au service du développement économique et social ».⁹

2.2. Les immobilisations corporelles

Une immobilisation corporelle est un actif¹⁰ physique destiné à servir de façon durable à l'activité de l'entreprise. Les immobilisations incorporelles sont des biens n'ayant pas d'existence physique.

Il ne faut pas confondre une immobilisation avec une charge qui est un bien ou un service détruit ou consommé lors du cycle d'exploitation (appauvrissement de l'entreprise). En comptabilité, une immobilisation représente un investissement durable pour l'entreprise, c'est-à-dire l'achat d'un bien qui augmente son patrimoine et, de fait, l'actif de son bilan comptable. On parle d'actif immobilisé pour évoquer les immobilisations.

L'immobilisation pour l'entreprise est un bien ou un droit dont elle est propriétaire : - Elle augmente la valeur du patrimoine de l'entreprise et est une source d'avantages économiques futurs prévus ; - Elle est destinée à servir durablement à l'activité de l'entreprise (souvent plus d'un an) ; Elle ne se détruit pas par le premier usage, contrairement à une charge. La notion d'immobilisation ne correspond qu'en partie à celle d'investissement au sens économique : la publicité, la formation sont considérées comme des investissements immatériels en économie, mais comme des charges par le système d'information comptable.

⁹ Constitution Algérienne. 15 Jomda El Oula 1442 30 décembre 2020

¹⁰ Un actif est un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle bénéficie économiquement à l'avenir.

2.3. L'acquisition d'une immobilisation corporelle

L'acquisition marque l'entrée de l'immobilisation dans le patrimoine de l'entreprise. Cette immobilisation doit être valorisée à son coût d'acquisition¹¹ pour entrer dans le patrimoine.

La cession de l'immobilisation : L'immobilisation est utilisée par l'entreprise pendant une durée variable. Pour diverses raisons, l'entreprise peut devoir s'en séparer, la céder. Cette cession permet (dans la plupart des cas) à l'entreprise de percevoir le prix de vente, ce qui génère un enregistrement.

La comptabilisation de la cession d'une immobilisation entraîne des incidences à la fois sur le bilan et le compte de résultat.¹²

Une fois acquises, les immobilisations corporelles sont donc enregistrées dans la comptabilité et figurent dans le patrimoine de cette dernière. En vertu du principe du coût historique, elles figurent au bilan avec une valeur brute qui correspond au coût d'acquisition hors taxes. Mais si les « avantages économiques attendus » de l'utilisation des immobilisations corporelles sont durables, ils ne sont pas infinis : la durée d'utilisation des immobilisations corporelles est limitée et déterminable.

Ainsi, il est clair que l'acquisition d'une immobilisation (c'est-à-dire l'investissement) augmente le patrimoine car l'entreprise en est propriétaire. Les immobilisations constituent des actifs inscrits au bilan. A l'inverse, la cession d'une immobilisation fait diminuer la valeur du patrimoine.

Ceci nous dirige directement vers notre 2^{ème} thématique.

II. IMPACT SUR LE PATRIMOINE IMMOBILIER ET L'INVESTISSEMENT

La Loi des finances 2025, publiée dans le Journal officiel, introduit une mesure importante visant à réguler les transactions économiques en Algérie. L'article 207 de cette loi met fin à l'utilisation des paiements en espèces pour

¹¹ Ce coût d'acquisition comprend : le prix payé, après déduction des réductions applicables (financières ou autres) ; les frais de livraison et d'installation, l'actif devant être fixé. Le prix d'achat et les frais connexes sont indiqués hors IVA.

¹² Impact sur le bilan : une augmentation des actifs est observée pour le montant de la dette, ainsi qu'une augmentation des passifs, puisque le poste « dette » augmente en raison de l'impact du compte de TVA collectée ; Impact sur le résultat : une augmentation des revenus est observée pour le montant hors TVA du transfert.

certaines transactions, notamment immobilières qu'il s'agisse d'immeubles bâtis ou non bâtis. Ces transactions doivent être effectuées, par des moyens autres que l'espèce, à travers les circuits bancaires et financiers.

Cette disposition pourrait avoir un impact notable sur plusieurs secteurs, en obligeant les acteurs économiques à s'adapter aux nouvelles exigences en matière de paiements. Cette mesure pourrait également contribuer à lutter contre l'informalité dans certains domaines de l'économie nationale. Elle permet surtout de lutter contre le blanchiment des capitaux apportant ainsi une protection aux investisseurs en immobilisation corporels en offrant un climat serein et surtout stable.

Il convient de souligner que la prédominance des activités informelles sur le marché algérien est considérable. Dans son rapport de 2023, la Banque d'Algérie a estimé que 8.273 milliards de dinars de la masse monétaire étaient en circulation en dehors du circuit bancaire sur un total de 24.330 milliards de dinars. Au taux de change actuel, cela représente plus de 60 milliards de dollars, une somme considérable échappant à tout contrôle.¹³ Cette situation nécessite des mesures déterminées, telles que celles introduites par la Loi des finances 2025.

L'imposition de moyens de paiement électroniques ou bancaires, comme le chèque, pourrait contribuer à réduire l'ampleur de l'évasion fiscale. Dans le secteur de l'immobilier, par exemple, de nombreuses transactions importantes échappent au circuit légal.

1. Lois sur l'investissement

1.1 Les lois sur l'investissement de 1993 et 2001 contenaient des dispositions importantes dans le domaine de l'investissement, en particulier en ce qui concerne le libre transfert de capitaux et des principes d'investissement tels que le principe de la liberté d'investissement, un traitement équitable et autres. Cela a permis aux organismes internationaux de préparer des rapports indiquant l'existence d'efforts importants pour fournir des garanties pour les investissements étrangers. Cependant, cela peut entrer en conflit avec le concept de bonne gouvernance, qui exige plus de transparence et de clarté dans la conduite de la sphère économique, et donc la fourniture d'une sécurité juridique. Cela nécessite de clarifier les notes sur ce qui a été inscrit dans le système juridique, qu'il serve ou non l'investissement étranger.

¹³ Rapport annuel de la Banque d'Algérie 2023. Développement économique et monétaire.

A travers diverses réformes, l'État algérien cherche à promouvoir et à protéger l'investissement en créant un climat favorable à l'investissement.¹⁴ Dans ce cadre, le législateur algérien a créé des organes permettant de superviser le processus d'investissement afin d'aider les investisseurs dans leurs démarches.

1.2. La Loi de Finances 2025¹⁵ apporte une transformation majeure dans le marché immobilier algérien en imposant l'obligation d'utiliser des moyens de paiement formels, tels que les virements bancaires et les chèques, pour toutes les transactions immobilières. Cette réforme vise à limiter les flux financiers non déclarés et à renforcer la transparence. Cependant, cette nouvelle mesure pourrait également freiner les activités du secteur :

2. Une Transition Difficile : Fin des Transactions en espèces

Le marché immobilier en Algérie repose en grande partie sur les transactions en espèces, ce qui permet une certaine flexibilité mais ouvre la porte à des pratiques peu scrupuleuses, telles que l'évasion fiscale et la dissimulation de fonds. En introduisant l'obligation de recourir à des virements et des chèques, le gouvernement souhaite non seulement assurer la traçabilité des flux financiers, mais aussi lutter contre l'économie informelle qui représente une part importante des transactions, et en parallèle lutter contre le blanchiment des capitaux, qui sont des délits financiers qui ont des effets économiques. Ils peuvent menacer la stabilité du secteur financier d'un pays, ou, de manière plus générale, sa stabilité extérieure.

Cet amendement était essentiel pour protéger l'intégrité des marchés et de la structure financière nationale et mondiale, car ils contribuent à atténuer les facteurs qui facilitent les abus financiers. Les mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux constituent donc non seulement un impératif moral, mais une nécessité économique.

3. Les Impacts Potentiels

- Transparence et Contrôle Accrus En forçant les transactions à passer par des canaux formels, l'État espère assainir le secteur immobilier en réduisant la sous-déclaration des prix des biens immobiliers. Cette mesure permettra

¹⁴ Un mécanisme de soutien aux investisseurs qui leur accorde des avantages et des facilités par l'intermédiaire d'un organisme public spécialisé (l'Agence nationale de développement des investissements) et du Conseil national des investissements.

¹⁵ Ce texte législatif introduit plusieurs mesures fiscales et économiques importantes. La loi de finances pour 2025, publiée au Journal officiel n° 84 du 26 décembre 2024, comprend 234 articles.

également un meilleur contrôle des recettes fiscales issues des transactions immobilières et pourrait limiter certaines pratiques frauduleuses.

- **Ralentissement des Transactions Immobilières** Cependant, cette réforme pourrait engendrer un ralentissement temporaire, voire durable, du secteur. Une large proportion des transactions immobilières en Algérie s'effectue dans l'informel, ce qui représente un obstacle pour une transition rapide vers les moyens de paiement formels. Les vendeurs et acheteurs habitués aux paiements en espèces pourraient être réticents à cette nouvelle réglementation, particulièrement dans les zones rurales ou les petites villes où l'accès aux services bancaires est limité.

- **Risque de Réduction des Transactions** L'obligation d'utiliser des virements ou des chèques risque de freiner les transactions pour ceux qui préfèrent l'anonymat ou cherchent à éviter les frais bancaires. Cela pourrait impacter directement la fluidité du marché et ralentir les investissements, en particulier pour les petites transactions qui échappaient traditionnellement au contrôle fiscal.

- **Formalisation de l'Économie à long terme**, cette réforme peut aider à formaliser le secteur immobilier et à lutter contre l'économie souterraine. En encadrant mieux les transactions, l'État espère réduire l'évasion fiscale, tout en imposant un système plus équitable.

- **Opportunité de Croissance pour le Secteur Bancaire** Les banques algériennes sortiront également gagnantes de cette réforme, car elle augmentera le volume de transactions bancaires. Cela pourrait pousser davantage de citoyens à ouvrir des comptes bancaires et à intégrer les services financiers dans leurs habitudes quotidiennes, renforçant ainsi l'inclusion financière.

4. A Qui Profite la Réforme ?

Les Pouvoirs Publics et le Gouvernement Le gouvernement algérien est l'un des principaux bénéficiaires de cette réforme, en particulier pour ses efforts de modernisation de l'économie. En réduisant l'utilisation du cash, l'État espère augmenter les recettes fiscales et lutter plus efficacement contre la corruption et le blanchiment d'argent qui est parmi ses objectifs majeurs. D'ailleurs à cela, une stratégie nationale de prévention et de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme (2024-2026) a été placée.

Les Banques Les institutions bancaires vont tirer profit de l'obligation de passer par leurs services pour chaque transaction immobilière. Elles béné-

ficeront de l'augmentation du volume des virements et des chèques, et de l'extension potentielle de leur base de clients.

Les Investisseurs¹⁶ et Acheteurs Formels Pour les investisseurs étrangers ou les acheteurs locaux qui respectent déjà les règles fiscales et effectuent leurs transactions par des moyens formels, cette réforme pourrait offrir une meilleure sécurité et renforcer leur confiance dans le marché. La réduction des pratiques in

Les Agences et Promoteurs Immobiliers Officiels Les professionnels du secteur, comme les agences immobilières et les promoteurs travaillant dans la légalité, pourraient bénéficier de la réforme. En réduisant la concurrence informelle, cela pourrait assainir le marché et leur donner un avantage. formelles pourrait également stabiliser les prix des biens immobiliers.

5. Le notaire face à cette réforme

A cet effet, la Chambre nationale des notaires a mis l'accent, dans une circulaire¹⁷ adressée aux notaires, sur l'obligation de recourir exclusivement aux transactions bancaires pour les échanges portant sur des transactions immobilières concernant des immeubles bâtis et non bâtis.

Cette circulaire constitue donc une instruction ferme : les notaires ne doivent plus établir de contrat si la transaction est effectuée par des moyens de paiement en dehors des circuits bancaires ou financiers. En effet, aucun contrat de vente, dans les secteurs précités, ne sera délivré par les notaires si la transaction n'a pas été effectuée via les canaux bancaires officiels.

En clair, et conformément aux recommandations de leur Chambre nationale, les notaires doivent désormais s'assurer qu'aucun paiement ne soit réglé en cash. La méthode de paiement utilisée dans chaque acte (virement ou chèque certifié) doit être vérifiée et mentionnée dans le contrat.

Dans ce cadre, elle a insisté sur le rôle central des notaires dans la mise en œuvre de l'article 207 de la loi, leur demandant de vérifier rigoureusement les mécanismes de paiement via les canaux bancaires et de consigner dans les actes enregistrés les modalités et moyens de paiement utilisés.

¹⁶ Pour les investisseurs, le dispositif offre de nombreux avantages en termes de droits de douane, de développement des infrastructures, de concessions foncières, etc.

¹⁷ Circulaire de la Chambre Nationale des Notaires N° 02/2025 Ou : 23/04/2025.

Des retombées positives sur l'économie: Des experts affirment que l'application stricte de cette mesure devrait définitivement mettre fin aux paiements en espèces, qui constituent la principale source de blanchiment d'argent et de corruption. La guerre contre le cash est donc déclarée par l'État, qui souhaite assainir un marché national encore largement dominé par l'informel. Un phénomène qui nuit d'abord à l'image du pays, lequel ambitionne de rejoindre le groupe des pays émergents, et freine surtout la promotion de l'investissement en limitant l'attraction des IDE.

La régulation du marché noir, en absorbant les sommes colossales, permettra de donner plus de transparence à l'activité économique, tout en mobilisant les ressources financières nécessaires au financement de l'économie nationale. La récupération de ces fonds ne pourrait être donc qu'une bouffée d'oxygène pour l'économie algérienne en pleine transformation.

CONCLUSION

La réforme introduite par la Loi de Finances 2025 représente un tournant pour le marché immobilier algérien. Si elle offre des perspectives positives à long terme en termes de transparence et de contrôle, elle risque toutefois de freiner une partie des transactions, particulièrement celles liées à l'économie informelle qui représente près de 50 % des opérations. Le succès de cette transition dépendra de la capacité du gouvernement à sensibiliser la population et à garantir un accès plus large aux services bancaires, notamment dans les zones reculées.

Elle se présente comme un levier stratégique pour redresser nos comptes publics, stimuler l'investissement, soutenir l'économie nationale et améliorer le cadre de vie des citoyens et lutter contre le blanchiment d'argent.

L'État est déterminé à réduire le recours au cash (l'argent liquide) dans les différentes transactions financières. Des mesures importantes ont été prises dans ce sens, et la loi de finances 2025 a déjà acté la fin des paiements en espèces dans certaines transactions via son article 207. Une circulaire de la Chambre nationale des notaires, publiée la semaine dernière (le 23 avril 2025), a appelé les membres de la corporation à appliquer rigoureusement les dispositions de l'article 207 de la LF2025.

Fait à Algérie le : 30 Avril 2025

Bibliographie:

1. LA CONSTITUTION de la République Algérienne
Démocratique et Populaire du 15 Jomda El Oula 1442 30 décembre 2020
2. Code civil algérien, Ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975.
3. Code de commerce algérien, Ordonnance n°75-59 du 26 septembre 1975.
4. Loi de Finances 2025, publiée au Jaumal Officiel n° 84 du 26/12/2024.
5. Circulaire de la Chambre Nationale des Notaires N° 02/2025 Du : 23/04/2025.
6. Loi n°05-01 du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.
7. Groupe d'action financière (GAFI) : Recommandations internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux.
8. Stratégie nationale de prévention et de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme (2024-2026).
9. Banque d'Algérie, "Rapport annuel sur la stabilité financière", édition 2024.
10. Banque d'Algérie, « Rapport annuel sur l'Evolution économique et monétaire », édition 2023.
11. Frédéric FANGIO. La notion de patrimoine immobilier aspects juridiques et fiscaux. Thèse de doctorat. Droit public. 2020. P. 73.
12. J. Morand - Deviller: Les procédures spécifiques de protection du patrimoine culturel, in La protection du patrimoine culturel immobilier, Ed. Economica 1985. P 28.
13. ZAOUI Amine. L'encadrement Juridique Des Opérations D'investissement Algérien à L'étranger. Volume 14, Numéro 2, Pages 432-446 du 22/04/2022 .



4

LES CONTRATS DE PARTENARIAT
PUBLIC/PRIVÉ (PPP) EN ALGÉRIE

En droit Algérien (l'acte notarié une solution appropriée)

LADJEL ABDELKADER / NOTAIRE EN ALGÉRIE

RÉSUMÉ

Si aujourd'hui, les contrats de partenariats public-privé (PPP) constituent un nouveau modèle de la bonne gouvernance perçus comme une des conditions les plus favorables pour réaliser le développement durable. Il n'en demeure pas moins, que la prise en compte du rôle du notaire, dans la sphère des relations contractuelles public – privé, s'avère essentiel et doit être mis en valeur, eu égard à la sécurité juridique et à l'équilibre contractuel tant recherchés par l'investisseur ou le titulaire privé du contrat avec ses financeurs face à la solidité de ces contrats administratifs qui font intervenir l'administration pour défendre l'intérêt général.

Le présent article vise à examiner de près le rôle et la contribution du notaire aux contrats PPP en droit Algérien, puisque une nouvelle législation relative à la concession du domaine privé de l'Etat dans le cadre de la promotion des investissements industriels et agricoles, et celle concernant le foncier économique, confèrent expressément au notaire le pouvoir d'intervenir dans les actes portant hypothèque ou cession des droits réels résultant de la concession du domaine privé de l'Etat.

Mots-clés

Contrats PPP – notaire - Sécurité juridique – investissement industriels et agricoles – foncier économique - concession domaine privé de l'Etat .

SOMMAIRE

Introduction

I) Le partenariat public-privé en Algérie

A) La pratique des contrats PPP en Algérie

B) Régime juridique des contrats PPP en droit Algérien

II) contribution du notaire au PPP en droit Algérien.

A) Statut du notaire en droit Algérien et les contrats de PPP

B) concession du domaine privé de l'État dans le cadre de la promotion des investissements

III) Réflexion pour une contribution effective du notariat aux contrats PPP (l'acte notarié une solution appropriée)

Conclusion

INTRODUCTION

Aujourd'hui, on s'accorde à dire, que l'insuffisance, des outils contractuels classiques en matière de commande publique (marchés publics, concessions, privatisation) est à l'origine du développement des partenariats public-privé qui s'avèrent plus adapter aux besoins du service public, et viennent par conséquent compléter les marchés publics et les délégations de service public (DSP) desquels ils se distinguent.¹

Les principaux avantages de cette relation contractuelle, consiste à :

- l'intégration dans une procédure unique de contrats normalement distincts
- L'optimisation des ressources et du rapport coûts /résultats.
- La réduction et au partage des risques entre l'autorité publique et l'entreprise privée.
- La conservation par l'autorité publique du contrôle stratégique du service public. Et enfin le gain à traiter avec un secteur privé expérimenté et solvable.

Par ailleurs, si aujourd'hui, les PPP² constituent un nouveau modèle de la bonne gouvernance³, perçus comme une des conditions les plus favorables pour réaliser le développement durable. Il n'en demeure pas moins, que la prise en compte du rôle du notaire, s'avère essentiel et doit être mis en valeur.

¹ Didier Linotte et Jean Luc Pissaloux, Sur un nouveau contrat administratif

² Mohamed Mouloud Belaid , Les Partenariats Public-Privé , Revu des sciences économiques année 2010 n°10 p 02 - Principaux modèles des PPP (la sous-traitance , la gérance , la gestion déléguée , l'affermage et la concession.)

³ Concept révisé par la banque mondiale, le fonds monétaire international et le programme des Nations unies pour le développement, lesquels ont donné un contenu plus étendu qui intègre, entre autres, la transparence, l'obligation de reddition, la responsabilité, la primauté du droit et la liberté d'expression.

Le notaire officier public, doit aussi accompagner cette tendance notamment en jouant un rôle de régulateur de marché et d'opérateur actif sur le marché dès lors qu'il a la confiance de l'Etat et de l'entreprise.

L'Etat n'a plus les moyens financiers pour agir directement et entretenir ses administrations. Il est contraint de déléguer de plus en plus ses prérogatives à des professions qu'il contrôle comme le notariat.

Cependant, le notariat est-il en mesure de jouer le rôle économique d'opérateur¹ crucial ? car seul l'Etat est en mesure de déléguer cette mission à un opérateur qu'il estime crucial pour un secteur.

La question pertinente consiste ici, à s'interroger sur la capacité et l'aptitude de l'acte notarié et du notariat, à pénétrer la sphère des contrats publics ? Dès lors que les contrats de PPP, sont des contrats administratifs qui font intervenir l'administration pour défendre l'intérêt général. Et par conséquent soumis aux règles du droit administratif.

Cependant il ne faut pas perdre de vue que ces contrats empruntent leur contenu aux contrats classiques tels que définis par les codes (civil, commercial, code de procédure civile et administratif et enfin la loi régissant la concurrence). Et utilisent les multiples possibilités des principes dégagés par le livre II du code civil consacré aux obligations et aux contrats.

Pour traiter le sujet, il semble intéressant, d'appréhender brièvement l'expérience et la pratique des contrats de partenariat public-privé en Algérie (I) et d'examiner de près, le rôle et la place du notaire dans ces nouveaux marchés de droit des contrats (II) et enfin s'interroger sur la pertinence de cette analyse

¹ Marie Anne Frison Roche, la conception renouvelée de notariat par la perspective de régulation économique 38^e congrès Mouvement Jeune Notariat, San Francisco 18 au 24 novembre 2007, p 50 Qu'est ce que l'opérateur crucial de la régulation ? La définition adaptée au notariat est inspirée de celle donnée par Mme le professeur Frison-Roche Recueil Dalloz-2006, n° 27-Doctrine, Concurrence Distribution : « L'opérateur crucial de la régulation : C'est une entité juridique et économique (une société, une profession organisée notamment) qui construit ou maintient un secteur économique dans un équilibre entre plusieurs objectifs. Celui de la concurrence d'une part et d'autres objectifs que la concurrence d'autre part ; par exemple d'assurer la sécurité du secteur mais aussi des objectifs étrangers à la concurrence comme d'assurer la prévention des litiges ou d'assurer l'accès au droit ou bien des objectifs contradictoires avec la concurrence, comme la satisfaction donnée aux petits dossiers comme aux gros. En tout cas une entité à même de résoudre ou d'amoindrir considérablement les conflits et assumant les risques. A mi parcours entre l'étatisme et le libéralisme, le notariat peut jouer le rôle économique d'« opérateur crucial » la conception renouvelée du notariat par la perspective de régulation économique, Il s'agit à travers l'opérateur crucial de prévenir les risques du marché ou d'assurer la protection du public.

dans la mesure où le cadre juridique actuel notamment en droit Algérien ne permet pas la contribution concrète du notariat aux contrats PPP, hormis quelques dispositions contenues dans les textes de loi régissant le foncier économique¹ ainsi que la concession industrielle². Ce dispositif législatif accorde au concessionnaire, avec le concours du notaire, le pouvoir d'hypothéquer le droit réel résultant de la concession, voire même le droit de le céder en même temps que les constructions dont il a la pleine propriété. (III).

I) Le partenariat public-privé en Algérie

La croissance et le développement économique national, est marqué aujourd'hui par un phénomène relativement récent, il s'agit de la coopération entre le secteur public et le secteur privé dans le cadre d'un partenariat public-privé.³

En Algérie, le centre des préoccupations des pouvoirs publics, et de répondre aux besoins sans cesse croissants de la population, et améliorer la qualité des services qui leur sont offerts. Devant cette exigence, on assiste aujourd'hui au recours de plus en plus croissant des pouvoirs publics, à l'usage du nouveau mode de financement et de gestion, notamment dans les secteurs de l'agriculture, de l'eau, du transport, de la gestion hôtelière le recours à ce mode de gestion a été motivé par l'insuffisance des solutions apportées par le droit de la commande publique⁴.

A) La pratique des contrats PPP en Algérie

Par définition, le contrat de partenariat et un contrat de la commande publique qui s'intercale, en droit interne, entre les marchés publics et les délégations de service public. Il s'en distingue par son objet, son mode de financement et son partage des risques.

¹ Loi n° 23-17 du 15 novembre 2023 fixant les conditions et les modalités d'octroi du foncier économique relevant du domaine privé de l'Etat destiné à la réalisation de projets d'investissement.

² Ordonnance 08-04 du 1er septembre 2008 relatif à la concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat.

³ Il convient de noter, que selon la doctrine constante, les contrats de partenariat sont susceptibles d'être conclus par l'Etat et ses établissements publics (quel que soit leur caractère administratif ou industriel et commercial), en revanche en s'en exclues les personnes privées chargées d'une mission de service public.

⁴ la commande publique correspond à l'ensemble des contrats publics auxquels est partie l'administration. C'est un terme générique relatif à l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins. La commande publique recouvre ainsi une notion très large englobant plusieurs forme telle que les marchés publics les DSP, les contrats de partenariat, les conventions d'occupation du domaine léger concessions d'aménagement etc., Séminaires activités publiques et concurrences université d'Évry Val d'Essonne 2013 2014

A cet effet et pour répondre aux objectifs des collectivités publiques les pouvoirs publics ont fait appel aux contrats de PPP , notamment dans les secteurs :

- De l'agriculture ¹, par la mise en place d'un dispositif de partenariat PPP en vue de rentabiliser le potentiel des fermes pilotes². notamment pour les wilayas du sud et des hauts plateaux, qui constituent un gisement certain de production agricole.

- De la gestion déléguée de l'eau³, confiée à un partenaire étranger « Suez Environnement » avec l'obligation de transfert entier de l'expertise et du savoir faire de ce groupe au profit du partenaire Algérien. dans ce cadre , l'Algérie a développé un modèle de PPP très performant pour les installations de dessalement d'eau de mer et a acquis une solide expérience de projets de type PEI (producteurs d'énergie indépendants).

- De la gestion des infrastructures portuaires⁴, les pouvoirs publics ont fait appel aux modes de partenariat privé étranger, dans le but d'obtenir l'efficacité des ports, et augmenter ainsi ses capacités en infrastructures. Ainsi un contrat de PPP a été conclu, avec le troisième opérateur mondial dans les terminaux à conteneurs, il s'agit de l'Emirati Doubaï World ports.

A cet égard , et malgré l'absence d'un cadre juridique propre au PPP,⁵ les pouvoirs publics ont élaboré des programmes et projets, sur la base de la législation existante (loi sur la concession, investissement, marché public).

B) Régime juridique des contrats PPP en droit Algérien

L'étude et l'analyse des contrats PPP en droit Algérien, permettent de dégager les observations suivantes :

¹ Plan quinquennal 2015 2019 pour la campagne agricole 2014 2015.

² Circulaire n° 681 du 29 octobre 2014 relative au plan quinquennal 2015 2019 pour la campagne agricole 2014/15

³ Loi n°05/12 en date du 04 aout relative à l'eau notamment articles 104 et 105 jo n° 60, 4 septembre 2005, p. 3 à 18.

⁴ Radhia Tadjine et Malika ahmed zaid , capacité logistique et gouvernance des ports algériens faculté des sciences économiques, université Mouloud Mammeri.

⁵ Enfin, il y a lieu d'observer que la manière d'aborder les participations du soumissionnaire à la procédure de passation des marchés, la loi en vigueur ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'avoir des discussions structurées et simultanées, avec les soumissionnaires en compétition.⁵

L'évaluation des offres qui demeurent la méthode la plus appropriée, à un impact direct sur le rapport coûts/résultats, en relation avec le choix du montage en PPP. Le droit Algérien adopte des méthodes fondées sur l'évaluation des offres par rapport aux exigences du projet (sélection de la solution la moins onéreuse) et au vu de l'offre financière (la plus avantageuse économiquement).

- c'est des contrats de droit public (code des marchés publics, conventions de délégation de service public), soumis aux dispositions et règles du droit administratif quant à leur formation, conclusion et exécution.
- Encadré par une législation qui ne tient pas compte des caractéristiques de contrats de PPP (contrat global, un contrat de longue durée et un contrat aux modalités de rémunération originales).

II) contribution du notaire au PPP en droit Algérien

En droit Algérien (loi numéro 06. 02 portant organisation de la profession de notaire), le notaire en sa qualité d'officier public intervient dans les relations de droit privé (A), et par conséquent n'est pas compétent *ratione materie* dans les contrats et conventions passées par l'administration publique, Par contre, la nouvelle législation¹ relative la concession du domaine privé de l'Etat dans le cadre de la promotion des investissements industriels et agricoles, et celle concernant le foncier économique², confèrent expressément au notaire le pouvoir d'intervenir dans les actes portants hypothèque ou cession des droits réels résultant de la concession du domaine privé de l'État (B).

A) Le Statut du notaire en droit Algérien et les contrats de PPP

Depuis l'avènement de la loi n° 06.02 du 20 février 2006 portant organisation de la profession de notaire, ainsi que du nouveau code de procédure civile et administrative promulgué au courant de l'année 2008 (loi n° 08.09 du 25 février 2008), le notaire algérien s'est vu doté d'un vrai pouvoir normatif.

A cet égard le notaire participe au mouvement général du fonctionnement du marché basé sur le droit de la propriété, des suretés, et des investissements. Spécialiste du droit civil le notaire en droit Algérien, et aux avant-gardes de l'économie de marché.

¹ Ordonnance 08-04 du 1er septembre 2008 relative à la concession des terrains relevant du domaine privé de l'État

² Loi n° 23-17 du 15 novembre 2023 fixant les conditions et les modalités d'octroi du foncier économique relevant du domaine privé de l'Etat destiné à la réalisation de projets d'investissement.

L'article 324 bis 1 du code civil, impose la règle du formalisme obligatoire pour les actes juridiques¹ les plus importants et les plus risqués entre particuliers. Ainsi configuré, le statut du notaire en droit Algérien ne confère à ce dernier aucune compétence ou attribution expresse permettant la participation de ce dernier au processus du montage financier, d'étude de faisabilité, ou dans la phase de négociation, de la formation et de l'exécution des contrats de PPP.

Par contre l'investisseur ainsi que ses financeurs peuvent conformément à la loi recourir au notaire pour la constitution de suretés réelles ou personnelles. la création de PME qui occupent une place stratégique dans le développement des PPP. ou bien encore la rédaction des statuts portant création de consortium.

B) Concession du domaine privé de l'Etat dans le cadre de la promotion des investissements

Il y a lieu de rappeler que la nouvelle législation² relative la concession du domaine privé de l'Etat dans le cadre de la promotion des investissements et celle concernant le foncier économique³ citées supra ; sont venues conforter l'acte d'investissement par la promotion et la protection durable de l'investissement.

Ce texte législatif s'inscrit dans une stratégie de développement durable par la régulation du marché au moyen des biens financiers publics.

Le contrat de concession étant un contrat administratif, par lequel l'Etat confère pour une durée déterminée la jouissance pérenne d'un actif foncier relevant de son domaine privé, pour servir des terrains d'assiette à l'implantation d'un projet d'investissement productif.

¹ Article. 324 bis 1. du code civil dispose : « - Outre les actes que la loi assujettit impérativement à la forme authentique , les actes portant mutation d'immeuble ou de droits immobiliers, de fonds de commerce ou d'industrie, ou tout élément les composant, les cessions d'actions ou de parts de sociétés, les baux ruraux, les baux commerciaux, les gérances de fonds de commerce ou d'établissements industriels , doivent, à peine de nullité, être dressés en la forme authentique et le paiement du prix effectué entre les mains de l'officier public qui a instrumenté ou rédigé l'acte. Doivent également être constatés, à peine de nullité, par acte authentique et les numéraires provenant de ces opérations, déposés entre les mains de l'officier public qui a instrumenté les actes constitutifs ou modificatifs de société. »

² Ordonnance 08-04 du 1er septembre 2008 relative à la concession des terrains relevant du domaine privé de l'État

³ Art. 14 de la loi n° 23-17 du 15 novembre 2023 dispose : « Le foncier économique est octroyé par l'Agence algérienne de promotion de l'investissement par délégation de l'Etat, via le guichet unique au profit des investisseurs par voie de concession de gré à gré convertible en cession, conformément à un cahier des charges type fixé par voie réglementaire et comportant des clauses administratives générales et des clauses spécifiques tenant compte des orientations stratégiques et leur impact sur le développement économique et social . »

L'Etat est dans cette relation contractuelle, un partenaire et non un concurrent,¹ car il partage avec l'entrepreneur un même objectif il s'agit du développement industriel de l'Algérie.²

L'investisseur concessionnaire jouit, pour sa part d'un statut stable sur le plan juridique et avantageux sur le plan financier sur le plan juridique, le concessionnaire bénéficie d'un droit d'occupation et d'exploitation stable du terrain jusqu'à 99 ans jouissance bénéficie d'une sécurité juridique indéniable puisque son droit de jouissance durable pérenne, ne peut être remis en cause par la déchéance ou la résiliation le dispositif permet aussi au concessionnaire de jouir de toutes les prérogatives du propriétaire à l'exclusion d'un seul attribut celui de disposer de la faculté d'aliéner le bien concéder.

L'ordonnance accorde au concessionnaire le pouvoir d'hypothéquer le droit réel résultant de la concession voire même le droit de le céder en même temps que les constructions dont il a la pleine propriété. Sur le plan financier l'ordonnance permet au concessionnaire la maîtrise du financement de son projet dès lors que la redevance locative perçue par l'Etat en contre partie de la jouissance du terrain concédé offre un avantage certain en matière d'économie financière.

Dans ce contexte, le notaire peut être requis, par le concessionnaire en vue d'établir l'acte portant hypothèque ou cession du droit réel résultant de la concession et des constructions qui y sont édifiées et qui lui appartiennent en toute propriété.

I) Réflexion pour une contribution effective du notariat aux contrats PPP

L'idée d'impliquer le notariat, dans les contrats de PPP, est une démarche très sensible mais saisissable dans la mesure où il a le soutien des pouvoirs publics, puisque l'acte notarié « De lege lata » est confirmé dans la hiérarchie des instruments juridiques, à la même place que celle du jugement, le notaire est donc bien à sa manière un magistrat de la prévention des conflits¹.

¹ Mahfoud BOUHACENE, Droit international de la coopération industrielle, thèse de doctorat, office des publications universitaires Alger, édition 1982.

² l'ordonnance 08-04 relative à la concession du domaine privé de l'Etat un acte de promotion de l'investissement AKROUNE yakout, enseignante à l'école supérieure de la magistrature et à l'université de Youssef Ben Khedda, revue de la cour suprême 2010, p 62,63.

« De lege ferenda, la contribution du notariat au processus de la formation conclusion et exécution des CP , interpelle une réelle réforme du droit civil , du statut du notaire et de la législation afférente au domaine public et privé de l'Etat » dont les grandes lignes devront s'articuler sur :

- L'institution de nouvelles règles de fond et de forme, permettant d'élargir aux contrats PPP le principe du formalisme obligatoire énoncé par l'article 324 bis 1 du code civil cité supra). Pour une meilleur traçabilité et transparences des actes et opérations qui lient les partis aux CP.

- L'adaptation du statut du notaire (la loi n° 06.02 du 20 février 2006) aux CP, ce qui devra confirmer sans doute , la qualité et le rôle du notaire en tant qu'opérateur crucial de la régulation économique .

- Insertion de nouvelles règles de fond, concernant les contrats d'occupation du domaine public ou privé de l'Etat, notamment les baux emphytéotiques² administratifs. (conventions de bail avec option d'achat liée à une autorisation d'occupation temporaire)

CONCLUSION

Enfin , Je conclurai par l'expression remarquable du doyen Didier LINOTTE à propos de l'analyse du CP du 17 juin 2004 : « Il convient enfin de souligner que la mise en place de ce nouveau type de contrats doit se faire avec prudence et minutie, bien évidemment dans le respect strict des règles qui l'encadrent,

¹ 1 La Cour européenne de Strasbourg a assimilé l'acte notarié doté de la force exécutoire à une décision de justice au regard de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le droit d'un procès équitable. Comme la cour déduit du droit à un procès équitable le droit à l'exécution du jugement dans un délai raisonnable, elle a accordé réparation au créancier qui n'avait pas obtenu l'exécution forcée, dans un délai raisonnable, d'un droit constaté par un acte notarié. De la même manière, les règlements européens, qui visent à créer un espace judiciaire européen en facilitant la circulation des décisions de justice, reconnaissent à l'acte notarié la même force exécutoire qu'au jugement.

² En droit comparé , le bail emphytéotique peut se définir comme le contrat par lequel un propriétaire met à disposition d'un locataire (l'emphytéote) un terrain ou un bâtiment en échange d'un loyer pour une durée déterminée (de 18 à 99 ans). L'emphytéote s'engage à réaliser des investissements sur le terrain ou l'ouvrage. A la fin du bail, les biens retournent gratuitement au propriétaire Le BEA, obligatoirement établi par un notaire, a une durée de 18 à 99 ans au plus, renouvelable. Il ne peut porter que sur des immeubles. Le locataire bénéficie d'un droit réel sur son titre, et sur les ouvrages et installations de caractère immobilier ; en d'autres termes il peut hypothéquer les immeubles, les louer ou les sous-louer ; il doit assumer toutes les charges et les grosses réparations et payer une redevance qui est révisable dans les mêmes conditions que le loyer des baux commerciaux. Le bail peut être résilié par le tribunal en cas de non paiement de la redevance pendant deux ans ou pour non respect des obligations contractuelles. Le BEA peut être utilisé, pour d'autres missions qui incombent à la commune tel le traitement des eaux, nécessitant la construction d'une usine d'assainissement, ou encore de la construction d'un grand stade de football destiné.

et nécessairement par des praticiens spécialisés et expérimentés...Mais la solidité de ces contrats, et en particulier la pérennité de leur exécution, exigent une parfaite articulation entre ce « versant public » et le « versant privé », lequel régit les relations du titulaire privé du contrat avec ses financeurs : le succès à court terme (la conclusion du contrat) et à long terme (sa parfaite exécution) implique dès lors que l'élaboration du contrat de partenariat soit menée autant que faire se peut conjointement avec la mise en place de la structure de financement, en somme que soit envisagée et résolue au plus tôt l'interface entre les deux versants du contrat et les deux branches concernées du droit. Ce qui n'est pas une mince affaire ! Mais la modernisation de la gestion publique implique de relever et de gagner ce défi ».



LIRE AUSSI

**Practical Exploration of Notary Public's Optimization
of Business Environment**

Zheng ZHANG y Yijun CAO/Notarios en China (ENG)

<https://drive.google.com/file/d/1ir4enzu1NJ7LqvN6NaPbeufgCf8mNLMf/view?usp=sharing>

5

RÉFORME DE L'APOSTILLE ET DE LA LÉGALISATION EN FRANCE :

Le notaire au coeur de la modernisation et
de la sécurité juridique des échanges internationaux

CORALIE FOËNARD / NOTAIRE EN FRANCE

1) INTRODUCTION

Contexte de la réforme (impliquant un transfert de compétences
vers les notaires) / Demandes et besoins de la société

Contexte de la réforme. L'apostille et la légalisation sont des procédures essentielles pour garantir l'authenticité des documents publics destinés à être utilisés à l'étranger. Elles confirment la véracité de la signature et la qualité du signataire d'un acte et lui permettent de voyager tout en conservant la force probante qu'il possède dans son pays d'origine.

Cette procédure, souvent perçue comme purement administrative, joue un rôle crucial pour assurer la sécurité juridique et enrayer la circulation des faux documents publics susceptibles d'être produits à l'étranger.

Cependant, le constat que le cadre de ces procédures, jusqu'alors en place, présentait des limites, a conduit le législateur français à une réforme impliquant un transfert de compétences vers les notaires français.

En effet, selon les statistiques établies par le Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE), chaque année en France, environ 230 000 actes publics

destinés à être produits à l'étranger sont apostillés par les parquets généraux et 110 000 documents sont légalisés par le bureau des légalisations du MEAE¹.

Ces formalités, effectuées quasi exclusivement « à la main » à partir de registres de signatures « papier », pesaient considérablement sur le service public de la justice. L'augmentation exponentielle des échanges internationaux induisant une inflation du recours à ces formalités manutentionnées, ont amené le législateur à constater des difficultés dans l'accomplissement de sa mission de service public en raison :

- PD'une part d'un manque de temps pour effectuer un contrôle rapide des actes
- D'autre part les registres de signatures à vérifier, essentiellement sur support papier, n'étaient pas systématiquement actualisés, ce qui rendait difficiles le contrôle par l'autorité administrative et ne répondait plus aux besoins de fiabilité et de sécurité juridique à l'international².

Face à ces procédures inadaptées à l'ère numérique et dans le sillage d'un transfert de compétences aux professions délégataires d'un service public de la justice, le législateur français a donc envisagé une réforme à l'occasion de l'ordonnance n° 2020-192 du 4 mars 2020 portant réforme des modalités de délivrance de la légalisation et de l'apostille, prise sur la base de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Demandes et besoins de la société. L'objectif est d'améliorer l'efficacité du service de l'apostille et de la légalisation, de renforcer la sécurité juridique tout en réduisant la charge administrative pesant sur le service public. Cette réforme s'inscrit également dans une dynamique de modernisation et de digitalisation des procédures.

Transfert de compétences au notariat. L'authentification des actes et la sécurité juridique faisant partie de l'ADN du notariat français, lequel a depuis plusieurs années réussi son pari de digitalisation de sa pratique, le législateur s'est tout naturellement tourné vers la profession pour prendre le relais de cette mission importante de service public.

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041686725/>

² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-192 du 4 mars 2020 portant réforme des modalités de délivrance de la légalisation et de l'apostille

Officier public directement rattaché au ministère de la justice et titulaire d'une délégation de service public, la désignation du notaire pour assurer cette nouvelle mission a été une évidence.

Juriste de proximité, le notaire ayant une compétence nationale, la réforme a souhaité offrir aux usagers la possibilité d'effectuer leurs démarches en un même lieu et dans n'importe lequel des quinze conseils régionaux (CR), interrégionaux (CIR) et chambres départementales (CD) et interdépartementales (CID) des notaires désignés pour cette mission³.

En effet antérieurement à la réforme, et comme l'évoque le rapport adressé à la Présidence de la République française sur la question, « *la compétence des parquets généraux est limitée aux actes établis dans le ressort de leur cour d'appel, ce qui peut contraindre l'usager devant apostiller plusieurs documents à s'adresser à des cours d'appel différentes* »⁴.

Etape de plus en plus indispensable dans un contexte croissant des échanges internationaux, ces formalités n'ont pas toujours été perçues comme contribuant de manière significative à la sécurité juridique, de sorte qu'il a fallu attendre que le législateur français de 2019 leur redonne toute leur place dans l'ordre juridique.

2) BRÈVE DESCRIPTION DU DROIT ANTÉRIEUR

Fondement de la légalisation en France. Historiquement, la légalisation en France trouve ses origines dans l'article 23 du Titre IX du Livre Ier de l'Ordonnance royale de la Marine d'août 1681, selon lequel « *tous les actes expédiés dans les pays étrangers où il existe des consuls ne feront foi que s'ils ont été légalisés par eux* ». Promulguée à Fontainebleau en août 1681 sous le règne de Louis XIV, cette ordonnance figure parmi les plus célèbres de l'Ancien Régime et codifiait les pratiques relatives aux transports maritimes entre États. Cet article a été abrogé, « par mégarde »,⁵ en vertu du II de l'article 7 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, portant réforme de la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques. Cependant, l'exigence de légalisation

³ *ibid.*

⁴ *ibid.*

⁵ M. REVILLARD, « Droit international privé et européen : Pratique notarial », 10 éd., 4 avril 2022

subsiste, fondée sur la coutume internationale et confirmée par une jurisprudence constante établie par les juridictions françaises.⁶

Néanmoins la jurisprudence a pu considérer que cette formalité « *n'est pas constitutive de l'authenticité, elle n'en est que la preuve et son absence n'entraîne pas la nullité de l'acte* ». Position souvent appuyée sur l'absence de fondement textuel, il est apparu nécessaire de redonner toute sa valeur à cette formalité au sein du processus de sécurisation juridique, que ce soit pour les actes sortant du territoire français que pour les actes y entrant. Le décret du n° 2024-87 du 7 février 2024 s'appuyant sur la Loi du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation de la Justice pour 2023-2027 a ainsi considéré que, sauf engagement international contraire, tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet. Ainsi sans se prononcer sur sa validité intrinsèque, le législateur a voulu redonner de l'intérêt à cette formalité. Sans elle (sauf dispense) l'acte est sans effet.

De la coutume internationale à la codification. Le recours à la coutume internationale demeurera jusqu'à l'intervention du législateur en 2019. En effet, ce dernier adoptera le 23 mars 2019 la loi n°2019-222 de programmation 2018- 2022 et de réforme pour la justice qui fera retrouver à la légalisation, un fondement textuel⁷.

Précision a été faite, aux termes de l'article premier du décret n°2021-1205 du 17 septembre 2021 ayant pour objectif de fixer les conditions d'application de la réforme des modalités de délivrance de la légalisation et de l'apostille, issue de l'ordonnance n°2020-192 du 4 mars 2020 : « *sauf engagement international contraire, tout acte public français destiné à être produit à l'étranger doit être légalisé* ».

La date d'entrée en vigueur de ce décret, transférant cette compétence au notariat, avait été initialement fixée au 1er septembre 2023 et prévoyait en conséquence d'abroger le décret n° 2007-1205 du 10 août 2007 modifié relatif aux attributions du ministre des Affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes.

⁶ En effet, dans deux arrêts rendus le 4 juin 2009, la justice française a réaffirmé l'obligation de légaliser les actes publics étrangers, notamment les actes d'état civil, malgré l'abrogation de l'Ordonnance royale de la Marine d'août 1681, qui prévoyait cette formalité.

⁷ Article 16 de la LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Son application a été une première fois différée au 1er janvier 2025⁸. Fin décembre, le Gouvernement l'a à nouveau repoussée⁹ pour une entrée en application en deux temps :

- À partir du 1er mai 2025 pour la délivrance des apostilles ;
- À partir du 1er septembre 2025 pour la délivrance des légalisations.

Légalisation, Apostille ou dispense ? L'exigence de la légalisation des actes publics étrangers peut être assouplie par des conventions bilatérales ou multilatérales conclues par la France.

Rappelons en effet que la légalisation est une procédure consistant à certifier l'authenticité d'un document public en le validant par des autorités compétentes en plusieurs étapes. En France, elle implique une première vérification par une autorité locale (antérieurement au 1^{er} septembre 2025 cette étape était effectuée par le bureau des légalisations du Ministère des Affaires étrangères), puis une validation par l'ambassade ou le consulat du pays destinataire. Cette procédure est nécessaire pour les documents devant être utilisés dans des pays qui ne sont pas signataires de la Convention de La Haye, ne reconnaissant ainsi donc pas l'apostille, et qui ne sont pas liés par une convention avec la France prévoyant une dispense de toute formalité.

L'apostille, issue de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, vise à simplifier la procédure de la légalisation en supprimant une étape. En France, cette formalité, avant le 1^{er} mai 2025, était à effectuer auprès du greffe du tribunal judiciaire territorialement compétent.

Enfin certaines conventions multilatérales¹⁰ ou bilatérales suppriment l'exigence de cette formalité, en se reposant sur une confiance totale et mutuelle entre les Etats signataires.

Il est cependant parfois compliqué pour les usagers de voir clair dans ce labyrinthe administratif. Ces formalités, perçues comme une énième contrainte, devaient gagner en fluidité et célérité et le notariat français est apparu comme la profession, du fait de sa propre structuration, apte à organiser un service de l'apostille et de la légalisation répondant aux besoins actuels de la société.

⁸ Décret n° 2023-25 du 23 janvier 2023, JORF n°0021 du 25 janvier 2023

⁹ Décret n° 2024-1200 du 23 décembre 2024, JORF n°0304 du 24 décembre 2024 et Arrêté du 23 décembre 2024, JORF n°0304 du 24 décembre 2024

¹⁰ Comme certains règlements européens

3) LACUNES/DIFFICULTÉS DU DROIT ANTÉRIEUR ET APPORT/INTÉRÊT DE LA LOI NOUVELLE

Du service public de l'Etat à une autorité publique directement responsable de ses actes. La mission d'apostille et de légalisation, autrefois assurée par le service public de l'État, est désormais confiée à une autorité publique directement responsable de ses actes qu'est le notariat.

Cette évolution est majeure puisqu'auparavant la responsabilité de celui qui délivrait la formalité sur un faux document devait être engagée devant les instances administratives. Cela dépendait de la responsabilité de l'Etat. Procédure longue et parfois repoussoir, le fait que le service public de l'apostille et légalisation soit assuré par une autorité publique, directement responsable de ses actes, est de nature d'une part à rassurer les usagers et d'autre part les autorités étrangères.

En effet, pouvant directement être mis en cause, le notaire fait depuis longtemps preuve d'une extrême vigilance dans ses appréciations juridiques au risque de voir sa garantie professionnelle individuelle mais aussi la garantie collective des notaires mises en jeu. L'enjeu de son analyse oblige le notaire à argumenter sa décision et à conserver la preuve du bien-fondé de son appréciation. Auparavant il arrivait que des apostilles soient délivrées alors qu'elles n'étaient pas nécessaires, que des légalisations soient apposées alors qu'une simple apostille suffisait ou encore qu'un refus de toute formalité soit opposé alors qu'elle était nécessaire. Le notaire se doit donc de redoubler d'attention sur la bonne application des conventions internationales au risque de porter un préjudice à l'utilisateur qu'il devra assumer.

Multiplicité d'interlocuteurs limités par une compétence territoriale vers un interlocuteur unique avec un service spécifique dédié et nationalement compétent. Selon la formalité désignée par les conventions internationales (ou en leur absence), l'interlocuteur n'était pas le même. Cela impliquait parfois pour l'utilisateur une inéluctable dispersion du processus. S'il peut être rare qu'un particulier ait besoin de faire apostiller ou légaliser plusieurs documents en même temps dans différents endroits, cette situation n'est pas rare pour une entreprise.

La compétence étant limitée auparavant au ressort territorial de la cour d'appel dont émane le document, l'apostille ne pouvait, par exemple, pas être délivrée par la Cour d'Appel de LYON alors que le document public avait été délivré par une autorité publique située à Marseille.

De même la formalité de l'apostille et celle de la légalisation n'étant pas effectuées par la même autorité, certaines situations conduisaient à disperser le processus pour une entreprise qui devait adresser différents documents à différents pays.

Le législateur français a donc pris conscience que le processus, tel qu'il avait été pensé, ne répond plus aux attentes notamment des entreprises. Dans un monde où les échanges se multiplient et la nécessité de célérité se fait de plus en plus pressante, la désignation d'un interlocuteur unique, le notaire, est apparue comme un début de réponse.

L'article 1er de l'Ordonnance du 4 mars 2020, complété par Décret n° 2021-1205 du 17 septembre 2021, désigne les présidents des conseils régionaux (CR) et interrégionaux (CIR) et chambres interdépartementales (CID) des notaires, ainsi que leurs délégués, comme autorités compétentes pour la délivrance de la légalisation et de l'apostille.

Aujourd'hui, l'usager peut concentrer ses formalités auprès d'une seule entité.

Le rapport adressé au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-192 du 4 mars 2020 portant réforme des modalités de délivrance de la légalisation et de l'apostille pose comme finalité de diminuer les guichets physiques au fur et à mesure de l'augmentation du nombre de documents publics émis sous la forme électronique.

Autrement dit les guichets physiques, nécessaires le temps, plus ou moins long, de basculer progressivement vers le tout numérique, sont voués à diminuer (mais pas à disparaître).

La confiance dans le notariat pour relever le défi de la digitalisation est ici clairement exprimée par les pouvoirs publics.

Le défi de la digitalisation. L'ambition de la réforme repose sur la nécessaire digitalisation de ces formalités dans un souci de célérité, de modernisation dans un monde de plus en plus numérique et de la sécurité juridique. Pour relever ce défi, les acteurs de la réforme ont misé sur deux axes :

Encouragement à la création d'un fichier numérique des signatures
« du registre au e-registre »¹¹:

¹¹ P. Callé, De l'apostille à l'e-apostille, du registre au e-registre : LPA 24 mai 2019, n° 144p4, p. 41 s.

Le rapport a mis en évidence la nécessité de se doter d'une base de données nationale dématérialisée des spécimens de signatures des autorités publiques *« dans la mesure où, seule la comparaison par la voie électronique de l'identité et de la qualité de l'autorité publique ayant délivré l'acte, avec les données figurant dans cette base permettra aux autorités compétentes de vérifier l'authenticité des signatures de manière sûre et rapide. »*

Inexistant avant la réforme, la création de ce fichier numérique des signatures est le challenge que le notariat devra réussir et il se construira au fur et à mesure des contrôles opérés par les notaires. En effet, le rapport précise que *« toutes les autorités publiques françaises ne seront pas tenues à cette obligation de transmission ab initio, cette obligation pouvant incomber aux autorités signataires des documents publics »*.

Ce fichier, placé sous la responsabilité du Conseil Supérieur du notariat, a été officiellement créé par un arrêté du 25 mars 2025¹², publié au Journal officiel du 27 mars 2025.

Cet arrêté précise notamment le contenu de ce fichier¹³, ses modalités d'accès¹⁴ et d'actualisation¹⁵.

Néanmoins, le notariat n'a pas attendu sa création pour se mettre en ordre de marche pour anticiper la collecte des signatures et des sceaux..

¹² Arrêté du 25 mars 2025 portant création d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « base de données nationale des signatures publiques » prévu par le décret n° 2021-1205 du 17 septembre 2021 modifié relatif à la légalisation et à l'apostille des actes publics établis par les autorités françaises JORF n°0074 du 27 mars 2025

¹³ Article 2 de l'arrêté du 25 mars 2025 : Sont enregistrées dans le traitement mentionné à l'article 1er, dans la mesure où elles sont nécessaires à la poursuite de ses finalités, les données à caractère personnel et les informations suivantes relatives aux signataires des actes publics :

- le nom, le(s) prénom(s) et la qualité du signataire ;
- l'adresse électronique professionnelle ;
- l'autorité publique de rattachement ;
- la date à laquelle le signataire a obtenu la qualité lui permettant d'apposer sa signature ;
- la date à laquelle le signataire a cessé d'avoir la qualité lui permettant d'apposer sa signature ;
- la signature manuscrite ;
- le timbre ou le sceau accompagnant cette signature ;
- s'agissant des commissaires de justice signataires d'actes publics, l'identifiant professionnel.

¹⁴ Article 3 Seuls ont accès au traitement, à raison de leurs attributions et dans la limite du besoin d'en connaître

- les agents des autorités publiques délivrant les actes publics énumérés à l'article 2 du décret du 17 septembre 2021 susvisé pour l'alimentation et l'actualisation des données figurant dans la base ;

- les autorités compétentes pour la délivrance des apostilles et légalisations mentionnées dans l'arrêté du 7 avril 2023 modifié susvisé et les agents affectés au traitement des demandes d'apostille ou de légalisation des actes publics et habilités par ces autorités compétentes.

¹⁵ Articles 4 à 6 de l'arrêté du 25 mars 2025

Ainsi, dans cette optique, une lettre a été adressée, le 31 janvier 2025, aux maires de France par le président du Conseil supérieur du notariat, Bertrand Savouré, le président de l'Association des Maires de France (AMF), David Lisnard et la directrice des affaires civiles et du sceau, Valérie Delnaud. Cette lettre détaille les démarches que les maires de France doivent effectuer dans le cadre de cette réforme et de l'alimentation du fichier numérique des signatures.

Le notariat compte également sur les différentes autorités publiques pour assurer un rôle de conseil en informant les citoyens sur les démarches à suivre. Ces autorités constituent un premier filtre en orientant leurs administrés vers la bonne démarche voire l'absence de démarche en cas de dispense.

Comme le rapport adressé à la Présidence de la République l'a précisé, l'obligation d'alimenter la base de signatures ne concerne pas toutes les autorités signataires. Ainsi les communes de moins de 3.500 habitants, ne sont pas assujetties à cette obligation ab initio mais peuvent être amenées à procéder à la vérification de signatures et à compléter la base dédiée.

Par ailleurs, pour répondre au souhait de digitaliser la procédure, le notariat a mis en place une plateforme numérique permettant aux usagers de pouvoir obtenir la formalité nécessaire de manière numérique et sécurisée. Cependant, la réussite de cette plateforme, et plus généralement de la digitalisation de la procédure, dépend du développement de la eapostille.

Promouvoir la e-apostille et le registre numérisé des apostilles :

À ce jour, 56 parties contractantes sur 128 utilisent l'e-APP, dont 36 ont mis en place ses deux composantes :

- l'apostille électronique, qui correspond à une apostille délivrée, sur un document électronique, sous format électronique et authentifiée par une signature électronique (concerne 36 pays) ;
- le registre électronique permettant d'enregistrer l'émission des apostilles électroniques ainsi que des apostilles papier et d'en assurer le retrait prévu par la convention de La Haye du 5 octobre 1961.

Le 13^e Forum International sur le Programme Apostille électronique (e-APP)¹⁶ a rappelé que l'e-APP fait partie intégrante du fonctionnement de la Conven-

¹⁶ Des 21 et 22 octobre 2024

tion HCCH Apostille de 1961. « *Il est conçu pour assurer le fonctionnement pratique, efficace et sécurisé de la Convention Apostille dans un environnement caractérisé par un progrès technologique constant* ».

Le rapport de ce forum souligne que, par rapport au papier, l'e-App permet de renforcer l'efficacité des procédures, de réduire les coûts et minimiser la fraude documentaire.

Le législateur français s'inscrit dans cette lignée puisque la réforme, derrière l'exigence de digitalisation, est en parfait accord avec les buts poursuivis par ce forum.

Particulièrement, la minimisation du risque de fraude documentaire résonne dans l'esprit de la profession pour laquelle le souci de sécurité coule dans ses veines. Il en effet plus difficile de falsifier un document numérique sécurisé de bout en bout plutôt qu'un sceau papier qui plus est humide (sous forme de tampon) plutôt que sec (via un système de gaufrage du papier).

Par ailleurs, les conclusions du 13^{ème} forum mettent en exergue un retour d'expérience positive en constatant que la mise en oeuvre de l'e-App (dans ses deux dimensions) permet de :

- ♦ Accélérer l'émission des Apostilles et donc en conséquence de réduire « *la charge administrative des autorités compétentes et atténuer les retards inhérents aux procédures traditionnelles sur papier* ». Cela permet de libérer, pour les services concernés, du temps qu'ils peuvent consacrer à d'autres tâches.
- ♦ Faciliter les démarches pour une meilleure accessibilité du service public. En effet, la démarche papier oblige l'utilisateur à se déplacer et à consacrer un temps de trajet pour obtenir cette formalité. Même si la compétence nationale de chaque CR, CIR, CD et CID des notaires permet à chacun de se rendre au point d'accès qui lui est le plus pratique, la digitalisation reste indéniablement plus rapide.
- ♦ Simplifier le suivi et l'archivage des documents, ce qui permet une accessibilité, à toute heure quel que soit le fuseau horaire, sans recourir à l'assistance de l'autorité compétente émettrice et dans une interface multilingue.

Sensible à tous ces arguments, le législateur français a fondé sa réforme sur une quasi-totale numérisation de l'apostille. Néanmoins, le succès dépend du

développement de la e-apostille dans ses deux dimensions dans les 92 autres pays ayant adhéré à la convention de La Haye.

Pour réussir la combinaison de la sécurité juridique et de la digitalisation, le notaire s'est avéré le meilleur candidat, d'une part par sa qualité d'officier public et ministériel, et d'autre part parce qu'il est déjà rompu à l'exercice par ses expériences passées.

4) RÔLE DU NOTAIRE – DESCRIPTION DE SA MISSION – VALEUR AJOUTÉE DE SON INTERVENTION – EXPÉRIENCE PRATIQUE

Une mission de sécurisation juridique opérée par une autorité publique :

Officier public, le notaire agit au nom de l'État et garantit la sécurité juridique des transactions.

Essentielle pour assurer la confiance des investisseurs et l'attractivité économique d'un pays, la sécurité juridique offerte par les notaires ne se limite désormais plus aux frontières de l'hexagone et à ses domaines de compétences traditionnels.

Le législateur a compris depuis longtemps que le notaire devait occuper une place stratégique dans la sécurité juridique, voire nationale à travers les actes qu'il reçoit dans son étude. En effet, depuis 1998 le notaire est l'un des acteurs principaux dans la lutte contre le blanchiment des capitaux et le terrorisme, et il a eu l'occasion de démontrer aux pouvoirs publics que ces derniers pouvaient étendre leur confiance dans la profession pour les aider à lutter contre les opérations frauduleuses en général.

Par cette réforme de l'apostille et de la légalisation, le notaire constitue un maillon essentiel pour enrayer la chaîne de circulation des faux documents publics. En authentifiant l'origine d'un document public, le notaire contribue directement à la confiance juridique entre États.

Le notaire est désormais celui qui assure aux autorités étrangères la sécurité juridique des documents qu'il autorise à circuler au-delà des frontières.

Sous réserve de quelques rares exceptions¹⁷, il est amené à contrôler des actes dans des domaines variés et à intervenir dans le quotidien des usagers. Par exemple à l'occasion d'un transfert d'organes pour sauver une vie dans un autre pays, il vérifiera que cette précieuse cargaison n'est pas issue d'un trafic. Ou bien encore si une famille souhaite s'expatrier avec son compagnon à quatre pattes tout en garantissant au pays d'accueil qu'il ne véhicule pas de maladies ou n'est pas également issu du trafic d'animaux, il délivrera l'apostille ou la légalisation sur le certificat du vétérinaire. Ces formalités peuvent également être nécessaires pour une entreprise pour créer une succursale, contracter un marché public, pour investir dans une filiale à l'étranger....

Nombreuses sont les occasions où le notaire devra faire preuve de vigilance tant l'enjeu peut être grand pour la sécurité d'un pays qu'elle soit juridique, financier, sanitaire, environnementale...

Cette nouvelle mission est, certes, une marque de confiance de l'État envers la profession, mais elle comprend aussi des défis majeurs comme la digitalisation avec son corollaire qu'est la cybersécurité.

Le savoir-faire du notariat en matière de digitalisation et de cybersécurité :

Le notariat a su par le passé s'adapter aux évolutions technologiques en intégrant la digitalisation et la cybersécurité au coeur de ses pratiques.

L'acte authentique électronique, désormais largement répandu, en est l'illustration parfaite. Créés par la loi du 13 mars 2000 et mis en application par le décret du 10 août 2005, les actes authentiques peuvent être reçus sous forme électronique c'est-à-dire en ayant recours à un procédé de signature électronique qualifiée. Le notaire signe l'acte au moyen de sa clé Real, sorte de clé USB cryptée attachée à son utilisateur, le notaire, et fonctionnant avec un code secret.

Cet acte garde exactement la même valeur que l'écrit sur support papier à savoir : une date certaine, sa force probante et sa force exécutoire. Il obéit aux mêmes règles de conservation que l'acte papier mais est assuré non pas au sein de l'étude mais via un serveur national sécurisé, appelé MICEN. Coffre-

¹⁷ Comme la dérogation concernant les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, les dispositions particulières à l'outre-mer ou encore certaines incapacités spéciales qui empêcheront par exemple un notaire de délivrer la légalisation et l'apostille pour un acte qu'il a lui-même établi ou qui a été établi par un autre notaire exerçant au sein du même office, ou pour un acte qui contient quelques dispositions en sa faveur ou en faveur d'un autre notaire de l'office. Il en est de même pour un acte auquel un de ses parents ou alliés, en ligne directe, quel que soit le degré, ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclus, est partie, ou qui contient quelque disposition en sa faveur

fort électronique, l'acte n'est accessible que par le notaire signataire. Lui seul peut à tout moment le consulter ou éditer des copies.

Fort de cette réussite du passage du papier à la digitalisation, c'est avec une grande adaptabilité que la profession a fait face à la pandémie Covid qui aurait pu paralyser la profession et plus généralement tout un pan de l'économie.

Face à l'impossibilité de se déplacer en raison du confinement, la profession a développé dans un temps records la pratique de *l'acte électronique à distance et la procuration avec comparution à distance*.

Ces process permettent aux clients de formaliser des documents sans nécessité de déplacement, tout en assurant une validation juridique rigoureuse.

Ainsi, par exemple, si une entreprise lyonnaise souhaite signer un acte de vente en état futur d'achèvement avec un acquéreur à Bordeaux, la nécessité de se déplacer chez un notaire à Bordeaux ou à Lyon pouvait engendrer des délais de signature longs.

Désormais les clients ont le choix de :

- Soit signer par un acte électronique à distance : chacun des protagonistes peut se rendre chez son notaire à côté de chez lui et signer en sa présence via un système de visioconférence et signature sécurisés. Personne n'est obligé de se déplacer à l'autre bout de la France mais seulement à côté de chez lui.

- Soit régulariser avec son notaire une procuration avec comparution à distance : procédure qui se déroule en deux phases :

- Une première consistant en la vérification de l'identité et dépôt de documents par un prestataire qui délivre des signatures électroniques qualifiées répondant au niveau de sécurité exigé. La société DocuSign, a été habilitée par l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI) et s'appuie, pour la vérification d'identité, sur la société IDnow.

- Une seconde étape consiste en la tenue d'un rendez-vous via visio conférence en un flux vidéo continu avec le notaire tout au long de la lecture de l'acte. Cela permet au client d'échanger avec lui en direct et de poser les questions qu'il souhaite. À l'issue de la lecture, un lien est envoyé à l'adresse email et au numéro de téléphone portable préalablement communiqués par le client. La signature électronique de la procuration s'effectue en saisissant, par le

client, un code reçu par SMS. Une fois cette étape complétée, le notaire appose sa signature sur la procuration électronique authentique, garantissant ainsi la représentation du signataire lors de la signature de l'acte concerné.

Cette deuxième possibilité s'est avérée utile pour les clients basés à l'étranger. En effet, depuis la suppression le 1^{er} janvier 2019 des attributions notariales des consulats français, il pouvait être complexe pour une clientèle étrangère de signer des actes authentiques en France. Cela obligeait cette clientèle soit à trouver un notaire dans son pays de résidence pour recevoir une procuration authentique (ce qui n'est pas possible dans les pays ne connaissant pas cette profession) soit à se déplacer en France.

La procuration avec comparution à distance a permis de pallier les difficultés rencontrées par notre clientèle étrangère et de recevoir des actes en France via ce système. Par ce process, l'apostille ou la légalisation ne sont pas nécessaires puisque la procuration est réputée être reçue en France.

Bien que révolutionnaire, ce procédé n'est pas à la portée de tout le monde puisqu'il exige un certain nombre de prérequis comme être suffisamment équipé d'un ordinateur récent avec une bonne connexion internet. Or pour diverses raisons, liées à l'âge, à une situation dans un désert numérique, d'illectronisme... la signature avec comparution à distance n'est pas toujours envisageable.

Par ailleurs tous les pays n'admettant pas l'acte électronique, le recours à des actes papiers, nécessitant d'être apostillés ou légalisés si destinés à être produits à l'étranger, demeure.

Rappelons également que la réforme ne s'est pas contentée de transférer à la profession l'apostille et la légalisation pour les actes notariés. Les notaires devront également apprécier la véracité de tout document public¹⁸ (sauf exception) allant de l'acte de naissance en passant par le jugement d'adoption ou encore par le brevet de propriété intellectuelle ou le certificat vétérinaire.

¹⁸ 18 Décret n° 2024-87 du 7 février 2024 relatif à la légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère Art. 2. – I. – Sont considérés comme des actes publics au sens de l'article 1er : 1° Les actes émanant des juridictions administratives ou judiciaires, des ministères publics institués auprès de ces dernières et de leurs greffes ; 2° Les actes établis par les huissiers et commissaires de justice ; 3° Les actes de l'état civil établis par les officiers de l'état civil ; 4° Les actes établis par les autorités administratives ; (ex Kbis) 5° Les actes notariés ; 6° Les déclarations officielles telles que les mentions d'enregistrement, les visas pour date certaine et les certifications de signatures, apposées sur un acte sous seing privé.

II. – Sont également considérés comme des actes publics au sens de l'article 1er les actes établis par les agents diplomatiques et consulaires.»

Cette nouvelle mission a impliqué de réfléchir à une organisation de ce nouveau service qui ne se déroule pas au sein des études mais au sein des locaux des instances professionnelles.

La capacité de structuration d'un service public par le notariat français

« La légalisation est aujourd'hui une formalité complexe en raison de la multiplicité des régimes applicables (procédure de droit commun, apostille, dispense), des actes et documents qu'elle vise ou encore des sources sur lesquelles elle se fonde (conventions bilatérales, multilatérales, règlements européens...). Les notaires qui seront demain en première ligne doivent très rapidement s'emparer du sujet afin d'être opérationnels. »¹⁹

Répondant à l'interpellation des experts sur cette question, le notariat a compris qu'un tel service nécessitait une organisation méthodique.

Profession rigoureusement structurée, son organisation « assure, sur le long terme, (sa) cohésion, (son) développement et (son) rayonnement. »²⁰

A sa tête, le Conseil supérieur du notariat (CSN), établissement d'utilité publique créé en 1941, est l'organisation professionnelle du notariat habilitée à s'exprimer au nom des notaires de France.

Le CSN est donc attaché à la qualité de ses liens avec les instances territoriales qui structurent la profession. Il les accompagne de façon constante dans leurs missions.

Cette organisation constitue une force pour la profession pour assurer la prise en charge de nouvelles missions confiées par le législateur comme le transfert de compétence en matière d'apostille et légalisation.

C'est ainsi qu'une même organisation a été pensée pour les 15 CR, CIR, CD et CID nommés dans un souci de lisibilité par tout un chacun du processus et de l'égalité de traitement des usagers quelle que soit leur situation géographique.

Des locaux sont ainsi dédiés exclusivement à recevoir le public pour obtenir cette formalité, avec un personnel permanent assurant la continuité du service et un service d'ordre garantissant la sécurité des personnes se rendant dans ces locaux.

¹⁹ Pratique notariale internationale - 3 questions à Marjorie Devisme. - « Le notariat va devenir l'autorité compétente pour procéder à la légalisation et délivrer l'apostille. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 45, 10 novembre 2023, act. 1118

²⁰ <https://www.csn.notaires.fr/fr/le-conseil-superieur-du-notariat>

Ce personnel permanent est un appui précieux pour les notaires apostilleurs/légalisateurs puisqu'ils ont pour mission d'assurer un premier filtrage des demandes. La compétence reste cependant celle du président du conseils régionaux (CR), interrégionaux (CIR) et chambres départementales (CD) et interdépartementales (CID) des notaires désignés ou ses délégués. L'appréciation finale et la délivrance de la formalité nécessite qu'elle soit effectuée par un notaire en exercice.

Même si l'objectif de la digitalisation permettra in fine de réduire au fur et à mesure la fréquentation physique de ce service, dans un premier temps, la présence des notaires apostilleurs/légalisateurs sera requise au sein des locaux. La digitalisation du processus se fera de manière progressive. La procédure papier reste aujourd'hui la principale voie de délivrance, le temps pour les usagers et les Etats étrangers d'intégrer la numérisation de la formalité.

Le notaire étant également un chef d'entreprise, il n'est pas entendable qu'un seul notaire assure cette mission eu égard au volume et à la rapidité du délai exigé pour délivrer la formalité. C'est la raison pour laquelle les CR, CIR, CD et CID des notaires doivent fonctionner avec des équipes tournantes de notaires apostilleurs/légalisateurs, préalablement formés.

Le délai standard de délivrance prévu par les textes est de trois jours ouvrés afin de répondre aux exigences de rapidité, avec une procédure accélérée sous 48 heures pour les situations les plus urgentes. Pour les aider à tenir ces délais, les CR, CIR, CD et CID des notaires disposent d'outils performants pour une analyse fiable et rapide des actes. Selon leur nature et leur destination, il peut s'avérer complexe et chronophage de déterminer la formalité adéquate (ou l'absence de formalité). Responsable des conséquences de sa décision, le président de CR, CIR, CD ou CID des notaires, par l'intermédiaire de son délégué, doit argumenter sa décision (de légaliser apostiller ou refuser toute formalité) en faisant référence aux textes correspondants. En présence de plus de 210 pays et territoires et quelques 11 000 procédures différentes, cela peut s'avérer un vrai casse-tête.

Heureusement la profession peut s'appuyer sur des outils tels que notamment sur le « tableau récapitulatif de l'état actuel du droit conventionnel en matière de légalisation » établi par le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères ainsi que sur des solutions numériques d'initiatives privées qui se sont mises au service du notariat comme DIETHNIS, logiciel qui fournit une réponse instantanée avec les références juridiques précises, en s'appuyant sur sa base de données exclusive tenue à jour en permanence.

5) CONCLUSION

Conseils aux autres Notariats qui souhaiteraient eux aussi acquérir une nouvelle compétence dans ce domaine – Améliorations pouvant être apportées au système (formation des notaires, etc.)

L'intégration progressive de l'apostille et de la légalisation par les notaires nécessite une mise en oeuvre structurée et anticipée.

Les délais repoussés par le législateur français pour le transfert de compétence a mis en évidence l'opportunité dans un premier temps, de limiter cette compétence aux actes notariés et à la formalité de l'apostille avant d'élargir progressivement le champ d'action à la légalisation et à l'ensemble des actes publics. Cette approche a l'avantage de permettre une transition fluide et une montée en compétence maîtrisée.

Cela donne l'occasion d'éprouver l'organisation pensée en amont mais dont la mise en pratique nécessite indubitablement des ajustements.

Pragmatiquement parlant, il est recommandé d'aménager des locaux spécialement dédiés à cette formalité, avec un personnel formé, notamment polyglotte, afin de mieux accueillir un public international. Il est conseillé d'organiser les horaires restreints d'ouverture du service ou de mettre en place un service de prise de rendez-vous, notamment par le biais de plateforme sur le modèle de *Doctolib*²¹, avec une assistance dédiée pour accompagner les personnes en difficulté numérique ou vivant dans des zones peu connectées. Cette organisation est nécessaire pour permettre aux notaires apostilleurs/légalisateurs d'avoir le temps nécessaire d'analyser les documents et apprécier s'ils sont soumis à la formalité de l'apostille ou légalisation ou non. Il est préconisé de prévoir un service de sécurité, l'urgence de certaines demandes pouvant entraîner des tensions et des rapports agressifs avec le personnel du service.

Pour réduire le délai de traitement, la réforme met l'accent, à raison, dans la numérisation des fichiers de signatures et de la formalité elle-même. La mise en place de bases de données sécurisées facilite l'authentification rapide des signatures et renforce la fiabilité du processus. Cette digitalisation ne s'improvise évidemment pas et nécessite à la fois la mise en place de moyens techniques et une coopération en amont des autorités publiques.

²¹ Plateforme qui permet la prise de rendez-vous médicaux en ligne

Une formation en amont des notaires en premier lieu, mais aussi des autorités publiques, sur ces nouvelles procédures est essentielle. Cela leur permettra de jouer un rôle de premier filtre en orientant correctement les demandes et en évitant l'engorgement du service apostille/légalisation.

L'adoption de bons outils permettant une analyse fiable et rapide est également la clef du succès car de la rapidité d'analyse dépendra la fluidité et la célérité de la formalité. Mais confondre vitesse et précipitation peut engendrer des erreurs d'appréciation. Utiliser les bons outils numériques permet de conjuguer sécurité et rapidité.

Enfin, il est primordial d'anticiper le coût de la mise en place de ce service qui n'est pas neutre. Mise en place de nouveaux locaux, recrutement de nouveaux personnels, mise en place d'outils numériques ainsi que leur maintenance et leur sécurisation, représentent un coût non négligeable. Il est suggéré d'instaurer une redevance adaptée pour refléter le coût réel du service. Il convient également de prévoir un tarif spécifique et significatif pour les demandes urgentes, dont le traitement nécessite des ressources supplémentaires. Une transparence et une bonne communication sur les coûts contribuera à une meilleure compréhension du service par les usagers.

Si ce transfert de compétence représente un enjeu tant à la fois humain que financier pour la profession, la confiance que le législateur témoigne une nouvelle fois au notariat mérite un tel investissement.

1°) Pourriez-vous indiquer une compétence que les notaires n'ont pas dans votre pays et qui vous serait pourtant utile dans votre pratique de tous les jours ?

Une compétence qui serait particulièrement utile aux notaires dans notre pays serait la possibilité de délivrer directement l'apostille au sein même de leur étude.

À l'instar de la Belgique, où l'apostille peut être effectuée directement dans les études notariales, cette délégation de compétence permettrait un accès géographique facilité pour les clients grâce au maillage territorial, une meilleure répartition de la charge de travail entre les notaires eux-mêmes puisque chaque notaire devient apostilleur, et une réduction significative des coûts liés aux services administratifs, tant en personnel qu'en locaux.

Cela permettrait également d'uniformiser, pour l'utilisateur, le coût de la prestation (en sus de la redevance). Actuellement le passage par le notaire dans son

office pour effectuer cette démarche n'étant pas obligatoire, le coût de la prestation est laissée à la libre appréciation de chaque étude ce qui entraîne une disparité significative de coût entre les offices.

Enfin limiter la mission d'apostiller aux actes notariés dans un premier temps aurait permis une mise en place plus progressive permettant une meilleure adaptation et appréhension de la formalité par les notaires.

2°) Y a-t-il une compétence particulière que votre notariat détient et qui serait selon vous utile aux autres notariats ?

Une compétence particulière que notre notariat détient et qui serait bénéfique aux autres notariats réside dans la dématérialisation de la formalité d'apostille, notamment à travers l'admission de l'acte électronique.

Cette approche permet une fluidité dans le processus pour les usagers (bien que le processus du papier devra toujours être maintenu pour permettre aux usagers illectroniques ou situés dans des déserts numériques de pouvoir obtenir cette formalité).

En outre, elle renforce la sécurité des documents, car une apostille numérique codée est plus difficile à falsifier qu'une version papier traditionnelle.

Par ailleurs, la dématérialisation contribue à une économie significative de papier, favorisant ainsi un gain écologique notable. En adoptant cette pratique, les notariats pourraient non seulement améliorer l'efficacité et la sécurité de leurs services, mais aussi participer activement à la réduction de leur empreinte environnementale.



LIRE AUSSI

**The Impact of the Entry into Force of the Hague Apostille Convention
on the Cancellation of Certification on China's Foreign Notarization**

Practice and its Response

Zheng ZHANG y Yijun CAO/Notarios en China (ENG)

https://drive.google.com/file/d/1gW0uXAYM08TDGoWI2idufM1HB9_imlpl/view?usp=sharing



L'ENTREPRISE ET L'ECONOMIE
LA TECHNOLOGIE AU SERVICE DE L'ECONOMIE
MODÉRATRICE : FATOU MBALLO THIAM

6

LE COMPTE SEQUESTRE NOTARIAL AU BRÉSIL

UBIRATAN GUIMARÃES/NOTAIRE AU BRÉSIL
Membre du Comité Directeur de l'UINL

VOIR LA
PRÉSENTATION DU
NOTARIAT BRÉSILIEN

https://drive.google.com/file/d/1H5i9TtArzbf8XoQAftoZ6ZRI3cKxesM8/view?usp=drive_link

POINTS DE VUE EXTÉRIEURS

POINT DE VUE DE LA MAGISTRATURE SUR LE TRANSFERT
ET PARTAGE DE COMPÉTENCES AVEC LES NOTAIRES

MODÉRATRICE: PROF. DANIELA PIANA

1

LE POINT DE VUE DU POUVOIR JUDICIAIRE SUR LE TRANSFERT DE COMPÉTENCES / COMPÉTENCES PARTAGÉES AVEC LES NOTAIRES EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE

GIACOMO OBERTO

Secrétaire général de l'Union internationale des Magistrats

Dans le cadre de l'essai écrit que j'ai préparé pour le forum de demain sur la contractualisation du droit de la famille, j'ai consacré un paragraphe à la question des relations entre la contractualisation et la déjudiciarisation. Le titre est le suivant :

Lorsque la contractualisation rejoint la déjudiciarisation : quand le contrat peut déterminer le statut

Ces derniers temps, un nouveau phénomène est apparu dans plusieurs des principaux systèmes juridiques européens. Sous la pression de la déjudiciarisation et de la nécessité de réduire la charge de travail et l'arriéré des tribunaux, les parties ont été autorisées non seulement à conclure des accords sur les effets d'une crise matrimoniale (comme c'est le cas depuis longtemps), mais aussi à intervenir sur le cœur même des procédures qui régissaient traditionnellement la séparation légale et le divorce. En d'autres termes, nous assistons à une évolution par laquelle le divorce et la séparation par consentement mutuel deviennent totalement « déjudiciarisés », non seulement en ce qui concerne leurs effets, mais aussi quant à la dissolution (en cas de divorce) ou à la rupture (en cas de séparation) du lien matrimonial lui-même, dans de nombreux systèmes juridiques européens et au-delà.

Par exemple, l'Italie a introduit en 2014 la « *negoziiazione assistita* » (négociation assistée), qui permet aux couples de résoudre les crises matrimoniales sans intervention judiciaire dans un large éventail de situations.

Je décris ce processus en détail dans mon rapport écrit, car nous ne disposons pas du temps nécessaire pour l'expliquer de manière exhaustive ici.

Il convient essentiellement de souligner que, contrairement à ce qui se passe en France, les notaires ont été exclus de la procédure, sauf dans les cas où les parties décident de régler leurs relations patrimoniales par le transfert d'un ou de plusieurs biens immobiliers. Dans de telles hypothèses, les représentants légaux des parties - qui sont les principaux acteurs de ce type d'accords - doivent recourir à un notaire, tant pour des raisons juridiques que pratiques.

D'un point de vue juridique, la réforme applicable l'exige ; d'un point de vue pratique, la transmission de biens immobiliers en Italie est devenue si complexe que seul un notaire possède les compétences nécessaires pour la mener à bien.

Malheureusement, le recours à la « *negoziiazione assistita* » demeure statistiquement limité. Contrairement à la France, la séparation légale et le divorce par consentement mutuel en Italie peuvent encore être traités selon les voies traditionnelles, soit devant le tribunal, soit – lorsqu'aucun transfert de biens n'est prévu – directement devant l'officier de l'état civil. Les données statistiques (relatives à l'année 2023) sont les suivantes :

Séparations par consentement mutuel

- Nombre total : environ 82 392
- Négociation assistée par avocats (article 6) : 11,8 %
- Présentées devant le tribunal : environ 64,7 %
- Enregistrées directement à l'état civil local (article 12) : 16,8 %

Demandes conjointes de divorce

- Nombre total : environ 79 875
- Négociation assistée par avocats (article 6) : 9,1 %
- Présentées devant le tribunal : environ 53,4 %
- Enregistrées directement à l'état civil local (article 12) : 23,8 %

Le succès limité de cette procédure s'explique en grande partie par la réticence des avocats à courir le risque d'erreurs procédurales. Ils ont tendance à privilégier les procédures traditionnelles de séparation ou de divorce par consen-

tement mutuel devant le tribunal. Paradoxalement, dans ces cas, les transferts de biens immobiliers sont autorisés sans intervention notariale, ce qui entraîne souvent des problèmes importants, les avocats italiens n'étant pas toujours familiarisés avec les complexités techniques propres à ce type d'opérations.

Depuis le 1er janvier 2017, la France permet que le divorce par consentement mutuel soit formalisé par une simple convention entre les parties, contresignée par leurs avocats et déposée au rang des minutes d'un notaire (voir l'article 229-1 du Code civil français).

Dans ce contexte, les juristes tendent de plus en plus à rattacher la réglementation des conventions de divorce et de séparation au droit commun des contrats. Comme l'a observé un auteur français : « Quelle autre technique que le contrat peut donner force obligatoire à l'accord des époux sur le principe et les effets du divorce, lorsque la décision judiciaire est supprimée ? » Voir par exemple FRÉVAL, *Droit des contrats et divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Nantes, p. 10

https://irdp.univ-nantes.fr/medias/fichier/memoire-emma-freval-m2-dpg-droit-des-contrats-et-divorce-par-consentement-mutuel-extrajudiciaire_1661244695299-pdf?ID_FICHE=1448620&INLINE=FALSE

Contrairement à d'autres formes de divorce, l'ensemble du processus du divorce par consentement mutuel repose, par définition, sur l'accord des époux. C'est précisément leur volonté commune, tant quant au principe qu'aux conséquences du divorce, qui déclenche l'effet juridique. (MALAUnIE y AYN s, *Droit de la famille*, 7.^a ed., Paris, 2020, p. 46 ; POURE, *La convention de divorce par consentement mutuel. un contrat à part, mais un contrat tout de même*, en *Droit de la famille*, 2018, n° 3,

https://droit.cairn.info/article/CDLJ_1701_0161/pdf?lang=fr p. 1)

Comme l'a justement souligné un autre auteur, il s'agit d'« un contrat à part, mais un contrat tout de même ».

De même, dans de nombreux pays d'Europe et du monde, il est désormais possible de divorcer de manière « contractuelle », sans juge, à condition de respecter certaines formalités, qui varient d'un pays à l'autre et impliquent généralement l'intervention d'une autorité publique. Parmi les pays européens concernés figurent notamment le Danemark, l'Islande, la Norvège, la Suède, l'Estonie, la Lituanie, la Russie, l'Ukraine, la Moldavie, le Portugal (depuis 1995), l'Espagne (depuis 2015) et la Roumanie (depuis 2010).

La doctrine juridique tend à regrouper ces systèmes en deux catégories :

- **Divorce notarial** (par exemple : pays baltes, France, Espagne)
- **Divorce administratif** (par exemple : pays scandinaves et d'Europe de l'Est)

Le cas des anciennes républiques soviétiques est particulièrement intéressant, dans la mesure où plusieurs d'entre elles ont maintenu le divorce administratif même après la chute de l'URSS (par exemple l'Estonie, la Lituanie, la Moldavie, la Russie et l'Ukraine).

Selon une étude récente de la Commission des Affaires européennes de l'Union internationale du Notariat (UINL), plus de 32 % des pays européens prévoient **כיום** le divorce notarial, un mécanisme qui était pratiquement inconnu il y a encore deux décennies (voir Union Internationale du Notariat – Commission des Affaires Européennes – Législature 2023-2025, *Les compétences notariales en matière non contentieuse. Étude de la Commission des Affaires Européennes* (CAE), 2024, sous la responsabilité de Me Bertrand Basseville (notaire en France) et la présidence de Me Valentina Rubertelli (notaire en Italie), p. 2 (étude en cours de publication).

Certains systèmes juridiques demeurent fermement attachés au principe selon lequel le mariage ne peut être dissous que par décision judiciaire.

Tel est le cas, par exemple, de l'Allemagne. En effet, le Code civil allemand (BGB) dispose en son article 1564 que : « *Eine Ehe kann nur durch richterliche Entscheidung auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden* » (« Un mariage ne peut être dissous que par une décision judiciaire, à la demande de l'un ou des deux époux »).

C'est peut-être pour cette raison que la langue allemande ne connaît pas de terme équivalent à celui de « déjudiciarisation ». La doctrine juridique préfère recourir à des formulations longues, telles que, par exemple « *Justizentlastung durch Aufgabenverlagerung von den Richter auf andere Organe* » KAMP-MANN y ZWICKEL, *Zivil- und zivilprozessrechtliche Aspekte der grofien Justizreform in Frankreich* (Justice du 21^{ème} siècle), en *Civil Procedure Review*, <https://www.civilprocedurereview.com> p. 14.

Il ne fait toutefois aucun doute que la tendance décrite ici est en pleine expansion. Elle bénéficie du soutien d'initiatives tant nationales que supranationales visant à améliorer l'efficacité de la justice dans toute l'Europe.

La déjudiciarisation en droit de la famille est étroitement liée à la contractualisation (qui constitue le thème du forum de demain). Il est vrai que, comme

l'a justement relevé un universitaire français, la contractualisation n'implique pas nécessairement la déjudiciarisation, dans la mesure où le fait de permettre aux parties de conclure des contrats ouvre la voie à d'éventuels litiges judiciaires portant sur la validité ou l'applicabilité de ces contrats.

Cependant, comme je l'explique dans ma contribution écrite, cet argument ne saurait être invoqué à l'encontre, par exemple, du recours aux accords pré-nuptiaux en vue d'un divorce. En réalité, cette observation n'implique nullement que les accords pré-nuptiaux soient inutiles ou qu'ils entraînent une augmentation du contentieux, surtout si l'on tient compte du nombre de différends potentiels qu'ils permettent d'éviter ou de la mesure dans laquelle ils réduisent la complexité des questions juridiques susceptibles de surgir entre les parties.

En effet, il convient d'éviter le piège conceptuel consistant à nier le lien manifeste entre ces deux phénomènes, à savoir la contractualisation et la déjudiciarisation. « Déjudiciariser » un aspect donné de la vie signifie qu'il n'est plus régi par l'autorité judiciaire (ou par un système hybride d'autonomie privée et de contrôle judiciaire), mais par la volonté des parties concernées. Si cela peut encore donner lieu à une intervention judiciaire ultérieure, celle-ci ne constitue plus une condition préalable nécessaire pour que la séparation ou le divorce par consentement mutuel produisent leurs effets juridiques. Le juge ne fait tout simplement plus partie du processus. Grâce aux accords pré-nuptiaux et de séparation, l'intervention judiciaire devient l'exception et non plus la règle, ce qui constitue une différence significative.

Dans ce contexte, il convient de mentionner un avis rendu en 2023 par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe, fondé sur les travaux du Groupe de travail CEPEJ-GT-SATURN, que j'ai l'honneur de présider. Le 16 juin 2023, l'Assemblée plénière de la CEPEJ a approuvé un projet élaboré par ce Groupe en vue de la mise à jour de la Recommandation (86)12 du Comité des Ministres aux États membres relative aux « mesures visant à prévenir et à réduire la charge de travail excessive des tribunaux ». Une fois approuvée par l'Assemblée plénière de la CEPEJ en juin 2023, la proposition a été transmise au Comité européen de coopération juridique (CDCJ), qui constitue le « moteur » institutionnel de toute initiative de ce type au sein du Conseil de l'Europe, en particulier lorsqu'il s'agit de recommandations officielles du Comité des Ministres. L'avis souligne notamment la nécessité d'actualiser la liste des tâches non judiciaires dont les juges pourraient être déchargés. Ce dernier point comprend une liste exhaustive de tâches susceptibles d'être déléguées à des professionnels autres que les juges, en particulier les notaires.

Projet d'avis sur la mise à jour de la Recommandation Proposition de nouvel annexe

Proposition de mise à jour : exemples de tâches non judiciaires dont les juges pourraient être déchargés dans certains États, en fonction des circonstances propres à chaque pays.

1. DROIT DES PERSONNES

Declaración de ausencia y fallecimiento

- Déclaration d'absence et de décès
- Décision d'autoriser ou d'enregistrer le consentement au don d'organes
- Décision d'autoriser des mesures de protection visant à sauvegarder les droits des enfants et des personnes en situation de handicap
- Approbation ou autorisation judiciaire pour la réalisation d'actes de disposition, de constitution de sûretés ou d'autres actes relatifs aux biens et aux droits des enfants ou des adultes en situation de handicap
- Octroi de pouvoirs de représentation, tels que le « mandat de protection future »
- Octroi judiciaire de l'émancipation et de la majorité
- Réassignation de genre
- Affaires non contentieuses relatives à l'état des personnes physiques :
 - Nomination de tuteurs, curateurs et autres administrateurs
 - Administration des biens des personnes incapables

2. DROIT DE LA FAMILLE

- Divorce et séparation légale par consentement mutuel pour les couples sans enfants ou uniquement avec des enfants majeurs
- Changement de régime matrimonial
- Célébration et enregistrement des unions civiles
- Octroi de pensions alimentaires et règlement des questions qui en découlent
- Adoption / consentement à l'adoption de personnes majeures
- Approbation ou autorisation, dans le cadre de procédures non contentieuses, de la reconnaissance de paternité à l'égard des enfants nés hors mariage
- Recueil des consentements dans le cadre de la procréation médicalement assistée
- Traitement des procédures non contentieuses relatives à l'administration des biens communs lorsque l'un des époux est frappé d'incapacité

3. DROIT IMMOBILIER, PATRIMONIAL ET SUCCESSORAL

Surveillance des registres immobiliers

Surveillance des registres de propriété relatifs aux véhicules à moteur, navires, embarcations et aéronefs.

Procédures non contentieuses en matière successorale :

- Présentation et publication des testaments secrets
- Déclaration d'ouverture de la succession
- Établissement d'inventaires
- Délivrance d'un certificat successoral national ou européen
- Acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire
- Délivrance d'une autorisation d'accepter ou de renoncer à une succession ou à un legs, lorsque ces actes sont soumis à autorisation
- Présentation des comptes des exécuteurs testamentaires et leur révocation, autorisation d'actes de disposition accomplis par ceux-ci (à l'exception des cas impliquant des mineurs ou des personnes incapables)
- Autorisation de la vente de biens successoraux
- Liquidation et partage des biens dans le cadre de procédures tant non contentieuses que contentieuses

4. DROIT COMMERCIAL ET CONTRACTUEL

Délivrance d'injonctions de payer et de titres exécutoires.

Décision d'autoriser la constitution et l'enregistrement des personnes morales

Présentation des comptes par les personnes tenues de tenir une comptabilité ou de déposer des comptes.

Réclamations de faible montant liées à des litiges de consommation.

Procédures non contentieuses relatives aux fiducies :

- Approbation d'« accords » particuliers au nom de toute personne susceptible d'avoir un intérêt réel ou éventuel dans une fiducie (y compris les enfants à naître).
- Modification ou révocation de tout ou partie des termes de la fiducie.
- Approbation de transactions jugées opportunes mais ne pouvant être réalisées en raison d'un défaut de pouvoirs du fiduciaire ou pour toute autre raison.
- Émission de déclarations relatives à la validité ou à l'exécution d'une fiducie, à l'existence d'une fiducie résultante ou constructive, à la violation d'une fiducie ou à l'échec de celle-ci, etc.
- Procédures non contentieuses relatives à l'allègement ou à la liquidation des dettes des personnes physiques.

5. DROIT PÉNAL

Autorisation du paiement ou du report du paiement des amendes
Transcription des témoignages ou déclarations recueillis lors des audiences
et révision ultérieure des documents judiciaires correspondants

6. DROIT PROCÉDURAL

Contrôle du paiement des frais de justice
Participation à des différends relatifs à des accords extrajudiciaires / conduite
de procédures de médiation ou de conciliation

7. PROCÉDURES D'EXÉCUTION

Ventes judiciaires aux enchères
Déclaration du caractère exécutoire des décisions judiciaires

8. AUTRES

- Nomination et participation de juges en tant que membres ou présidents de commissions disciplinaires ou de sélection concernant des personnes n'appartenant pas au pouvoir judiciaire (par exemple, notaires, avocats, experts-comptables)
- Prestation de serment de professionnels non judiciaires (auditeurs, notaires), recueil de témoignages et de preuves écrites
- Légalisation ou Apostille de Documents

Il convient de souligner que le domaine le plus affecté par ces « vents de changement » est celui de la juridiction dite volontaire (*jurisdiction gracieuse, voluntaria giurisdizione, freiwillige Gerichtsbarkeit, etc.*). Il s'agit d'activités généralement exercées par les juges qui ne consistent pas à trancher des litiges entre parties opposées, mais à apprécier l'opportunité ou la pertinence d'un acte juridique.

À titre d'exemple pertinent de juridiction volontaire sans lien avec les relations entre époux ou partenaires, on peut citer l'Italie : le décret législatif n° 149 du 10 octobre 2022, entré en vigueur le 18 octobre 2022, a abrogé l'article 375 du Code civil. Cette réforme a transféré au juge des tutelles la compétence pour délivrer les autorisations auparavant confiées au tribunal, y compris l'autorisation de poursuivre une activité commerciale (anciennement régie par l'article 320, alinéa V, du Code civil).

Il s'agit ici des autorisations requises pour l'accomplissement d'actes d'administration extraordinaire concernant le patrimoine des mineurs ou des per-

sonnes incapables, qu'il s'agisse d'interdiction, d'incapacité ou de placement sous administration de soutien. En conséquence, les autorisations prévues à l'article 374 du Code civil peuvent désormais être délivrées par un notaire — en particulier le notaire instrumentaire — dont la compétence s'articule désormais avec celle du juge des tutelles, qui demeure l'autorité de référence en la matière.

Ce dispositif remplace l'ancien système, dans lequel le tribunal, parfois statuant en formation collégiale, était compétent. L'autorisation est accordée sur demande écrite des parties (parents des mineurs, tuteurs, curateurs ou administrateurs de soutien), introduite soit personnellement soit par l'intermédiaire d'un avocat, et elle est communiquée par le notaire au greffier du juge des tutelles compétent pour rendre l'ordonnance d'homologation, ainsi qu'au ministère public près le même tribunal.

Si je puis me permettre une observation personnelle, cette réforme était attendue depuis longtemps. L'attitude des juges à l'égard de ces affaires était souvent excessivement prudente. La mentalité — parfois marquée par des préjugés et une prédilection particulière pour la complexité procédurale — de nombreux magistrats italiens les conduisait fréquemment à rechercher des motifs cachés derrière ces demandes, soupçonnant des fraudes intrafamiliales. En réalité, ces demandes traduisaient bien souvent la nécessité urgente et désespérée pour une famille de vendre les biens d'un parent âgé afin de financer sa prise en charge.

Il en résultait des retards souvent intolérables, avec pour conséquence malheureuse le retrait de la partie contractante ou le décès de la personne concernée avant l'achèvement de la transaction. Pour ces raisons, cette réforme doit être saluée comme une avancée vers la modernisation, rapprochant un cadre procédural italien lourd et obsolète des standards d'un système juridique civilisé.

S'agissant de la juridiction volontaire en Italie, il convient également de rappeler qu'en 2000, une réforme législative tout aussi pertinente a supprimé le contrôle d'homologation judiciaire, transférant ainsi aux notaires la compétence pour la constitution des sociétés et des personnes morales. À titre illustratif, avant l'an 2000, la procédure d'homologation des actes constitutifs de sociétés nécessitait environ 150 jours entre leur signature et leur entrée en vigueur. Aujourd'hui, ces actes peuvent produire effet le jour même ou dans un délai de quelques jours.

Enfin, il importe de reconnaître que la tendance à la contractualisation et à la déjudiciarisation a également été prise en compte par l'Union européenne. Celle-ci manifeste un intérêt croissant pour ce phénomène à travers un projet mené par l'Institut européen du droit (ELI), intitulé « Administration extra-judiciaire de la justice en matière familiale et successorale transfrontalière ». Cette initiative repose sur une tendance marquée des États membres à transférer des compétences en droit de la famille et des successions des autorités judiciaires vers d'autres autorités alternatives, telles que les notaires, les officiers de l'état civil, les organismes de protection de l'enfance, les fonctionnaires judiciaires, les professionnels du droit et, dans certains cas, les parties privées elles-mêmes. Il en résulte une question fondamentale : dans quelle mesure les règles actuelles en matière de compétence juridictionnelle, de loi applicable et de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères sont-elles adaptées pour appréhender ce processus de déjudiciarisation ?

Voir

<https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/eli-principles-extra-judicial-administration-of-justice-in-cross-border-family-and-succession-matters/>

Le premier résultat du projet consistera en une déclaration politique adressée tant au législateur européen qu'à la Cour de justice de l'Union européenne. Plutôt que de proposer des solutions détaillées aux multiples questions entourant les autorités non judiciaires, tant au niveau national qu'eupéen, l'objectif est d'élaborer des recommandations et des lignes directrices interprétatives. Une première option politique consisterait à envisager une définition plus ouverte de la notion de « juridiction » dans les instruments européens et à étendre les règles de compétence à d'autres autorités non judiciaires. Dans une seconde phase, l'équipe s'attachera à identifier les questions cruciales et les problèmes pratiques, ainsi qu'à recenser les meilleures pratiques au niveau national, afin d'améliorer la mise en œuvre et l'exécution des procédures extrajudiciaires et, ce faisant, de garantir la protection des droits fondamentaux des parties concernées.

Certaines réponses législatives notables ont déjà émergé au niveau de l'Union européenne. Un exemple emblématique figure dans le règlement Bruxelles II ter, dont l'article 65 prévoit expressément que les mécanismes de reconnaissance et d'exécution s'étendent non seulement aux décisions judiciaires, mais également aux « actes authentiques et accords relatifs à la séparation de corps et au divorce ».

Ainsi, le règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), dispose en son article 65 : « Les actes authentiques et les accords relatifs à la séparation de corps et au divorce qui ont des effets juridiques contraignants dans l'État membre d'origine sont reconnus dans les autres États membres sans qu'aucune procédure spéciale ne soit requise. La section 1 du présent chapitre s'appliquera en conséquence, sauf disposition contraire dans la présente section. 2. Les documents publics et les accords en matière de responsabilité parentale ayant des effets juridiques contraignants et exécutoires dans l'État membre d'origine seront reconnus et exécutés dans les autres États membres sans nécessité de déclaration d'exécutabilité. Les sections 1 et 3 du présent chapitre s'appliqueront en conséquence, sauf disposition contraire dans la présente section.

Il en résulte que l'autonomie des parties dispose désormais du pouvoir non seulement de régler les effets de l'état civil, mais également de façonner l'état civil lui-même par le biais de l'instrument contractuel, ce qui met clairement en lumière l'importance du rôle joué par les notaires dans ce nouveau cadre.



LIRE AUSSI

Solutions contractuelles aux problèmes familiaux

Giacomo Oberto

https://drive.google.com/file/d/1kaUct6fxdtbPeukYLANJhWpj_sO7nFR1/view?usp=drive_link



2

LE BESOIN D'UNE JUSTICE CENTRÉE SUR LES PERSONNES

MAAIKE DE LANGEN, OCDE / BERLIN

Conseillère principale des politiques

Division du Partenariat mondial, de l'Inclusion et de la Justice

Excellences, distingués collègues, Mesdames et Messieurs.

C'est un véritable plaisir d'être ici au Congrès International des Notaires et de vous parler aujourd'hui au nom de l'OCDE. Mon objectif est d'offrir une « perspective extérieure » à la fin des discussions d'aujourd'hui. Nous avons entendu des exemples impressionnants de la manière dont la profession de notaire évolue pour répondre aux nouvelles réalités sociales et économiques.

J'aimerais prendre du recul et considérer le secteur de la justice dans son ensemble – le système plus large dans lequel les notaires travaillent – conformément à nos travaux à l'OCDE.

La justice n'est pas la tâche ou la responsabilité d'une profession. Le secteur de la justice est un écosystème de différents acteurs : tribunaux, notaires, avocats, médiateurs, registres, organismes administratifs, mécanismes de plaintes, instituts de l'ombudsman, organisations de la société civile et, de plus en plus, plateformes numériques.

L'OCDE analyse ce secteur dans le cadre de nos travaux sur la gouvernance publique, qui se concentrent sur la garantie que les institutions publiques sont efficaces et dignes de confiance.

De ce point de vue, nous analysons la Justice comme un service public. Et nous nous concentrons sur l'objectif du secteur de la justice : résoudre des problèmes,

aider à régler les différends pacifiquement et régler les relations équitablement.

Considérer la justice comme un service soulève la question : concevons-nous des services de justice pour répondre efficacement et équitablement aux besoins juridiques et aux problèmes de justice des personnes, des communautés et des entreprises ?

Comme nous l'avons entendu aujourd'hui, les notaires incarnent déjà de nombreux éléments d'une approche centrée sur les personnes : ils travaillent comme prestataires de services de première ligne, où les gens viennent avec des problèmes concrets ou des besoins juridiques. Ils traduisent un droit complexe en étapes pratiques, utilisant un langage clair pour expliquer des procédures complexes et guidant les gens à travers le processus. Leur rôle montre comment des professionnels de confiance peuvent rendre la justice compréhensible et utilisable par les gens ordinaires.

Chaque année, des centaines de millions de personnes dans le monde sont confrontées à des problèmes de justice.

Nous savons, grâce aux enquêtes sur les besoins juridiques, que les problèmes de justice sont fréquents : à l'échelle mondiale, environ 50 % des personnes connaîtront un problème de justice grave au cours d'une période de deux ans. Je reviens d'une mission en Italie, où des données préliminaires montrent que 58,3 % de tous les Italiens ont eu un problème de justice au cours des deux dernières années. Et à Malte, un autre pays où nous travaillons, et également d'après des données préliminaires, ce chiffre s'élève à 46,8 %.

Beaucoup de ces problèmes ne sont jamais résolus. On estime que 600 millions de personnes dans les pays membres de l'OCDE ont un problème de justice civile, pénale ou administrative qu'elles ne peuvent pas résoudre. À l'échelle mondiale, cette estimation s'élève à 1,5 milliard de personnes.

Seule une fraction de ces problèmes de justice parviendra à un avocat, un notaire ou un tribunal.

Comme le dit Rebecca Sandefur : « Les tribunaux et les acteurs juridiques formels sont périphériques pour la plupart des expériences de justice civile des personnes. »

La plupart des gens ne considèrent même pas leurs problèmes comme « juridiques ». Beaucoup n'ont pas besoin d'une procédure judiciaire. Ils ont besoin d'informations, de conseils, de négociation, de documentation, d'empathie.

Parfois, ils ont besoin d'un professionnel de confiance pour officialiser un accord et sécuriser leurs droits. Très souvent, ils ont besoin d'une aide pratique pour résoudre les conflits avant qu'ils ne dégénèrent.

L'écart entre les problèmes des personnes et les solutions et services qu'offre le secteur de la justice reste large — mais c'est aussi un espace d'opportunité : beaucoup de ces problèmes non résolus pourraient être abordés plus tôt et plus efficacement si les services appropriés étaient disponibles.

D'autres secteurs ont appris à combler de tels écarts. Le secteur de la santé en est l'exemple le plus clair. Dans le secteur de la santé, il existe également un éventail d'acteurs fournissant des services, des mécanismes de collaboration, des procédures de tri efficaces, garantissant que le service - ou traitement - approprié est disponible pour le problème ou la maladie en question.

La médecine s'appuie sur les données, les essais cliniques et la mesure des résultats. Les méthodes utilisées sont fondées sur des preuves. En fait, utiliser des méthodes qui ne sont pas fondées sur des preuves n'est pas seulement inhabituel — c'est considéré comme contraire à l'éthique dans le secteur de la santé.

La Justice, cependant, dépend encore trop de la tradition et de l'intuition professionnelle. Elle doit devenir plus empirique : axée sur les données et fondée sur des preuves, en s'appuyant également sur les sciences du comportement pour comprendre comment les gens agissent et prennent des décisions face aux problèmes de justice, comment les conflits peuvent être traités le plus efficacement possible et quelle action préventive est nécessaire pour autonomiser les individus.

L'OCDE travaille avec ses pays membres et partenaires pour rendre leurs systèmes de justice plus efficaces et centrés sur les personnes.

La Recommandation de l'OCDE sur l'accès à la justice et les systèmes de justice centrés sur les personnes — a été négociée entre tous les pays membres de l'OCDE et adoptée en 2023.

Elle adopte une approche pratique :

- Mesurer les besoins juridiques et les problèmes de justice systématiquement au moyen d'enquêtes ;
- Concevoir des services autour de l'expérience et des besoins réels des utilisateurs
- Utiliser la technologie avec sagesse, tout en préservant l'équité et la confiance ;
- Prévenir l'escalade des conflits en se concentrant sur la résolution précoce

La Recommandation contient une base et quatre piliers : bâtir un objectif et une culture centrés sur les personnes dans le système de justice ; concevoir et fournir des services de justice centrés sur les personnes ; établir une infrastructure de gouvernance habilitante ; autonomiser les personnes pour qu'elles soient informées et participent ; et s'engager dans la planification, le suivi et l'évaluation fondés sur des preuves.

Tout au long, l'OCDE adopte une approche de l'ensemble du secteur - rassemblant un éventail d'acteurs. L'objectif n'est pas de remplacer un acteur par un autre. Il s'agit de savoir - avec des preuves - quelles personnes et quels problèmes sont le mieux servis par quel service.

Pourquoi cela importe-t-il ? Parce que les problèmes de justice non résolus sont coûteux – pour les individus, pour les entreprises et pour la société.

Au niveau individuel, nous connaissons les impacts grâce aux enquêtes sur les besoins juridiques. Lorsque les problèmes de justice restent non résolus, ils nuisent à la santé des personnes, entraînent des ruptures relationnelles, alimentent le stress et même l'abus de substances, et poussent les gens vers la détresse financière.

Et les coûts pour la société de tout cela sont significatifs. L'OCDE a estimé en 2019 que les problèmes de justice non résolus coûtent aux pays entre 0,5 % et 3 % du PIB. Il s'agit d'une estimation précoce et nous travaillons actuellement à une analyse plus détaillée de ces coûts.

Il est donc vital de réduire le coût de la résolution, en dirigeant les personnes vers les services les plus efficaces et les plus proportionnés. Les notaires, avec leur rôle préventif et de résolution de problèmes, peuvent faire partie de cette solution.

Revenons donc au rôle des notaires. Les sessions d'aujourd'hui ont montré comment les notaires et les juges se complètent : déplaçant le travail non contentieux, accélérant les résultats et fournissant des services préventifs et impartiaux.

Il ne s'agit pas de savoir qui est « meilleur ».
C'est une question de conception empirique :

- Quelles affaires correspondent à l'expertise basée sur le consentement des notaires ?
- Quand l'autorité judiciaire est-elle essentielle pour statuer sur des questions juridiques cruciales ?

- Comment la coopération peut-elle offrir aux gens des solutions plus rapides, plus justes et plus abordables ?

En conclusion, la Justice ne concerne pas seulement le droit ; elle concerne les personnes. Construire la justice comme un service accessible, efficace, préventif et adapté - nécessite la collaboration de l'ensemble du secteur. Juges, notaires, avocats, médiateurs, organisations communautaires et innovateurs doivent travailler ensemble.

Mon invitation à la profession notariale - et à vous tous présents dans cette salle - est donc la suivante :

- Continuez à poser des questions empiriques : Qu'est-ce qui fonctionne ? Pour qui ? Et à quel coût ? À quels problèmes les gens sont-ils confrontés ? Et qu'expérimentent-ils lorsqu'ils essaient de les résoudre ?
- Investissez dans la Recherche et le Développement (R&D) pour le secteur de la justice, en collectant des données et en rassemblant des preuves de ce qui fonctionne, comme le font d'autres secteurs publics.
- Travaillez avec des partenaires — et avec l'OCDE — pour construire des systèmes de justice qui sont pratiques, dignes de confiance et centrés sur les personnes.

PERSONNES AU CENTRE DE LA JUSTICE

PERSPECTIVE extérieure à l'OCDE sur la Justice

Placer les personnes au centre de la justice

- Écosystème de la justice : Approche pangouvernementale (*Whole-of-sector approach*) impliquant de nombreux acteurs.
- Gouvernance publique : La justice comme un service.
- Concevoir des services de justice efficaces et centrés sur les personnes pour résoudre les problèmes de justice.
- Données mondiales : environ 50 % des personnes connaîtront un problème de justice grave au cours d'une période de deux ans.
- Dans les pays membres de l'OCDE, 600 millions de personnes ont un problème de justice civile, pénale ou administrative qu'elles ne peuvent résoudre.
- Combler cet écart : Tirer les leçons du secteur de la santé.

OCDE

Recommandation sur l'Accès à la Justice et les Systèmes de Justice Centrés sur les Personnes (2023)

- Adoptée en 2023, s'appuyant sur une décennie de travail mené par l'OCDE, les pays membres et partenaires, et d'autres partenaires à l'échelle mondiale.
- Accès à la justice = la capacité des personnes, des entreprises et des communautés à prévenir et à résoudre les problèmes de justice.
- Assurer l'accès à la justice nécessite des systèmes de justice centrés sur les personnes : cinq composantes dans la Recommandation.
- Axé sur les données (*Data-driven*) et fondé sur des preuves (*evidence-based*).

Recommandation de l'OCDE sur l'Accès à la Justice et les Systèmes de Justice Centrés sur les Personnes

La Recommandation s'articule autour d'un socle et de quatre principes fondamentaux :

PILIER 1

Concevoir et fournir des services juridiques et de justice centrés sur les personnes

PILIER 2

Établir une infrastructure de gouvernance qui favorise une justice centrée sur les personnes

PILIER 3

Autonomiser les personnes pour que la transformation centrée sur les personnes se concrétise

PILIER 4

S'engager dans une planification, un suivi et une évaluation participatifs et fondés sur des preuves

Socle / Base : Établir un objectif et une culture centrés sur les personnes dans le système de justice

Les Notaires dans un Système de Justice Centré sur les Personnes

- Complètent le rôle des juges et des autres acteurs de la justice.
- Se concentrent sur les personnes : fournissent des services de première ligne, en langage clair, qui rendent le droit utilisable et accessible.
- Posent des questions empiriques : qu'est-ce qui fonctionne, pour qui et comment.
- Collectent des données et des preuves centrées sur les personnes concernant les problèmes de justice, leur impact et l'expérience des individus.
- Conçoivent et fournissent des services basés sur la recherche et le développement (R&D).
- S'associent à d'autres pour bâtir des systèmes de justice pratiques, dignes de confiance et centrés sur les personnes.





SYNTHÈSE RAPPORT ACADÉMIQUE



PROF. DANIELA PIANA

VOIR PRÉSENTATION

<https://drive.google.com/file/d/16GDjBCmGrtaZUxAJwaCKiA8hDMDcZoPD/view?usp=sharing>

SYNTHÈSE

Accademia notarile della Commissione Affari Europei (CAE)
dell'Unione Internazionale del Notariato (UINL)
Torino

NOTARIATO ED EREDITA' DIGITALE
Il destino dei beni e dei dati digitali in caso di decesso

https://drive.google.com/file/d/1NQFov9izWBAfqH8YAibREx6M_5FIOyKI/view?usp=sharing

CONCLUSIONS

THEME II

COORDINATRICE INTERNATIONALE : VALENTINA RUBERTELLI



LES CONCLUSIONS SONT RÉALISÉES SUR LA BASE DES CONTRIBUTIONS
SOLLICITÉES AUPRÈS DE 92 NOTARIATS MEMBRES DE L'UINL

La « magistrature volontaire », ou « juridiction volontaire » ou encore, « non-contentieuse » est indissociable de la déjudiciarisation. Ce phénomène s'inscrit lui-même dans un mouvement contemporain plus vaste de contractualisation du droit, d'essor des droits fondamentaux, d'émergence de libertés nouvelles, et de recul progressif de l'ordre public. La déjudiciarisation est aussi de plus en plus fréquemment la réponse des pouvoirs publics à l'engorgement des juridictions. Partout, l'Etat cherche en effet à rationaliser ses actions publiques, et notamment, en matière judiciaire, à prévenir et réduire la charge de travail excessive des tribunaux¹.

Rares sont toutefois les Etats qui veulent s'en remettre totalement à l'autonomie de la volonté et se désengager complètement de l'accompagnement des rapports humains et familiaux. Plutôt qu'à une totale privatisation des matières, on assiste davantage à une substitution d'autorité publique : des compétences à l'origine exercées exclusivement par le juge sont transférées vers une autre autorité ou partagées avec elle.

De nombreux Etats s'engagent actuellement dans cette démarche. « Déjudiciariser », c'est « éviter l'intervention judiciaire quand elle n'est pas nécessaire »², notamment lorsqu'il n'y a pas de litige à trancher. La déjudiciarisation permet ainsi une redistribution des compétences : aux juges, la juridiction contentieuse à travers le règlement des litiges, et aux notaires la juridiction volontaire, à travers leur mission d'authentification.

¹ 1 cf. notamment les travaux du groupe de travail CEPEJ-SATURNE dans le cadre du Conseil de l'Europe

² "Judicializar" significa llevar un asunto por vía judicial cuando podría ser resuelto por otros medios. "Desjudicializar", por lo tanto, implica lo contrario: retirar o evitar la intervención judicial en un asunto que podría ser resuelto por otros medios". Miguel Alfredo Ledesma Chavarro (Colombie), Hacia una teoría de la desjudicialización

Les présentes conclusions proposent :

- De synthétiser les objectifs que le mouvement de déjudiciarisation invite à poursuivre (I), - Une argumentation aux notariats membres en faveur de cette redistribution des compétences entre les notaires et les juges (II);
- De définir les différents domaines et matières dans lesquels cette déjudiciarisation est possible (III).
- Des Recommandations aux notariats membres (IV).

I. OBJECTIFS DE LA « MAGISTRATURE VOLONTAIRE » OU « DEJUDICIARISATION »

Rendre le système de justice « plus accessible, plus rapide et plus humain »³.

Le notariat, à travers le transfert et/ou partage de compétences entre les juges et les notaires, poursuit les objectifs suivants :

1) Adapter la justice aux besoins de la société et de la personne

Conformément à la résolution de l'OCDE « *Access to Justice and People-Centred Justice Systems* », le notariat, à travers le mouvement de déjudiciarisation, souhaite répondre aux besoins et évolutions de la société.

Parmi ces besoins, figure l'objectif fondamental de personnalisation et d'accessibilité du droit. Dans le contexte de contractualisation du droit et de déjudiciarisation, le notaire est plus qu'un rédacteur d'acte. Il est un « accompagnateur, un vulgarisateur, un rassurant. Sa mission consiste à transformer une procédure juridique en une expérience humaine »⁴.

C'est particulièrement vrai en matière de protection des personnes vulnérables. Outre son rôle de juriste de proximité, le notaire doit aussi proposer des solutions juridiques « sur-mesure », personnalisées, adaptées à la situation personnelle et familiale de l'utilisateur. Il ne peut se contenter de réponses standardisées et doit veiller au respect des droits et besoins de la personne.

³ Sonia Lemieux, notaria en Quebec (Canada), Cuando el derecho se convierte en apoyo: el notario al servicio de las familias vulnerables

⁴ Sonia Lemieux, notaria en Quebec (Canada), Cuando el derecho se convierte en apoyo: el notario al servicio de las familias vulnerables

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En **Colombie**⁵ et en Espagne, le notaire est devenu la principale institution de soutien à la personne vulnérable: il l'aide à exprimer sa volonté et exercer ses droits, conformément aux recommandations des Nations Unies (Convention de New York du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)).

En **France**, le notaire rédige un mandat de protection future « sur-mesure », adapté à la situation et aux besoins de la personne⁶.

Le rôle du notaire en matière de protection des personnes vulnérables a été particulièrement renforcé au **Québec (Canada)** dans le cadre de la *Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes* (L.Q. 2020, c. 11), qui a mené à l'abolition de la curatelle et à l'introduction de la tutelle modulée,

2) Simplifier la vie des citoyens et des entreprises

Simplifier la vie des citoyens et des entreprises, cela signifie simplifier et accélérer les procédures, les rendre moins coûteuses, sans pour autant reculer sur le besoin fondamental de sécurité juridique. Le temps et l'argent gagnés en amont ne doit pas conduire à une « rejudiciarisation » en aval, c'est-à-dire un procès en justice, en cas de contentieux.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En **Roumanie**, le notaire est compétent pour prononcer un divorce par consentement mutuel, même en présence d'enfants mineurs. Cette procédure est maintenant privilégiée par les citoyens car elle est plus simple, plus rapide et moins coûteuse. En effet, nul besoin d'avocat, un seul professionnel est en charge de la procédure, le notaire, dont le coût est tarifé. L'ensemble de la procédure est centralisé autour de la personne du notaire («one-stop shop») qui se charge de l'accord sur le divorce, de l'accord sur l'exercice de l'autorité parentale, de l'accord sur les prestations compensatoires, la liquidation du régime matrimonial et le partage des biens⁷.

En **France**, le notariat est chargé de délivrer les formalités de légalisation et d'apostille, en lieu et place de l'administration et des cours d'appel, ce qui simplifie et accélère grandement les démarches des entreprises et des citoyens⁸.

⁵ Miguel Alfredo Ledesma Chavarro (Colombie), Hacia una teoría de la desjudicialización

⁶ Un projet de réforme visant à introduire cet instrument en droit polonais est également en cours. Cf. La « Procuration Enregistrée » en Droit Polonais : Le Rôle Central du Notaire dans une Nouvelle Forme de Mandat de Protection Future » (Pawel Dabrowski, Notaire en Pologne). Les mandats de protection future ou « pouvoirs préventifs » se sont développés dans de nombreux pays (Espagne, Allemagne, Belgique, Roumanie, etc.)

⁷ Dr. Ana-Luisa Chelaru, Notarial Divorce Procedure in Romania: A Step Towards Efficient Dejudicialization

3) Répondre aux besoins institutionnels de l'Etat

Répondre aux besoins institutionnels de l'Etat, c'est décharger les tribunaux, renforcer la sécurité juridique et soutenir le développement économique du pays.

Décharger les tribunaux

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En Roumanie⁹ et au Pérou¹⁰, la pratique du divorce par consentement mutuel devant notaire a permis de décharger les tribunaux.

En Ouzbékistan¹¹ et en Argentine¹², la pratique de la médiation notariale permet d'éviter qu'un nouveau litige arrive sur le bureau du juge.

Au Chili, la nouvelle compétence des notaires en matière de recouvrement des pensions alimentaires consiste à leur confier un rôle clé dans la prévention et l'exécution du paiement des pensions, et évite ainsi le recours systématique au juge¹³.

Renforcer la sécurité juridique

Grace aux notaires, les registres publics (registres immobiliers, registre des sociétés, etc.) sont alimentés de manière fiable ; la sureté, la légalité et la transparence des transactions sont garanties.

⁸ Les citoyens et les entreprises n'ont maintenant plus qu'un interlocuteur pour obtenir l'apostille ou la légalisation de leurs documents (les centres de délivrance notariaux). Ils n'ont plus besoin de se déplacer et de « dispatcher » leur demande devant les différentes cours d'appel territorialement compétentes, pour l'apostille, et le bureau des légalisations du Ministère des Affaires étrangères, pour la légalisation. Cf. Coralie Foënard, Réforme de l'Apostille et de la Légalisation en France : le notaire au coeur de la modernisation et de la sécurité juridique des échanges internationaux.

⁹ "This legislative solution appeared from a double necessity: persons needed a simpler and faster way to divorce, and the state had to relieve the courts of cases that could be resolved through non-contentious procedure. The notarial divorce procedure was the natural answer: competences were redistributed, and the result was a better-balanced justice, offering citizens an efficient and predictable way to close a stage of life" Dr. Ana-Luisa Chelaru, Notarial Divorce Procedure in Romania: A Step Towards Efficient Dejudicialization

¹⁰ Mag. Victor Hugo Estacio Chan, El impacto de la competencia notarial material en la desjudicialización del divorcio incluido con supuestos de hijos menores de edad del matrimonio

¹¹ Not. Dilshod Ashurov, Pre-trial dispute resolution: new roles of the notary in the service of society

¹² Not. Carla Balducci, Not. Graciela Curuchelar, Not. María Cristina García, Not. Graciela Vilalta, "La inserción de la cláusula de mediación para solución integral de controversias en Argentina"

¹³ Not. Elena Pía Ramírez Catalán (Chili), Mecanismos de cobro de pensiones alimenticias adeudadas en Chile, la silenciosa pero eficaz labor notarial en la desjudicialización de procesos de cobro

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

Sécuriser les registres

Les notaires en **République tchèque** se sont vus confier des responsabilités importantes en ce qui concerne le registre des bénéficiaires effectifs, notamment en matière d'inscriptions directes dans le registre¹⁴.

Sécuriser le logement

En **Argentine**, les notaires sont des acteurs clés de la sécurisation du logement. Ils participent activement au mécanisme juridique de « régularisation foncière », permettant d'octroyer des titres de propriété aux occupants légitimes de biens immobiliers urbains en situation irrégulière¹⁵.

A **Porto Rico**, l'intervention notariale, prévue par une loi d'urgence n°118-2022, a permis à des milliers de familles d'obtenir, après le passage des ouragans Irma et Maria, un titre de propriété, de faciliter son inscription au Registre foncier, et d'accéder à des fonds d'indemnisation, permettant la reconstruction de leur logement. Cette loi s'est par la suite révélée un élément moteur du développement économique et social du pays¹⁶.

Dynamiser l'économie et la rendre plus attractive pour les investisseurs

La réduction des délais de jugement, la sécurité des transactions et des registres, la prévention des conflits, la pacification, sont d'autant d'arguments pour les investisseurs.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En **Algérie**, dans le cadre des contrats de Partenariats Public-Privé (PPT), le notaire joue un rôle central de relais entre l'Etat, l'investisseur et l'entreprise ; il est gage de sécurité juridique du contrat et d'équilibre contractuel¹⁷.

Au **Sénégal**, les notaires jouent un rôle central en droit des sociétés, en l'occurrence lors de l'établissement des statuts, et à travers les opérations de modification statutaire en cours de vie sociale¹⁸.

¹⁴ Katerina Protivova, Notaire en République tchèque: "Notaries in the Czech Republic are entrusted with significant responsibilities in relation to the Register of Beneficial Owners, particularly when it comes to the direct entries into the register".

¹⁵ Gonzalo Matias Vasquez, Martin L. Russo, Mariana Hefling, La regularización dominial en la rep. argentina.

¹⁶ « La propriété a ainsi pu redevenir un actif finançable, objet de crédits, hypothèques et transactions. Ce mouvement a dynamisé des secteurs entiers de l'économie : la construction, le financement, les services juridiques et notariaux, et s'est traduit par une augmentation des recettes fiscales pour l'État ». Not. Lillianne Muñoz Mariani, El notariado puertorriqueño como referente en procesos de recuperación ante desastres naturales bajo el marco de la desjudicialización

¹⁷ Not. Ladjel Abdelkader, Le rôle du notaire dans les contrats PPP (Partenariats public-privé) en droit Algérien

¹⁸ Fatou Mballo-Thiam, La déjudiciarisation au Sénégal

II. ARGUMENTAIRE EN FAVEUR DE LA « DEJUDICIARISATION »¹⁹ :

Pourquoi transférer de nouvelles compétences aux notaires en matière non contentieuse ?

1. Le statut d'officier public

Comme le juge, le notaire porte lui aussi une véritable légitimité d'autorité publique : il est lui aussi un officier public, et exerce par délégation de l'Etat et sous son contrôle, la fonction publique d'authentifier les actes, faits, conventions extrajudiciaires et actes de juridiction non contentieuse²⁰. C'est la raison pour laquelle, le notaire est parfois appelé « magistrat de l'amiable »²¹ ou magistrat de juridiction volontaire.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

Au **Pérou**, les notaires se sont vus confier de nombreuses compétences en matière non contentieuse depuis 1996 (adoption de personnes majeurs capables, divorce, rectification de l'état civil, etc.). Ce transfert de compétences a notamment été justifié par la « foi » ou « confiance » publique que l'Etat délègue au notaire²².

2. L'indépendance et l'impartialité

Comme le juge, le notaire exerce ses fonctions en toute indépendance et sa décision de recevoir l'acte est impartiale, sujette à aucune dépendance hiérarchique.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

Au **Québec**, si le législateur a donné au notaire la compétence de recevoir les contrats de gestation pour autrui c'est notamment parce que « son devoir d'impartialité lui permet de soutenir les acteurs principaux en favorisant le maintien d'un juste équilibre entre leurs intérêts respectifs »²³.

En **Allemagne**, la décision de transférer aux notaires la compétence relative

¹⁸ Ou Redistribution des compétences entre juges et notaires en matière non contentieuse

²⁰ Article 6 du code international du notariat

²¹ CEDH, Ana Ionita c/ Roumanie du 21 mars 2017

²² José Alberto Huachillo Cevallos (Pérou), El notario peruano y su rol en la desjudicializacion mediante los asuntos no contenciosos

²³ Alexis Brien-Langevin (Québec), Le notaire au nombril d'une convention florissante

au partage des biens issus d'une succession ou d'une communauté conjugale s'est fondée sur leur rôle « quasi judiciaire » et leur statut d'officiers publics « neutres »²⁴.

3. La célérité de la procédure grâce à des outils numériques maîtrisés

Le notariat a su relever le défi numérique et développer des outils technologiques permettant d'accélérer et de simplifier les procédures non contentieuses. Cette capacité d'adaptation du notariat au monde moderne a convaincu les pouvoirs publics de confier de nouvelles compétences au notariat dans de nombreux pays.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En **Croatie**, les notaires, en tant que commissaires de justice, mènent des procédures d'exécution de manière rapide et électronique. La numérisation complète du processus d'exécution, grâce au système « eNotar », permet d'accélérer et simplifier la procédure, et à la rendre plus transparente et accessible aux utilisateurs²⁵.

En **France**, si l'Etat a souhaité confier la compétence de la délivrance de l'apostille et de la légalisation au notariat, c'est, bien sûr, parce qu'il y avait un « réel besoin de décharger l'administration et les cours d'appel, besoin aussi de plus de célérité dans la procédure », mais aussi « parce qu'il a proposé une plateforme numérique sécurisée permettant aux usagers de téléverser leur acte numérique et d'obtenir en retour une e-apostille à télécharger »²⁶.

En **Belgique**, le notariat a créé la plateforme « Biddit » de ventes publiques en ligne. Tout en maintenant les exigences de l'authenticité, elle offre aux utilisateurs une procédure rapide et efficace et dynamise le marché de l'immobilier.

Au **Brésil**, le notariat a créé la plateforme e-Notariado qui permet aux usagers de comparaître devant leur notaire en ligne et à signer de nombreux actes notariés. Grâce à cette plateforme, le notariat s'est vu confier de nouvelles compétences, parmi lesquelles « l'Escrow account » ou « compte séquestre notarial ». Ce mécanisme permet au notaire de détenir les fonds d'une transaction sur un compte bancaire sécurisé et séparé jusqu'à ce que les conditions convenues

²⁴ « The decision to transfer competence to notaries was based on their quasi-judicial role and their established status as neutral public officials. They thus proved to be an excellent alternative to courts. In addition, notaries have to observe procedural neutrality, ensure due process and document all procedural steps comprehensively » Stefan Bandel (Germany), Notarial Competence in Property Division Matters in Germany

²⁵ Tihana Sudar (Croatie), Notary Public as a Court Commissioner in Enforcement Proceedings

²⁶ Coralie Foënard, Réforme de l'Apostille et de la Légalisation en France : le notaire au coeur de la modernisation et de la sécurité juridique des échanges internationaux.

soient remplies, protégeant ainsi les deux parties et renforçant la confiance sur le marché brésilien.

4. Le tarif

La procédure devant notaire est généralement moins couteuse pour le citoyen qu'une procédure judiciaire. Outre la réduction des frais procéduraux, la rémunération du notaire est fixée par l'Etat selon un tarif public, ce qui permet de garantir l'accessibilité des citoyens du service public de la justice.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En **Argentine**, la voie extra-judiciaire notariale pour régulariser l'habitat informel est moins longue et moins couteuse que la voie judiciaire²⁷.

En **Roumanie**, le divorce devant notaire a remporté un grand succès auprès des citoyens. Plus rapide, la procédure est aussi moins couteuse. Son cout est en effet encadré par un tarif, et le recours à un avocat n'est pas obligatoire.

5. La valeur juridique de l'acte authentique notarié

L'acte authentique notarié se substitue parfaitement à la décision judiciaire, grâce à sa force probante, et le cas échéant, exécutoire.

Comme les décisions de justice, il est aussi de nature à s'insérer directement dans les registres publics (registres fonciers, des sociétés, registres liés à l'état des personnes : adoption, reconnaissance de filiation, divorce, partenariats enregistrés, etc.) maintenant ainsi un même niveau de sécurité.

La conservation de l'acte est également assurée par le notaire.

6. L'expertise juridique notariale

Le notaire est un juriste, ayant reçu une formation juridique universitaire de haut niveau²⁸, semblable à celle des magistrats. Il est aussi tenu de maintenir ses compétences en actualisant ses connaissances à travers la formation continue. Son expertise juridique dans les différents domaines du droit (droit de la famille, de la personne, droit immobilier, droit des contrats, droit des so-

²⁷ Gonzalo Matias Vasquez, Martin Leandro Russo, Mariana Hefling, La regularización dominial en la republica argentina

²⁸ "La excelencia profesional, capacitación del más alto nivel, supervisión acuciosa del Estado. Control del correcto uso del poder certificante, a través, de un procedimiento disciplinario; garantiza un notariado eficiente, incorruptible y muy eficaz, en el que no habrá la menor duda de encargarle asuntos no contenciosos" José Alberto Huachillo Cevallos (Pérou), El notario peruano y su rol en la desjudicialización mediante los asuntos no contenciosos

ciétés, droit international privé, droit commercial, etc.) lui permet d'assumer les mêmes missions que le juge en matière non contentieuse, exercer un contrôle de légalité, et assumer un devoir de conseil.

7. Le contrôle de légalité et au-delà

La correcte application de la loi par les parties et le contrôle du respect de cette loi plaident pour un contrôle des contrats dès leur signature (ex ante) et non à travers un contentieux ultérieur (ex-post) qui prospérerait sur un contrat mal rédigé ou sur une application incorrecte de la loi.

Au-delà du contrôle de légalité, le notaire est aussi garant de l'équilibre de la convention²⁹. Parfois, il est aussi chargé par le législateur de contrôler l'intérêt de la famille, ou l'intérêt supérieur de l'enfant³⁰, et même l'opportunité de l'acte pour la personne vulnérable ou le mineur³¹.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

A **Cuba**, les accords parentaux sont soumis à un contrôle préventif de légalité notarial. En outre, le notaire évalue l'intérêt supérieur de l'enfant, vérifie l'équité des pactes familiaux et leur caractère raisonnable. De cette manière, le notaire se fait juge de « l'équilibre entre l'ordre public familial et l'autonomie de la volonté »³².

En **Italie**, les notaires sont compétents pour autoriser les actes en faveur d'une personne vulnérable ou d'un mineur (vente d'un bien, acceptation ou renonciation à une succession...) L'autorisation du juge n'est plus obligatoire, elle peut aussi être donnée par le notaire en charge de l'acte principal. Dans ce cas, le notaire va apprécier si l'acte est conforme à l'intérêt de la personne vulnérable ou du mineur, et examiner la nécessité de l'acte, son opportunité, y compris économique, pour la personne vulnérable ou le mineur concerné). Il dispose alors d'un « pouvoir d'investigation », et le notaire pourra refuser d'autoriser l'acte s'il n'est pas « convaincu » de son utilité opportunité pour la personne protégée³³.

²⁹ Certains notariats parlent même de l'équité et du caractère « raisonnable » de la convention (v. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Código de las familias y argumentación notarial)

³⁰ C'est le cas par exemple du notaire roumain qui est garant de l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, en présence d'enfants mineurs.

³¹ V. l'exemple de l'Italie ci-dessous.

³² Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Código de las familias y argumentación notarial

³³ Sabrina Belloni (Italie), Notaire et déjudiciarisation en matière de personnes vulnérables en Italie

Ce pouvoir d'appréciation, allant jusqu'à la prise de décision, il est recommandé au notaire de motiver son acte. Le « code des familles » cubain exige aussi du notaire « une argumentation juridique dans ses décisions »³⁴.

Le raisonnement juridique suivi, la motivation et la justification de l'acte ou de la décision permettent en effet sa pleine compréhension par les parties et un éventuel recours ultérieur. Si cette motivation s'impose au juge dans le cadre de la juridiction contentieuse, elle devrait aussi s'imposer au notaire dans le cadre de la juridiction volontaire³⁵.

8. Le devoir de conseil du notaire

Le notaire est tenu d'un devoir de conseil impartial envers les parties. Ce conseil est personnalisé, adapté aux besoins et situation particulière des personnes et des familles.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

Le notaire est le conseiller juridique des familles. Il les conseille sur tous les aspects patrimoniaux, successoraux, fiscaux, etc. d'une opération juridique³⁶.

En Pologne, le notaire propose aux parties de nouveaux actes juridiques en matière successorale, après avoir exercé son devoir de conseil : les « legs par revendication » et les « fondations familiales »³⁷.

Au Québec, le notaire « conseille juridiquement la mère porteuse et les parents d'intention de façon impartiale, reçoit les actes juridiques requis par la loi dans un environnement serein, et suit la progression du projet parental de façon personnalisée avec elles »³⁸.

9. La proximité

Le nombre de notaires et leur répartition géographique sur le territoire national sont déterminés et révisés par l'Etat en considération des besoins actuels et prévisibles du service public, compte tenu de la population, de l'activité économique et des particularités territoriales³⁹.

³⁴ Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Código de las familias y argumentación notarial

³⁵ V. en ce sens, Boris Antonio Vilca Gutiérrez (Notaire au Pérou), Motivación y justificación de las decisiones notariales en los procesos de sucesión intestada en el Perú

³⁶ V. par exemple en matière matrimoniale et successorale : Gabriela Bouvier y Gabriela Silva Pedragosa, La jurisdicción voluntaria en Uruguay

³⁷ Kacper Górniak (Pologne), Competences of Polish notaries in succession matters

³⁸ Alexis Brien-Langevin (Québec), Le notaire au nombril d'une convention florissante

³⁹ Article 13 du code international du notariat

Cette réglementation de la profession assure aux citoyens l'accès aux procédures de juridiction volontaire sur tout le territoire.

ILLUSTRATIONS TIRÉES DU CONGRÈS

En Allemagne, les notaires ont acquis une nouvelle compétence en 2013 en matière de partage des biens issus d'une succession ou d'une communauté grâce notamment à l'accessibilité des offices notariaux et leur répartition géographique uniforme sur le territoire⁴⁰.

10. La déontologie notariale

Le notaire est soumis à des règles déontologiques strictes. Indépendance et impartialité, probité, délicatesse et dignité, disponibilité et diligence sont autant de principes essentiels qui favorisent la confiance de la société en la personne du notaire. Le notaire est par ailleurs tenu d'une obligation d'instrumenter, gage de bon fonctionnement du service public notarial⁴¹.

III. LES TACHES ET MATIERES POUVANT FAIRE L'OBJET D'UNE REDISTRIBUTION DES COMPETENCES ENTRE LES JUGES ET LES NOTAIRES

Les travaux réalisés pendant le Congrès ont permis de réaliser une liste (indicative et non exhaustive) de tâches ou missions non-contentieuses, pouvant, en l'absence de litiges à trancher, faire l'objet d'un transfert ou d'un partage de compétences entre le juge et le notaire, ou d'une collaboration entre eux.

Droit des personnes

- Rectification des actes de l'état civil⁴²;
- Déclaration d'absence ou de mort
- Actes relatifs au consentement au don d'organe ;
- Autorisations pour l'accomplissement d'actes dans l'intérêt et la protection de mineurs et adultes vulnérables⁴³

⁴⁰ "Courts are not always evenly distributed geographically, which created difficulties for citizens seeking to regulate matters of property division, as the competent court was often scarcely or hardly accessible. This, in turn, frequently led to frustration and procedural fatigue". Stefan Bandel (Germany), Notarial Competence in Property Division Matters in Germany

⁴¹ Cf. Art. 27, 40 à 46 du code international du notariat.

⁴² V. José Alberto Huachillo Cevallos (Pérou), El notario peruano y su rol en la desjudicialización mediante los asuntos no contenciosos

⁴³ V. Sabrina Belloni (Italie), Notaire et déjudiciarisation en matière de personnes vulnérables en Italie

- Etablissement à l'avance des pouvoirs de représentation type "mandat de protection future"⁴⁴; possibilité de désigner ou exclure à l'avance un représentant (tuteur, curateur ...); actes non contentieux relatifs à l'administration des biens d'une personne vulnérables
- Consentement au mariage d'un mineur devant notaire⁴⁵,
- Autorisations de voyage

Droit de la famille

Le couple

- Célébration des mariages⁴⁶ ;
- Conclusion, enregistrement, et dissolution des partenariats ;
- Divorce ou séparation de corps par consentement mutuel, en présence ou en l'absence d'enfants mineurs⁴⁷ ;
- Accords amiables sur la pension alimentaire, la prestation compensatoire, et ses modifications, le cas échéant ;
- Modification de régime matrimonial ;
- Procédures non contentieuses relatives à l'administration des biens communs lorsqu'un des époux est incapable d'agir
- Pactes de « parentalité » et autres pactes familiaux⁴⁸

La filiation ou ses alternatives

- Recueil des consentements à adoption ; Adoption des personnes majeures⁴⁹ ;
- Reconnaissance d'enfant ;
- Recueil des consentements dans le cadre de la procréation médicalement assistée,
- Conventions de grossesse pour autrui⁵⁰
- Familia de crianza⁵¹
- Kafala⁵²

⁴⁴ V. Pawel Dabrowski (Notaire en Pologne), « La Procuration Enregistrée » en Droit Polonais : Le Rôle Central du Notaire dans une Nouvelle Forme de Mandat de Protection Future » ; Bertrand Basseville, Le mandat de protection future en droit français ; Sonia Lemieux, notaire au Québec (Canada), Quand le droit devient soutien : le notaire au service des familles vulnérables

⁴⁵ Fatou Mballo-Thiam, La déjudiciarisation au Sénégal

⁴⁶ Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Código de las familias y argumentación notarial

⁴⁷ V. Dr. Ana-Luisa Chelaru, Notarial Divorce Procedure in Romania: A Step Towards Efficient Dejudicialization

⁴⁸ Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Código de las familias y argumentación notarial

⁴⁹ V. José Alberto Huachillo Cevallos (Pérou), El notario peruano y su rol en la desjudicialización mediante los asuntos no contenciosos

⁵⁰ V. Alexis Brien-Langevin (Québec), Le notaire au nombril d'une convention florissante

⁵¹ V. Miguel Alfredo Ledesma Chavarro (Colombie), Hacia una teoría de la desjudicialización

⁵² Ratiba Sekkate (Maroc), La Kafala et le Tanzil

Droit des successions

- Délivrance des actes de notoriété / certificats d'héritier / certificat successoral européen⁵³ ;
- Procédures d'ouverture et validation des testaments ;
- Options successorales : Recueil d'une renonciation à succession, acceptation à concurrence de l'actif net (sous bénéfice d'inventaire) ; Délivrance d'une autorisation d'accepter ou renoncer à une succession ou un legs si cette autorisation est requise ;
- Procédures relatives aux successions vacantes et en déshérence ;
- Etablissement d'un inventaire ;
- Délivrance de legs ;
- Opérations de liquidation et de partage⁵⁴, tant dans le cadre d'un partage amiable que judiciaire (dans ce dernier cas en collaboration avec le juge).
- Héritage numérique⁵⁵
- *Tanzil*⁵⁶

Patrimoine et logement

- Participation au règlement extrajudiciaire des litiges/conduite de processus de médiation/conciliation⁵⁷ ;
- Procédures d'exécution
- Procédures d'injonction de paiement⁵⁸
- Contrôle des registres immobiliers
- Partage de biens en indivision⁵⁹
- Régularisation des titres de propriété⁶⁰
- Délivrance de « certificats de logement »⁶¹
- Prestation de serment ; recueil de témoignages, preuves par écrit ;
- Ventes aux enchères

⁵³ Kacper Górniak (Pologne), Competences of Polish notaries in succession matters

⁵⁴ Stefan Bandel (Germany), Notarial Competence in Property Division Matters in Germany

⁵⁵ V. Clarissa Fonda (Italie), Les héritages numériques

⁵⁶ V. Ratiba Sekkate (Maroc), La Kafala et le Tanzil

⁵⁷ Not. Dilshod Ashurov, Pre-trial dispute resolution: new roles of the notary in the service of society; Not. Carla Balducci, Not. Graciela Curuchelar, Not. María Cristina Garcia, Not. Graciela Vilalta, "La inserción de la cláusula de mediación para solución integral de controversias en Argentina"

⁵⁸ Tihana Sudar (Croatie), Notary Public as a Court Commissioner in Enforcement Proceedings; Dr. Klaudia Takács (Hongrie) The Reform of the Order for Payment Procedure: Transfer of Jurisdiction to Civil Law Notaries in Hungary; Zhanabilova Assel, Executive inscription as a way of out-of-court settlement of civil disputes in Kazakhstan

⁵⁹ V. Stefan Bandel (Germany), Notarial Competence in Property Division Matters in Germany

⁶⁰ V. Gonzalo Matias Vasquez, Martin Leandro Russo, Mariana Hefling, La regularización dominial en la república argentina; Lillianne Muñoz Mariani, El notariado puertorriqueño como referente en procesos de recuperación ante desastres naturales bajo el marco de la desjudicialización

⁶¹ Ukraine, Les certificats de logement

Entreprise et économie

- Inscription et accès aux registres (registres des sociétés, registres des bénéficiaires effectifs⁶², etc.)
- Contrats de Partenariats Public-Privé⁶³
- Délivrance de l'apostille, formalités de légalisation⁶⁴
- Compte-Séquestre « Escrow account »

IV. RECOMMANDATIONS AUX NOTARIATS MEMBRES :

1. Proposer aux pouvoirs publics des solutions juridiques permettant de simplifier et accélérer les procédures, sans pour autant reculer sur le besoin fondamental de sécurité juridique.
2. Développer des outils numériques sécurisés (comme les plateformes notariales) démontrant la capacité d'adaptation du notariat au monde moderne, et propices à convaincre les pouvoirs publics de leur octroyer de nouvelles compétences en matière non contentieuse.
3. Garantir l'accessibilité du citoyen au service public de la « juridiction volontaire », grâce notamment au tarif et à une répartition géographique des notaires adaptée.
4. Valoriser, dans le dialogue avec le décideur politique, le rôle fondamental que le notariat joue désormais dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ainsi que dans la fiabilité et transparence des registres publics, autant d'éléments qui le rapprochent du rôle de la magistrature.
5. Promouvoir auprès des décideurs politiques la capacité du notaire à effectuer, a minima, un contrôle de légalité de l'acte de juridiction volontaire, et même au-delà, à savoir un contrôle de l'intérêt de la famille, de l'enfant et de la personne vulnérable, pouvant aller jusqu'à une appréciation en opportunité de l'acte.

⁶² Katerina Protivova (Tchéquie), le registre des bénéficiaires effectifs en République tchèque

⁶³ Not. Ladjel Abdelkader, Le rôle du notaire dans les contrats PPP (Partenariats public-privé) en droit Algérien

⁶⁴ Coralie Foënard (France), Réforme de l'Apostille et de la Légalisation en France : le notaire au coeur de la modernisation et de la sécurité juridique des échanges internationaux

AUX NOTAIRES :

1. Proposer des solutions humaines et personnalisées à ses clients, autrement dit, des actes et conseils adaptés à leurs besoins, notamment lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables.
2. Prévenir les litiges et désengorger les tribunaux, grâce à son rôle traditionnel de pacificateur et de tiers impartial, ainsi qu'à l'exercice de nouvelles compétences en matière non contentieuse (ex. médiation et conciliation)
3. Actualiser ses connaissances juridiques dans tous les domaines du droit (droit de la famille, de la personne, droit immobilier, droit des contrats, droit des sociétés, droit international privé, droit commercial, etc.) afin d'exercer un contrôle de légalité et un devoir de conseil de qualité.
4. Motiver son acte, son interprétation factuelle et juridique, et le cas échéant sa décision, afin de justifier le raisonnement juridique suivi, et en permettre la parfaite compréhension par les parties.

