

77 Pays du monde visés pour une même fin et un même but : l'union du notariat.



26 CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT

MARRAKECH, MAROC, 3 - 6 OCTOBRE 2010

COLLOQUE SUR LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES

GENÈVE, SUISSE - 2 MARS 2010

ARCHIVES NOTARIALES: Acte de Me Victor-Gervais-Protais MANGEARD

PAR MAÎTRE DANIEL-SÉDAR SENGHOR





AN 2010

N°116



REVUE INTERNATIONALE DU NOTARIAT

- **RIN**
Revue Internationale du Notariat
- **ONPI**
Institution éditrice
- **Sede Permanente**
Avenida Las Heras 1833. Piso 4° (1024)
- **Direction et Rédaction**
Avenida Las Heras 1833. Piso 4° (1024)
Ville Autonome de Buenos Aires - République Argentine
Tél: (0054) 11 4809-7000 Interno 7161
Mail: onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar
- **Directeur**
Me Enrique H. J. GARBARINO
- **Vice-directrice**
Me Marcela A. PESCE
- **Commission Revue**
Me Alejandra VIDAL BOLLINI
Me Mariano MIRÖ
- **Traductrices langue française:**
María Inés CASADOUMECQ et María del Carmen RAMAYÓN
- **Traductrices langue anglaise:**
María Claudia CARBONE et Elizabeth REDDY
- **Conception graphique:** Cecilia Alcoba 4547-2265 / 155828-6566

Dépôt légal conformément à la loi 11.723

N° de Registre de la Propriété intellectuelle 1432 Gestion 151.770

La revue respecte les idées et les opinions de ses collaborateurs,
mais elle ne se solidarise pas pour autant avec elles.
Les articles sans signature ont été conçus par la direction.

RIN N° 116
An 2010

Président

Me Dr. Eduardo GALLINO, Argentine

Vice-président pour l'Afrique

Me Gaoussou HAIDARA, Mali

Vice-président pour l'Amérique du Nord, Centrale et les Caraïbes

Me Dr. Francisco Xavier ARREDONDO GALVÁN, Mexique

Vice-président pour l'Amérique du Sud

Me Dr. Flavio Bueno FISCHER, Brésil

Vice-président pour l'Asie

Me Dr. Zhengkun DUAN, Chine

Vice-président pour l'Europe

Me Dr. Rafael Gómez FERRER, Espagne

Trésorier

Me Dr. Bernhard BURKARD, Suisse

Membres

Me Dr. Rolf GAUPP, Allemagne

Me Dr. Ganiou ADECHY, Bénin

Me Dr. Denis MARSOLAIS, Canada

Me Dr. Jorge Luis BUELVAS HOYOS, Colombie

Me Dr. Alain LAMBERT, France

Me Dr. Jacques CHAPPUIS, France

Me Dr. Dariusz Wojciech RZADKOWSKI, Pologne

Me Dr. Franz LEOPOLD, Autriche

Me Dr. Juan Ignacio GOMEZA VILLA, Espagne

Me Dr. Francesco ATTAGUILE, Italie

Me Dr. Nikolaos STASSINOPOULOS, Grèce

MEMBRES DE DROIT AVEC VOIX CONSULTATIVE

Président sortant de l'UINL

Me Dr. Giancarlo LAURINI, Italie

Secrétaire de l'UINL

Me Dr. Oscar Félix RUIZ, Argentine

Présidente de la Commission des Affaires Africaines (CAAf)

Me Dr. Houcine SEFRIQUI, Maroc

Président de la Commission des Affaires Américaines (CAA)

Me Dr. Alfonso ZERMEÑO INFANTE, Mexique

Président de la Commission des Affaires Européennes (CAE)

Me Dr. Mario MICCOLI, Italie

Président de la Commission de Coopération

Notariale Internationale (CCNI)

Me Dr. Jean-Paul DECORPS, France

Président de la Commission Consultative (CC)

Me Dr. André SCHWACHTGEN, Luxembourg

Secrétariat Administratif

Me Dr. Mario Miccoli (Italie)

Bureau Notarial Permanent

des Échanges Internationaux (O.N.P.I.)

Me León Hirsch (Argentine)

MEMBRES DIRECTIFS

Président

León HIRSCH (Argentine)

Vice-présidents

José Luis PERALES SANZ (Espagne)

Houcine SEFRIQUI (Maroc)

Secrétaire

Horacio Francisco BALLESTRIN (Argentine)

Trésorier

Martin Giralt FONT (Argentine)

Membres Titulaires

Rosa Marta AXELRUD DE LENDNER (Argentine)

Ismael CONTRERAS PRÍNCIPE (Colombie)

Jose Alberto DA ROCHA BRITO (Brésil)

Enrique H. J. GARBARINO (Argentine)

Ana María KEMPER (Argentine)

Pablo Adolfo MARINO (Argentine)

María Evelina MASSA (Argentine)

Edyanne MOURA DA FROTA CORDEIRO (Brésil)

Bernardo PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (Mexique)

Gonzalo TROBO (Uruguay)

Membres suppléants

Flora MARIÑANSKY DE KATZ (Argentine)

Mariano MIRÓ (Argentine)

Marcela PESCE (Argentine)

Alejandra VIDAL BOLLINI (Argentine)

Collaborateurs de l'ONPI

María del Carmen ALONSO

Ricardo BLANCO LARA

Silvia FARINA

Patricia LANZON

Rodolfo MO

Alba Rosa MUÑIZ de LEON

Osvaldo SOLARI COSTA

Angélica VITALE

Directeurs Page Web

Notario Mariano MIRÓ

Notaria Alejandra Vidal Bollini

Directeur de la Revue Internationale du Notariat (RIN)

Me Enrique H. J. GARBARINO

Vice-directrice

Me Marcela A. Pesce

Directrice du Bulletin électronique

des Adhérents Individuels

Me Rosa Marta Axelrud de Lendner

Consultants Juridiques Internationaux

Antonio BOGGIANO

Isidoro LORA TAMAYO

Alicia PERUGINI

ALBANIE

CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT D'ALBANIE
Rr. Kont Urani
TIRANA, ALBANIE
Tél : +355-42-44555 / e-mail: flacej@icc-al.org

ALGERIE

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES
8 rue Sergent Addoun
ALGER, ALGÉRIE
Tél : +213-21635345 ou 48
Fax: +213-00.213.21639099 ou 21635346
e-mail: president@c-notaires.dz / http://www.c-notaires.dz

ALLEMAGNE

BUNDESNOTARKAMMER
Mohrenstrasse 34
D-10117 BERLIN, ALLEMAGNE
Tél : +49-30-3838660 / Fax: +49-30-3838666
e-mail: BNotK@BNotK.de / http://www.bnotk.de

ANDORRE

CAMBRA DE NOTARIS DEL PRINCIPAT D'ANDORRA
(Chambre des notaires de la Principauté d'Andorre)
C/ Prat de la Creu n° 36, 2n pis.
AD500 ANDORRA LA VELLA., (Principauté d'Andorre)
Tél : +376-801000 / Fax: +376-868284
e-mail: notariabartumeu@andorra.ad

ARGENTINE

CONSEIL FEDERAL DU NOTARIAT ARGENTIN
Avda Callao 1542
1024 Buenos Aires, REPUBLIQUE ARGENTINE
Tél : +54-11-48029201 +54-11-48010081 int. 396/7/8
Fax: +54-11-48010081 int. 398 +54-11-48029201
e-mail: consfed@ingesis.com.ar / http://www.cfna.org.ar

ARMENIE

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES D'ARMENIE
1 rue Bagramian, Impasse, bâtiment 14A
EREVAN, ARMENIE
Fax: +374 10 74 97 11 / e-mail: viken@xter.net

AUTRICHE

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER
Landesgerichtsstrasse, 20
A-1010 VIENNE
Tél : +43-1-4024509 / Fax: +43-1-4063475
e-mail: kammer@notar.or.at / http://www.notar.at

BELGIQUE

CONSEIL INTERNATIONAL DU NOTARIAT BELGE
Rue de la Montagne, 30-34
B-1000 BRUXELLES, BELGIQUE
Tél : +32-2-5050896(11) / Fax: +32-2-5050893
e-mail: CINB-IRBN@fedMebe
http://www.notaire.be / http://www.notaris.be

BENIN

CHAMBRE DES NOTAIRES DU BENIN
Carré 621 Gbégaméy
08 BP 0376 Tri Postal
Cotonou, Bénin
Tel.: +229 21 30 77 88/30 68 89 / Fax: +229 21 30 77 88
e-mail: officenotarialjgbedo@yahoo.fr

BOLIVIE

ORDRE NATIONAL DES NOTAIRES DE LA BOLIVIE
Calle Colón No. 330
Ed. Colón Piso 4°. Of. 401-402
LA PAZ, BOLIVIE
Tél : +591-2-2201197 -2201125 / Fax: +591-2-2201197
e-mail: ugri@entelnet.bo / colnotbol@latinmail.com

BRÉSIL

ORDRE DES NOTAIRES DU BRÉSIL-CONSEIL FEDERAL
Rua Julio de Castilhos 419
93510-130 Cx-.Postal 390
Novo Hamburgo, BRÉSIL
Tél : +55-51-5941922 / Fax: +55-51-5937171
e-mail: fischer@tabelionatofischer.Mebr
http://www.notariado.org.br

BULGARIE

CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA BULGARIE
7 rue Pirotska
BG-1301 SOFIA, BULGARIE
Tél : +359-2-980-99-32 / Fax: +359-2-986-77-35
e-mail: chamber@notary-chamber.org / http://www.notary-chamber.org

BURKINA FASO

ORDRE DES NOTAIRES DU BURKINA FASO
01 B.P. 6168
OUAGADOUGOU 01, BURKINA FASO
Tél : +226-50316264 / Fax: +226-50316499
e-mail: balama.notaire@lipthinfo.bf

CAMEROUN

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DU CAMEROUN
BP 7233
YAOUNDE, CAMEROUN
Tél : +237-3431638 / Fax: +237-3422758
e-mail: etude.collins@creolink.net / tibagna@yahoo.com

CANADA

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUEBEC
Tour de la Bourse, 800 Place-Victoria
Bureau 700
Case postale 162
MONTREAL (Québec), H4Z 1L8 Canada
Tél : +1-514-879-1793 / Fax: +1-514-879-1923
e-mail: denis.marsolais@cdnq.org / http://www.cdnq.org

CHILI

ASSOCIATION DES NOTAIRES,
CONSERVATEURS ET ARCHIVES
JUDICIAIRES DU CHILI
Calle Avda. Pdte. Bulnes, n°79, Oficina 50
Casilla 14270 - Correo 21
SANTIAGO DE CHILE, CHILI
Tél : +56-2-6713557 / Fax: +56-2-6962508
e-mail: asdeno@infovia.cl / http://www.notariosconservadores.cl

CHINE

ASSOCIATION DES NOTAIRES DE LA CHINE
16th Floor, Tower B, Building 17,
Area 1 Fangchengyuan, Fangzhuang
Fengtai District, BEIJING, 100078, CHINE
Tél : +86-10-58 07 56 66-8027 / Fax: +86-10-58 07 51 08
e-mail: chinanotary@yahoo.com.cn / http://www.chinanotary.org

COLOMBIE

UNION NATIONALE DU NOTARIAT COLOMBIEN (U.N.C.)
Carrera 9 N° 97-20
SANTA FE DE BOGOTA D.C., COLOMBIE
Tél : +57-1-2577427/2577433 / Fax: +57-1-2560407
e-mail: unionnotarcol@yahoo.com

CONGO

CHAMBRE DES NOTAIRES DU CONGO
Tour Mayombe - 2ème étage, Entrée A
Av. Général Charles de Gaulle. B.P. 1759
POINTE-NOIRE, REPUBLIQUE DU CONGO
Tél : +242-941331/6618858/5350213 / Fax: +242-941876 / 942972
e-mail: agomes7372@aol.com

COSTA RICA

ORDRE DES AVOCATS DU COSTA RICA
Apartado Postal 3161
1000 SAN JOSÉ, COSTA RICA
Tél : +506-2531947 / Fax: +506-2240314
e-mail: icoden@abogados.or.cr / http://www.abogados.or.cr/icoden

COTE D'IVOIRE

LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA COTE D'IVOIRE
B.P. 1409
ABIDJAN 01, COTE D'IVOIRE
Tél : +225-20327601 / Fax: +225-20321147

CROATIE

CHAMBRE DES NOTAIRES DE CROATIE
Rackoga 10
HR-10000 Zagreb, CROATIE
Tél : +385-1-4556566 / Fax: +385-1-4551544
e-mail: hjbk@globalnet.hr
http://www.hjk.hr / http://www.hjk.hr/indexe (anglais)

- CUBA**
SOCIÉTÉ DU NOTARIAT CUBAIN
(Union National des Juristes de Cuba)
Calle 21 n° 552 esq. a D Vedado, Plaza de la Revolución
Ciudad de LA HABANA, C.P. 10400, CUBA
Tél : +537-8329680/8327562/8326209 / Fax: +537-8302954
e-mail: unjc@unjc.co.cu/olgariel@minjus.cu / olgalidia@minjus.cu
http://www.uniondejuristasdecuba.cu
- EL SALVADOR**
ORDRE DES NOTAIRES DU SALVADOR
Condominio Plaza Real - Apartamento n. 28-A
21^a Av. Norte y Calle Arce
SAN SALVADOR, EL SALVADOR C.A.
Tél : +503-2228990 / Fax: +503-2210915
e-mail: gprieto61@hotmail.com
- EQUATEUR**
FÉDÉRATION ÉQUATORIENNE DES NOTAIRES
Ramón Roca E8-18 y Av. 6 de Diciembre Of. 2-C
Edificio Ponce García
Quito, EQUATEUR
Tél : +593-2-2501102/2529436 / Fax: +593-2-2501103
e-mail: notaria1@uio.satnet.net
- ESPAGNE**
CONSEIL GENERAL DU NOTARIAT
Paseo del General Martínez Campos n°46, 6^o Planta
E-28010 MADRID, ESPAGNE
Tél : +34-91-3087232 / Fax: +34-91-3087053
e-mail: info@notariado.org / internacional@notariado.org
http://www.notariado.org / http://www.notariado-cg.es
- ESTONIE**
EESTI VABARIIGI NOTARITE KODA
Chambre des notaires d'Estonie
Address: Viru tn 4,
EE - 10140 TALLINN - ESTONIE
Tél : +372-6-313122 / Fax: +372-6-314685
e-mail: koda@notar.ee / notkoda@uninet.ee / http://www.notar.ee
- FRANCE**
CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS
31, Rue du Général Foy
F-75383 PARIS CEDEX 08, FRANCE
Tél : +33-1-44903000 / Fax: +33-1-44903030/44903120
e-mail: international.csn@notaires.fr / http://www.notaires.fr
- GABON**
CHAMBRE DES NOTAIRES DU GABON
B.P.1967
PORT-GENTIL, GABON
Tél : +241-550746 / Fax: +241-555752
e-mail: ndelia-celestin@inet.ga
- GÉORGIE**
CHAMBRE DES NOTAIRES DE GEORGIE
150, Avenue Agmachénébéli
0112 - TBILISSI, GÉORGIE
Tel/Fax : +995 32942004
e-mail: ninokhperia@yahoo.de / nkhoperia@justice.gov.ge
- GRECE**
CONSEIL NATIONAL DU NOTARIAT HELLENIQUE
4, Rue G.Gennadiou
GR-10678 ATHENES, GRECE
Tél : +30-210-3307450/60/70/80 (Départ. Intern.: +30-210-3307456)
Fax: +30-210-3848335 / e-mail: notaries@notariat.gr
- GUATEMALA**
ORDRE DES AVOCATS ET DES NOTAIRES DU GUATEMALA
Edificio Colegios Profesionales
O Calle 15-46 Zona 15
01015 GUATEMALA, GUATEMALA C.A.
Tél : +502-2-3693695/709/712 / Fax: +502-2-3693714
e-mail: colegio@colegioabogadosynotarios.org.gt
http://www.colegioabogadosynotarios.org.gt
- GUINEE**
CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE GUINEE
B.P. 3114
CONAKRY, REPUBLIQUE DE GUINEE
Tél : +224-210697-401407 / e-mail: meadialogn@yahoo.fr
- HAITI**
ASSOCIATION SYNDICALE PROFESSIONNELLE
DE NOTAIRES DE PORT-AU-PRINCE
230, Avenue John Brown
PORT-AU-PRINCE, HAÏTI
Tél : +509-2459697/2459698 / Fax: +509-2459798
e-mail: jh_ceant@yahoo.com
- HONDURAS**
ORDRE DES AVOCATS DU HONDURAS
Apartado Postal 957
Colonia 15 de Septiembre - Comayaguela
TEGUCIGALPA D.C., HONDURAS C.A.
Tél : +504-2-331317/331533 / Fax: +504-2-338030
e-mail: colegiodeabogados@cablecolor.hn
http://www.colegiodeabogadosdehonduras.org
- HONGRIE**
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE L'HONGRIE
Pasaréti str. 16
H-1026 BUDAPEST, HONGRIE
Tél : +36-1-4894880 / Fax: +36-1-3567052
e-mail: moka@hu.inter.net / http://www.kozjegyzo.hu
- INDONESIE**
IKATAN NOTARIS INDONESIA (ASSOCIATION INDONESIENNE DES NOTAIRES)
Jalan Hasyim Ashari
Roxy Mas Blok El-32
Jakarta Pusat 10150, INDONESIE
Tél : +62-21-63861919/63851329 / Fax: +62-21-63861233
e-mail: pp-ini@rad.net.id
- ITALIE**
CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
(Conseil National du Notariat)
Via Flaminia, 160
I-00196 ROMA, ITALIE
Tél : +39-06-362091 / Fax: +39-06-32650079
e-mail: cnn.segintern@notariato.it / http://www.notariato.it
- JAPON**
NIPPON KOSHONIN RENGOKAI
(Association Nationale des Notaires du Japon)
Daïdo Kasumigaseki Bld.,
1-4-2, Kasumigaseki 1-chome,
Chiyoda-ku, TOKYO, Japon 100-0013
Tél : +81-3-3502-8050 / Fax: +81-3-3508-4071
e-mail: honbu@koshonin.gr.jp / http://www.koshonin.gr.jp
- LETTONIE**
Latvijas Zverinatu Notaru Padome
(Chambre des Notaires Assermentés de la Lettonie)
Krišjana Valdemara iela 20 - 8
LV-1010 RIGA, LETTONIE
Tél : +371-7240073 ou 4 / Fax: +371-7286326
e-mail: notary@notary.lv / http://www.notary.lv
- LITUANIE**
LIETUVOS NOTARU RUMAI
(Chambre des Notaires de la Lituanie)
Jasinskiog. 16
LT- 01112 VILNIUS, LITUANIE
Tél : +370-5-2614757/2461345 / Fax: +370-5-2614660
e-mail: rumai@notarai.lt / laima@notarurumai.lt / http://www.notarai.lt
- LONDRES**
SOCIETY OF SCRIVENER NOTARIES
(Société des notaires)
10 Philpot Lane
LONDON EC 3M 8BR, ENGLAND
Tél : +44-20-76239477 / Fax: +44-20-76235428
e-mail: kennair@johnvenn.co.uk / http://www.scrivener-notaries.org.uk
- LOUISIANE**
THE AMERICAN CIVIL LAW NOTARIAT (ACLN)
(Le Notariat de droit civil américain)
212 Veterans Boulevard
Metairie
LOUISIANE 70005, U.S.A.
Tél : +1-504-8379040 / Fax: +1-504-8346452
e-mail: sbroussard@newmanmathis.com / pbello@usa.com

■ **LUXEMBOURG**

CHAMBRE DES NOTAIRES DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG
50, Route d'Esch, L-1470 LUXEMBOURG
Tél : +352-447021 / Fax: +352-455140
e-mail: chambre.des.notaires@online.lu / <http://www.notariat.lu>

■ **MALI**

CHAMBRE DES NOTAIRES DU MALI
BP E 2575
Bamako, MALI
Tél : +223-2-230328 / Fax: +223-2-233860
e-mail: maitrediallo@cefib.com

■ **MAROC**

CHAMBRE NATIONALE DU NOTARIAT MODERNE AU MAROC
41, Rue Jilali El Ouraïbi (Ex Rue Foucauld)
Angle Boulevard Mohammed V
CASABLANCA, MAROC
Tél : +212-222-209837/209849 / Fax: +212-222-209858
e-mail: notairesmaroc@yahoo.fr / notairesmaroc@wanadoo.net.ma

■ **MEXIQUE**

ASSOCIATION NATIONAL DU NOTARIAT MEXICAIN
Av. Paseo de la Reforma No. 454
Col. Juárez, Delegación Cuauhtémoc
CP 06600 MEXICO D.F., MEXIQUE
Tél : +52-55- 55146058, 55256452, 55255167, 55256415, 55256254,
55255987 / Fax: idem
e-mail: notariadomexicano@notariadomexicano.org.mx
<http://www.notariadomexicano.org.mx>

■ **MOLDAVIE**

UNION DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE MOLDAVIE
Uniunea Notarilor din Republica Moldova
Constantin Stere N. 8
CHISINAU, MOLDAVIE
Tél : +373-22-232572 +373-69-132675 / Fax: +373-22-23 25 74
e-mail: unrm@moldova.md

■ **MONACO**

Notariat de la Principauté de Monaco
2, Rue Colonel Bellando de Castro
MONTECARLO, PRINCIPAUTE DE MONACO
Tél : +377-93-3041-50 / Fax: +377-93-3005-22

■ **NICARAGUA**

ORDRE DES AVOCATS DU NICARAGUA
Restaurante Terraza
10 Paradas Abajo - Frente a la O.E.A.
Apartado Postal 3506
MANAGUA, NICARAGUA
Tél : +505-2-22834/76406

■ **NIGER**

CHAMBRE DES NOTAIRES DU NIGER
Boîte Postale n°10616
NIAMEY, NIGER
Tél : +227-740898/735027 / Fax: +227-734223
e-mail: virgin@intnet.ne

■ **PANAMA**

Ordre des Notaires du Panamá
P.O. Box 832-0149 WTC
PANAMA, REPUBLIQUE DE PANAMA
e-mail: notariouse@cwpanama.net

■ **PARAGUAY**

ORDRE DES NOTAIRES DU PARAGUAY
Juan E.O'Leary n°1066, ASUNCION, PARAGUAY
Tél : +595-21-491273 / Fax: +595-21-491273
e-mail: secretaria@cep.org.py / cep@cep.org.py / www.cep.org.py

■ **PAYS BAS**

KONINKLIJKE NOTARIELE BEROEPSORGANISATIE
B.P.16020
NL-2511 BA DEN HAAG, PAYS BAS
Tél : +31-70-3307111 / Fax: +31-70-3602861
e-mail: m.dop@knbn.nl / <http://www.notaris.nl>

■ **PEROU**

ASSEMBLÉE DES DOYENS DES ORDRES DES NOTAIRES DU PEROU
Av. Paseo de la República N° 3565
Octavo Piso, San Isidro - LIMA 27, PEROU
Tél : +51-1-4228160 / Fax: +51-1-4228004
e-mail: jdcnperu@terra.com.pe / <http://www.notarios.org.pe>

■ **POLOGNE**

Krajowa Rada Notarialna
(Conseil National des Notaires de la Pologne)
ul.Dzika 19/23
PL-00172 WARSZAWA, POLOGNE
Tél : +48-22 6357840 / Fax: +48-22 6357910
e-mail: biuro@krn.org.pl / dzial.zagr@krn.org.pl
<http://www.krn.org.pl>

■ **PUERTO RICO**

ASSOCIATION DES NOTAIRES DE PUERTO RICO
P.O.Box 363613
SAN JUAN, PUERTO RICO 00936-3613
Tél : +1-787-758-2773 / Fax: +1-787-759-6703
e-mail: notariosdepr@onelinkpr.net
<http://www.notariosdepr.com> / <http://www.anotapr.org>

■ **PORTUGAL**

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE NOTARIOS
(ASSOCIATION DES NOTAIRES DU PORTUGAL)
Rua dos Sapateiros 115, 3 Dt.
P-1100-577 LISBOA, Portugal
Tél : +351-21-3259399 / Fax: +351-21-3463876
e-mail: ordemnotarios@netcabo.pt /
notario.baratalopes@mail.telepac.pt
<http://www.notariosportugal.org>

■ **REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE**

CHAMBRE DES NOTAIRES DE CENTRAFRIQUE
Centre Ville - Immeuble Tropicana
B.P. 1720
BANGUI, République Centrafricaine
Tél : +236-613502 / Fax: +236-611990

■ **REPUBLIQUE DE TCHAD**

ORDRE DES NOTAIRES DU TCHAD
178, Avenue Charles de Gaulle B.P. 5017 NDJAMENA, TCHAD
Tél : +235-524611 / Fax: +235-524610
e-mail: etude.madet@intnet.td

■ **REPUBLIQUE T CHÈQUE**

NOTARSKA KOMORA České Republiky
(Chambre de Notaires de la République Tchèque)
Jecná 11 CZ-120 00 PRAHA 2, République Tchèque
Tél : +420-2-24921258/24921126 / Fax: +420-2-24919192/24919266
e-mail: nkcr@nkcr.cz / <http://www.nkcr.cz>

■ **REPUBLIQUE DOMINICAINE**

ORDRE DES NOTAIRES DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
Calle Arzobispo Portes, esq.Las Carreras (Altos)
2do Piso, Edificio Centro Masónico
SANTO DOMINGO D.N., REPUBLIQUE DOMINICAINE
Tél : +1-809-687-2883 / Fax: +1-809-689-0849
e-mail: colegdenotarios@codetel.net.do

■ **REPUBLIQUE DE MACEDOINE**

Notarska Komora na Republika Makedonija
(Chambre des Notaires de la République de Macédoine)
28/V Rue Dame Gruev
MK-1000 SKOPJE, MACEDOINE Rép.
Tél : +389-2-3115-816 / Fax: +389-2-3239150
e-mail: notkom@mol.com.mk

■ **REPUBLIQUE DE MALTA**

KUNSILL NOTARILI ta' MALTA
215/3 b Triq il-Fran
M-Valletta VLT 11, MALTA
Tél : +356-21-245828/462930/246162 / Fax: +356-21-230522
e-mail: jva@onvol.net / vjbrub@maltnet.net / sammar@orbit.net.mt

■ **REPUBLIQUE DE MAURICE**

CHAMBRE DES NOTAIRES DE L'ILE MAURICE
PCL building 43, Rue Sir William Newton
PORT LOUIS, ILE MAURICE
Tel (230)212 2204/2647/2649 / Fax (230)212 2653
e-mail: notario@intnet.mu

■ **REPUBLIQUE DE SAN MARINO**

ORDINE DEGLI AVVOCATI E NOTAI
(Ordre des avocats et des notaires)
Via Gino Giacomini, 154
47890 - San Marino Città, REPUBLIQUE DE SAN MARINO
Tél : +39-0549-991333 / Fax: +39-0549-991333
e-mail: ordinedegliavvocati@omniway.sm
<http://www.tradecenter.sm/avvocati-notai>

■ **ROUMANIE**

UNION NATIONALE DES NOTAIRES PUBLICS DE ROUMANIE
Str. General Berthelot nr. 41
Sector 1
RO-707471 Bucarest, ROUMANIE
Tél : +40-21-3139920/23/25/26/37/40 / Fax: +40-21-3139910
e-mail: presedinte@uniuneanotarilor.ro / internationale@uniuneanotarilor.ro
<http://www.uniuneanotarilor.ro>

■ **RUSSIE**

CHAMBRE NOTARIALE FEDERALE DE LA RUSSIE
Bobrov per., 6, bâtiment 3
RU-101000 MOSCOW, RUSSIE
Tél : +70-95-9238676/9235970 / Fax: +70-95-9285193
e-mail: fnprus@notary.ru / <http://www.notariat.ru>

■ **SENEGAL**

CHAMBRE DES NOTAIRES DU SENEGAL
83, boulevard de la République - Immeuble "Horizon"
B.P. 11045 DAKAR, SENEGAL
Tél : +221-8494040 / Fax: +221-8223233
e-mail: cdns@sentoo.sn/amnot@sentoo.sn
moustapha.ndiaye@notaires.sn

■ **SLOVAQUIE**

NOTARSKA KOMORA SLOVENSKEJ REPUBLIKY
(Chambre des Notaires de la République Slovaque)
Záhradnícka ul. 66
SK-82108 Bratislava, SLOVAQUIE
Tél : +421-2-55574519 / Fax: +421-2-55574589
e-mail: notarska.komora@notar.sk / <http://www.notar.sk>

■ **SLOVENIE**

NOTARSKA ZBORNICA SLOVENIJE
(Chambre des Notaires de Slovénie)
Tavcarjeva 2
SI-1000 Ljubljana, SLOVENIE
Tél : +386-1-4392570 / Fax: +386-1-4340247
e-mail: info.nzs@siol.net / <http://www.notar-z.si>

■ **SUISSE**

FEDERATION SUISSE DES NOTAIRES
Gerechtigkeitssgasse 50/52
CH-3000 BERN 8, SUISSE
Tél : +41-31-3105811 / Fax: +41-31-3105850
e-mail: phbosset.notaire@bluewin.ch / fsn@schweizernotare.ch
<http://www.notairessuisses.ch>

■ **TOGO**

CHAMBRE DES NOTAIRES DU TOGO
748, Bd. Jean Paul II
B.P. 30219 LOME, TOGO
Tél : +228-2261052 / Fax: +228-2261695
e-mail: tchassonanot@defitogo.tg

■ **TURQUIE**

TÜRKIYE NOTERLER BIRLIGI
(Union des Notaires Turcs)
Mithatpasa Cad. No: 12
TR-06410 Yenisehir, ANKARA, TURQUIE
Tél : +90-312-4340160-66 / Fax: +90-312-4342099
e-mail: tnb@mail.noterlerbirligi.org.tr / aylin@noterlerbirligi.org.tr
<http://www.noterlerbirligi.org.tr>

■ **URUGUAY**

ASSOCIATION DES NOTAIRES DE L'URUGUAY
Avenida 18 de Julio 1730, pisos 11 y 12
Edificio del Notariado
MONTEVIDEO, URUGUAY
Tél : +598-2-4094317/4006400 / Fax: +598-2-4010637
e-mail: secretaria@aeu.org.uy / <http://www.aeu.org.uy>

■ **VATICAN**

Ufficio LEGALE del Governatorato
V-00120 CITTA DEL VATICANO, VATICAN
Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato
Tél : +39-06-69885592 / Fax: +39-06-69885299

■ **VENEZUELA**

ASSOCIATION DES NOTAIRES DU VENEZUELA
Avenida Urdaneta, Esq. Plaza España a Animas
Centro Financiero Latino, Piso 13, Ofic. AC 13-1
CARACAS, VENEZUELA
Tél : +58-4714647/5457760 / Fax: +58-212-5458556
e-mail: asovenot@cantv.net

L'ACTE AUTHENTIQUE	15
ÉDITORIAL	17
CHAPITRE 1	
■ 26 CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT, MARRAKECH, MAROC, 3 - 6 OCTOBRE 2010 Président du Congrès: Maître Houcine Sefrioui	23
CHAPITRE 2: MANIFESTATIONS INSTITUTIONNELLES	29
■ 1 - STAGE DE MISE À JOUR FISCALE DE L'ASSOCIATION NATIONALE DU NOTARIAT MEXICAIN	29
■ 2 - I RENCONTRE RÉGIONALE SUD RELATIVE À LA SIGNATURE NUMÉRIQUE ET À LA SÉCURITÉ JURIDIQUE	29
■ 3 - II RENCONTRE NOTARIALE BINATIONALE - CHICLAYO, LAMBAYEQUE, PÉROU	29
■ 4 - I JOURNÉE INTERNATIONALE DE DROIT NOTARIAL 2010 - SANTA CRUZ, BOLIVIE	29
■ 5 - GRAND BAL VIENNOIS DES JURISTES - "JURISTENBALL"	30
■ 6 - RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION DE L'UINL - BARILOCHE, RÉPUBLIQUE ARGENTINE	30
■ 7 - RÉUNION DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME (CDH) ET COLLOQUE SUR LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES - GENÈVE, SUISSE	32
■ 8 - I CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT DE L'ENREGISTREMENT - MEXICO D.F., MEXIQUE, DU 24 AU 26 MARS 2010	32
■ 9 - JOURNÉES DE DROIT INTERNATIONAL ET PRIVÉ NOTARIAL (ONPI) - DU 12 AU 16 AVRIL 2010, ASUNCIÓN, PARAGUAY	32
■ 10 - XXII JOURNÉES EUROPÉENNES DES NOTAIRES - SALZBOURG, AUTRICHE, LES 22 ET 23 AVRIL 2010	33
■ 11 - 29 JOURNÉE NOTARIALE ARGENTINE - MAR DEL PLATA, ARGENTINE, DU 5 AU 8 MAI 2010	33
■ 12 - RÉUNION DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES (CAE) ST. PÉTERSBOURG, RUSSIE, DU 20 AU 22 MAI 2010	35
■ 13 - PREMIÈRE SÉANCE PLÉNIÈRE DE LA COMMISSION DES AFFAIRES AMÉRICAINES DE L'UINL PUNTA CANA, RÉPUBLIQUE DOMINICAINE, DU 31 MAI AU 2 JUIN 2010	35
■ 14 - 106 CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE - BORDEAUX, FRANCE, LES 30 ET 31 MAI 2010	36
■ 15 - COLLOQUE DE LA FONDATION IRENE, "DROIT ET VIN" EN COOPÉRATION AVEC LA MAISON DE L'EUROPE BORDEAUX, FRANCE, 3 JUIN 2010	36

■ 16 - XIV JOURNÉE NOTARIALE IBÉROAMERICAINE - PUNTA CANA; RÉPUBLIQUE DOMINICAINE, DU 3 AU 6 JUIN 2010	37
■ 17 - TROISIÈME CONVENTION DES JURISTES DE LA MÉDITERRANÉE, FONDATION DE DROIT CONTINENTAL ROME, ITALIE, DU 7 AU 9 JUIN 2010	37
■ 18 - TROISIÈME COLLOQUE DES NOTARIATS EUROMÉDITERRANÉENS - ALGÉRIE, DU 20 AU 23 JUIN 2010	37
■ 19 - XI CONGRÈS NATIONAL DU NOTARIAT PÉROUVIEN - TARAPOTO, SAN MARTÍN, PÉROU	37
■ 20 - RÉUNIONS DES COMMISSIONS ET RÉUNION PLÉNIÈRE DE LA COMMISSION DES AFFAIRES AMÉRICAINES (CAA) DE L'UINL - GUANAJUATO, MEXIQUE, LES 30, 31 AOÛT ET LE 1 ^{er} SEPTEMBRE 2010	38
■ 21 - CÉLÉBRATION DES NOTARIATS DE L'AMÉRIQUE POUR LE BICENTENAIRE DE L'INDÉPENDANCE GUANAJUATO, MEXIQUE, DU 2 AU 4 SEPTEMBRE 2010	38
■ 22 - RÉUNIONS DES COMMISSIONS DE L'UINL - MARRAKECH, MAROC, LES 29, 30 SEPTEMBRE, 1 ^{er} , 2 ET 3 OCTOBRE 2010	39
■ 23 - ACTIVITÉ INSTITUTIONNELLE GESTION LÉGISLATURE 2008-2010 - PRÉSIDENTE M ^e EDUARDO GALLINO	40

CHAPITRE 3: ACTUALITÉ

■ 3.1 - CODE EUROPÉEN RÉVISÉ DE DÉONTOLOGIE NOTARIALE	45
■ 3.2 - CODE EUROPEEN REVISE DE DEONTOLOGIE NOTARIALE	45
■ 3.3 - ÎLE MAURICE- CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS (CSN): SOUSCRIPTION DE PROTOCOLE DE COOPÉRATION	50
■ 3.4 - CNUE (CONSEIL DES NOTARIATS DE L'UNION EUROPÉENNE)	50
■ 3.5 - LITUANIE : ACCORD DE COOPÉRATION EN SCIENCE LÉGALE	50
■ 3.6 - BULGARIE : REGISTRE CENTRAL DES TESTAMENTS	51
■ 3.7 - CONCLUSIONS DE LA XIV JOURNÉE NOTARIALE IBÉROAMERICAINE, PUNTA CANA - RÉPUBLIQUE DOMINICAINE - DU 2 AU 6 JUIN 2010	52

CHAPITRE 4: JURIDICO - NOTARIAL

■ 4.1 - LE NOTAIRE FACE AUX DÉFIS DE L'INFORMATIQUE PAR FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN	63
■ 4.2- LE RÉGIME DES PROCURATIONS ÉTABLIES À L'ÉTRANGER. RUBEN SANTOS BELANDRO	84
■ 4.3 - COLLOQUE SUR LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES, GENÈVE, SUISSE - 2 MARS 2010 COLLOQUES-CONCLUSIONS	98

CHAPITRE 5: CONFÉRENCES ET DISCOURS

■ 5.1 - DISCOURS DU PRÉSIDENT DE L'UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT, NOTAIRE ME EDUARDO GALLINO, XLIV CONGRÈS NATIONAL DU NOTARIAT, VENISE DU 21 AU 24 OCTOBRE 2009	143
--	-----

- 5.2 - CONFÉRENCE: QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE DROIT PATRIMONIAL DU MARIAGE ET DES AUTRES COHABITATIONS EN DROIT COMPARÉ ET EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, ASSURÉE PAR LE PROFESSEUR ANTONIO BOGGIANO, LORS DES PREMIÈRES JOURNÉES INTERNATIONALES TENUES À L'ORDRE DES NOTAIRES DE MENDOZA, EN SEPTEMBRE 2009. H.E. PROF. DR ANTONIO BOGGIANO MCSGM 146

- 5.3 -DISCOURS D'OUVERTURE DE LA III JOURNÉE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ NOTARIAL ONPI, PRONONCÉ PAR LE PRÉSIDENT DE L'ONPI, MAÎTRE LEON HIRSCH LE 5 AOÛT 2010 AU SIÈGE DE LA FACULTÉ DE SCIENCES JURIDIQUES DE UNIVERSIDAD DEL SALVADOR (USAL) 152

CHAPITRE 6: HISTORIQUES

- 6.1 - ARCHIVES NOTARIALES : ACTE DE ME VICTOR-GERVAIS-PROTAIS MANGEARD, TITULAIRE D'UNE LICENCE EN DROIT, GREFFIER, NOTAIRE À L'ÎLE DE GORÉE DU MERCREDI 2 AVRIL 1817 - PAR MAÎTRE DANIEL-SÉDAR SENGHOR 155

CHAPITRE 7: PUBLICATIONS

- 7.1 - "DERECHO NOTARIAL", Tome I (2006), Tome II (2007), Tome III (2008), PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, et. al., editorial Félix Varela, La Habana COMPTE-RENDU RÉDIGÉ PAR ME JOSÉ ANTONIO MÁRQUEZ GONZÁLEZ 165
- 7.2 -"LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA. REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES Y NORMAS COMPLEMENTARIAS", CORCUERA GARCÍA, Marco Antonio, Editorial Marsol, Lima, 2006, 350 pages. COMPTE-RENDU RÉDIGÉ PAR ME JOSÉ ANTONIO MÁRQUEZ GONZÁLEZ 166



L'ACTE AUTHENTIQUE

L'instrument juridique inhérent au système du Notariat de type latin est le document notarié appelé acte authentique.

L'acte authentique reproduit fidèlement la volonté exprimée auprès du notaire par une ou plusieurs parties. Il possède des qualités substantielles qui le transforment en l'instrument juridique par excellence dans le système du droit écrit et codifié, compte tenu de son niveau élevé de sécurité juridique.

SES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES SONT:

- **LA LÉGALITÉ:** le notaire contrôle et garantit sa légalité;
- **L'EFFICACITÉ:** il est investi de valeur probante, en vertu de la présomption d'exactitude des éléments constatés, affirmés et corroborés par le notaire.
- **LA SÉCURITÉ:** le notaire est un juriste hautement qualifié qui élabore son contenu; recueille, sous différentes modalités, les déclarations de la volonté des parties et dresse, ainsi, un document efficace ayant le rang de loi entre les parties.
- **LA TRANSPARENCE:** il fournit l'information à l'État, en corroborant méticuleusement l'identité des parties à l'acte et le respect des dispositions contre le blanchiment d'argent.
- **LA PERMANENCE:** l'acte authentique devient la mémoire des événements, puisque le notaire en assure sa conservation.

Le document notarié est, donc, un instrument de paix et de justice préventive, qui révèle sa supériorité vis-à-vis de tout document émis sous le régime de la Common Law.

ÉDITORIAL



L'Amérique latine commémore ses 200 ans de liberté.

Cette année est d'une importance toute particulière pour quatre pays du continent. Ce sont l'Argentine, la Colombie, le Mexique et le Chili, qui célèbrent le bicentenaire du début des mouvements d'indépendance.

Le premier de ces bicentenaires a eu lieu le 25 mai, en Argentine. En effet, cette date rappelle le premier gouvernement de la patrie sur le territoire du Río de la Plata.

Sous une approche historique, il nous faut admirer les défis en commun, surmontés dans un grand sacrifice.- C'est l'histoire d'un groupe hétérogène de sociétés, unies par des valeurs partagées: "la reconnaissance de la souveraineté dans le peuple et la liberté individuelle". C'est aussi un but commun "la quête de la dignité et de la liberté de l'homme".



Au seuil du XXVI Congrès International du Notariat, qui se tiendra pour la première fois en Afrique, la Direction de la Revue Internationale du Notariat se réjouit de transmettre ses salutations cordiales et affectueuses au Notariat africain. Elle salue, tout particulièrement, celui du Maroc et le Comité d'organisation, qui dans un grand enthousiasme et de façon très compétente, est en train de préparer cette transcendante réunion.

Les thèmes à traiter susciteront, sans aucun doute, un grand intérêt, pour leur actualité et leur rapport avec les crises financières vécues l'année dernière.

Il faut remarquer que l'action internationale accomplie et les enseignements laissés par les congrès précédents ont été la plus puissante des incitations pour le perfectionnement des institutions juridico-notariales des pays membres.

Aujourd'hui, le Maroc sera, encore une fois, une heure de confraternité notariale dans le monde.

Au Notariat africain...

Merci beaucoup

LETTRE DE ME GALLINO, PRÉSIDENT DE L'U.I.N.L
EN RAISON DU DÉCÈS DU PRÉSIDENT HONORAIRE ME. UMBERTO CAPRARA

L'Union Internationale du Notariat éprouve un vif regret à vous communiquer le décès de son Président honoraire, notre confrère et ami, Umberto Caprara, notaire à Vicenza, en Italie.

Me. Caprara, représentant illustre du notariat international, a été, pendant plusieurs années, Secrétaire permanent européen et successivement président de l'U.I.N.L.

Sa présidence, au sein de l'Union de 1986 à 1989, marquée par l'ouverture et la réforme des statuts, s'est achevée sur une forte expansion du modèle du notariat de type latin dans le monde entier.

Ses remarquables mérites, tant personnels que professionnels, sa grande disponibilité à servir dans l'enthousiasme et en toute compétence le notariat, notre Union et ses idéaux, sont un exemple impérissable pour nous tous.

Tant en mon nom personnel qu'au nom de notre Union Internationale du Notariat, je transmets mes sincères condoléances à sa famille et au notariat italien.

Me. Eduardo Gallino
PRÉSIDENT



IN MEMORIAM

*La RIN éprouve un vif regret suite au décès de l'ancien président de l'Union Internationale du Notariat,
Me Hugo Pérez Montero et rend un digne hommage à sa mémoire.*





26 CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT

MARRAKECH, MAROC, 3 - 6 OCTOBRE 2010

Président du Congrès: Maître Houcine Sefrioui

L'Union Internationale du Notariat (UINL) organise le 26^{ème} CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT.

Ce congrès aura lieu à la ville de Marrakech, au Maroc, du 3 au 6 octobre 2010.



PRÉSENTATION

ALLOCUTION DU PRÉSIDENT DE L'UINL,
Maître Eduardo Gallino

Le XXVI^{ème} Congrès International du Notariat, organisé par l'Union Internationale du Notariat (UINL) se tiendra à Marrakech en Octobre 2010.

LES THÈMES RETENUS SONT:

1) "Participation du Notariat à l'action de l'Etat face aux nouveaux défis de la société: transparence des marchés financiers, blanchiment de capitaux, urbanisme, environnement..."

2) "L'acte authentique notarial au service de la sécurité des investissements, en particulier, son efficacité pour sa publicité dans les registres et sa force exécutoire"

Les Congrès Internationaux du Notariat sont les événements professionnels et juridiques des plus importants au monde, étant donné que plus de 76 notariats membres y participent ainsi que

d'autres notariats en instance d'admission et de nombreuses organisations internationales avec lesquelles l'UINL a des accords de partenariat.

C'est là l'occasion la plus propice pour débattre des sujets scientifiques et d'actualité professionnelle.

Il n'y a pas d'événements comparables de par le monde au plan juridique, avec une continuité de travaux et débats qui montrent une sorte de fil rouge entre les thèmes qui concernent surtout les rapports entre particuliers et avec l'Etat, et qui sont à la base de l'économie de la plupart des pays du monde.

Le premier Congrès international du Notariat a eu lieu en 1948 à Buenos Aires.

Le monde venait de sortir d'une guerre terrible et l'Union Internationale du Notariat Latin était sûrement l'un des premiers organismes internationaux institué dans l'après guerre.

Le premier signal de fraternité après l'hécatombe mondiale venait du Notariat, profession de paix, de justice, d'équilibre, d'équité et d'utilité judiciaire pour la sécurité juridique et économique.

Paix et justice, un connubium inextricable et qui porte avec soi la définition du Notariat.

Ce n'est pas un hasard que chaque Congrès International du Notariat est inauguré par les Chefs d'Etat de chaque nation, puisque les Notaires, étant des officiers publics, des professionnels d'application du droit, incontournable pour le contrôle de la légalité et même pour les finances de chaque nation, et de par leur rôle dans le domaine des impôts, sont un pilier de l'organisation étatique.

Le XXVI Congrès International du Notariat est le premier congrès qui aura lieu en 2010 en Afrique, tous les autres ayant eu lieu en Amérique et en Europe.

Comme Président de l'UINL je dois avouer que, pour moi, le fait que sous ma présidence le Congrès se déroule en Afrique pour la première fois, dans sa partie occidentale du nord, le Maroc, est une chance et une occasion formidable.

Nous profiterons de l'expérience et de la sagesse des Notaires africains et, moyennant un Congrès mondial, nous nous rapprocherons et rassemblerons les Notaires de la planète sur le merveilleux sol hospitalier du Maroc.

Ils pourront connaître les merveilles et les trésors de sa splendide culture, de la beauté et de la fraternité du pays hôte.

Mais il s'agit aussi d'une occasion formidable pour nos amis juristes du Maroc et de l'Afrique entière - et pas seulement pour les Notaires - de connaître notre organisation et de fraterniser avec ses membres. Nous aurons l'honneur de présenter le Notariat aux autorités du Maroc et, tout d'abord, à Sa Majesté le Roi Mohammed VI.

Nous chercherons de montrer au public marocain - nous savons qu'au Maroc il y a des juristes remarquables - les raisons pour lesquelles l'intervention du Notaire est indispensable dans les rapports plus importants du droit privé. Et non seulement cela, parce que je voudrai, comme Président de l'Union, expliquer combien un rôle accru du Notariat aurait pu aider à éviter une crise mondiale, qui est née sur les cendres des prêts hypothécaires américains, passés sans aucune intervention de véritables notaires.

Il y a des raisons plus que valables pour que les africains, et notamment les marocains, se passionnent aux thèmes de notre Congrès et pour que les congressistes se passionnent aux merveilles infinies du Maroc. Mais, pour le moment, et dans l'attente du Congrès, laissez moi exprimer un grand merci à tout le grand peuple notarial africain et, en particulier, à celui du Maroc.

EDUARDO GALLINO
PRÉSIDENT

NOTARIATS DE L'AFRIQUE APPARTENANT À L'UINL

(PAR ORDRE D'ADMISSION)

 CÔTE D'IVOIRE 1983	 MAROC 1986	 BENIN 1989	 MALI	 SENEGAL	 CAMEROUN 1992	 CONGO BRAZAVILLE	 GABON
 CENTRAFRIQUE	 TOGO	 NIGER	 BURKINA FASSO 1995	 GUINÉE	 TCHAD 2001	 ALGERIE 2006	

PAYS CANDIDATS À ÊTRE ADMIS À L'UINL

 TUNEZ	 LIBIA	 MAURITANIA
--	--	---

THÈMES

THÈME I

"Participation du Notariat à l'action de l'Etat face aux nouveaux défis de la société: transparence des marchés financiers, blanchiment de capitaux, urbanisme, environnement"

Coordinateur international

Me Bernardo Pérez Fernández del Castillo (Mexique)

SOUS THÈME

"TRANSPARENCE DES MARCHÉS FINANCIERS"

Président de la Commission des thèmes et congrès

Me Juan Ignacio Gomeza Villa (Espagne)

THÈME II

"L'acte authentique notarial au service de la sécurité des investissements, en particulier, son efficacité pour sa publicité dans les registres et sa force exécutoire"

FORUM "Prévenir les crises: règles, contrôle, transparence"

COMITÉ D'ORGANISATION

Me Houcine SEFRIOUI, Président, Casablanca
 Me Ratiba SEKKAT, 1er Vice-président, Rabat
 Me Abdelmajid BENGELLOUN-ZAHR, 2è Vice-président, Casablanca
 Me Chakib GHIATI, Secrétaire général, Berrechid
 Me Mohamed MALIKI, Trésorier général, Casablanca
 Me Abdelilah MECHATTE, Trésorier adjoint, Casablanca
 Me Hafid OUBRAYEM, Trésorier adjoint, Casablanca
 Me Mohamed ZEMRANI, Conseiller, Casablanca
 Me Maurice HAMOU, Conseiller, Rabat
 Me Najat EL KHAYAT, Conseiller, Casablanca
 Me Hassane RAHMOUNE, Conseiller, Salé
 Me Abdelmajid BARGACH, Conseiller, Rabat
 Me Mohamed SUSSI SADOQ, Conseiller, Fès
 Me Anas BENZEKRI, Conseiller, Rabat
 Me Kenza AZIZI, Conseiller, Agadir
 Me Mustapha AMGHAR, Conseiller, Agadir
 Me Khalid EL MESSAOUDI, Conseiller, Tanger
 Me Mohamed EL JAZOULI, Conseiller, Marrakech

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Me Abdelmajid RHOMIJA,
 Directeur des Études, de la Coopération, et de la Modernisation (Ministère de la justice)
 Me Rajae BEN EL MAMOUN
 Conseillère à la Cour suprême siège de la Cour suprême Hay Riad à Rabat
 Me Yahia EL HASSAN,
 Premier substitut du procureur général près la Cour d'appel de Rabat''
 Me Amal LAMNIAI,
 Magistrat de Sièges
 Me Mohammed BEN ALILOU,
 Magistrat Chef de Division des Affaires Pénales Spéciales
 Me Nassiba FASSI FIHRI,
 Ingénieur à la Direction des Études de la Coopération et de la Modernisation (Ministère de la justice)
 Mr. Khalid HAMMES,
 Vice-doyen de la Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales-Salé (Sala el Jadida)
 Mme Bahya IBNKHALDOUN,
 Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales de Sale (Sala el Jadida)
 Mme Souad ACHOUR,
 Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales de Sale (Sala el Jadida)

INSTITUT D'ÉTUDES JURIDIQUES

Mr. le Professeur Farid EL BACHA,

Professeur Chef de Département de Droits Privé à la Faculté des Sciences Juridiques Économiques
et Sociales Université Mohamed V (Rabat Agdal)

Me Noureddine SKOUKED, Notaire

Me Saad LAHRICHI, Notaire

Me Chakib GHIATI, Notaire

Me Taoufik AZZOUZI, Notaire

Me Linda OUMEMA BEN ALI, Notaire



MANIFESTATIONS INSTITUTIONNELLES

CHAPITRE 2

JANVIER

1) STAGE DE MISE À JOUR FISCALE DE L'ASSOCIATION NATIONALE DU NOTARIAT MEXICAIN

Les 23 et 24 janvier s'est tenu le stage de mise à jour fiscale de l'Association Nationale du Notariat Mexicain, au D. F., Mexique.

2) I RENCONTRE RÉGIONALE SUD RELATIVE À LA SIGNATURE NUMÉRIQUE ET À LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

Les 23 et 24 janvier s'est tenue la première Rencontre Régionale Sud, relative à la signature numérique et à la Sécurité juridique à Ica, au Pérou.

FÉVRIER

3) II RENCONTRE NOTARIALE BINATIONALE PÉROU ÉQUATEUR CHICLAYO, LAMBAYEQUE, PÉROU

Les 5 et 6 février s'est tenue la II Rencontre Notariale Binationale.



4) I JOURNÉE INTERNATIONALE DE DROIT NOTARIAL 2010 SANTA CRUZ, BOLIVIE

Organisée par l'Ordre National du Notariat de la Bolivie, l'Ordre des Notaires de Santa Cruz de la Sierra et sous les auspices de la Commission des Affaires Américaines de l'UINL, la I Journée Internationale du Droit Notarial 2010 a eu lieu les 11 et 12 février de l'année en cours.

Cette importante réunion du Notariat bolivien s'est déroulée en comptant avec la présence de 130 notaires des neuf départements du pays. Les thèmes abordés et leurs orateurs: la pièce notariale, Me María Luisa Lozada (Bolivie); L'Union Internationale du Notariat, Me Silvia Farina (Argentine); Le Notariat dans la lutte contre le blanchiment de capitaux, Me Ignacio González Álvarez (Espagne); Défis du Notariat face au XXI siècle, M. Alfonso Zermeño Infante (Mexique), Fondements de l'efficacité de l'acte notarié, Me Alfonso Cavalle Cruz (Espagne); Rapports Mercosur et Union européenne, Me Luc Weys (Belgique); La sécurité juridique dans l'acte translatif de la propriété, le document notarié et le système d'enregistrement, Me Norka Rocha (Bolivie); Le cycle des conférences a été clos sur le thème "Analyse du projet de loi de l'organisation du Notariat bolivien", assurée par Me Eleonora Casabé (Argentine).

Pendant les deux intenses journées consacrées à cette manifestation, des moments de grande confraternité ont été vécus et le Notariat de la Bolivie

nous a accueilli avec la cordialité caractéristique de chacun de ses membres.

Les conférenciers ont été déclarés "VISITEURS DISTINGUÉS" par l'honorable Conseil municipal. Dans une simple, mais très émouvante cérémonie, à la charge de sa présidente, Madame Carol G. Viscarra Guillen, ils ont reçu un diplôme constatant leur distinction.

Tout a pris fin sur un barbecue de clôture, de la musique traditionnelle et un bal où les conférenciers ont aussi reçu une plaquette commémorative du Notariat de la Bolivie; il y a eu quelques paroles de remerciements, adressées par la présidente du Notariat de ce pays Me Gladys Ayala de Terceros, la présidente de la Commission d'organisation, Me María Luisa Lozada, et par le président de la Commission des Affaires Américaines, Me Alfonso Zermeno Infante. Enfin, un toast a été fait pour le bon aboutissement de l'adoption de la loi d'organisation du Notariat. Le tout dans une ambiance conviviale et affectueuse.



1 - Le Président d'Honneur du Conseil Municipal de Santa Cruz de la Sierra remis au Président de la CAA, de l'Ontario Zermeno Infante Alfonso, l'ordonnance proclame "Distinguished Visitor".

2 - Travailler orateurs déjeuner. De gauche à droite. à droite.: Non. Alfonso Zermeno, le Non. Maria Luisa Lozada Bravo, Non. Silvia Farina;
Non. Eleonora Casabe; Non. Alfonso Cavalle Cruz et Non. Ignacio Gonzalez Alvarez.

5) GRAND BAL VIENNOIS DES JURISTES - "JURISTENBALL"

Le 13 février s'est déroulé au Palais impérial du Hofburg, à Vienne, en Autriche, le traditionnel grand bal viennois des juristes, le "Juristenball".

6) RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION DE L'UINL BARILOCHE, RÉPUBLIQUE ARGENTINE

Les 18 et 19 février de l'année en cours s'est tenue la première réunion annuelle du CONSEIL DE DIRECTION de l'UINL, à la ville de San Carlos de Bariloche, en Argentine.

Son siège: l'Hôtel LLAO LLAO à une distance d'environ 20 km. de cette ville, entouré de montagnes et au pied du lac Nahuel Huapi.

Sous la présidence de Me Eduardo GALLINO, ce conseil a siégé pour analyser les divers thèmes et les différentes circonstances intéressant le Notariat mondial.

Les problèmes soulevés dans les quatre continents ont été étudiés par les présidents des commissions continentales, par les vice-présidents appartenant à chaque continent, signalant les directives à suivre.

Les demandes d'adhésion de nouveaux notariats souhaitant devenir membres de cet organisme international qui nous rassemble, tels la Bosnie, le Monténégro, la Tunisie, parmi d'autres, ont été l'objet d'étude. C'est la Commission de Coopération Notariale Internationale qui s'en occupera. Rappelons que le but essentiel de cette dernière est de visiter les notariats concernés et d'évaluer leur organisation, aux effets de savoir s'ils remplissent les caractéristiques essentielles du Notariat de type latin. Il a été procédé à élaborer les activités à développer par les représentants de l'UINL auprès des organismes internationaux.

A aussi été projetée l'activité à développer à la Commission des Affaires Asiatiques dans son respectif continent. La situation des Notariats de l'Amérique centrale et des Caraïbes a été examinée.

Le conseil a réfléchi aux diverses publications émises par l'UNION, notamment, l'édition de la Revue "Notarius international".

Le fonctionnement de quelques commissions a été évalué, aux effets de suggérer de nouveaux buts dans le développement de leurs activités.

Tant le Président que les autres membres du Conseil de Direction ont informé de leurs respectives activités, en analysant leurs propositions, à partir desquelles ont été soulevées toutes les remarques jugées opportunes. On a procédé à une analyse de la situation économique, des propositions ont été étudiées, des solutions aux problèmes posés par quelques notariats ont été projetées dans cet ordre.

En guise de conclusion, nous pouvons ajouter que, comme toujours, l'essentiel de cet organisme est la lutte pour le constant perfectionnement et dépassement de notre métier, dans tous ces aspects. C'est ce à quoi tendent constamment tous ses membres.

La réunion s'est achevée samedi 20 en navigant sur le Lac Nahuel Huapi, pour visiter la fameuse forêt d'arrayans. Ensuite, il y a eu un déjeuner dans une cabane typique, une visite à Villa La Angostura, en rentrant, au coucher du soleil, à l'hôtel, dans une belle promenade très conviviale.



1 - Bureau of Labor. Notaire Nouveau président argentin, Gustavo ROSSO, a accueilli les participants étrangers.

2 - Vue partielle du bureau: vice UINL pour l'Amérique du Nord, Francisco Xavier Arredondo GALVAN, président de la CAA, Alfonso Zermeno INFANTE, président de la CAAF. Houcine Sefrioui et Non. Silvia Farina.



Les Présidents Eduardo Gallino, et ex-présidents et Schwachgen Fessler.



Administration du Groupe avec le président Eduardo Gallino.



GENÈVE, SUISSE

7) RÉUNION DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME (CDH) ET COLLOQUE SUR LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES GENÈVE, SUISSE

Les 1^{er} et 2 mars 2010 a siégé au Palais des Nations, à Genève, en Suisse, la réunion de la Commission de Droits de l'Homme de l'UINL. De même, l'UINL avec la Fondation Sergio Vieira de Mello ont organisé au Palais des Nations, (salle XI), mardi 2 mars, à 14,30 h, un colloque sur "Les droits de l'homme et les successions internationales". Des notaires de la France, l'Argentine, le Maroc, la Roumanie, le Luxembourg, la Grèce et la Suisse, ainsi qu'un juriste américain ont animé la séance.

COLLOQUES-CONCLUSIONS: Voir Chapitre 4 Juridico - Notarial



8) I CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT DE L'ENREGISTREMENT MEXICO D.F., MEXIQUE, DU 24 AU 26 MARS 2010

Le 1^{er} Congrès International de Droit de l'Enregistrement s'est tenu, du 24 au 26 mars 2010, simultanément, dans cinq sièges du D.F. à la Ville de Mexico. Ce congrès s'est déroulé à: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (Institut de recherches juridiques), FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN (Faculté d'études supérieures ACATLÁN), FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN (Faculté d'études supérieures ARAGÓN), DIVISIÓN DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM (Division de postgrade de la faculté de droit de l'UNAM) et FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD ANÁHUAC (Faculté de droit de l'Université ANÁHUAC). Des experts en la matière du Mexique, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, l'Espagne, la France, l'Italie, l'Argentine, le Nicaragua, le Paraguay, le Panama et le Portugal y ont assuré des exposés.



9) JOURNÉES DE DROIT INTERNATIONAL ET PRIVÉ NOTARIAL (ONPI) DU 12 AU 16 AVRIL 2010, ASUNCIÓN, PARAGUAY

L'ONPI a organisé à la ville d'Asunción, au Paraguay, les "Journées de Droit International Privé Notarial ONPI", tenues à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'Université Catholique "Nuestra Señora de la Asunción".

Cette Journée a siégé du 12 à 16 avril 2010 en abordant des questions concernant l'activité du Notariat latin et les bénéfices qu'il implique.

Voici une liste des activités accomplies: tout d'abord, a eu lieu la présentation de l'ONPI et de sa page Web, avec projection d'une vidéo d'information sur les activités qu'elle exécute.

Ensuite, les suivants exposés ont été assurés:

- "Common Law et Civil Law. Intervention du Notariat latin. Bénéfices du Notariat de type latin".
Orateur: Me León HIRSCH, Président de l'ONPI.
- "Droit notarial. Connotations et principes du Notariat latin".
Orateur: Me Ángel CERAVALLO.
- "Droit de l'enregistrement".
Orateur: Me Horacio VACARELLI.
- "Droit international privé. Régime matrimonial de la société conjugale".
Orateur: Me Mariel MOLINA DE JUAN.
- "Les mandats internationaux. Formalités instrumentaires".
Orateur: Me Santos BELANDRO (Uruguay).

Le Ministre de la Cour suprême de justice du Paraguay, M. Miguel Oscar Bajac, a fait l'allocution d'ouverture de la Journée. Il en a remarqué l'importance, car cette réunion a permis un précieux échange d'expériences, tendant au progrès et à l'optimisation des instruments juridiques pour la modernisation des procédures et des codes éthiques. La rencontre s'est déroulée dans une ambiance de franche camaraderie parmi les notaires qui y ont assisté.

10) XXII JOURNÉES EUROPÉENNES DES NOTAIRES

SALZBOURG, AUTRICHE, LES 22 ET 23 AVRIL 2010

Les 22 et 23 avril 2010, se sont tenues les XII Journées Européennes des Notaires, à Salzbourg, en Autriche.



11) 29 JOURNÉE NOTARIALE ARGENTINE

MAR DEL PLATA, ARGENTINE, DU 5 AU 8 MAI 2010

À Mar del Plata, en Argentine, a siégé la 29^{ème} Journée Notariale Argentine. La rencontre a eu lieu du 5 au 8 mai 2010. Y ont été abordés les thèmes suivants, qui ont suscité un grand intérêt de la part des assistants:

THÈME I - LES INEXACTITUDES D'ENREGISTREMENT.

QUALIFICATION D'ENREGISTREMENT

1. Les principes du Registre de qualification et "foi publique" du Registre;
2. Les dénommées formes extrinsèques;
3. Invalidité et inefficacité. Nullité et annulabilité absolues ou relatives, en tout ou en partie, manifestes ou cachées;

4. La différence entre concepts de titre parfait et titre du Registre viable;
5. L'officier du Registre face à l'acte authentique qui prouve l'acte des parties:
 - a) manifestement valable;
 - b) manifestement et absolument nul;
 - c) manifestement et relativement nul.

THÈME II - DONATION

1. Offre et acceptation par actes séparés. Pluralité de donateurs et donataires. Acceptation par quelques-uns. Clause d'accroissement. Conditions et charges. Clauses éventuelles de réversion. Révocation.

THÈME III - FIDUCIE COMME OUTIL POUR LE DEVELOPPEMENT DE PROJETS IMMOBILIERS

1. Étapes précontractuelles
2. Caractères et conditions d'un contrat de fiducie dans ses différentes modalités
3. Différents rôles de catégories non prévues par la loi mais présentes dans les projets
4. Caractères et problèmes de Registre du domaine fiduciaire
5. Conséquences fiscales : traitement inégal dans les différentes juridictions. Avis de l'AFIP relatif à l'impôt sur le revenu/les bénéfices
6. Rapport entre le régime matrimonial et la fiducie. Possibilité de passer des contrats entre époux avec droit de propriété ou propriété fiduciaire. Décès et interdiction du fiduciaire. Extinction de la fiducie.

THÈME IV - SUJET SOCIÉTAIRE

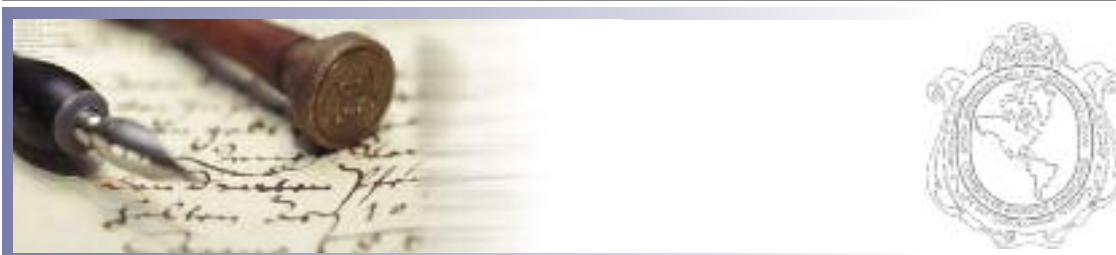
1. La société dans la procédure de constitution. Nature juridique et reconnaissance légale de son existence. Actes admis, interdits et insuffisants pendant la période de formation. Capital minimum. Rapport du capital et de l'objet social. Sous-capitalisation : Effets. Bonne interprétation de l'art. 165 L.S.C. (Loi des Sociétés Commerciales) dans la formalisation du contrat constitutif des sociétés par actions. L'acte notarié pour valoir. Correction.
2. Apport de biens à enregistrer dans la constitution sociale. Art. 38 L.S.C.- Inscription préventive de l'apport. Nature juridique. Traitement du Registre dans les diverses juridictions. Cas de non-obtention de l'immatriculation de la société ou désistement de sa constitution: Effets.
3. Acquisitions dominiales de sociétés, traitement fiscal et immatriculation:
 1. Pendant la période de formation. Doctrine des articles 183 et 184 L.S.C. Gestion d'affaires. Conditions requises. Défaut d'acceptation. Apport d'immeubles en acompte de futures souscriptions de capital. Apport aux augmentations de capital social.
 2. Pendant la vigueur de la société. Actes évidemment étrangers à l'objet social. Donation, vente du siège social, etc.
 3. Traitement en cas de restructurations sociétaires, de régularisation et en période de liquidation.
 4. Cas des sociétés étrangères. Acte isolé. Exercice habituel. Succursale. Conditions requises des représentants des sociétés étrangères inscrits dans le pays pour acquérir et disposer de biens immeubles.
4. Les procès-verbaux des sociétés commerciales. Concept et contenu. Leur nature juridique. Perte ou absence de livres. Livres de procès-verbaux comportant des feuilles blanches, barrées ou amendées, sans approuver et défaut de signatures. Les procès-verbaux et l'intervention notariale.



12) RÉUNION DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES (CAE)

ST. PÉTERSBOURG, RUSSIE, DU 20 AU 22 MAI 2010

La Commission des Affaires Européennes de l'UINL a tenu sa cinquième séance plénière de la Législature 2008-2010, à la splendide ville de St. Pétersbourg, en Russie, les 20, 21 et 22 mai 2010. Le siège de la réunion était l'Hôtel Astoria.



13) PREMIÈRE SÉANCE PLÉNIÈRE DE LA COMMISSION DES AFFAIRES AMÉRICAINES DE L'UINL

PUNTA CANA, RÉPUBLIQUE DOMINICAINE, DU 31 MAI AU 2 JUIN 2010

Les membres de la Commission des Affaires Américaines (CAA) de l'U.I.N.L ont tenu leur séance plénière du 31 mai au 2 juin 2010 à Punta Cana, en République Dominicaine. Le siège de la réunion était l'Hôtel Meliá Caribe Tropical, Playa Bávaro.

La session des Commissions a travaillé sur les thèmes suivants:

31 MAI: SECTEUR D'ÉTUDE POUR L'INTÉGRATION.

Traités et accords régionaux:

A.L.E.N.A./Z.L.E.A., COMMUNAUTÉ ANDINE, PLAN PUEBLA PANAMA, ACCORDS ÉCONOMIQUES DU GOLFE DU MEXIQUE, MERCOSUR.

Académie Notariale Américaine

Relations avec les notariats anglo-saxons américains.

Informatique et sécurité juridique.

Accès à la fonction notariale.

Financements et communication.

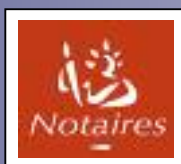
Common Law/Civil Law

Groupe pour la célébration du Bicentenaire.

Groupe de travail Titres de la propriété en masse.

1^{ER} JUIN: Tenue de la 1^{ère} séance plénière de la Commission des Affaires Américaines 2010. Le Président de l'Ordre dominicain des Notaires, M. Luis R. Vilchez Marranzini, et MM. les présidents de la C.A.A., Me Alfonso Zermeno et de l'U.I.N.L, Me Eduardo Gallino, ont assuré le discours d'accueil et d'ouverture de cette manifestation. Ensuite, on a procédé à travailler sur les points inscrits à l'ordre du jour.

2^E JUIN: Le travail de la séance plénière s'est poursuivi et, enfin est venue la cérémonie de clôture.



14) 106 CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE

BORDEAUX, FRANCE, LES 30 ET 31 MAI 2010

Les 30 et 31 mai s'est tenu à Bordeaux, en France, le 106^{ème} Congrès des Notaires de France. Le thème du congrès a été: "Couples, patrimoine: les défis de la vie à deux ". Il a siégé au Parc des Expositions de Bordeaux Lac.

JUIN



15) COLLOQUE DE LA FONDATION IRENE, "DROIT ET VIN" EN COOPÉRATION AVEC LA MAISON DE L'EUROPE

BORDEAUX, FRANCE, 3 JUIN 2010

Organisé par la Fondation I.R.E.N.E. avec l'Université de Bordeaux, en France et la Maison de l'Europe, BORDEAUX-AQUITAINNE, a eu lieu à la Chambre des Notaires de Bordeaux, en France, le Colloque "Droit et Vin". Cette manifestation était patronnée par le Président de l'UINL, Me Eduardo Gallino, le Vice-président pour l'Europe de l'UINL, Rafael Gómez Sapina, le Président de la Commission des Affaires Européennes de l'UINL et Président honoraire de la fondation I.R.E.N.E., Mario Miccoli, et l'École Nationale des Ingénieurs des Travaux Agricoles de Bordeaux. Y ont pris part les notaires suivants: Jérôme CHEVRIER, Notaire à Paris, Alfonso RENTERIA AROCENA, notaire et officier du Registre de Bilbao, en tant que modérateurs. Michael Becker, notaire à Dresde, (Allemagne), Aude Paternoster, notaire à Châtelet, Chatelineau, (Belgique), Sofia Mouratidou, notaire à Thessalonique (Grèce), Nico Schaeffer, Président honoraire, à Luxembourg (Luxembourg), Maarten Meijer, notaire à Amsterdam, (Pays Bas), Michal Grajner, notaire à Katowice, et Tomasz Kot, notaire à Cracovie, (Pologne), Igor Medvedev, notaire à Ekaterinbourg, et M. le professeur Vladimir Yarkov, notaire de Ekaterinbourg, Vice-président de la Chambre Fédérale des Notaires de Russie (Russie) et Laurent Besso, notaire à Lausanne, (Suisse).

LES THÈMES ABORDÉS ÉTAIENT:

"Les mutations immobilières des vignobles"

"Le droit des étiquettes et des appellations contrôlées"

"Aperçu sur le droit de vente des vins"

"La protection juridique individuelle de l'Entrepreneur viticole et vinicole en France et en Europe"



16) XIV JOURNÉE NOTARIALE IBÉROAMERICAINE

PUNTA CANA; RÉPUBLIQUE DOMINICAINE, DU 3 AU 6 JUIN 2010

La XIV Journée Notarial Ibéroaméricaine a eu lieu du 3 au 5 juin 2010, à Punta Cana, en République Dominicaine.

Les thèmes abordés ont été les suivants:

I- L'assurance juridique dans la circulation des biens et des droits notamment dans le sujet du contrôle de la légalité et de l'utilisation de nouvelles technologies dans le domaine notarial"

II - Le notaire en tant que garant des droits des personnes. Réflexion sur les bénéfices de la fonction notariale dans le domaine des personnes en tant que sujets de droits et obligations.

III - La compétence notariale dans des affaires non-contentieuses. Expériences en Ibéro-Amérique.

CONCLUSIONS: Voir Chapitre 4 Juridico - Notarial

17) TROISIÈME CONVENTION DES JURISTES DE LA MÉDITERRANÉE, FONDATION DE DROIT CONTINENTAL

ROME, ITALIE, DU 7 AU 9 JUIN 2010

Du 7 au 9 juin ont siégé à Rome, en Italie, des professionnels du droit de plus de 25 pays. Le thème abordé: "PME dans l'espace euroméditerranéen, sécurité des investissements et des paiements".

18) TROISIÈME COLLOQUE DES NOTARIATS EUROMÉDITERRANÉENS

ALGÉRIE, DU 20 AU 23 JUIN 2010

Le troisième Colloque des Notariats euroméditerranéens a eu lieu en Algérie, du 20 au 23 juin.

Voici les thèmes abordés:

I - Activité immobilière;

II - Les garanties et le crédit hypothécaire;

III - Les modalités alternatives de régler les conflits (la médiation);

IV - La responsabilité civile, l'assurance et la garantie collective.

JUILLET

19) XI CONGRÈS NATIONAL DU NOTARIAT PÉRUUVIEN

TARAPOTO, SAN MARTÍN, PÉROU

Le XI^{ème} Congrès national du Notariat péruvien a eu lieu du 24 au 28 juillet, à Tarapoto, San Martín, au Pérou.

**20) RÉUNIONS DES COMMISSIONS ET RÉUNION PLÉNIÈRE
DE LA COMMISSION DES AFFAIRES AMÉRICAINES (CAA) DE L'UINL
GUANAJUATO, MEXIQUE, LES 30, 31 AOÛT ET LE 1^{ER} SEPTEMBRE 2010**

Les réunions des commissions et la réunion plénière de la CAA se sont tenues à la ville de Guanajuato, au Mexique, les 30 et 31 août et le 1er septembre 2010, respectivement.



**21) CÉLÉBRATION DES NOTARIATS DE L'AMÉRIQUE
POUR LE BICENTENAIRE DE L'INDÉPENDANCE**

ORGANISÉE PAR LA COMMISSION DES AFFAIRES AMÉRICAINES DE
L'UINL POUR COMMÉMORER LES 200 ANS DE L'INDÉPENDANCE DES PAYS
GUANAJUATO, MEXIQUE, DU 2 AU 4 SEPTEMBRE 2010

Dans le contexte de la commémoration du "BICENTENAIRE DE L'INDÉPENDANCE DU MEXIQUE", à l'état de Guanajuato, ont eu lieu, du 2 au 4 septembre 2010, les CÉLÉBRATIONS DES NOTARIATS DE L'AMÉRIQUE, auxquelles ont pris part des experts réputés. Cette manifestation visait à renforcer les liens parmi les nations indépendantes, à échanger des expériences et à participer aux festivités.

Elle s'adressait au Notariat, aux juristes, aux services du gouvernement et au grand public.

Les pays suivants: l'Argentine, la Bolivie, l'Équateur, le Mexique, le Paraguay, le Venezuela, le Chili, la Colombie et le Salvador, ont coordonné des activités politiques, économiques, sociales et culturelles relatives au Bicentenaire, auxquelles ont aussi participé leurs provinces. Y ont été invités les pays membres de l'Union Internationale du Notariat.

LE PROGRAMME GÉNÉRAL EN A ÉTÉ:

MERCREDI 1^{ER} SEPTEMBRE

Accueil des participants. Bureaux d'orientation et inscription.

Toast de bienvenue.

JEUDI 2 SEPTEMBRE

Cérémonie d'inauguration dirigée par le Gouverneur constitutionnel de l'état de Guanajuato, M. Juan Manuel Oliva Ramírez.

CONFÉRENCE MAGISTRALE

Orateur: Me Miguel León-Portilla,

Thème: "Miguel Hidalgo et les peuples indigènes à l'état de Guanajuato".

PANEL HISTORIQUE

Orateurs: Mme Guadalupe Jiménez Codinach, M. Rafael Estrada Michel, Père Manuel Olimón et Mme Alicia Mayer.

Modérateur: Maître Carlos Silva.

Thème : "Sources pour l'histoire et les archives notariées dans le processus de l'Indépendance".

Repas libre.

Visite guidée à l'Expo Guanajuato Bicentenaire.

Remise de reconnaissances des présidents des Ordres des Notaires aux présidents de l'Union, de la Commission des Affaires Américaines et au Notariat hôte.

Bal- spectacle.

Dégustation de mets mexicains.

VENDREDI 3 SEPTEMBRE

CONFÉRENCE MAGISTRALE

Orateur: Me Josefina Zoraida Vázquez

Thème: "L'indépendance du Mexique et le contexte international".

PANEL INTERNATIONAL DE NOTAIRES

Orateurs: Mme Ana Manuela González Ramos, Notaire (Paraguay)

M. Daniel Oscar Ruiz, Notaire (Argentine)

M. Dennis Martínez Colón, Notaire (Puerto Rico)

Mme Ma. Elena Chico de Borja (Mexique)

Modérateur: M. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Notaire

CONFÉRENCE MAGISTRALE

Orateur: Maître Jean Meyer

Thème: "La participation populaire du mouvement insurgent du Curé Hidalgo"

Clôture formelle de cet événement académique présidé par le Gouverneur constitutionnel de l'état de Guanajuato, M. Juan Manuel Oliva Ramírez

Modérateur: M. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Notaire



22) RÉUNIONS DES COMMISSIONS DE L'UINL

MARRAKECH, MAROC, LES 29, 30 SEPTEMBRE, 1ER, 2 ET 3 OCTOBRE 2010

Le 29 septembre 2010, les différentes commissions de l'UINL (Consultative, CCNI, Comité Stratégie et Conseil de Surveillance Financière) tiendront leurs séances. Le 30 aura lieu la réunion du Conseil de Direction et des commissions de Déontologie, des Thèmes et Congrès, des Droits de l'Homme et de la Sécurité Sociale Notariale. Le 1er octobre se tiendra la réunion du Conseil Général et, enfin, les 2 et 3 octobre, c'est l'Assemblée des Notariats membres qui siègera.



23) ACTIVITÉ INSTITUTIONNELLE GESTION LÉGISLATURE 2008-2010

PRÉSIDENCE ME EDUARDO GALLINO

Vous trouverez ci-après un compte-rendu des activités institutionnelles si nombreuses et variées de l'UINL ayant eu lieu pendant la Législature 2008-2010:

TENUE DE LA SÉANCE DU CONSEIL DE DIRECTION

LE 7 MARS À BUENOS AIRES, EN ARGENTINE

ACTIONS QUI S'Y SONT DÉROULÉES:

- Proposition de modifications au Règlement général de l'UINL sur les langues - Élections;
- Me Mario Micoli est désigné responsable de la SA de l'UINL;
- Approbation de la composition de: ONPI - CAAf - CAA - CAE - CNNI - CC - CSSN - CD - CDH;
- Les groupes de travail suivants sont créés:

BANQUE MONDIALE: sera chargée de l'action scientifique auprès de la BM sur des questions telles que: les titres de la propriété - colloque sur le crédit hypothécaire;

POSTULATS DES PRINCIPES FONDAMENTAUX: Détail des principes fondamentaux du Notariat pour argumenter l'avis de l'UINL auprès des autorités politiques et judiciaires;

STRATÉGIE: abordera l'avenir de l'activité et les stratégies à suivre à court et moyen terme par le Notariat international et l'UINL;

SERVICE DE PRESSE: prise en charge par la Présidence;

BLANCHIMENT DES CAPITAUX ET LUTTE CONTRE LE FINANCEMENT DU TERRORISME: s'occupera aussi du GAF (Groupe d'Action Financière). Est intégré d'experts en la matière (un par continent), aussi par un notaire espagnol et un autre français. Buts: compilation des législations en vigueur dans chaque pays; niveau de responsabilité revenant au notaire, participation au Forum consultatif de la FATF (Financial Action Task Force), porter conseil au CD et à l'UINL sur les gestions à entreprendre relatives à cette question;

ACCÈS À LA PROFESSION: remplace, d'une certaine façon, la Commission des Jeune Notaires;

FINANCEMENT DE L'UINL: son objet étant d'encourager les diverses commissions, en particulier les commissions continentales, aux effets d'obtenir de nouvelles sources de ressources pour le financement des coûts des réunions, conférences, séminaires, etc.

- L'élaboration d'une étude sur les concepts de libéralisation et de régulation -sécurité et confiance - a été recommandée.
- La proposition de Maître Rządkowski (Pologne) a été évaluée. Elle portait sur l'auto-vérification et la surveillance de l'autogestion pour aboutir à une conception universelle des critères d'auto-vérification des systèmes de surveillance des notariats membres, pour améliorer l'image du Notariat. Lors de la réunion de Bucarest, en juin 2008, il a été convenu, sur l'initiative du Notaire polonais, d'adresser un questionnaire aux notariats membres, relatif à leur au contrôle et leur discipline. Sur la suggestion de Decorps, un "barème des sanctions proposées en cas de manquement, suite à une voirie" a été ajouté.
- Une convention a été conclue pour le lien entre l'UINL et le Conseil des Notaires de l'Union Européenne (CNUE) dans le domaine du CD.
- Critères d'adhésion pour les pays émergents: Le Conseil de Direction a suggéré d'assouplir la position de l'UINL concernant l'institution de notaires fonctionnaires ensemble avec des notaires libéraux (dans

quelques pays, il s'avère nécessaire une sous-division de notaires par zones. Il n'est donc pas possible de désigner des notaires libéraux dans des régions éloignées et non profitables). CET AVIS A ÉTÉ RATIFIÉ À BUCAREST (JUN 2008).

- Rôle de la CCNI dans les pays à difficultés, n'ayant pas été admis récemment: le Conseil de Direction a convenu des missions de contrôle de suivi d'adhésion conditionnées; il en est de même pour l'intervention dans des pays en difficultés; le cas échéant, il a été convenu d'ajouter d'autres institutions de l'UINL. ACCORD AU Conseil de Direction, BUCAREST (JUN 2008).

TENUE DE LA RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION

À BUCAREST, EN ROUMANIE, LE 12 JUN 2008

- Des amendements au Règlement, proposés par le Conseil de Direction à Buenos Aires et à Bucarest, ont été adoptés.
- Travail de la CAAF-CAA et de la CAE et les relations avec d'autres activités juridiques. Rapprochement vers d'autres associations internationales juridiques (Magistrats, Avocats, Huissiers, Greffiers, Arpenteurs) visant une stratégie en commun face aux attaques des économistes. Le Président honoraire, Me Laurini, prend à sa charge la mission de relancer les contacts avec ces organisations.
- Le processus de constitution d'une CAAasiatiques a démarré: il a été suggéré de créer une structure intégrée par des pays membres asiatiques et quelques notariats voisins ayant intérêt à fournir leur aide (France, Canada). Le Conseil de Direction a mandaté la CCNI pour organiser un FORUM des pays asiatiques.
- Le Président de l'UINL a autorisé la CCNI à organiser une mission de soutien en Arménie, intégrée d'un ou de deux représentants de la CCNI, le Président honoraire Fessler et un représentant de la CAE.
- Institut International des Services Notariaux (INSI) et Réseau Mondial Notarial: La proposition de l'INSI a été accordée, renfermant la documentation suivante: Antécédents. Mémoire justificatif, avant-projet de statuts, Réseau Mondial du Notariat (RMN), Procédures d'intervention, Régime civil et fiscal de la Fondation INSI en Espagne. Le CC et le COE ont été consulté sur la convenance d'approuver et de soutenir la proposition, qui sera présentée au CG et à l'ANM Québec 2008.
- Il est demandé au GT d'élaborer les "Postulats des principes du Notariat de type latin"; la présentation du texte définitif pour son approbation finale à Québec.

RAPPORT SUR DES QUESTIONS PRÉOCCUPANT LE CNUE:

RAPPORT ZERP; CONDITION DE NATIONALITÉ; ACTE AUTHENTIQUE EUROPÉEN: L'AG du CNUE, sur initiative du gouvernement français, a adopté un projet de Règlement sur la reconnaissance mutuelle des actes authentiques; APPEL D'OFFRE SUR L'ACTE AUTHENTIQUE: Le CNUE a répondu au Parlement européen (appel d'offre limité) pour une étude comparée extérieure relative à l'acte authentique.

RÉUNION DU CONSEIL GÉNÉRAL

À BUCAREST, EN ROUMANIE, LE 13 JUN 2008

- Le Président de l'UINL a assisté au 104^{ème} Congrès des Notaires de France, dont le thème était: "Le développement durable".
- Les notariats membres de l'UINL ont été invités à commémorer le 60^e anniversaire de l'organisation, en tenant des manifestations extraordinaires, scientifiques, culturelles et politiques et en invitant les médias des respectifs pays à y prendre part.
- Les congrès suivants ont été organisés: XX Congrès des Notaires d'Afrique, Université à Cameroun - Organisation du XXVI Congrès de l'UINL Maroc

- La CCNI organisera un forum de rencontre entre pays asiatiques pour jeter les bases pour la constitution de la Commission Continentale Asiatique et ses conditions.
- **RÈGLEMENT GÉNÉRAL DE L'UINL:** le Conseil Général s'est mis d'accord sur les amendements proposés au texte du Règlement général, à partir des décisions prises par le Conseil de Direction, lors de ses réunions à Buenos Aires et à Bucarest (texte soumis à l'Assemblée des Notariats Membres - Québec - Novembre 2008).

RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION

À QUÉBEC, AU CANADA, DU 5 AU 8 NOVEMBRE 2008

Projet de constitution INSI: il a été proposé de former un groupe restreint de travail en mesure d'élaborer un projet de faisabilité économique et financière. Réseau Mondial Notarial: il y a eu accord sur l'initiative de constitution du Réseau Mondial Notarial.

RÉUNION DU CONSEIL GÉNÉRAL

TENUE À QUÉBEC, AU CANADA LE 06 . 11 . 2008

Présentation de la page Web de l'ACADÉMIE NOTARIALE AMÉRICAINE Y a été présentée en détail sa page web, siège virtuel où vous retrouverez tous les domaines d'intérêt.

RÉUNION DE L'ASSEMBLÉE DES NOTARIATS MEMBRES

À QUÉBEC, AU CANADA, LES 7 ET 8 NOVEMBRE 2008

RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION

À BRUGES, EN BELGIQUE, LE 6 FÉVRIER 2009

Décision du Parlement européen sur l'acte authentique européen; exécution et perspective au niveau tant européen qu'international. Résultat: régulation immédiate de la circulation des actes authentiques dans tout l'espace juridique européen.

RÉSEAU MONDIAL DU NOTARIAT: DÉCISION

- Constituer le Réseau Mondial du Notariat, intégré par des correspondants désignés par chacun des Notariats.
- Charger le Secrétariat administratif d'y prendre part.
- Compétence du Réseau:
 - a) faciliter les contacts entre Notaires des pays membres;
 - b) rechercher des notaires qui parlent une certaine langue;
 - c) des informations générales d'utilité pour l'activité notariale;
 - d) la fourniture d'informations sur les actes nécessitant la forme notariale;
 - e) l'envoi de textes de loi et d'autres dispositions;
- Disposer que le Réseau n'est pas un service de consultation juridique et que le cas échéant, toute l'information fournie de toute nature n'entraînera aucune responsabilité des notariats membres, ni de l'Union, ni des personnes ou institutions en relevant.
- La supervision technique du Réseau sera chargée au Secrétariat administratif, qui devra recevoir une copie de tous les messages, tant que ne seront pas établis les outils technologiques les plus avancés, conformément aux moyens disponibles.

RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION

À LONDRES, EN GRANDE BRETAGNE, DU 11 AU 13 JUIN 2009

RÉUNION DU CONSEIL GÉNÉRAL

À LONDRES, EN GRANDE BRETAGNE, LE 12 JUIN 2009

RÉUNION DU CONSEIL DE DIRECTION

À PARIS, EN FRANCE, LE 11 NOVEMBRE 2009

DÉCISION - Notariat Île Maurice

Admission du Notariat de l'Île Maurice. Le Conseil de Direction, à l'unanimité, a émis un avis favorable à l'admission du Notariat de l'Île Maurice.

RÉUNION DU CONSEIL GÉNÉRAL

À PARIS, EN FRANCE, LE 12 NOVEMBRE 2009

DEUXIÈME SESSION ORDINAIRE DE L'ASSEMBLÉE DES NOTARIATS MEMBRES

À PARIS, EN FRANCE, LES 13 ET 14 NOVEMBRE 2009.

- Décision du Parlement européen suggérant à la CE d'établir, au plus vite, un Règlement sur la reconnaissance mutuelle dans l'exécution des actes authentiques en Europe.
- En mars 2009, le CNUE a adopté la définition de l'acte authentique en référence au patrimoine communautaire. "Un acte authentique est considéré comme tel dès lors qu'il est dressé ou enregistré formellement par une autorité publique ou tout autre autorité habilitée par l'État membre où il a été généré, son authenticité faisant référence à sa signature et à son contenu."
- Le Réseau Notarial Européen fonctionne avec succès et sera intégré au Réseau Judiciaire Européen.
- DÉCISION: L'Assemblée de Notariats Membres de l'Union tenue à Paris, le 13 novembre 2009, reconnaît, à l'unanimité, la Chambre des Notaires de l'Île Maurice comme étant l'organisme officiel représentant du Notariat de la République de Maurice. Elle est admise en qualité de membre de l'Union Internationale du Notariat avec tous les droits et privilèges y rattachés. La cérémonie d'admission officielle aura lieu lors de l'assemblée des Notariats Membres à Marrakech, au Maroc, en octobre 2010.

REMARQUE: Les activités précitées ne sont que quelques-unes des tâches si nombreuses et bénéfiques ayant été menées à bout pendant la gestion 2008-2010.



ACTUALITÉ

3

CHAPITRE

3.1 - CODE EUROPÉEN RÉVISÉ DE DÉONTOLOGIE NOTARIALE

Le 11 décembre 2009, l'Assemblée du Conseil des Notariats de l'Union européenne (CNUE) a adopté son Code révisé de déontologie notariale. Le plus haut responsable du groupe de travail, qui s'est chargé de sa rédaction, a été le Président honoraire de la Chambre Nationale des Notaires de la Belgique, Me Alain Delière.

La commission de travail a restructuré les sections du Code précédent, tant pour les harmoniser aux règles morales relatives à l'exercice professionnel en Europe que pour accroître le potentiel de la valeur des services fournis par le Notaire sur le marché intérieur de la communauté.

Le Code de déontologie européen est structuré autour de neuf principes communs à tous les notariats membres de l'Union et dont découlent en conséquence, les devoirs que tous les notariats, espérons-le, mettront en œuvre.

Il est notamment préconisé de renforcer la coopération entre les notaires des différents États membres afin de perfectionner la circulation des actes authentiques, ainsi que la mise en marche du Réseau Notarial Européen.

Le nouveau Code se rapporte tout particulièrement aux opérations transfrontalières. De même, le nouveau Code met en évidence sa loyauté envers l'État et son comportement conformément aux lois en s'engageant à participer et à collaborer dans la lutte contre le blanchiment de capitaux.

SOURCE: Revue Escritura Pública Janvier - Février 2010

3.2 - CODE EUROPEEN REVISE DE DEONTOLOGIE NOTARIALE

PRÉAMBULE

Le fonctionnement de l'espace juridique et judiciaire européen et la libre circulation des personnes, des capitaux et des biens dans les États membres de l'Union européenne génèrent une augmentation constante des échanges et des transactions et, d'une façon générale, des opérations juridiques présentant un élément d'extranéité.

Le notaire, officier public, délégataire de la puissance publique, exerçant dans le cadre d'une profession libérale, est assujéti au dispositif législatif et réglementaire en vigueur dans l'État où il a été nommé. Il est le conseiller indépendant, impartial et objectif de toutes les parties à une transaction. Il examine les intentions des parties, rédige les contrats et instruments nécessaires à la réalisation de la transaction souhaitée, et s'assure que les clauses contractuelles respectent parfaitement la loi. Le notaire vérifie

aussi que les parties ont la pleine capacité intellectuelle et juridique pour conclure le contrat et s'assurer qu'elles ont parfaitement compris les conséquences juridiques de leur engagement.

La répartition géographique des études notariales organisée dans chaque état met aisément un notaire à la disposition du citoyen.

Le notaire doit satisfaire aux règles déontologiques régissant la profession dans l'État où il a été nommé.

Les notariats européens, après avoir procédé à un examen comparatif de l'ensemble des règles déontologiques régissant la profession dans les différents États membres de l'Union européenne, ont décidé de se doter d'un corps de principes déontologiques communs.

Celui-ci n'a pas pour objet de se substituer aux règles déontologiques nationales, mais d'affirmer les traits communs à la profession, quel que soit le pays concerné et d'établir des lignes directrices pour les opérations transfrontalières.

Le code européen de déontologie notariale témoigne de la volonté de la profession de garantir aux citoyens et aux entreprises une même protection, une même sécurité juridique et une même efficacité tant dans les opérations transfrontalières que dans les opérations nationales.

La diversification des opérations juridiques et la fréquence sans cesse accrue d'éléments d'extranéité dans leurs actes ont conduit les notaires d'Europe à examiner les modalités de leur collaboration en vue de garantir aux citoyens et aux entreprises, assistance et conseil dans les opérations transfrontalières.

Les notariats européens entendent favoriser l'utilisation des nouvelles technologies pour améliorer la prestation de leur service, dans le respect des principes déontologiques.

1. DEFINITIONS

La définition européenne de "**notaire**" résulte du tronc commun des notions nationales respectives généralement définies par la loi dans les États membres, et a été consacrée dans une résolution adoptée à l'unanimité des Notariats membres du Conseil des Notariats de l'Union européenne (CNUE) les 22 et 23 mars 1990 à Madrid:

*"Le notaire est un **officier public** ayant reçu **délégation de l'autorité de l'État** pour conférer le caractère **d'authenticité** aux actes dont il est **l'auteur**, tout en assurant la **conservation**, la **force probante** et la **force exécutoire** desdits actes.*

*Afin d'assurer à son activité **l'indépendance** nécessaire, le notaire l'exerce dans le cadre d'une **profession libérale** qui couvre toutes les activités juridiques **hors contentieux**.*

*Tant par **les conseils** qu'il donne aux parties de manière **impartiale**, mais **active**, que par la rédaction du document authentique qui en résultera, son intervention confère à l'usager du droit la **sécurité juridique** qu'il recherche.*

*Celle-ci est d'autant mieux assurée que le notaire est un **juriste de haute qualification** universitaire, ayant accédé à la profession après diverses épreuves, stages et concours et qu'il exerce celle-ci en suivant des **règles disciplinaires** strictes sous le **contrôle** permanent de l'autorité publique et grâce à une **implantation géographique** permettant le recours à ses services sur tout le territoire national.*

*Enfin, l'intervention du notaire, **en prévenant les litiges possibles**, en fait un rouage indispensable dans l'administration d'une bonne justice".*

2. PRINCIPES COMMUNS

2.1. JUSTICE PRÉVENTIVE

Afin de prévenir les conflits, le notaire favorise la conclusion d'accords clairs et équilibrés, auxquels il s'est assuré que les parties ont donné leur consentement éclairé.

Le notaire constitue depuis toujours un facteur de paix sociale. En cas de différend entre les parties, le notaire cherche toujours à les concilier. Il se doit de les informer de l'existence, des modalités et des avantages de modes de règlements dit alternatifs des litiges, notamment la médiation.

2.2. SÉCURITÉ JURIDIQUE

Le notaire assure la sécurité juridique des transactions, notamment par la définition précise des droits et obligations de chacune des parties contractantes. Il veille à l'équilibre des accords contenus dans les actes qu'il établit et en contrôle la légalité.

2.3. LOYAUTÉ ENVERS L'ÉTAT

Le notaire a un devoir de loyauté envers l'Etat dont il a reçu une délégation de puissance publique.

Il prête son ministère chaque fois qu'il en est légalement requis, selon la loi de son Etat.

Il participe à la lutte contre le blanchiment d'argent en prêtant sa collaboration et en fournissant toute l'information nécessaire aux autorités compétentes, en conformité avec la loi de son Etat.

Il s'abstient de tout comportement contraire à la dignité de sa fonction d'officier public.

2.4. SERVICE AU PUBLIC

Le notaire exerce ses fonctions avec probité, disponibilité et diligence.

Le notaire a le devoir d'informer les parties du contenu et des effets des actes auxquelles elles interviennent, et de les conseiller pleinement. Il recherche les moyens les plus pertinents pour atteindre le résultat désiré par les parties, dans le respect de la loi applicable.

Le notaire vérifie l'identité, la capacité, et la qualité des consentements des parties, et procède au contrôle de la légalité de leurs conventions. Il intervient personnellement dans la réception de l'acte.

2.5. IMPARTIALITÉ ET INDÉPENDANCE

Le notaire est tenu de conseiller et d'instrumenter en toute impartialité et indépendance. Il joue le rôle de tiers de confiance neutre entre les parties. Il ne peut recevoir d'actes comportant des dispositions qui seraient directement ou indirectement en sa faveur.

2.6. CONFIDENTIALITÉ ET SECRET PROFESSIONNEL

Le notaire est tenu au secret professionnel et il est soumis à un devoir de confidentialité notamment dans sa correspondance, la conservation des dossiers et l'archivage de ses actes, que ces documents soient sur support papier ou sur support électronique, dans les conditions prévues par les dispositions en vigueur dans son pays.

Ces obligations pèsent non seulement sur le notaire, mais également sur ses associés et collaborateurs dans les conditions prévues par les textes en vigueur dans chaque pays.

2.7. RESPONSABILITÉ

Le notaire est responsable des dommages causés par sa faute dans le cadre de l'exercice de ses fonctions et fait assurer cette responsabilité.

Le dépôt des fonds que le notaire détient pour le compte de ses clients est régi par le droit de son Etat.

2.8. FORMATION PERMANENTE

Le notaire a le devoir de mettre à jour ses connaissances, tant sur le plan juridique que technique, ainsi que de surveiller et d'encourager le perfectionnement de ses collaborateurs.

Chaque notariat membre du CNUE met à la disposition de ses membres des instruments de formation permanente professionnelle, notamment en ce qui concerne l'application des nouvelles technologies à la fonction notariale.

2.9. CONFRATERNITÉ

Le notaire fait preuve de confraternité envers tout autre notaire. Les notaires s'assistent mutuellement dans l'exercice de leurs fonctions et s'interdisent toute concurrence déloyale.

Lorsque des notaires collaborent à un même dossier, ils se doivent de rechercher ensemble la solution commune garantissant l'ensemble des intérêts de toutes les parties, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

3. OPERATIONS TRANSFRONTALIERES

L'établissement d'actes authentiques constituant, à l'instar des décisions judiciaires, un exercice de l'autorité publique, les notaires, comme les juges, n'exercent cette fonction qu'à l'intérieur des frontières de l'Etat dont ils ont reçu une délégation de puissance publique. Ceci n'empêche toutefois pas les notaires de coopérer au-delà des frontières afin que les citoyens obtiennent rapidement et aisément le conseil et le soutien juridiques dont ils ont besoin.

Dans le présent chapitre, les expressions ci-après ont la signification suivante:

"opération transfrontalière": opération comportant un élément d'extranéité; par exemple, le lieu de situation du bien faisant l'objet de la transaction envisagée, la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle des parties, ou le lieu de passation de l'acte.

"notaire du pays d'accueil ou notaire national": notaire territorialement compétent pour authentifier les actes en vertu de la loi nationale de chaque État membre.

"notaire du pays d'origine ou notaire étranger" (ou notaire non national): notaire d'un Etat membre autre que celui où sera reçu l'acte.

3.1. RÈGLES GÉNÉRALES

3.1.1. RESPECT DES PRINCIPES DÉONTOLOGIQUES

Lors d'opérations transfrontalières, le notaire se conforme au droit du pays d'accueil, au droit de son pays d'origine et aux dispositions du présent code de déontologie.

3.1.2. COMPÉTENCE

Le ou les notaire(s) territorialement compétent(s) ont la direction du dossier et sont seuls habilités à instrumenter.

3.1.3. LIBERTÉ DE CHOIX DU NOTAIRE

Toute personne physique ou morale a le droit de recourir au notaire de son choix, de requérir ses conseils et de lui demander de l'assister en collaborant avec le notaire territorialement compétent avec toute la responsabilité inhérente à leur fonction respective.

3.1.4. INFORMATION DU CLIENT

Le notaire étranger qui collabore avec le notaire territorialement compétent, doit, dès l'origine, informer son client de l'étendue de ses prestations ainsi que du montant des frais et honoraires en résultant au regard des réglementations en vigueur.

Il est toujours rémunéré par son client, sans préjudice d'autres accords bilatéraux.

3.1.5. COLLABORATION ENTRE NOTAIRES

Le notaire qui assiste son client à l'étranger doit avertir son confrère territorialement compétent le plus tôt possible de son intervention et convenir avec lui des modalités de leur coopération.

Le notaire national transmet en temps utile au notaire étranger tous les éléments nécessaires à celui-ci pour remplir sa mission de conseil.

Il lui réserve l'accueil dû à un confrère.

3.1.6. PUBLICITÉ

Le notaire a le droit d'informer ses clients et le public des services juridiques qu'il rend, dans la mesure permise dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil. Dans toute information qu'il communique au public, le notaire exclut toute donnée de nature à nuire à son indépendance, à son impartialité et à sa qualité d'officier public.

Le notaire ne peut accepter qu'une publicité en sa faveur soit faite par des tiers.

L'information collective peut être assurée par tout notariat membre du CNUE et par le CNUE lui-même, dans le but essentiel de fournir au citoyen et aux entreprises une source d'information aisée.

3.1.7. CONFLITS ENTRE NOTAIRES

En cas de conflit d'ordre professionnel entre notaires relevant de différents notariats membres du CNUE, chacun d'entre eux s'abstient d'agir en justice avant d'avoir fait une tentative de conciliation.

3.2. MOYENS

3.2.1. COOPÉRATION ENTRE NOTARIATS

Afin de continuellement améliorer la qualité du service notarial pour les citoyens et entreprises européens, les notariats membres du CNUE collaborent et échangent leurs expériences.

3.2.2. RÉSEAU NOTARIAL EUROPÉEN

Dans le cadre de toute transaction transfrontalière où cela s'avérerait nécessaire, le notaire fait appel au point de contact du Réseau notarial européen (RNE) de son pays.

Le fonctionnement du RNE, dont la mission est d'aider les notaires confrontés à des questions pratiques comportant des aspects transfrontaliers, est régi par les lignes directrices adoptées par l'assemblée générale du CNUE.

3.2.3. TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Le notaire utilise les technologies de l'information et de la communication afin de toujours améliorer la qualité du service notarial, dans le respect de la loi applicable et du présent code de déontologie. Il fait usage des outils informatiques mis à sa disposition par le notariat auquel il appartient et par le CNUE. Le notaire est responsable de sa signature électronique, dont l'utilisation est strictement personnelle.

4. DISPOSITIONS FINALES

4.1. ARBITRAGE

Toutes les difficultés d'interprétation ou d'application du présent code européen de déontologie notariale, ainsi que tous les cas qui n'y sont pas prévus, seront soumis pour avis au Président du CNUE après avoir fait l'objet d'un examen par le notariat membre du CNUE dont dépend le notaire qui a soulevé la question.

4.2. ENTRÉE EN VIGUEUR

Le *code européen de déontologie ainsi que ses modifications* entrent en vigueur dès leur approbation par l'Assemblée générale du CNUE.

Révision adoptée par l'Assemblée générale du CNUE le 11 décembre 2009.

3.3 - ÎLE MAURICE- CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS (CSN): SOUSCRIPTION DE PROTOCOLE DE COOPÉRATION

La Chambre Nationale des Notaires de l'Île Maurice et le Conseil Supérieur du Notariat français ont souscrit un protocole de coopération, le 4 décembre 2009. En vertu de ce protocole, le deux notariats travailleront, notamment, dans l'élaboration d'un code de déontologie, la constitution d'une caisse de garantie, la souscription d'un contrat collectif de responsabilité civile professionnelle et la mise en œuvre d'inspections. De même, il traitera sur l'organisation de stages de formation professionnelle, qui dans leur première étape porteront sur la déontologie, l'organisation des métiers et la vente immobilière et aussi sur l'assistance en matière d'informatisation des cabinets, pour faciliter l'aménagement de locaux de gestion notariale. Le Parlement de l'Île Maurice a adopté sa loi notariale le 8 mai 2008.

Source: Notaires Vie Professionnelle Janvier-février 2010 -N° 279

3.4 - CNUE (CONSEIL DES NOTARIATS DE L'UNION EUROPÉENNE)

Le 14 janvier 2010 a eu lieu la cérémonie où le Notaire italien, Roberto BARONE, a pris la présidence du Conseil des Notariats de l'Union Européenne (CNUE), qui représente tant tous les Notaires d'Europe que les institutions européennes. Il est le successeur du Notaire français Bernard Reynis. Auparavant, M. Barone a été Président du Conseil National Italien et Conseiller à la tête des relations internationales. La priorité de Me Barone, au cours de son mandat, sera de renforcer la coopération avec les institutions européennes et de leur fournir toute l'expérience du CNUE.

Pour leur part, les Notaires d'Europe, pour fournir au citoyen européen un espace de justice, de sécurité et de liberté sans frontières intérieures, focaliseront leur attention et leur action pendant 2010, sur les points d'intérêt suivants:

- La mise en place du Programme de Stockholm;
 - La circulation des actes authentiques en Europe;
 - L'adoption du certificat successoral européen;
 - La prédisposition de règles de conflit de lois en matière de droit de la famille;
 - L'accès au droit en matière transfrontalière notamment en développant l'e-justice
- et le Réseau Notarial Européen (RNE).

Le CNUE a été structuré en 1993 et rassemble vingt et une organisations notariales d'Europe, environ 40.000 notaires, de: Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie. La Croatie bénéficie quant à elle du statut d'observateur.

3.5 - LITUANIE: ACCORD DE COOPÉRATION EN SCIENCE LÉGALE

La Chambre des Notaires de la Lituanie y la Faculté de Droit de l'Université Magna Universidad de Vytautas ont convenu de coopérer en matière de science légale et d'éducation.

La convention a été signée par le Président de la Chambre des Notaires lituanienne, Me Marius Strackaitis

et le professeur associé, recteur à la faculté de droit, Me Julija Kirsienė. Tant l'Association des Notaires que l'Université ont accordé d'assurer des conférences, séminaires et discussions afin d'échanger leurs pratique et expertise. Les étudiants de la faculté de droit pourront suivre des stages dans les cabinets de notaire.

La Chambre des Notaires de Lituanienne a obtenu de bons résultats, suite à des conventions de coopération semblables, souscrites respectivement en 2001 et 2003, avec les facultés de droit de deux des plus importantes universités de la Lituanie : l'Université de Vilnius et l'Université Mykolas Romeris.

SOURCE: www.notarai.lt

3.6 - BULGARIE: REGISTRE CENTRAL DES TESTAMENTS

Depuis le 17 octobre 2009, un Registre Central des Testaments a commencé à opérer en Bulgarie. Désormais, les notaires sont autorisés à inscrire l'information relative aux testaments, directement, sur le registre et aussi à y rechercher des renseignements. Les notaires bulgares auront donc la possibilité d'enregistrer tant les testaments olographes que ceux dressés sur acte authentique déposés dans leurs études. C'est un progrès très important pour le Notariat de la Bulgarie, puisque ses notaires sont en mesure de fournir un meilleur service à leurs clients. Les recherches auprès de ce Registre seront effectuées par la voie électronique depuis la Chambre des Notaires ou depuis les cabinets des notaires, au bénéfice des citoyens, compte tenu de la vitesse de la procédure.

L'enregistrement sera obligatoire.

Ils seront tenus de communiquer, auprès du Registre, les renseignements suivants:

- Prénom/s et nom du testateur;
- Date et lieu de naissance;
- Type de testament;
- Date du testament;
- Date de l'enregistrement du testament;
- Nom et domicile du notaire dépositaire;
- Date du décès du testateur.

Chaque testateur sera identifié par un numéro d'identification officiel.

Les amendements, modifications, rétractations et révocations sont autorisées.

Les questions et les recherches auprès du Registre ne seront obligatoires que sur requête des héritiers. Les citoyens d'autres pays seront autorisés à inscrire leurs testaments auprès de ce Registre, qui répondra aux requêtes provenant des registres étrangers. Cette dernière option, rendra possible un lien futur avec le Réseau Européen des Registres des Testaments, projet des Notaires d'Europe.

SOURCE: Bulletin du CNUE

3.7 - CONCLUSIONS DE LA XIV JOURNÉE NOTARIALE IBÉROAMERICAINE **PUNTA CANA - RÉPUBLIQUE DOMINICAINE - DU 2 AU 6 JUIN 2010**

THÈME I

**LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LA CIRCULATION DES BIENS ET DES DROITS NOTAMMENT
 DANS LE SUJET DU CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ ET DE L'UTILISATION DE NOUVELLES TECHNOLOGIES.**

À la commission pour le traitement du thème I, ont été présenté les EXPOSÉS suivants:

Du Notariat du MEXIQUE

Auteurs:

M. ALFREDO GONZÁLEZ SERRANO

M. DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ

M. CARLOS A. DURÁN LOERA.

Du Notariat de l'ESPAGNE

Juan Ignacio Castro-Girona Martinez

Du Notariat de l'ARGENTINE

Coordinateur national: M Federico J. Leyría, notaire

Auteurs: Maîtres Pilar Rodriguez Acquarone, María T. Acquarone (Ville de Buenos Aires), Walter C. Schmidt (Province de Buenos Aires), Alfonso Gutierrez Zaldívar (Ville de Buenos Aires), Rita Menéndez et Ricardo Blanco (Ville de Buenos Aires) Institut de Droit de l'Enregistrement représenté par les notaires Delia Alicia Bonfanti, Edwin J. Sinner, Patricia M. Casal, Gabriela Rua Peñavera

Exposé individuel: Maître Federico Jorge Panero de l'Argentine

INTERVENANTS AU DÉBAT

Gustavo Ibarrola Serrano - Mexique

Marinela del Carmen Gandara Vázquez - Mexique

Luis Cedeño, République Dominicaine

Marco Antonio Jiménez - Costa Rica

Délégué de Puerto Rico

Délégués du Paraguay

Délégués du Pérou

COMMISSION DE RÉDACTION

Juan Ignacio Castro-Girona Martínez- Espagne

Alicia Bonfanti -Argentine

Walter Schmidt- Argentine

Federico Leyría- Argentine

Marinela del Carmen Gandara Vazquez- Mexique

RAPPORTEUR

María T. ACQUARONE

Un vieux proverbe hollandais dit que: ... "On ne peut pas empêcher le vent de souffler, mais on peut construire des moulins"

Nous ne pouvons pas éviter les crises financières, mais nous pouvons utiliser des moyens de sécurité juridique préventive, où le notaire et le document qui en émane auront un rôle majeur.

EXPOSÉ

CONSIDÉRANT

Que les faits d'insécurité au niveau international sont à l'origine de changements socioculturels et juridiques majeurs qui ont mené les gouvernements, les pays et les régions toute entières, à remettre en question des politiques sociales et économiques qui affectent et affecteront directement les biens et les droits de millions d'habitants dans le monde entier.

Que la remise en question des institutions et des principes essentiels sur lesquels sont fondés la vie démocratique, la paix et la justice sociale affecte, d'une manière de plus en plus évidente et générale, la circulation sur les biens et les droits soumis à l'encadrement juridique.

La Commission du Thème I de la XIV Journée Notariale IBÉROAMÉRICAINE a élaboré les CONCLUSIONS suivantes:

I- La sécurité juridique signifie la certitude, par le sujet, des textes en vigueur, leur connaissance et les conséquences qui en découlent. De plus, s'ils ne sont pas respectés, de quelle façon et avec quelle célérité les pouvoirs publics interviendront pour rétablir le manquement à la loi ou aux conventions.

II- Il s'agit aussi de la certitude par le titulaire d'un droit acquis qu'il ne sera pas troublé dans son exercice et que l'affaire juridique sera susceptible d'opposition erga omnes.

III- Afin d'obtenir cette certitude, l'importance du notariat est essentielle. C'est lui qui contribue à l'activité juridictionnelle, en complétant le conseil légal requis et en construisant la sécurité juridique dans la circulation des biens et des droits, avec l'apport irremplaçable dans le contrôle de légalité des documents nécessaires à cet effet.

Et ce, parce que le système notarial de type latin, plus fort, renouvelé, perméable à la mise en œuvre de nouvelles technologies, est prêt, tant professionnellement qu'académiquement, à compléter ses opérations d'exercice et de conseil légal en prenant part aux affaires où interviennent aussi d'autres professionnels.

IV- Il n'est possible de penser à la sécurité juridique que s'il existe une sécurité documentaire. À défaut de qualités empêchant l'altération ou la falsification des actes authentiques rédigés sur support papier, tous les contrôles, exigences et sûretés imposés par l'ordre juridique, seront lésés.

V- En procédant à la vérification et à la qualification de la pièce à publier, il faut que les Registres fonciers interviennent sous l'égide de la compétence attribuée par la loi. S'ils interviennent dans leurs fonctions, mais hors de cette compétence, ils commettent un acte irrégulier susceptible de devenir inefficace.

VI- La sécurité juridique préventive, celle qui empêche les procédures en justice, prend fin et aboutit lors de l'intervention et de l'autorisation notariée. C'est ainsi qu'est effectué le contrôle de légalité par le notaire, lors même de la conclusion de l'affaire juridique. Voilà donc la différence entre les divers registres publics: les uns ayant une efficacité erga omnes, en y recueillant des actes notariés, judiciaires et

administratifs et d'autres registres sans contrôle de légalité, lors de la conclusion de l'affaire, exigeant le système d'assurance des titres.

VII- La sécurité juridique que l'État est tenu d'assurer à la société sera sévèrement affectée, si l'on propose un système d'enregistrement constitutif, en étendant les facultés des fonctionnaires des Registres au-delà du contrôle extrinsèque des formes. Ainsi, ils deviendront de simples inscripteurs d'actes formalisés au moyen de formulaires pré imprimés, dépourvus de conseil, d'interprétation et d'harmonisation à la loi de la volonté des parties et des conséquences que ces actes pourront leur générer.

L'absence du notaire dans la formation et la rédaction de l'affaire nous assure l'échec de tout système de genre romain.

VIII - Il est urgent de coordonner le Cadastre et le Registre foncier dans les pays ou les juridictions, où ils ne seront pas harmonisés en bonne et due forme.

IX- Les nouveaux outils technologiques ne dispensent pas le notaire de sa fonction notariale, qu'il exerce dans l'actualité conformément à la modalité traditionnelle. Ils constituent une nouvelle façon de passer des contrats, ne portant pas préjudice à la fonction notariale. Au contraire, elle est remise en valeur, en remarquant encore et en donnant plus d'importance à la présence du notaire dans toute cette démarche. En effet, sa fonction d'interprète impartial de la volonté des parties, de guide, de gardien et garant de l'absence de vices dans la prestation du consentement, y est revigorée. Cette circonstance ne peut pas être résolue par l'emploi pur et simple de la technologie. Ce qui nous pousse à conclure que la fonction notariale, grâce à la mise en œuvre des principes du notariat latin, devient un élément essentiel pour la mise en place des nouvelles technologies.

X- En droit privé, le document électronique sans intervention notariale n'est pas un acte authentique.

XI- Quelle que soit la position que nous adopterons pour examiner la nature de l'exercice fonctionnel du notaire, nous concluons que la mise en marche de l'examen des titres, en tant qu'opération d'exercice, contribue à réaffirmer la sécurité juridique dans la circulation.

XII- Le notaire, dans le processus d'une opération de transfert d'actions d'une société anonyme, joue un rôle important. C'est bien lui le professionnel idoine pour l'élaboration de l'acte qui renfermera le contrat. En sa qualité de juriste, sa présence devient indispensable dans l'équipe de professionnels intervenant dans l'élaboration du contrat, compte tenu la possibilité d'examiner et de développer quelques points de l'affaire, qu'aucun autre professionnel ne connaît mieux.

XIII- La crise survenue aux États-Unis de l'Amérique du nord, qui a suscité le renflouement financier le plus important de son histoire, est intervenue pour les causes suivantes, parmi d'autres:

- a) L'octroi de prêts hypothécaires par les banques, les bourses et les compagnies ayant déjà des problèmes concernant leurs passifs.
- b) La surévaluation des biens immobiliers, afin de les grever d'hypothèques qui étaient escomptées successivement sans contrôle documentaire.
- c) La réception par les registres, des actes pour leur inscription sans contrôle de légalité, lors de la conclusion de l'affaire juridique.
- d) L'instrumentation d'opérations dans des actes où le débiteur et la dette ne seraient pas identifiés en bonne et due forme.
- e) L'octroi d'hypothèques à des acquéreurs ayant de faibles chances de rembourser.
- f) La concrétisation d'opérations foncières et créancières sans la présence d'un juriste, tierce personne

dans le rapport et impartial, qui était, à son tour, un fonctionnaire en mesure de présenter la documentation authentique au registre.

Toutes ces causes ont leur origine dans le système de droit anglo-saxon qui ne prévoit pas l'intervention de juristes, ni de fonctionnaire public indépendant qui, pour être nommé dans ses fonctions, doit avoir une conduite irréprochable.

XIV- La participation du notaire en tant que fonctionnaire public avec l'administration est indispensable pour éviter la fraude fiscale et le blanchiment de capitaux.

THÈME II

LE NOTARIAT EN TANT QUE GARANT DES DROITS DES PERSONNES.

**RÉFLEXION SUR LES BÉNÉFICES DE LA FONCTION NOTARIALE DANS LE DOMAINE
DES PERSONNES EN TANT QU'ENTITÉS SUJETS DE DROITS ET D'OBLIGATIONS.**

CONCLUSIONS

CONSIDÉRANT:

Que le Notariat latin, depuis son origine, a été à l'avant-garde de la défense des droits des personnes, en s'adaptant constamment aux nouveaux besoins et défis posés par l'évolution sociale:

Résultant: qu'aujourd'hui, ces défis sont axés sur la protection des personnes les moins favorisées socialement ou ayant des vulnérabilités, l'environnement, la bioéthique et la lutte contre le crime organisé, devant profiter à cet effet du développement des nouvelles technologies.

CONSTATANT:

Que, pour pouvoir mener à bout efficacement leur mission de garantie des droits des personnes, il faut réaffirmer les principes traditionnels du Notariat latin, recueillis à maintes reprises par l'UINL, à savoir:

SOULIGNANT:

Que la fonction notariale garantie des valeurs supérieures dans la liberté, l'égalité, la justice, la sécurité, la vérité et la paix sociale, si étroitement liées aux droits de la personne.

Que la valeur de l'acte authentique, et ses effets, est fondée sur une série de formalités (proximité, conseil, contrôle de légalité, élaboration, conservation du document, collaboration avec l'administration), dont l'observance permettra l'effectivité des droits des personnes.

Que, pour garantir effectivement les droits des personnes, des formalités, telles la proximité, le conseil et le contrôle de légalité, doivent être accomplies avant ou simultanément à l'établissement de la pièce. C'est à ce moment-là que la volonté des octroyants doit être formée et éclairée définitivement, sans qu'elle puisse être remplacée par une information ou qualification, à posteriori, d'autres fonctionnaires ou opérateurs.

Que l'importance du contrôle de légalité du notaire est pour les personnes, la garantie de leurs droits, et pour l'Administration et la société, la garantie du respect du système juridique.

RÉAFFIRMANT:

Que la paix et la tutelle judiciaire sont des droits des personnes et que la fonction notariale contribue au développement de la paix sociale, avec un important effet anti-contentieux, qui désencombre le travail des tribunaux. Le cas échéant, un service essentiel est fourni à l'Administration de justice, puisqu'il complète et soutient la démarche judiciaire en tendant vers son même but.

Que la fonction notariale contribue à rendre effectifs des droits, tels que la liberté d'entreprise, de façon que l'activité du notaire apporte des garanties et la confiance, tant aux individus qui exercent leurs droits,

qu'à la société qui exige que, leurs rapports avec la société se déroulent dans une ambiance de transparence et de sécurité.

RECONNAISSANT:

- a) Que la protection des droits de toutes les personnes, et notamment de celles en situation de vulnérabilité est un devoir et une responsabilité engageant tant le Notariat latin que les institutions le représentant au niveau provincial, national et international;
- b) Qu'une modification des législations intérieures des pays s'impose pour les harmoniser aux nouveaux textes internationaux, notamment dans le domaine de la capacité des personnes et de leur autonomie pour exercer leurs droits;
- c) Que le Notaire, en tant qu'interprète immédiat des révisions législatives, doit y encadrer la conduite de ses requérants, en favorisant dans les actes auxquels il interviendra, la participation des personnes dans les affaires les intéressant, en qualifiant pour ce faire leur aptitude de discernement à l'acte spécifique à dresser;
- d) Que le recyclage et la formation permanente du Notariat est nécessaire, visant au renforcement des valeurs éthiques régissant la profession;
- e) Qu'il faut diffuser, dans la communauté notariale et dans la société en général, les avantages de la médiation pour le règlement des conflits et la formation du notaire aux techniques et outils de cette médiation;
- f) Que le notaire latin est investi des compétences pour réussir dans ces interventions dans les affaires à juridiction non-contentieuse, tel qu'il arrive dans plusieurs pays d'Amérique et en Espagne;
- g) Que les actes d'autoprotection, ou quelle que soit l'appellation qui leur sera imposée, sont des instruments adéquats pour garantir la dignité humaine et sont inhérents à la protection des personnes en situation de vulnérabilité;
- h) Que la participation du notaire aux plans de régularisation dominiale et actes de transfert de la propriété sociaux facilite l'exercice du droit à un logement digne aux personnes à faibles revenus et aux secteurs marginalisés;
- i) Que la mise en œuvre des nouvelles technologies, dans le traitement de l'information contenue dans les archives notariales, rend plus efficace la coopération du Notariat avec d'autres institutions de l'État, dans la défense des droits des personnes et la société et dans la prévention et la lutte contre le crime organisé, le blanchiment de capitaux ou la fraude fiscale;
- j) Que la confidentialité du document notarié est la garantie du droit à l'intimité de la personne, elle doit s'harmoniser aux autres droits, d'où elle est compatible avec la coopération du Notaire avec d'autres autorités publiques dans l'exercice de leurs fonctions, dans les cas prévus par la loi et constituant des garanties des droits des tiers.

IL EST PROPOSÉ:

1.- Que les institutions notariales incitent à:

- a) La formation permanente;
- b) La consolidation de la déontologie professionnelle;
- c) Le renforcement de la responsabilité sociale, notamment en l'exerçant par rapport aux droits des personnes en situation de vulnérabilité;
- d) La permanence de leur fonction, en évitant le caractère temporaire des désignations;
- e) L'étude de nouveaux outils juridiques et de compétences professionnelles;
- f) La réaffirmation de la fonction sociale du notariat latin, ainsi que la diffusion dans la communauté des bénéfices de leur mission, d'où il devient l'aval efficace des droits de toutes les personnes.

2.- Que soit comprises, dans l'étude de la commission d'intégration de la CAA, la médiation, les manifestations d'autoprotection et les fondations de tutelle, afin que, suivant l'expérience des pays ayant déjà examiné avec succès ces questions, on parvienne à développer cette activité dans les autres pays où des textes les prévoyant n'ont pas encore été adoptés.

3.- Dans le domaine des institutions notariales sur le plan local, national et international, il faut évaluer l'impact de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et la Convention internationale de droits de l'enfant dans la législation interne de chaque pays et dans l'activité notariale. Que, de même, soit favorisée la participation dans l'élaboration de projets de la loi tendant à adapter la législation interne aux instruments internationaux en la matière, en tenant compte du régime juridique de capacité des personnes, les droits d'autoprotection et les fondations de tutelle, dont la création de registres centralisés à caractère réservé et la publicité restreinte, des fiducies et des crédits viagers.

4.- Que soient encouragés dans ces mêmes domaines, en mettant en œuvre des mesures spécifiques et effectives, afin d'obtenir la meilleure performance de la fonction notariale et son prestige institutionnel:

- a. La mise à jour permanente de la formation juridique-notariale, en facilitant son accès au notaire des diverses régions de chaque pays, en approfondissant l'étude de nouveaux outils juridiques et compétences professionnelles, notamment ceux visant à protéger les droits des personnes en situation de vulnérabilité;
- b. La consolidation de l'indépendance technique et morale et les responsabilités légales et éthiques dans la performance de la fonction notariale, grâce à des établissements de surveillance de la profession, établis dans les respectifs pouvoirs judiciaires ou des ordres notariés;
- c. Le renforcement de la fonction sociale du Notariat latin, ainsi que la diffusion dans la communauté des bénéfices de leur mission, devenant ainsi l'aval efficace des droits de toutes les personnes et l'agent harmonisateur dans la composition des intérêts individuels et des intérêts collectifs.

5.- Que dans les pays où la réserve implique un pourcentage trop élevé de l'héritage, il faut étudier la possibilité de la réduire, pour permettre au testateur une plus grande liberté dans sa répartition, notamment pour la protection de ses héritiers en situation de vulnérabilité.

6.- Le notariat doit intégrer, en tant qu'auxiliaires de sa mission, les nouvelles technologies qui lui serviront d'outil pour le meilleur exercice de sa fonction.

7.- La fonction notariale exerçant un contrôle de légalité participe de manière efficace à la protection de l'environnement.

8.- Le notariat, en travaillant ensemble avec les organismes de l'État et les secteurs intermédiaires de la société, doit collaborer dans l'obtention par les citoyens d'un logement digne. Ainsi, la fonction notariale contribue au progrès social et économique, aide à mettre en valeur l'actif immobilier de la nation, et donc à accroître la richesse du pays et le bien-être des citoyens.

THÈME III

LA COMPÉTENCE NOTARIALE DANS DES AFFAIRES NON-CONTENTIEUSES (EXPÉRIENCE EN AMÉRIQUE)

PLUSIEURS NOTARIATS D'AMÉRIQUE ET DE L'ESPAGNE ONT PRODUIT PAR ÉCRIT, LES EXPOSÉS SUIVANTS:

1. POUR L'ARGENTINE:

A) ORATEUR: MAÎTRE CAROLINA ORMAECHEA et

B) ORATEURS: MAÎTRES: LEANDRO POSTERARO SANCHEZ, SELENE POSTERARO SÁNCHEZ, JULIETA GLARIA, GRACIELA CURUCHELAR, LORENA AMELIA BERUTI, VALERIA GOLDMAN, LEANDRO LENZA, EMILIO PABLO SOLARI, MARTÍN JAIME GIRALT FONT, GASTÓN AUGUSTO ZAVALA, MARÍA MARTA L. HERRERA, SANTIAGO JOAQUÍN ENRIQUE PANO, SEBASTIÁN JUSTO COSOLA, ROSANA F. GIMENO, FEDERICO WALTER RISSO;

2. POUR L'URUGUAY:

A) ORATEUR: MAÎTRE ANA BRUNO POLLERO; et,

B) ORATEURS: MAÎTRES STELLA BALLETO; MÓNICA CASAVIEJA; ET LESLIE FALCA

3. POUR LE PÉROU:

A) ORATEUR: MAÎTRE GERMÁN PALOMINO NÚÑEZ

4. POUR LE MEXIQUE:

A) ORATEUR: MAÎTRE NARCISO LOMELÍ ENRÍQUEZ

5. POUR L'ESPAGNE:

A) ORATEUR: MAÎTRE MIGUEL ÁNGEL CAMPO GÜERRI

INTERVENANTS AU DÉBAT:

JESÚS SALAS LIZUR - MEXIQUE

CRISTINA ARMELLA - ARGENTINE

DÉLÉGUÉ DE PUERTO RICO

DÉLÉGUÉ DU PARAGUAY

DÉLÉGUÉS DU COSTA RICA

DÉLÉGUÉS DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE

DÉLÉGUÉS DU PÉROU

COMMISSION DE RÉDACTION:

MIGUEL ÁNGEL CAMPO GÜERRI

CRISTINA ARMELLA

CAROLINA ORMAECHEA

FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN

RAPPORTEUR:

FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN

CONSIDÉRANT:

Que l'intitulé de ce thème évoque deux questions essentielles: d'une part, la revendication permanente du Notariat, réclamant la reconnaissance de compétences pour le développement d'activités englobées, d'ordinaire, sous l'appellation de juridiction gracieuse; et d'autre part, l'extraordinaire complexité de cette matière qui est manifestée, même, dans sa propre appellation.

Cette revendication notariale est avalisée par des nombreux congrès et journées nationaux et internationaux du Notariat, dont il faudra remarquer: le IV Congrès Notarial Espagnol, tenu à Madrid en 1991 et les Congrès internationaux du Mexique en 1965 (le VIII^{ème}) et celui de Carthagène des Indes en 1992 (le XX^{ème}) et aussi la Journée Notariale Ibéroaméricaine précédente (la XIII^{ème}), tenue à

Asunción en juin 2008.

Cependant, cette constante aspiration de compétence notariale dans les affaires judiciaires non-contentieuses, n'est pas toujours bien accueillie (parfois même parmi nos confrères). En effet, on critique que de telles attributions ne sont pas compatibles avec la fonction notariale. En réalité, un grand nombre de ces avis contraires obéissent à une méfiance dogmatique ou à des vices provenant de la méconnaissance de notre fonction, si ce n'est à l'incapacité de préciser les limites de la fonction juridictionnelle.

Nous souhaitons mettre en évidence, en tant qu'idée essentielle, l'une des conclusions du XX Congrès International de Carthagène des Indes de 1992, où il a été constaté "Qu'en fait, la "Juridiction gracieuse ou non-contentieuse" n'est pas une vraie et propre juridiction, au sens propre et strict, parce que ni l'élément indispensable du contentieux ou du conflit, ni l'effet de la chose jugée, n'y sont présents". Nous croyons que, quand cette certitude pourra être acceptée sans préjugés, une grande partie des obstacles entravant sa déjudiciarisation aura été surmontée.

Même si le débat sur l'appellation nous semble peut fructueux, il faut pourtant reconnaître qu'il s'agit d'une question, dont on s'est toujours soucié. Ainsi, déjà au VIII Congrès International du Mexique, en 1965, il a été déclaré que "le terme juridiction gracieuse ne satisfait pas, pour être équivoque et il faut rechercher une appellation spécifique pour les actes encadrés maintenant dans le concept générique de juridiction gracieuse, qui, de par leur nature, appartiendront à la compétence notariale". Lors de la IV Journée Notariale Ibéroaméricaine, tenue à la ville de Mexico en 1988, il a été recommandé d'utiliser l'appellation "Procédures non-contentieuses hors cadre notarial". Mais c'est au XX Congrès International de 1992, où a été conçue l'appellation qui, à ce jour, semble être la plus acceptée et qu'adopte la présente XIV Journée: "Compétence notariale dans des affaires non-contentieuses".

Grâce à cette tournure, on obtient donc le but visé d'éviter le terme "juridiction", lequel, bien que neutre du point de vue strictement grammatical, dans la technique juridique se rapporte à l'activité propre aux juges et magistrats.

Pourtant, la solution proposée par le Congrès de 1992 n'est pas sans critiques, telle que celle exposée, à juste titre, par NIETO SÁNCHEZ. Il fait la remarque que cette terminologie pose l'inconvénient de sa faible concrétisation, car toutes les matières de compétence du Notaire sont non-contentieuses. Cet auteur est partie de la tendance qui préfère utiliser le terme "administration", réservant l'expression juridiction gracieuse aux matières qui, toujours sans être contentieuses, seront encore attribuées aux juges, et en utilisant celle de "administration gracieuse", pour celles qui seront reconnues à d'autres fonctionnaires, et si ce sont des notaires "administration gracieuse notariale".

D'autres auteurs, tels FERNANDEZ DE BUJAN, considèrent convenable de conserver l'appellation de juridiction gracieuse en tant qu'expression pour rendre hommage à la tradition du langage juridique procédural.

L'effort de préciser la terminologie peut conserver une utilité instrumentaire aux effets de -toute connotation contentieuse exclue- réclamer la compétence notariale. Mais dans ce sens, ce qui importe ce n'est pas le nominatif mais le descriptif, soit, une fois spécifiées les fonctions juridictionnelle et notariale, faire comprendre que cette affaire en question est renfermée dans cette dernière.

Nous estimons que nous devons raisonner, quand nous tentons de justifier le potentiel de la compétence notariale, à l'ensemble des questions non-contentieuses, dont est saisie aujourd'hui juridiction gracieuse. Voilà pourquoi, nous allons écarter la prétention de distinguer entre les activités de compétence notariale ordinaire et celles qui, ne constituant pas une fonction notariale proprement dite, peuvent y être ajoutées. Et ce, pour deux raisons:

Tout d'abord, parce que nous ne voyons pas la limite nette permettant de parler de l'existence d'un ensemble homogène d'activités intégrant la fonction notariale ordinaires, au-delà de laquelle on ne peut parler que de compétences extraordinaires ou ajoutées. Au contraire, le Notariat accomplit une fonction à laquelle les textes légaux, de par sa reconnaissance historique et la présente considération, lui attribuent

un éventail de prestations pour satisfaire différents besoins de notre système social. Or, ni celles-ci sont toujours homogènes, ni ceux-là sont toujours les mêmes. La grande variété de modalités dans l'intervention du notaire est évidente. Il en est de même pour celle des besoins qu'il sert, et leur évolution dans le temps.

Deuxièmement, parce que dans le thème qui nous occupe, il nous semble très peu utile l'effort visant à dévoiler l'existence de cette limite et, de plus, le concept de compétences ajoutées, dangereux et sans aucun sens stratégique.

Ce qui compte, c'est de savoir encadrer le Notariat dans le parcours que suivra l'attribution de compétence en cette matière, à savoir: les principes constitutionnels et ceux de la propre nature de la fonction notariale; sans préjudice, de plus, de pondérer les raisons d'opportunité pour assigner au Notariat, chacune des activités de la juridiction gracieuse, en estimant, au cas par cas, le bénéfice que cela pourra rapporter à la société.

Beaucoup d'autres questions feront encore l'objet de débats dans le cadre de la juridiction gracieuse.

On discute du rapport de matières, qui entrent ou non dans ce domaine; sur celles à être ou non déjudiciarisées; sur les fonctionnaires auprès desquels on peut déléguer; sur celles qui sont déjà dans le cadre notarial ou celles qui sont encore à réclamer.

Mention spéciale doit être faite de la problématique sur la transcendance d'une possible opposition: si elle dénature ou non l'institution. Cette question est majeure, non seulement du point de vue théorique, mais aussi dans la pratique de celui qui "gère le dossier".

Enfin, aussi, en proposant le mécanisme légal par le biais duquel devra être réglée l'attribution de compétences au Notariat, on ne se met pas d'accord sur deux options: soit agir sur une liste précise de matières à déléguer, en établissant chacune des lois à modifier; soit prétendre une régulation générique et omnicompréhensive à travers une loi unique.

Ces deux possibilités posent de sérieux inconvénients. Notamment, tandis que la première se heurte à la difficulté doctrinaire d'élaborer cette liste, en raison des avis précités si différents, la seconde doit surmonter l'obstacle d'obtenir une volonté politique décidée.

Néanmoins, en effet, il y a un élément sur lequel les auteurs et les institutions sont d'accord, presque à l'unanimité: l'urgente nécessité de désencombrer les tribunaux et les cours, en les déchargeant d'une partie de travail et en focalisant leur activité sur des tâches juridictionnelles. Nous sommes face à une double exigence.

D'une part, il est indispensable d'alléger le travail, puisque dans les dernières décennies, la judiciarisation de tout type de conflits s'est tellement accrue, qu'elle est venue encombrer, voir même paralyser, l'administration de justice. Cette situation suscite des retards injustifiables dans notre présente réalité. Aujourd'hui, un besoin social incontournable passe par la démarche et la résolution la plus agile des affaires et des conflits confiés aux organes juridictionnels, sans autres délais que ceux provenant du respect du principe de sécurité juridique et des garanties fondamentales de la procédure. La propre Constitution, en postulant le droit à la tutelle judiciaire effective, exige une procédure sans retards injustifiés.

Et deuxièmement, il est nécessaire d'agir en se focalisant sur des activités strictement juridictionnelles. Et ce, non seulement pour les raisons exposées ci-avant, mais aussi en raison de l'exigence découlant du principe constitutionnel de la division des pouvoirs. SÁNCHEZ BARRILAO, cité par Nieto Sánchez, remarque comment l'ajout de fonctions non-juridictionnelles aux juges et magistrats ne peut qu'accroître leur charge de travail déjà considérable. En fait, cela entraîne à marginaliser l'exercice de la puissance juridictionnelle, outre à étendre son pouvoir dans des domaines propres à d'autres pouvoirs. Il faudrait y ajouter que cette attribution, si elle n'est pas suivie de l'allocation de moyens humains et matériels suffisants pour sa mission, pourrait même être réputée inconstitutionnelle, parce qu'elle entrave l'exercice de l'authentique fonction juridictionnelle.

Il faut donc prendre les mesures tendant, d'une part, à perfectionner la structure et l'opérativité des organes

judiciaires; et d'autre part, à limiter leur intervention dans les activités strictement juridictionnelles, en confiant le reste aux autres fonctionnaires et services de l'État.

Après tout ce qui vient d'être exposé, nous osons prédire que l'aspiration du Notariat d'obtenir la reconnaissance de sa compétence dans des affaires non-contentieuses, dont est saisie, à présent, la juridiction gracieuse, ne sera pas, dans l'immédiat, pleinement satisfaite, dans le domaine général. Ce sera, toujours et encore, une lutte visant à obtenir des attributions, au cas par cas, compétence par compétence.

La Commission de rédaction des conclusions du Thème III de la XIV Journée Notariale IBÉROAMÉRICAINE, après avoir écouté les divers exposés et avis présentés en cours du débat, a élaboré les CONCLUSIONS suivantes:

PREMIER: L'ÉTAT A POUR BUT DE FOURNIR ET D'ASSURER LA SÉCURITÉ JURIDIQUE À TRAVERS LE NOTAIRE, QUI ÉTANT UN PROFESSIONNEL DU DROIT, EXERCE UNE FONCTION PUBLIQUE, POUR LAQUELLE, IL EST INVESTI D'AUTORITÉ.

DEUX: LE NOTAIRE DANS L'EXERCICE DE SA FONCTION PUBLIQUE SERT AUX FINS DU DROIT À TRAVERS LA PRÉVENTION DES LITIGES ET IL EST, DE PLUS, RECONNU EN TANT QU'ACTIF COLLABORATEUR DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE.

TROIS: LA FONCTION JURIDICTIONNELLE CONSISTE À JUGER ET À FAIRE EXÉCUTER LES DÉCISIONS DE JUSTICE ET APPARTIENT EXCLUSIVEMENT AU POUVOIR JUDICIAIRE DE CHAQUE ÉTAT.

QUATRE: LA NÉCESSITÉ DE DÉSENCOMBRER LA TÂCHE DES ORGANES JURIDICTIONNELS ET D'ACCÉLÉRER L'ADMINISTRATION DE JUSTICE PRÉCONISE D'ÉTENDRE AU NOTARIAT, DES COMPÉTENCES DANS DES AFFAIRES NON-CONTENTIEUSES.

CINQ: DANS LES PAYS OU LA COMPÉTENCE NOTARIALE A ÉTÉ RECONNUE DANS DES AFFAIRES NON-CONTENTIEUSES, L'EXPÉRIENCE A RÉUSSI, NOTAMMENT DANS DES AFFAIRES PATRIMONIALES, DE FAMILLE, D'UNIONS DE FAIT, DE CÉLÉBRATION ET DE DISSOLUTION DE MARIAGES, DE SUCCESSIONS AVEC OU SANS TESTAMENTS, PARMI D'AUTRES.

SIX: IL EST RECOMMANDÉ AUX ÉTATS D'INTÉGRER, OU LE CAS ÉCHÉANT D'ÉTENDRE, DANS LEURS LÉGISLATIONS, LA COMPÉTENCE NOTARIALE DANS LES AFFAIRES NON-CONTENTIEUSES.

SEPT: POUR DES RAISONS HISTORIQUES ET D'ESSENCE DE LA FONCTION, L'ENSEMBLE DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE SUCCESSION MORTIS CAUSA, AVEC OU SANS TESTAMENTS, DOIVENT ÊTRE ÉTENDUES AU NOTARIAT, SANS BESOIN D'AUCUNE AUTRE ASSISTANCE JURIDIQUE.



JURIDICO-NOTARIAL

4

CHAPITRE



4.1. LE NOTAIRE FACE AUX DÉFIS DE L'INFORMATIQUE

PAR FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN²

SOMMAIRE

1. Le notaire : métier juridique obsolète ? ;
2. Le notaire attaché jusqu'à maintenant au papier en tant que support de son intervention ;
3. La modalité traditionnelle d'autoriser des pièces : la signature autographe et le cachet officiel ;
4. Les principaux défis posés au notaire par l'informatique ;
5. Le commerce électronique Les contrats électroniques ;
6. La signature électronique La signature numérique et les agents certificateurs ;
7. Deux types de documents informatiques :
 - a) à support papier ; et,
 - b) à support électronique ;
8. Le notaire face aux défis de l'informatique :
 - a) face au commerce électronique ;
 - b) face à la signature numérique ;
 - c) face aux contrats électroniques ; et,
 - d) face aux documents informatiques ;

Dernières conclusions. Bibliographie.

1. LE NOTAIRE : MÉTIER JURIDIQUE OBSOLÈTE ?

Il y a des cassandres et des futurologues qui prédisent que l'activité des notaires est un métier juridique hors du temps, incapable de s'adapter aux exigences de notre époque. Son sort est donc de disparaître face aux nouveaux mécanismes et outils plus souples, simples et moins coûteux.

OBSOLÈTE ?

Obsolète, cela veut dire : vieilli, désuet, dépassé par les nouvelles technologies ou la mode. La question que nous nous posons aujourd'hui en toute sincérité : Croyez-vous que la mode ou les nouvelles technologies informatiques font, qu'aujourd'hui, le notaire soit obsolète ? Comme pour toute question : certains affirment que le notaire est un métier en voie d'extinction, qu'il s'agit d'une activité en déclin, sans avenir, ni place face à la précision, la vitesse et l'efficacité fournie par l'informatique, la cryptographie et la télématique. D'autres, parmi lesquels je me compte, nous soutenons, pourtant, que le notaire est un métier qui demeurera installé dans la vie sociale de l'avenir, car il appartient à la même société qui naît naturellement et dans le temps ; il s'adaptera au signe des temps, comme il l'a toujours fait, en sachant utiliser les nouvelles technologies informatiques. Ce sera un puissant outil pour perfectionner sa performance, son utilité et sa permanence efficace sur le marché.

La fonction notariale n'est, ni ne sera, obsolète. Ce qui semble le devenir est la manière d'assurer le service notarial en se fondant sur la

pièce traditionnelle uniquement sur support papier : ce qu'il faut au notaire aujourd'hui, c'est se réveiller et s'adapter aux exigences et évolutions du moment présent, tel que nous le verrons dans ce travail.

LE SERVICE NOTARIAL EST UTILE ET DYNAMIQUE

Le service public notarial est utile et dynamique dans la société, parce qu'il ne surgit pas du talent créateur de l'homme ou par décret du gouvernement, ou artificiellement pour un caprice de la mode. Au contraire, son activité juridique répond à une réclamation naturelle faite par la communauté, pour obtenir une plus grande sécurité juridique dans la circulation juridique. L'intervention du notaire dans le monde latin est essentielle pour conserver l'harmonie et dans les affaires et la paix sociale parmi les citoyens.

LE NOTAIRE, QUI EST-CE ?

Pour le dire simplement, le notaire est le licencié en droit, à qui l'État confère l'autorité publique et qui est chargé par son métier : de recevoir, interpréter, rédiger et donner une forme légale et la certitude juridique à la volonté des personnes, qui font appel à lui aux effets de dresser des actes juridiques ou pour constater des faits juridiques, en les consignants sur des actes authentiques.

Or, une définition ne suffit pas à manifester les tâches complexes du notaire, il faut aussi décrire son activité.

LE NOTAIRE, QUE FAIT-IL ?

Souvent, on a tendance à identifier la fonction de certificateur comme étant la fonction essentielle et caractéristique de l'activité du notaire. Mais il n'est pas ainsi, parce que le notaire garantit la sécurité juridique à travers l'exercice de plusieurs fonctions, dont il faut en remarquer huit, à savoir :

- **IL CONSEILLE** : il prête un conseil juridique à toute personne, institution ou société, qui le consultera dans un cadre de service obligatoire institutionnel aux citoyens ;
- **IL INTERPRÈTE LA VOLONTÉ** : il reçoit et interprète la volonté des personnes qui font appel à lui pour l'obtention d'un service notarial spécifique ;
- **IL FORMALISE, LÉGALISE ET LÉGITIME** : il garantit la formalité exigée par la loi, c'est-à-dire qu'il donne la pleine validité juridique, à certains faits et actes juridiques qui devront être passés obligatoirement par devant son autorité et, en outre, il confère à son produit : l'acte authentique, la garantie d'avoir respecté la loi et d'avoir été célébré par qui est autorisé et compétent à cet effet ;
- **IL A LA FACULTÉ DE LA FOI PUBLIQUE** : il confère l'authenticité et la certitude juridique à certains faits et actes juridiques, en les consignants dans son rang de minutes, les revêtant de la valeur probante pleine dans le monde entier ;
- **IL CRÉE DES ACTES AUTHENTIQUES** : il est l'auteur des actes authentiques notariés qui circulent avec la valeur probante pleine dans le monde entier. Il conserve les actes originaux dressés et autorisés au rang des minutes et en délivre une grosse conforme à l'original à force exécutoire et, sur demande des intéressés, il reproduit autant de fois que nécessaire, de nouvelles expéditions conformes ;
- **IL AIDE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE POUVOIR JUDICIAIRE** : il agit en tant qu'auxiliaire de l'administration publique locale et fédérale, en produisant des rapports et des avis et il agit en tant qu'efficace percepteur des impôts, tant fédéraux et que locaux et il a la fonction d'auxiliaire dans l'administration de justice du Pouvoir judiciaire ; et,

- **IL JOUE LE RÔLE NOVATEUR DE CONSEIL INTERNATIONAL.** La loi lui confère une nouvelle fonction, l'autorisant à agir en tant qu'expert en droit national, ce qui lui permettra de produire des avis légaux et de donner son opinion en tant que juriste national en commerce international ; et,
- **IL PEUT AGIR EN TANT QUE MÉDIATEUR, CONCILIATEUR ET ARBITRE :** il agit en tant que médiateur, conciliateur et arbitre dans la prévention et solution extrajudiciaire de controverses, en désencombrant ainsi l'énorme charge publique de servir à la nécessité d'accès à la justice et à la paix dans la société.

2. LE NOTAIRE ATTACHÉ AU PAPIER EN TANT QUE SUPPORT DE SON INTERVENTION

En ce moment, l'encadrement légal qui régit l'intervention du notaire la limite à la pièce sur support papier. Ce serait comme si l'Histoire avait attaché le notaire à l'utilisation du papier. Pourquoi le papier ?

LE PAPIER : LA BASE DU DOCUMENT TRADITIONNEL

Depuis sa invention, le papier a été le matériel préféré par l'homme pour y faire constater les documents. L'élément matériel papier est d'une si grande importance, que lorsqu'en droit, on parle de document, c'est au papier où sont constatés les faits ou actes juridiques que l'on se réfère. Quand nous parlons d'un contrat, nous le confondons avec le matériel utilisé (papier) qui contient le texte contractuel et dans notre esprit, nous imaginons l'ensemble de feuilles en papier écrites.

POURQUOI CETTE PRÉFÉRENCE POUR LE PAPIER ?

Tel que l'explique le notaire espagnol DE PRADA GUAITIA, dans son exposé : "Le document informatisé et la sécurité juridique", il y a trois raisons pour préférer le papier en tant que support de l'écrit :

- 1°.- À cause du caractère perdurable du papier. Le papier a démontré, tout au long des siècles, qu'il perdure et qu'il conserve les signes graphiques le caractérisant ;
- 2°.- À cause de la difficulté pour l'altérer ; et,
- 3°.- À cause de la possibilité de l'identification de son auteur et des sujets intervenant à l'acte, grâce à leurs signatures autographes apposées sur le document renfermant l'acte ou le fait juridique concerné.

Dans le cadre légal qui régit l'intervention du notaire, nous avons l'ensemble de directrices suivantes, toutes fondées sur le papier :

- **LE NOTAIRE RÉDIGE DES DOCUMENTS**

Le notaire, en sa qualité professionnel, est nécessairement tenu de rédiger un document sur papier comportant le récit du fait survenu par devant son autorité ou de dresser un acte juridique qui, grâce à son intervention, sera revêtu de la forme légale. Le notaire est un rédacteur naturel de papiers. Lorsque le notaire intervient pour authentifier des faits survenus en sa présence, le notaire rédige sur du papier, pour constater ce qui est arrivé ; Lorsque le notaire reçoit la volonté des parties dans une acquisition ou une vente, il rédige aussi, sur du papier, un instrument pour en laisser la trace et quand un testateur dispose, unilatéralement, de sa dernière volonté, le notaire ne peut s'empêcher de rédiger, sur du papier, ses dispositions.

- **LES FOLIOS : LA PAPETERIE OFFICIELLE DU NOTAIRE**

Les folios en papier de sécurité composant le rang des minutes sont les feuilles qui constituent la papeterie officielle que le notaire est tenu d'utiliser pour constater les procès-verbaux et les actes notariés. Les folios sont la base matérielle de l'instrument authentique. Le rang des minutes est composé de livres contenant 200 folios mis en page. Ces folios ne sont fournis exclusivement que par l'Ordre des Notaires, aux notaires et ils constituent le seul papier où les procès-verbaux et les actes peuvent être autorisés. En plus, sur ces folios, le notaire procède à un grand nombre d'interventions officielles sur des feuilles en papier : par exemple, des requêtes de service, des lettres, des expéditions, des copies conformes certifiées, des attestations, etc.

- **PROCÉDURE D'IMPRESSION SUR DES FOLIOS :**

Pour établir les actes et procès-verbaux sur des folios, il faudra utiliser des procédures d'écriture ou d'impression fermes, indélébiles et lisibles. Il faudra profiter au mieux la partie utile du folio, sans laisser d'espaces blancs et les lignes à y imprimer devront garder une distance égale les unes des autres, sauf en cas de reproduction de documents. Pour y procéder, soit on les transcrita ligne par ligne, soit on reproduira leur image par tout moyen ferme et indélébile, y compris les photos, plans et, en général, toute pièce graphique.

Le notaire est autorisé à choisir les procédures pour établir des instruments sur les folios, pourvu qu'elles soient lisibles, fermes et indélébiles. Le notaire peut se servir d'imprimantes ou peut "scanner", aux effets de copier un texte écrit ou de copier des photos, plans ou toute pièce graphique.

- **L'AUTORISATION D'ACTES ET DE PROCÈS-VERBAUX DOIT ÊTRE ÉTABLIE SUR DES FOLIOS :**

Toute autorisation préventive ou définitive des notaires, ainsi que celles à effectuer éventuellement par le chef des Archives des Études Notariales, ne doivent être établies que sur les pertinents folios de l'instrument concerné.

- **LES INSTRUMENTS SUR PAPIER AUTORISÉS COMPOSENT LE RANG DES MINUTES**

L'activité officielle du notaire est limitée au papier. Tous les documents en papier qu'il délivre et qui manifestent sa fonction, tournent autour du concept de rang des minutes, qui n'est simplement qu'un archivage de papiers. Autrement dit, le notaire ne peut intervenir en dehors du rang des minutes, dont la définition serait : "l'ensemble composé des quatre livres suivants :

- PREMIER : les livres à folios où le notaire a établi et autorisé procès-verbaux et actes ;
- DEUXIÈME : les livres où sont établis les documents ou objets joints par le notaire à l'appendice des procès-verbaux et actes autorisés ;
- TROISIÈME : les livres où le notaire a enregistré les confrontations ; et,
- QUATRIÈME : les livres où sont établis les documents confrontés par le notaire joints à l'appendice".

- **LE NOTAIRE CRÉATEUR DES CINQ INSTRUMENTS AUTHENTIQUES**

L'instrument authentique est un document en papier qui a la valeur probante pleine, voilà pourquoi, on dit qu'il est authentique. Les notaires sont les créateurs de la variante plus importante des instruments authentiques, qui est celle des instruments authentiques notariés, tous sur un support papier, qui sont cinq, à savoir :

- 1°. L'ACTE
- 2°. L'ACTE NOTARIÉ
- 3°. L'EXPÉDITION
- 4°. LA COPIE CERTIFIÉE CONFORME
- 5°. LA CERTIFICATION NOTARIALE

3. LA MODALITÉ TRADITIONNELLE D'AUTORISER DES PIÈCES : LA SIGNATURE AUTOGRAPHE PLUS LE CACHET OFFICIEL

LE NOTAIRE AUTORISE LES PIÈCES RÉDIGÉES PAR LUI

L'importance juridique de la fonction notariale n'est pas seulement le simple fait de rédiger, qui appartient à chaque juriste dans sa fonction de conseil juridique, mais aussi la valeur ajoutée de son intervention réside dans le fait qu'il autorise l'instrument où est établi le fait ou l'acte juridique et donc, il le revêt de la valeur qui détermine la transcendance de son métier dans le monde social.

AUTORISER : C'EST LA CONJONCTION DE LA SIGNATURE AUTOGRAPHE PLUS LE CACHET OFFICIEL

Autoriser, c'est l'union indissoluble de la signature autographe du notaire et du cachet d'autoriser attribué par l'État au notaire. Ce sont deux éléments conjoints qui manifestent graphiquement le signe du caractère officiel de l'évènement.

Il s'agit de deux éléments personnels d'un même officier public. Quel en est le sens ? :

- LA SIGNATURE AUTOGRAPHE, c'est l'expression de la volonté d'une personne ; il s'agit d'un signe du consentement par rapport à ce qui a été rédigé dans un écrit. La signature, c'est le symbole personnel de la volonté libre. Lorsqu'un notaire signe ou fait un paraphe sur un document, il est en train de manifester son acceptation de l'origine et de l'auteur du texte rédigé ; et,
- LE CACHET OFFICIEL, en général, en métal et circulaire et d'un diamètre exact de quatre centimètres, est un symbole du pouvoir certificateur de l'État que ce dernier délègue dans le notaire. L'État est le Pouvoir souverain, il s'agit de l'institution à rang le plus élevé chargée de gérer ce qui est public au profit de la plupart des citoyens qu'il gouverne. Parmi d'autres pouvoirs, l'État a le pouvoir de certifier ou d'authentifier, c'est-à-dire, la capacité publique de revêtir de force de vérité officielle, soit, d'acceptation indiscutable et obligatoire pour les juges, les officiers publics et les particuliers, de la vérité des faits et des actes juridiques survenus ou dressés sous son autorité. L'État, en déléguant ce pouvoir certificateur au notaire, ne symbolise cette force, avec le besoin légal de considérer l'autorisation notariale, que si elle s'intègre ensemble avec la signature complète du notaire et l'apposition de son cachet d'autorisation.

VALEUR JURIDIQUE DE L'AUTORISATION NOTARIALE

La valeur juridique de l'intervention notariale dans les instruments qu'il autorise est résumée dans les quatre effets suivants :

- PREMIER : ils font la preuve pleine que les comparants ont manifesté leur volonté de réaliser l'acte consigné dans l'instrument concerné ;
- DEUXIÈME : ils font la preuve pleine que les comparants ont fait les déclarations racontées en tant que leurs ;
- TROISIÈME : ils font la preuve pleine de la vérité et la réalité des faits autorisés par le notaire, tel que rapportés par lui ; et,
- QUATRIÈME : ils font la preuve pleine que le notaire a respecté les pertinentes formalités de l'acte concerné.

FAIRE PREUVE PLEINE, QU'EST-CE QUE C'EST ?

C'est que dans ce genre d'instruments notariés, il faut que les faits et actes y renfermés soient crus et pris comme une vérité officielle sans discussion "juris tantum" dans la circulation juridique, par :

- a). les greffiers, juges, magistrats et conseillers de la Cour,
- b). les autorités administratives à tous leurs niveaux ;
- c). les notaires et courtiers du pays ; et,
- d). les juristes, professionnels et particuliers en général.

4. LES PRINCIPAUX DÉFIS POSÉS AU NOTAIRE PAR L'INFORMATIQUE ;

UN DÉFI, QU'EST-CE QUE C'EST ?

Un défi c'est un challenge, une épreuve de ce que ce que nous sommes et faisons est bien fondé. L'informatique et ses constants progrès ont posé d'importants défis à l'activité des notaires. Il y a des aspects de la nouvelle technologie informatique, notamment dans le domaine de l'intelligence artificielle, qui, pour certains, remettent en question, la vigueur de la nécessité de l'intervention personnelle d'un notaire. Certains affirment qu'une machine est plus sûre qu'un homme, parce qu'elle n'est pas soumise aux tentations de corruption de l'homme, mystère de misères et grandeurs.

L'INFORMATIQUE N'EST PAS UNE FIN, CE N'EST QU'UN OUTIL POUR LE NOTAIRE

Les défis que l'informatique pose au notaire sont variés. Il faudra donc les analyser dans une optique de sérénité et de prudence, toujours en nous tournant vers les fins du droit et vers la raison d'être du notaire : la certitude et la sécurité juridique. Rappelons que l'informatique n'est pas une fin en elle-même, c'est un moyen de plus permettant à l'homme de développer et de réussir sa réalisation intégrale en tant que personne. L'informatique ne doit pas substituer la personne, elle n'est pas l'ennemi de sa liberté, ni de l'exercice de ses droits fondamentaux, dont la sécurité juridique est la garantie. Pour le notaire et ses complexes fonctions, ce ne sont que les aspects technologiques des ses outils de travail qui devront changer, en supprimant définitivement des remises en question sensationnalistes sans aucun sens, par exemple, la prédiction qu'une machine intelligente pourra remplacer les fonctions du notaire.

QUATRE DÉFIS POSÉS AU NOTAIRE PAR L'INFORMATIQUE

Dans ce travail, nous ne souhaiterions aborder que les principaux défis suscités par l'informatique chez le notaire et qui, à mon avis, sont quatre, à savoir :

- LE NOTAIRE FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ;
- LE NOTAIRE FACE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES ;
- LE NOTAIRE FACE À LA SIGNATURE NUMÉRIQUE ;
- LE NOTAIRE FACE AU DOCUMENT ÉLECTRONIQUE

5. LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET LES CONTRATS ÉLECTRONIQUES

Aujourd'hui, on parle beaucoup de Commerce électronique, mais on se trompe sur ses significations, qui sont deux : l'une large et l'autre restreinte.

CONCEPT LARGE DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE : ÉCHANGE DE DONNÉES

Dans un sens général, on comprend par Commerce électronique, tout échange de données par la voie électronique, soit, d'un ordinateur à un autre. Cet échange peut se faire, soit au plan national, soit au plan international. Dans ce dernier cas, on est en train de créer ce qui est appelé en droit informatique : "flux de données transfrontalières (FDT)", qui génère de nombreuses interrogations de conflit juridique.

CONCEPT RESTREINT DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE : SEULEMENT EN MATIÈRE DE COMMERCE

Dans un sens strict, on comprend par Commerce électronique, seules les transactions commerciales qui sont accomplies par le simple échange électronique de données, sans besoin du processus traditionnel de la signature autographe en support papier.

Suivant ces deux sens de Commerce électronique, il est donc très important de spécifier toujours dans quel sens nous utilisons ce terme, pour que celui qui nous écoute ne s'y méprenne pas.

TROIS PRINCIPAUX MOYENS DE FAIRE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS UN SENS STRICT

Il y a trois modalités principales de faire du commerce électronique :

- À travers un Échange Électronique de Données : (EDI : Electronic Data Interchange) ;
- À travers le courrier électronique ; et,
- À travers Internet.

LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE NE S'APPLIQUE QU'À UN SECTEUR COMMERCIAL RÉDUIT

L'Internet étant un réseau ouvert et donc le courrier électronique n'est pas protégé des intrusions des hackers, le commerce électronique actuel par ces voies, s'est vu réduit à un petit secteur commercial de produits à faible valeur, où le vendeur assure, grâce à son prestige, la légitimité de son intervention et la légalité des marchés électroniques. Tant qu'il n'y aura pas de garanties de sécurité, conclure des contrats sur Internet ou par courrier électronique, ne sera encore, au Mexique, qu'une modalité de transactions commerciales non importantes, au contraire des opérations immobilières. Dans ce cas, il faut des moyens sécurisés pour vérifier l'identité et la capacité présente des parties à l'acte, la solvabilité financière et la bonne foi du contractant et notamment, la qualité et la valeur authentique du bien à acquérir.

LES CONTRATS ÉLECTRONIQUES NE SONT POSSIBLES QUE POUR LES ACTES DE COMMERCE

L'article 89 révisé du Code de Commerce établit clairement la possibilité de passer des contrats par des moyens électroniques, selon les termes suivants : “ Dans les actes de commerce pourront être employés les moyens électroniques, optiques ou toute autre technologie..”

LÉGISLATION DES CONTRATS ÉLECTRONIQUES

Suite aux révisions au Code Civil Fédéral, au Code de Commerce et à la Loi fédérale de protection des consommateurs, publiées au DOF du 29 mai 2000, a été réglementé pour la première fois au Mexique, le contrat par des moyens électroniques. Le Code Civil Fédéral établit les principes de droit des contrats par des moyens électroniques, optiques ou par toute technologie, qui s'applique à toutes sortes d'acte juridique à nature fédérale. Le Code de Commerce a ajouté un chapitre intitulé : “Du Commerce électronique” (articles de 89 à 94) avec des dispositions réglementant le contrat par des moyens électroniques pour les actes à nature commerciale. La Loi fédérale de protection des consommateurs dispose des règles d'application aux fournisseurs et aux consommateurs.

FORMATION DU CONSENTEMENT EN TANT QU'ÉLÉMENT DE L'EXISTENCE DE L'ACTE JURIDIQUE

Lorsque nous parlons de contrat, nous avons toujours à l'esprit que les conditions de son existence sont le consentement et son objet. Dans la question du contrat par les moyens électroniques, le nœud du débat est axé sur la question : Comment peut-on former le consentement entre les parties ? Il faut remarquer que dans le contrat électronique, la manière de consentir et la conclusion du contrat sont différentes. Il

n'y a pas de consentement électronique, mais une manière électronique de former le consentement. Le consentement est l'extériorisation de la volonté humaine et il peut se manifester de diverses façons : (par un geste, des mots, par écrit, par télécopie, par courrier électronique etc.) voilà pourquoi, on se trompe, quand on dit qu'il y a un consentement électronique, ce qui existe c'est une nouvelle forme électronique de consentir.

DIFFÉRENCE ENTRE LE CONTRAT TRADITIONNEL ET LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE

Ce qui distingue le contrat traditionnel sur papier et le contrat électronique, ce sont les questions suivantes :

- Le mode de le former ;
- La forme de donner le consentement ;
- Le mode de parfaire l'acte ; et par conséquent :
- Le mode différent de devenir une preuve tant du point de vue judiciaire qu'extrajudiciaire.

SEPT RÈGLES POUR CONSENTIR PAR DES MOYENS ÉLECTRONIQUES

- 1er. On considère qu'il y a consentement exprès, quand la volonté est manifestée par des moyens électroniques, optiques ou de toute autre technologie (article 1803 CCF) ;
- 2e. Le consentement par la voie électronique est formé par une offre et une acceptation. Quand l'offre sera faite par un moyen électronique, optique, par téléphone ou par toute autre technologie, à une personne présente, sans stipulation de délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre en sera libéré si l'acceptation n'intervient pas immédiatement ;
- 3e. Il faudra identifier pleinement tant l'expéditeur et que le destinataire dans toute offre et acceptation par la voie électronique. Le contrat sera réputé conclu légalement, si l'information générée ou communiquée (message de données) intégralement par la voie électronique doit être attribuée aux personnes obligées et doit être accessible pour une nouvelle consultation (articles 1834 bis CCF et 93 du C Co) ;
- 4e. Sauf convention contraire, l'information est présumée générée, envoyée, reçue, et classée ou communiquée par des moyens électroniques en provenance de l'expéditeur, si elle est adressée :
 - a) En se servant de moyens d'identification, tels des clés, codes ou mots de passe lui appartenant ; et,
 - b) Si l'expéditeur l'adresse par toute moyen technologique pour opérer des messages de données programmés par l'expéditeur ou en son nom, en opérant automatiquement ;
- 5e. Les parties contractantes, expéditeur et destinataire, sans en être obligées, pourront pourtant conclure un contrat cadre préalable. Il y sera signalé les cas où le message de données est attribuable à l'expéditeur. L'article 1811 C Co, dispose que : "s'agissant de la proposition et de l'acceptation faites à travers des moyens électroniques, optiques ou de toute technologie, il ne sera exigé de stipulation préalable entre les contractants pour produire des effets ;
- 6e. L'information est réputée reçue, quand elle entre dans le système désigné du destinataire. S'il n'y a pas de système désigné, elle est reçu quand le destinataire obtient cette information (article 91 C Co) ;
- 7e. Le lieu d'envoi d'un message de données, sauf convention contraire, est réputé être le lieu du domicile de l'expéditeur et le lieu de réception de ce message, le domicile du destinataire (article 94 C Co.). L'établissement du lieu de conclusion du contrat est important parce qu'il établira la compétence du juge et les effets fiscaux du contrat.

LA FORME DANS LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE

En principe, la forme n'est pas un élément de validité dans les contrats électroniques, sauf convention contraire. Le contrat conclu par la voie électronique est assimilé au contrat passé par écrit (art. 1803 Fraction II). Cette disposition est inspirée dans l'article 6 de la Loi Modèle Uncitral, qui dit que quand la loi exigera que l'information sera établie par écrit, cette condition sera satisfaite avec un message de données, si l'information qu'il contient est accessible pour sa consultation ultérieure.

6. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE LA SIGNATURE NUMÉRIQUE ET LES AGENTS CERTIFICATEURS ;

RIEN À VOIR AVEC LA SIGNATURE AUTOGRAPHE

Ce concept informatique n'a rien à voir avec le concept que nous avons, nous notaires, de la signature et du paraphe autographe. En effet, ce sont les signes graphiques d'une personne pour manifester son consentement exprès par rapport à un texte imprimé sur un document donné en support papier. Le notaire signe et paraphe les documents, ce qui fait partie de l'autorisation des instruments authentiques notariés.

LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE, EST-CE LA MÊME CHOSE QUE LA SIGNATURE NUMÉRIQUE ?

Selon les informaticiens, le seul moyen sécurisé pour identifier un expéditeur d'un message de données électroniques, intervient à travers ce qui a été appelé "La Signature électronique" et sa variante plus sécurisée "La Signature numérique", telle sa dénomination au Mexique ou "Signature électronique avancée", comme on la connaît dans la législation espagnole et d'une grande partie d'Europe.

Il en va de même pour toutes les questions, il y a toujours divers avis. En Espagne, dans le Décret Royal du 18 septembre 1999, il y a une distinction entre deux concepts juridiques différents :

- LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE : c'est l'ensemble des données mises de façon électronique (document) que le signataire annexe ou associe fonctionnellement, à un texte électronique, servant de moyen pour identifier formellement l'auteur de cet ensemble de données ou document qui est signé ; et,
 - LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE AVANCÉE : c'est la signature électronique permettant l'identification du signataire et qui a été créée par des moyens qu'il garde sous son contrôle exclusif, de façon à ce qu'elle soit rattachée seulement à lui et aux données auxquelles il se réfère. Ce qui permet donc de pouvoir en repérer toute modification ultérieure.
- C'est cette signature, appelée en Espagne "Signature Électronique Avancée", que nous avons appelé, au Mexique : "SIGNATURE NUMÉRIQUE".

QUELLE EN EST LA DIFFÉRENCE ?

La différence entre ces deux signatures réside dans le fait que, dans la signature électronique, aucune autorité de certification n'interviendra et qu'elle est utilisée pour tout genre de signature électronique. Quant à la signature numérique, il s'agit de la signature électronique fondée sur la cryptographie à clé publique, requérant un tiers agent certificateur.

LA SIGNATURE NUMÉRIQUE, QU'EST-CE QUE C'EST ?

La dénommée Signature Numérique ou Signature Électronique Avancée, c'est un bloc de caractères numériques que l'expéditeur ou signataire joint à un texte informatisé (document), justifiant ainsi qui en est l'auteur (identité du signataire) et qu'aucune manipulation ultérieure des données originales n'est intervenue (intégrité)

COMMENT L'EXPÉDITEUR DU DOCUMENT SIGNE-T-IL ?

Pour signer un document numérique, son auteur utilise son propre clé secrète privée, auquel il est le seul à pouvoir accéder. Ce qui empêche que, par la suite, il puisse nier en être l'auteur (non révocation). Ainsi, l'auteur est rattaché au document qu'il signe. Cette signature numérique peut être constatée par toute personne ayant la clé publique du signataire auteur du document.

QUI EST LE SIGNATAIRE D'UNE SIGNATURE NUMÉRIQUE ?

C'est toute personne physique disposant d'un logiciel de génération de clés privée et publique et qui agit pour son compte ou pour le compte d'une personne physique ou morale qu'il représente.

ANALYSE DE LA SIGNATURE NUMÉRIQUE EN DEUX DIMENSIONS

Pour aider à une meilleure compréhension de la signature numérique, nous pouvons l'analyser en deux dimensions :

- A) Dans son aspect technique, et,
- B) Dans son aspect juridique.

A) Dans son aspect technique :

La signature numérique est le résultat d'une procédure informatique fondée sur l'emploi réciproque d'une paire associée de clés, l'une publique et l'autre privée, caractérisées parce qu'elles sont différentes, c'est-à-dire des clés asymétriques.

- La clé publique, qui est susceptible d'être connue de tous et qui enregistrée avec un agent certificateur liée à la clé privée, qui n'est jamais divulguée ; et,
- La clé privée, qui n'est connue que de son titulaire.

Pour utiliser une signature numérique, il faut procéder en trois pas :

1. Le signataire rédige le document sur support électronique en se servant de sa clé privée. C'est à ce moment-là qu'il appose sa signature numérique, soit, il lie le texte à son identité en sa qualité de personne ;
2. Après l'apposition de la signature numérique, le signataire crypte tout le texte du document pour empêcher à une autre personne indiscrete de le lire et lui applique la clé publique du destinataire ;
3. À la réception du document crypté, le destinataire, pour pouvoir le lire et le décrypter, lui applique sa propre clé privée et le message devient lisible. Le destinataire peut lui envoyer un cachet électronique de réception ou lui répondre de la même façon par la signature numérique. Veuillez remarquer que la clé privée du destinataire remplit une fonction technique de décryptage du message.

La signature numérique est complétée à travers la deuxième action du signataire qui consiste à crypter les données du document. On remarque donc que ladite signature numérique est une configuration dérivée de la cryptographie.

B) Dans son aspect juridique :

La signature numérique a une fonction juridique de vérification. C'est la preuve de l'auteur et de l'intégrité du contenu du document. Ainsi, on l'assimile, dans les cas où elle est autorisée, à l'apposition de la traditionnelle signature ou paraphe sur le document à support papier.

En mettant en œuvre la clé publique, le destinataire prouve tant qu'il est l'auteur du document que son intégrité et en reconnaissant la clé privée de l'expéditeur, il vérifie que le signataire est effectivement l'auteur de la signature numérique. Rappelons que la clé privée est associée à une clé publique, qui doit être en vigueur, soit, non expirée ni révoquée. La clé privée n'est connue que de son titulaire. Puisque la signature numérique est générée à partir de la clé privée de son auteur, une association intervient entre la clé privée et signature numérique qui fait donc que l'auteur ne puisse renier sa signature, car il est le seul à connaître sa clé privée.

CERTIFICATION EN TANT QU'ÉLÉMENT DE SÉCURITÉ DANS LA SIGNATURE NUMÉRIQUE

La sécurité de cette signature numérique réside dans la délivrance d'un "certificat", consistant en une certification électronique qui fait le lien entre quelques données de vérification de signature et un signataire et confirme son identité. Qui est-ce qui assure ces services de certification ? C'est une question épineuse parce que les avis sont très partagés. Il s'agit d'une personne physique ou morale, autorisée à assurer ce service. Dans notre pays, même si la réglementation fait défaut, l'Association Nationale du Notariat Mexicain A.C. est déjà autorisée à certifier des clés publiques associées à des clés privées et donc à émettre des certificats.

CONCEPT DIFFICILE À COMPRENDRE POUR LES NOTAIRES

J'estime, qu'en effet, ce concept de signature numérique est difficile à comprendre pour les notaires habitués pendant des siècles à retenir seule la signature autographe comme étant un signe extérieur de la volonté. La conception même de la signature numérique est un défi intellectuel pour les notaires, parce qu'elle requiert, en plus, des connaissances élémentaires en informatique, quelques données spécialisées de la discipline appelée la cryptographie.

TROIS ÉLÉMENTS DANS LA SIGNATURE NUMÉRIQUE

Dans la signature numérique, il faut faire une distinction entre trois éléments :

Signataire : c'est l'expéditeur, personne physique, qui possède un dispositif pour générer deux clés et avec la clé privée, il va générer une signature numérique et ensuite avec la clé publique du destinataire, il va encrypter le document à adresser ;

Données de génération de la signature numérique : ce sont les données, par ex. des codes ou des clés cryptographiques publiques utilisés par les signataires pour qu'on puisse vérifier la signature numérique ;

Certificat : c'est la certification ou la garantie électronique par laquelle un agent vérificateur confirme les données de vérification de signature à un signataire et confirme son identité.

GARANTIE DE LA SIGNATURE NUMÉRIQUE

Deux éléments avalisent la sécurité de la signature numérique, à savoir :

1. Que, si l'information encryptée est interceptée par un hacker, il ne la comprendra pas parce qu'il ne détient pas la clé privée de décryptage ; et,
2. Que, puisque le récepteur décrypte l'information grâce à sa clé privée, il a la sécurité que c'est ce dernier qui lui a envoyé l'information.

L'avantage de ce système réside dans le fait du secret de la clé privée. Pourtant, quelques législations ont prévu l'enregistrement volontaire des clés privées.

LES AGENTS CERTIFICATEURS ET LES CERTIFICATS NUMÉRIQUES

Il pourrait arriver que quelqu'un se soit approprié de la clé privée de l'expéditeur et qu'il ait signé à sa place. Pour éviter cette hypothèse, il faut un système de gestion qui établira des règles claires et précises sur le fonctionnement et l'utilisation des clés. La gestion des clés a lieu par l'intermédiaire d' "autorités certifiantes" ou de "certificateurs de clé publique". Si quelqu'un veut accéder au système de signature numérique, il devra enregistrer sa clé publique. Le certificateur identifiera le requérant et lui délivrera un certificat qui associe cette personne à sa clé publique qui est liée à sa clé privée, cette dernière étant inconnue. Le certificat a une certaine date d'expiration. On devra pouvoir consulter en ligne le registre des clés. La clé publique devra être conservée par l'agent certificateur pendant une période, en général, de non moins de dix ans. Si quelqu'un voit que sa clé privée court un risque, il est tenu de déposer une plainte auprès de l'autorité certifiante. Cette dernière procèdera à révoquer le certificat associant cette clé privée à la clé publique qui découle du certificat.

CONCEPT DE CERTIFICAT NUMÉRIQUE

Le Certificat Numérique est le résultat d'une procédure technico-informatique grâce à laquelle on justifie le rapport entre l'expéditeur du document et sa clé publique. Sont aussi certifiées tant la période de validité de la clé publique que l'expiration du pertinent certificat, ne pouvant pas dépasser en général trois ans.

UTILISATION DE LA SIGNATURE NUMÉRIQUE AU REGISTRE PUBLIC DU COMMERCE

Dans les récentes révisions au Code de Commerce, à l'article 21 bis, dans sa fraction II alinéa c).-, il est établi qu'au stade de qualification, l'agent d'enregistrement autorisera, définitivement, l'inscription au moyen de la signature électronique de l'officier public compétent, ce qui générera ou joindra le folio commercial électronique pertinent. De même, à l'article 30, il est établi que le Secrétariat à l'économie certifiera les moyens d'identification à utiliser par les personnes autorisées à signer électroniquement l'information relative au Registre Public du Commerce, ainsi que celle de ses autres utilisateurs.

Il exercera, aussi, le contrôle des moyens de sauvegarde de la confidentialité de l'information envoyée par cette voie.

7. DEUX TYPES DE DOCUMENTS INFORMATISÉS :

- A) À SUPPORT PAPIER ; ET,
- B) À SUPPORT ÉLECTRONIQUE ;

CONCEPT DE DOCUMENT

Le terme "document" provient du mot grec "dekos", qui signifiait en matière religieuse les mains étendues pour offrir et recevoir. De cette racine est né le verbe latin "doceo", qui signifie enseigner et le terme "documentum", dans son acception de "ce qui sert à enseigner ou à instruire quelqu'un", c'est quelque chose qui nous renseigne sur le passé.

Conformément au Dictionnaire de l'Académie royale espagnole, un document c'est "...le diplôme, la lettre ou l'écrit qui nous illustre sur un fait, notamment, des faits historiques ou aussi un écrit où sont constatés des renseignements valables ou susceptibles d'être employés en tant que tels pour prouver quelque chose...".

Conformément au droit, un document, c'est : "tout support matériel exprimant ou intégrant des renseignements, des faits ou récits ayant valeur probante ou ayant tout type d'importance juridique".

Sous ce concept, sont des documents en plus des écrits en papier, les plans graphiques, les dessins, les photos, les vidéos, le cinéma, les enregistrements au magnétophone, les disques informatiques etc.

DEUX PILIERS DE LA VALIDITÉ DU DOCUMENT TRADITIONNEL

Depuis la réception du droit romain, le document sur support papier a joui de la pleine reconnaissance et de la validité absolue en fonction de deux éléments :

- En fonction de son auteur : (in manu publica confecta) ; et,
- En fonction de sa forme (in publica forma confecta).

Dans les documents informatisés, aucun de ces deux éléments ne sont présents de la manière traditionnelle, d'où le défi de l'évènement.

CONCEPT DU DOCUMENT INFORMATISÉ

Sur ce concept, il y a lieu à un grand débat dans la dénomination. Les uns l'appellent document électronique, les autres, documents numérique et enfin, il y a ceux qui, en tant qu'officiers publics, préfèrent les appeler document informatisé.

Le document informatisé, dans son sens plus général, est le document généré par l'intervention non plus d'un ordinateur, mais de tout un système informatique (l'ordinateur combiné à ses périphériques d'entrée et de sortie).

En droit italien, la question est tranchée de manière très simple. Le concept est identifié et on définit comme étant un document électronique ou informatisé, toute représentation sous forme informatisée ou électronique d'actes, faits et données juridiquement importantes.

DEUX TYPES DE DOCUMENTS INFORMATISÉS

Je pars du concept très général de document informatisé susceptible de générer, par la volonté de l'utilisateur du système informatique, deux types de documents, conformément à sa décision de lui donner ou non un support papier. Ainsi nous rejoignons DE PRADA pour dire que les documents informatisés sont de deux types :

1°. LES DOCUMENTS INFORMATISÉS SUR SUPPORT PAPIER : Il s'agit des documents produits sur l'ordinateur. Ce sont les documents créés en se servant d'un périphérique de sortie, en général, l'imprimante laser et il est doté d'un support papier pour être lus, corrigés, autorisés et s'ils renferment un fait ou acte juridique à être dressé par l'impression sur ce dernier des signatures olographes des parties.

2°. LES DOCUMENTS INFORMATISÉS SUR SUPPORT ÉLECTRONIQUE : Ce sont les documents produits, non plus sur un ordinateur, mais sur ordinateur et qui peuvent être lus seulement en mettant en œuvre la technique informatique. Dans ce type de documents, le document informatisé n'a qu'un support électronique. La combinaison de l'ordinateur et de la télématique est à l'origine de la communication de deux ou plusieurs ordinateurs à travers une ligne téléphonique et a permis la génération, la lecture et le stockage de documents informatisés.

DIFFÉRENTS TYPES DE SUPPORTS ÉLECTRONIQUES

Les principaux supports informatiques sont :

- Les supports magnétiques, qui stockent l'information de façon numérique, à savoir :
 - a) le disque dur (hard disk), qui vient dans le matériel de l'ordinateur ; et,
 - b) le disque amovible (disquette), interchangeables et faciles à transporter ;
- Les supports optiques de lecture laser, qui sont les CD similaires aux disques compacts de musique. Leur avantage sur les diskettes, c'est qu'ils durent plus longtemps et leur capacité de stockage est supérieure ;

- Les Codes Optiques imprimés, connus comme Codes à barres, utilisés essentiellement dans le commerce pour lire le prix et l'identification du produit.

DÉSAVANTAGES DU DOCUMENT UNIQUEMENT SUR SUPPORT ÉLECTRONIQUE

L'auteur italien Tarizzo dit que les principaux désavantages du document électronique sont :

- Il est écrit dans un langage qui n'est compréhensible que par l'ordinateur ;
- Il n'est déchiffrable et utilisable qu'au moyen de l'ordinateur ;
- Il n'y a pas de distinction d'une éventuelle copie lui appartenant ;
- Il est facile à altérer ;
- Il est dépourvu de toute certitude concernant son auteur et sa date ;
- Il est sauvegardé sur des formats supports spécifiques pas toujours compatibles avec un autre ordinateur.

LONGUE VIE AU DOCUMENT SUR SUPPORT PAPIER

Certes, il est important que les notaires manifestent leur adhésion aux progrès de l'informatique, mais de là à dire que l'utilisation du document sur papier va cesser, je crois qu'on exagère quand même.

Un commentaire important sur le Décret espagnol 14/99 du 17 septembre 1999 relatif à la signature électronique : il a très bien mis en avant le principe que l'ensemble des règles relatives à la conclusion, formalisation, validité et efficacité des contrats et autres actes juridiques n'en était pas altéré, qu'il ne substitue, ni modifie les textes réglementant les fonctions revenant aux notaires.

D'où, je considère qu'au Mexique et dans le monde latin, le document à support papier sera encore utilisé pendant longtemps, surtout en matière civile. Et, puisqu'il a prouvé, à travers les siècles, son utilité et sa sécurité, je prédis que l'utilisation du papier ne disparaîtra pas tout à fait, mais qu'il sera utilisé ensemble avec les documents uniquement sur support électronique.

8. LE NOTAIRE FACE AU DÉFIS DE L'INFORMATIQUE

LE NOTAIRE FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ;

Le notaire face au Commerce électronique, dans lequel il n'intervient pas professionnellement, n'a rien à redire. Nous pouvons résumer sa position, en faisant une distinction entre les deux sens du Commerce électronique :

A) FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE, AU SENS LARGE, soit, comme étant toute transmission électronique de données, le notaire soutient l'utilisation de cette technologie comme une manière de faciliter l'évolution de ses fonctions juridiques. Le notaire se doit d'être à l'avant-garde sur les moyens techniques permettant de perfectionner les délais et la qualité de ses services juridiques notariaux. Dans ce sens, le notaire accueille de bon gré le commerce électronique dans son sens large.

B) FACE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE, AU SENS STRICT, soit, par rapport aux transactions commerciales des meubles et des marchandises à bas prix, le notaire prend une attitude discrète d'observateur, parce que, pour l'instant, la loi ne requiert, ni permet aucune intervention du notaire pour la validité des actes de commerce réalisés à travers l'utilisation des moyens électroniques. Sur ce Commerce électronique, le notaire estime qu'il faut encore travailler pour le doter de la plus grande sécurité juridique possible.

LE NOTAIRE FACE AU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

EN GÉNÉRAL, IL N'Y A PAS ENCORE DE CONTRAT ÉLECTRONIQUE EN MATIÈRE CIVILE

Si nous retenons pour contrat électronique, celui qui est conclu au moyen de l'utilisation de moyens électroniques, lorsqu'ils ont une vraie conséquence sur la formation du consentement ou sur l'interprétation future de l'accord, c'est un fait que le contrat électronique est légalement possible. Mais, il faut remarquer que ce fait n'est légalement applicable pour le moment, qu'en matière commerciale, puisqu'en matière civile, la plupart des Codes Civils de la République n'ont pas encore reconnu la caractérisation du contrat électronique.

CAS EXTRAORDINAIRE : L'ÉTAT DE BASSE CALIFORNIE

Sur Décret numéro 64, paru au Bulletin Officiel du 28 juin 2002, ont été modifiés parmi d'autres, les articles 121 et 124 de la Loi du Notariat pour l'État de Basse Californie, avec les textes suivants :

ARTICLE 121 : "...Le notaire dressera les instruments en espagnol, en observant les règles suivantes : XII.- Il constatera sous son autorité publique :...e).- Que le procès-verbal ou l'acte notarié a été passé par les comparants...ou conformément aux termes de l'article 124 de ladite Loi-.

ARTICLE 124 : "...Lorsque la Loi exigera la signature de documents ou d'instruments notariés, la condition de la signature sera réputée remplie, au moyen d'un message de données, pourvu qu'ils puissent être attribuables aux personnes engagées et accessibles pour leur consultation ultérieure. Pour que la forme notariale soit réputée remplie, le notaire est tenu de consigner l'acte juridique par devant son autorité publique, conformément aux préventions de ladite Loi. Le notaire et les parties engagées pourront, à travers des messages de données, exprimer les termes exacts selon lesquels les parties ont décidé de s'engager. Le cas échéant, le notaire sera tenu de consigner sur l'instrument respectif, quels ont été les éléments à travers lesquels ces messages ont été attribués aux parties et en conserver, sous sa garde, une version écrite intégrale, pour sa consultation ultérieure. Dans ces cas-là, il suffira au notaire de consigner la déclaration faite par les parties, concernant leur capacité, pour que l'obligation de l'autorité publique du notaire soit réputée remplie"

Il s'agit d'un texte similaire, en partie, à celui de l'article 93 du Code de Commerce Fédéral. Mais, dans le texte de la Loi du Notariat pour l'État de Basse Californie, la condition de la forme écrite n'est pas réputée remplie comme à l'article 93, mais il faut aussi observer le second paragraphe de l'article 93 précité : La Loi locale respecte la forme notariale traditionnelle pour les actes juridiques, qu'il faudra recevoir conformément à la Loi du Notariat local et la nouveauté réside dans le fait que la condition de la signature autographe est remplie à travers :

L'emploi de message de données, pourvu qu'ils puissent toujours être attribuables aux personnes engagées ; et,
Accessibles pour leur consultation ultérieure.

Par ailleurs, du second paragraphe de l'article 93, on reprend le concept que les parties à l'acte pourront, à travers des messages de données, exprimer les termes exacts selon lesquels, elles ont décidé de s'engager. Le cas échéant, le notaire sera tenu de consigner sur l'instrument respectif, quels ont été les éléments à travers lesquels ces messages ont été attribué aux parties et en conserver, sous sa garde une version, (nouveauté, il est dit) "écrite", marquant une différence avec le Code de Commerce, qui ne dit rien, pour leur consultation ultérieure.

La partie finale de l'article m'inquiète parce qu'il supprime carrément le traditionnel jugement de capacité physique et civile à faire par le notaire par rapport aux parties et qui est réputé rempli sur

simple déclaration des parties. J'estime que le notaire est tenu de conserver ce jugement personnel de capacité physique et de capacité civile, s'il n'a pas connaissance qu'il existe une déclaration d'incapacité, pour justifier son intervention personnelle et éloigner le fantasme d'être remplacé à l'avenir par l'intelligence artificielle de l'informatique.

FACE AU CONTRAT ÉLECTRONIQUE EN MATIÈRE COMMERCIALE

Face au fait légal de la reconnaissance d'une nouvelle modalité de contrat, qui est conclue par des moyens électroniques, le notaire doit prendre une position d'acceptation, de consentement, d'enthousiasme, et notamment, de volonté à comprendre et à intégrer au mieux cette modalité. Il est évident que notre cher Mexique, un tantinet en retard, vient tout juste de se mettre à jour avec une décision réelle et qui régit depuis un certain temps dans les textes légaux d'importants états appartenant au Système juridique latin, par exemple : l'Espagne, la France, l'Allemagne, l'Italie, et en Amérique du Sud, le Chili.

Dans notre réalité mexicaine, il est nécessaire de considérer la distinction de deux présupposés différents :

LE PREMIER : DANS LES CAS DE CONTRAT SOUS FORME ÉCRITE UNIQUEMENT

A) L'EMPLOI DES MOYENS ÉLECTRONIQUES SONT ASSIMILÉS À LA FORME ÉCRITE ET À LA SIGNATURE. Les articles 93 du Code de Commerce et 1834bis du Code Civil Fédéral, établissent que, quand la loi exigera la forme écrite et la signature autographe pour les contrats, ces conditions seront réputées remplies, si les parties utilisent les moyens électroniques (message de données), pourvu que ce message puisse être attribuable aux personnes engagées et accessible pour sa consultation ultérieure ;

B) IL Y A CONSENTEMENT EXPRÈS PAR DES MOYENS ÉLECTRONIQUES. L'article 1803 du Code Civil Fédéral, d'application en matière du commerce, considère, comme étant un consentement exprès accompagnant les expressions verbales, par écrit ou par signes non équivoques, la volonté manifestée par des moyens électroniques, optiques ou par toute autre technologie. Ce qui veut dire, spécifiquement, qu'il est maintenant possible, du point de vue juridique, en matière commerciale, de donner son consentement par tous moyens électroniques.

ATTITUDE DU NOTAIRE

À défaut, pour le notaire, d'un rôle juridique d'importance dans le contrat électronique, son attitude doit être d'attention, d'information et de prise de conscience des nouveautés. Et, comme tout autre juriste engagé dans l'évolution du droit, il devra se consacrer à l'étude et à une plus grande compréhension de la portée de la nouvelle caractérisation juridique du contrat par la voie électronique. En effet, le notaire étant plongé dans une intense circulation juridique, ce phénomène aura parfois des conséquences sur son activité.

LE DEUXIÈME : DANS LES CAS DE CONTRAT OBLIGATOIRE SUR ACTE NOTARIÉ

Lorsque la loi établira, comme condition, la célébration d'un acte juridique sur un instrument par devant notaire, les articles précités 93 du Code de Commerce et 1834bis du Code Civil Fédéral, disposent que l'acte juridique devra être dressé conformément à la législation applicable le régissant ; ce qui veut dire, conformément au Code Civil local et à la loi notariale de l'entité concernée. L'acte devra alors être instrumenté sous la forme traditionnelle d'acte authentique ou acte par devant notaire en support papier, tel qu'établi par la plupart des lois nationales.

LA FORMALITÉ NOTARIALE N'EST PAS REMPLIE DANS LE CONTRAT PAR LA VOIE ÉLECTRONIQUE

De ce qui vient d'être dit, nous tirons la conclusion, qu'à ce jour, il n'est pas possible de conclure des contrats par des moyens électroniques auprès d'un notaire. La loi en matière commerciale respecte donc la forme traditionnelle de passer des contrats. Ce qui revient à dire sur support papier, quand il s'agit d'actes où la loi établira l'intervention d'un notaire.

MAIS LE NOTAIRE EST TENU DE RECONNAÎTRE DES CONVENTIONS PRÉALABLES PAR DES MOYENS ÉLECTRONIQUES

Mais attention, parce que, du point de vue légal, malgré le manque d'instrumentation ou de contrat électronique passé par devant notaire, ce qu'il peut y avoir c'est celui qui aurait lieu, conformément à l'article 93 précité du Code de Commerce, si les parties avaient décidé d'utiliser les moyens électroniques, optiques ou toute autre technologie, pour exprimer à travers des messages de données, les termes exacts selon lesquels les parties ont décidé de s'engager. Alors, le notaire :

Sera tenu de faire constater sur le propre instrument notarié, les éléments à travers lesquels sont attribués ces messages aux parties ; et,

Sera tenu de conserver sous sa garde, une version intégrale des messages de données pour sa consultation ultérieure. Ce qui veut dire que le notaire sera tenu de joindre à l'appendice de l'acte notarié ou du procès-verbal concerné, une version intégrale des messages des parties, relatifs à l'instrument notarié à autoriser.

DÉFI POUR LES NOTAIRES :

Pour l'instant, aucun contrat n'est encore conclu par des moyens électroniques auprès d'un notaire. Le grand défi, pour le notaire, c'est qu'il ne peut pas se tenir à l'écart dans une matière civile, en n'utilisant que les moyens traditionnels, sans accepter le contrat électronique. Le Notariat organisé et particulièrement, chaque notaire, est tenu de prendre part activement à une proposition permettant le concours des deux systèmes et notamment, permettant au notaire de conserver sa fonction de légitimation. Il aura aussi à jouer le rôle d'agent certificateur dans la signature numérique. Enfin ce sera lui, mais pas seulement lui, l'agent certificateur le plus important à délivrer des certificats pour mettre en place la signature numérique.

LE NOTAIRE FACE À LA SIGNATURE NUMÉRIQUE

Le défi de l'utilisation de la signature numérique par le notaire implique avant tout, une première attitude de désacraliser notre signature autographe et le cachet officiel. Tout évolue et notre façon de signer peut aussi évoluer. Notre façon de cacheter peut aussi évoluer. Cet élément technique ne doit pas nous étonner. Ce à quoi nous devons faire attention, c'est au rôle juridique du notaire dans la formation de l'acte juridique : va-t-il évoluer ou non ?

Une première manifestation en est que, vu le besoin social de sécurité juridique, le rôle du notaire dans le contrat civil et commercial devant être investi de la formalité de l'écriture, ne doit pas changer. Au contraire, ce qui peut changer c'est la façon d'autoriser et l'emploi des nouveaux outils informatiques pour faciliter le travail notarial. Pour mieux saisir notre point de vue, partons des deux hypothèses de temps suivantes :

A) À PRÉSENT

La loi ne prévoit pas l'emploi de la signature numérique dans le déroulement de la fonction publique notariale. D'où, le notaire observe comment son utilisation se répand à d'autres domaines, tels le Registre Public du Commerce. Le notaire, face à cet état de chose, doit faire un effort de compréhension de la portée de la caractérisation cryptographique de la signature numérique, parce qu'un processus de diffusion et d'expansion de la caractérisation est en cours, qui, en quelque sorte, affectera à court terme l'activité notariale concrète de notre présent.

B) À L'AVENIR

J'estime que dans un futur proche le notaire aura l'occasion d'autoriser ses documents en se servant, à la fois, soit de la signature autographe et du cachet, soit de la signature numérique. La tendance historique du Notariat a toujours été que, face aux progrès technologiques, le notaire se recycle et modernise, en y acquérant une nouvelle capacité de service efficient. Face à la signature numérique, l'attitude du notaire ne doit pas être différente, parce que nous devons la voir comme étant un progrès informatique, il faut apprécier la signature numérique comme étant un nouvel outil de travail. Il s'agit d'une nouvelle modalité juridique d'exprimer son consentement en tant qu'autorité de certification. En conséquence, on supprimera l' ancestrale modalité de l'exprimer à travers la signature autographe du notaire, avec les signes graphiques propres provenant de sa propre main.

SERA-T-IL POSSIBLE DE REMPLACER LA SIGNATURE AUTOGRAPHE DU NOTAIRE PAR LA SIGNATURE NUMÉRIQUE ?

J'estime qu'une substitution complète et radicale n'aura pas lieu. Pourtant, on permettra son utilisation, ce qui se fera progressivement, prudemment, parce qu'il faudra réglementer les cas, tout d'abord extraordinaires de son emploi. Le notaire, en autorisant l'inscription d'un document au rang des minutes ou en recevant le consentement dans un contrat d'achat ou de vente, appréciera toujours la légalité et la légitimité du fait ou de l'acte juridique, et surtout, en donnant un avis personnel sur la capacité physique et civile des requérants ou des parties à l'acte. Il utilisera aussi la signature numérique seulement comme un signe, comme un symbole numérique de son consentement et de son autorité de certification.

Dans d'autres pays, tels l'Espagne et l'Italie, la signature numérique (signature électronique avancée) ait été acceptée par le notaire, comme une modalité d'autorisation officielle. Pourtant, au Mexique, il faut encore faire des études très pointues sur les risques et les avantages suscités par son utilisation, parce qu'en droit, il faut justifier si l'introduction de nouvelles caractérisations sont à justifier apporte de remarquables avantages pour l'utilisateur. Dans le cas qui nous occupe, sur des pressions de la mode, il ne faut pas mettre en péril inutilement la sécurité juridique qui a accompagné traditionnellement la fonction notariale exercée avec l'autorisation d'instruments au moyen de la signature autographe et du cachet officiel imprimé.

PEUT-IL Y AVOIR UNE FOI PUBLIQUE NUMÉRIQUE ?

Mengual y Mengual classe la foi en deux catégories : la foi surnaturelle ou divine, celle que l'on a en Dieu et la foi naturelle ou humaine, celle que l'on a parmi les hommes. La foi humaine, qui est la croyance que nous donnons au dire ou au fait des hommes, est partagée en foi privée, qui est la croyance que l'on a du dire ou du fait de l'homme n'étant pas investis d'autorité ; et en foi publique, lorsque nous croyons le dire ou le fait de l'homme, étant investis de la puissance certifiante de l'État, la foi publique. La foi publique est une institution juridique substantielle de notre droit. Elle peut être divisée en : foi publique judiciaire et foi publique extrajudiciaire. Pour cette dernière, on peut faire une distinction entre :

- a) la foi publique notariale ;
- b) la foi publique de l'agent public ; et,
- c) la foi publique de l'enregistrement. Ce qui nous intéresse aujourd'hui ce n'est que la foi publique notariale.

La foi publique du notaire n'implique pas seulement de constater des faits, mais aussi c'est le conseil juridique impartial aux parties, la garantie de légalité et légitimité au contrat.

Enfin, elle donne au contrat ou acte, la forme légale nécessaire pour qu'il produise pleinement ses effets dans la circulation juridique.

La foi publique notariale est exprimée au moyen de la signature autographe du notaire, qui manifeste ainsi son consentement au texte dont il est l'auteur. Mais sa signature ne suffit pas, il faut aussi qu'elle soit accompagnée, en même temps, du cachet officiel délégué de l'État mexicain. Ensemble, la signature et le

cachet autorisent le document, l'investissent de la foi publique, c'est à dire de la valeur probante pleine par devant tout le monde.

Pour remplir aujourd'hui sa fonction juridique, l'intervention du notaire doit être personnelle et actuelle. D'où, le défi posé aujourd'hui, par l'informatique, au notaire est énorme. Le notaire peut-il exprimer sa signature et son paraphe de consentement et son cachet officiel à travers des moyens électroniques ? Non, pour l'instant il ne peut pas. Pourra-t-il le faire à l'avenir ? Oui, ce serait possible, s'il ne s'agit que de l'expression informatisée du consentement autonome de ses dires, une fois achevée la procédure de son activité notariale ordinaire au sens de la loi.

LE NOTAIRE FACE AUX DOCUMENTS INFORMATISÉS ;

LE NOTAIRE CRÉATEUR DE DOCUMENTS INFORMATISÉS SUR SUPPORT PAPIER

Rappelons que les documents générés par l'intervention de l'informatique, nous les avons appelé, en général, et classés en informatisés sur support papier et informatisés sur support électronique.

Le notaire achève ses fonctions professionnelles avec un résultat tangible : un instrument public qui circule dans la circulation juridique pour fournir la certitude et la sécurité juridique aux consommateurs. Cet instrument public face à la circulation extérieure du public utilisateur ne peut exister que dans ses trois variantes :

- Une expédition d'acte notarié ou de procès-verbal ;
- Une copie certifiée ; et,
- Une certification.

Chacune est produite aujourd'hui par les notaires, presque complètement en format informatisé et en support papier. J'estime qu'au Mexique il n'y a quasiment plus de notaire ne disposant pas d'ordinateur et qui n'imprimerait pas ses instruments authentiques par le biais des périphériques informatiques.

Ce qui précède découle, tel que dit, de tout l'encadrement légal de l'intervention notariale qui est basé sur le papier : le folio, la dizaine de livres du rang des minutes, les livres de l'appendice, l'index, les expéditions, les confrontations, etcétera.

LE NOTAIRE NE CRÉE PAS DE DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES :

Aujourd'hui, nous n'avons pas encore la possibilité de créer des instruments authentiques notariés sur un support uniquement électronique. Certes, il est possible aux parties de manifester leur consentement par des moyens électroniques et le contrat électronique en matière commerciale est faisable ; or, pour le notaire, il n'est pas encore possible d'accepter, dans son domaine professionnel strictement certifiant, le contrat électronique et donc la production de documents strictement électroniques.

Le notaire observe comment, de plus en plus souvent, le document électronique est utilisé et marche bien dans le domaine des banques, des finances, du commerce, fiscale. Le notaire ne peut pas s'empêcher de prendre part à ces progrès, soit parce que la loi le lui impose telle en matière du SAT, soit parce que, pour son compte, il connaît et met en place des mécanismes informatisés très avancés. Mais, il est tout à fait évident que le notaire, du point de vue professionnel, n'est pas créateur de documents sur support uniquement électronique.

L'ORDINATEUR REMPLACERA-T-IL LE NOTAIRE ?

Je ne le crois pas. Sur cette question si transcendante, il vaut mieux prendre une position définie. La fonction notariale requiert l'intervention directe personnelle du notaire. Le service juridique fournit par le notaire et donc, la valeur ajoutée de son produit, l'acte authentique, est son intervention personnelle ayant son trait étique de la sécurité qu'il produit sur la véracité des faits survenus. C'est

notamment, la conviction d'avoir la certitude que ce qui a été convenu est légal, qu'il y a de la légitimité dans la démarche. Parce que le notaire a établi son jugement personnel de capacité et de qualité juridique, ce qui implique le jugement moral et l'appréciation subjective du notaire homme, qui ne pourra jamais être remplacé par l'ordinateur, ni par tout autre mécanisme expert de l'informatique.

Les notaires, ce que nous devons être prêts à changer, ce sont les outils dont nous nous servons. Laisser tomber la plume et utiliser les codes numériques. Utiliser l'internet au lieu du clavier de l'ordinateur, pour écrire, c'est à dire, changer la modalité d'exprimer la volonté, mais l'action de la personne notaire doit demeurer.

LE DOCUMENT SUR SUPPORT ÉLECTRONIQUE

REMPLENERA-T-IL LE DOCUMENT INFORMATISÉ SUR SUPPORT PAPIER

J'estime que nous sommes face à une possible combinaison. Peu à peu, l'utilisation du papier va diminuer, sans disparaître complètement. Sa présence se bornera à la circulation juridique, mais il est trop utile pour disparaître tout à fait. Les gens ont besoin de constater, d'être sécurisés. Le papier a prouvé une grande permanence et son utilité. Définitivement, le papier ne disparaîtra pas de l'activité notariale. Je crois qu'il y aura certains cas très ponctuels de documents électroniques qui auront une incidence dans l'activité notariale. Mais l'instrument authentique et son "modus operandi", aura encore pendant un certain temps, son support sur le papier, bien qu'obtenu toujours par les moyens informatiques les plus avancés.

CONCLUSIONS FINALES

Nos conclusions finales, à partir de ces réflexions, sont les suivantes :

- Le notaire des temps présents s'est informatisé, c'est-à-dire il s'est intégré aux progrès technologiques de l'informatique, qu'il a su utiliser comme un superbe outil de travail ;
- Face aux défis posés par l'informatique, le notaire est ouvert, prêt à intégrer, enthousiaste, les nouvelles modalités d'intervenir et d'apposer sa signature et son cachet officiel, pour deux motifs :
 - 1er. Parce que c'est un processus global présent des pays du système juridique latin et que le Mexique ne peut pas rester en arrière ; et,
 - 2ème. Parce que le Notariat, dans son histoire, a toujours su marcher ensemble avec le développement de l'Humanité et maintenant, nous ne resterons pas en arrière. Nous serons présents et conscients que la fonction notariale ne doit pas disparaître, mais se perfectionner pour devenir plus conforme aux signes des temps que nous avons à vivre.
- Le notaire de l'avenir, qui acceptera l'utilisation de la signature numérique et le contrat électronique et qui interviendra en tant qu'agent certificateur, doit conserver l'essence de sa fonction juridique. C'est son indépendance, son impartialité, sa qualité de juriste expert, honorable, fidèle à la vérité, doté d'une probité à toute épreuve, qui devra continuer à interpréter la volonté des parties et donner la forme légale aux actes et faits juridiques. Il le fera au moyen des outils informatiques les plus avancés du moment, en garantissant toujours la sécurité juridique dans son intervention personnelle à travers l'acte authentique notarié. Cet acte pourra être en même temps : autorisé de manière numérique sur support électronique ou de manière autographe sur le traditionnel support papier, qui ne disparaîtra pas.

(080610)

BIBLIOGRAPHIE

- GIANNANTONIO, Ettore, "El valor jurídico del documento electrónico" Informática y Derecho, vol. 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.
- PELOSI, Carlos A., El documento notarial, Editorial Astres de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987.
- BORUSO, Rento, "La ley, el Juez, la computadora, un tema fundamental de la Informática Jurídica", Informática y Derecho, vol. 5 Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- CORREA, Carlos María, El Derecho Informática en América Latina, vol. 2, Informática y Derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
- FALCÓN, Enrique M., ¿Qué es la Informática Jurídica?, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1ère édition, 1992.
- AZPICUTA, Hermilo Tomás, Derecho Informático, Abelado-Perrot, Buenos Aires 1ère édition, 1987.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, Estudios de Derecho Notarial, tome II, Artes Gráficas Soler, S.A., La Olivereta 28, Valencia, España, 1986.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, "Deontología Notarial", Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Imprenta Firma Mieres, Madrid, 1993.
- RIANDE JUAREZ, NOE A., La inteligencia artificial en la Cámara de Senadores Mexicana: Una propuesta simplificadora, Vo. 4, Informática y Derecho Vol. 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- RIVERA FARBER, Octavio, "La Contratación Electrónica", Revista de Derecho Notarial, avril 1997, número 110, Asociación Nacional del Notariado Mexicana, A.C., Impresores Aldina, S.A., mai 1997.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, S.A., 4ème ÉDITION, Mexique, 1989.
- BARASSI, Theodore S., "The Cybernotary" Notarius International, vol. 1, n° 3, 1996, Kluwer Law International.
- WEYTS, Valerie Et. Luc, "Du Notaire Classique au notaire électronique", Notarius International, vol. 1, n° 3, 1996, Cluwer Law International.
- KENNAIR, William B., "The concept and development of the Cybernotary" Notarius International, vol. 1, n° 3, 1996, Kluwer Law International.
- WEYTS, Luc, "Le notaire latin et ses perspectives d'avenir", Revue Internationale du Notariat Latin numéro 90, an 1995, Premier semestre, ONPI Institución Editorial, Buenos Aires, Argentine, 1995.
- MICCOLI, Mario, "Cybernotary", Revue Internationale du Notariat Latin n° 91, an 1996, Premier semestre, ONPI Institución Editorial Buenos Aires, Argentine, 1996.
- GUIBOURG, Mario, Jorge Allende, Elena, M. Campanella, Manual de Informática Jurídica, Editorial de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1ère édition, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, la Función del Notariado y la Seguridad Jurídica, Revista de Derecho Notarial, juin 1997, n° 67, Asociación Nacional de Notariado Mexicanos, A.C., Impresos y Sobres, S.A., 1977.
- JUAN JOSE PAEZ RIVADENEYRA. Apuntes de Informática Jurídica y Derecho Informático (Édition privée)
- JULIO TÉLLEZ VALDES. Derecho Informático. Editorial Mc Graw Hil Mexique 1997.1
- MARIO SAQUEL Informática Jurídica Documental. Internet. 2002
- LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA EN EL DERECHO EUROPEO María Cristina Fernández Fernández. Internet 2002
- EL MARCO JURÍDICO MEXICANO EN LA NUEVA SOCIEDAD DIGITAL Luis Vera Vallejo. Internet. 2002
- CLAVES PARA EL ÉXITO DE UNA INFRAESTRUCTURA DE FIRMA DIGITAL Mauricio Devoto. Internet 2002

4.2. LE RÉGIME DES PROCURATIONS ÉTABLIES À L'ÉTRANGER

RUBEN SANTOS BELANDRO

LIGNES GÉNÉRALES. SÉCURITÉ ET CERTITUDE

1. Il est bien connu que l'objectif essentiel du droit international privé consiste à assurer la circulation des relations juridiques entre les particuliers au delà des frontières des Etats et de favoriser –dans la mesure du possible– le trafic dit communément externe. Les procurations établies à l'étranger ont une importance particulière dans le cadre de cette circulation, du fait qu'elles excluent l'obligation de comparution directe –judiciaire ou extrajudiciaire– pour accomplir ou recevoir certains actes et certains contrats dans un pays autre. Elles habilite une personne à agir de manière simultanée à deux endroits différents, à faire appel à la compétence ou aux connaissances d'autrui pour conclure des affaires privées, ...

2. Du point de vue notarial, l'emploi de ces procurations nécessite des règles juridiques assurant deux postulats : la sécurité et la certitude. Il faut donc savoir à l'avance quel sera le droit applicable reconnaissant l'efficacité extraterritoriale de ces procurations : s'il s'agit d'un droit national ou, à l'inverse, d'un droit émanant des règles établies par un Traité ou une Convention.

Il faut connaître en outre les exigences de fond et de forme que ces procurations établies à l'étranger doivent respecter pour que ces effets extraterritoriaux puissent se produire. Le/les droit/s applicable/s à retenir seront voués à la solution des problèmes que posent la capacité, la forme, la validité intrinsèque et les questions concernant tout document établi à l'étranger : légalisations, certifications, traductions et enregistrements. Il faudra tenir compte également de problèmes tels que la qualification des procurations, l'application du droit étranger, le recours à l'exception d'ordre public international ou les règles d'application immédiate.

3. Le Notariat d'origine latine s'en occupe depuis longtemps. Ainsi, lors du IIème Congrès international du notariat latin tenu à Madrid en 1950, il a recommandé aux pays membres de l'Union d'adhérer au Protocole sur l'uniformité des procurations destinées à être employées à l'extérieur, adopté à Washington le 17 février 1940, mais qui en fait n'a pas reçu beaucoup d'échos. Au cours de la VIème Rencontre internationale du notariat américain tenu à Lima en 1972, on a essayé de mettre à point un formulaire de procuration unique pour l'Amérique. Toutes ces normes sont acheminées vers la solution de la problématique concernant les procurations par le biais de règles directes ou substantielles, à l'instar des droits internes de chaque pays.

La Convention interaméricaine

4. Cependant, afin d'assurer d'une manière plus rapide – voir même péremptoire – l'efficacité des procurations établies à l'étranger, c'est la réglementation indirecte de cette figure juridique qui a été plutôt retenue, par le biais des règles formelles ou règles de conflit – c'est ainsi que nous, les spécialistes du droit international privé, les définissons. Ce qui caractérise ces règles, c'est qu'elles ne portent pas directement sur la catégorie "procurations", mais renvoient celle-ci à la loi du lieu de leur établissement, à la loi du lieu de leur exécution, à celle qui régit l'acte ou le contrat concernés, simultanément ou non etc. Cette/ces loi/s établissent les conditions auxquelles les procurations sont soumises.

5. Cette réglementation a été largement accueillie par la Convention interaméricaine sur le régime juridique des procurations à employer à l'étranger, adoptée par la C.I.D.I.P.I, tenue à Panama en 1975, au point qu'elle a été ratifiée par 16 pays (Argentine, Bolivie, Brésil, Costa Rica, Chile, Équateur, Le Salvador, Guatemala, Honduras, Mexique, Panama, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Uruguay et Venezuela). Cette réglementation couvre donc, du point de vue géopolitique, les quatre pays

fondateurs du MERCOSUR (l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay) avec les deux pays associés - la Bolivie et le Chili -; les quatre pays du Pacte Andin (la Bolivie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela) et les cinq pays de la Communauté Centroaméricaine (le Costa Rica, Le Salvador, le Guatemala, l'Honduras et le Panama). Ne restent en dehors que la Colombie et le Nicaragua.

Un vrai texto interaméricain donc, qui pourtant n'a pas été ratifié ni par les E.E.U.U. ni par le Canada, ni par les petits États anglophones des Caraïbes, ce qui constitue un regrettable désavantage. En effet, cette Convention a été conçue pour harmoniser désormais non l'existence simultanée de plusieurs droits étatiques éventuellement applicables aux relations juridiques internationales privées - c'est la tâche habituelle du droit international privé - mais de diverses familles juridiques, c'est-à-dire de civilisations profondément différentes les unes des autres.

6. En somme, si cette convention présente notamment l'avantage d'offrir un texte commun à tous les pays d'origine latine, elle s'avère particulièrement utile - disons qu'elle montre son utilité - lorsque la procuration a été établie dans un pays qui n'a pas accueilli parmi ses règles de droit l'acte authentique ou la figure du notaire latin, comme c'est le cas de plusieurs pays anglophones.

En effet, nous ne devons pas oublier que l'une des raisons qui a conduit à l'établissement de cette Convention - nous citons les propos du délégué de l'Uruguay, le Professeur Edison González Lapeyre -, c'est le souci de résoudre la situation connue par des milliers de latino-américains qui aux E.E.U.U. ne peuvent pas accorder des procurations pour transférer des immeubles en Amérique Latine parce que les législations de leurs pays prévoient la solennité de la acte notarié, inconnue aux E.E.U.U. Il découle de ces propos que c'est le problème des formalités entourant les procurations qui est en grande partie à l'origine de la Convention, et ce en raison des relations économiques et familiales intenses qui existent entre les pays latino-américains et les E.E.U.U.

Apparemment c'était en général l'opinion commune de la Conférence, puisque le délégué du Mexique, M. Abarca Landero, a signalé également que "l'esprit du projet est de simplifier les voies de communication pour faciliter l'établissement d'un document qui soit également valable dans tous les pays ayant adhéré à la Convention. Il signale que le projet ne pourrait pas accueillir les conditions maxima prévues par chaque loi, mais qu'il peut fixer les minima que tous les membres de la Commission devraient connaître, et ce pour ne pas tomber dans des discussions peu nécessaires".

Domaine d'application spatial

7. Le domaine d'application spatiale du Protocole de Washington de 1940 est plus large que celui de la Convention Interaméricaine des lors qu'il vise à régir "les procurations établies dans les pays faisant partie de la Union Panaméricaine, mais destinées à être employées à l'étranger". Si le Préambule de la Convention Interaméricaine de 1975 suggère la même chose, l'art. 1 précise pourtant ensuite que ce domaine spatial concerne les États partie exclusivement:

Les procurations dûment dressées dans l'un des États parties à la présente Convention sont valides dans tous les autres États partie.

Domaine de vigueur de la Convention pour l'Uruguay

8. Par le biais de cette Convention Interaméricaine, l'Uruguay est ainsi lié à 15 pays de la région. Il y a lieu ensuite de se demander ce qui survient lorsque la procuration a été établie dans un pays qui n'a pas ratifié cette convention. La catégorie « procuration », dans le cadre d'une réglementation spécifique, est apparue lors de la Convention Interaméricaine ci-avant. Il y a eu également les Traités de Montevideo : ceux de 1889 ne lient en la matière que l'Uruguay et la Colombie ; c'est le cas aussi pour l'Argentine et le Paraguay. Quant aux Traités de Montevideo de 1940, ils ne sont plus en vigueur, puisque les pays que les avaient ratifiés - l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay - ont à leur tour ratifié la Convention

Interaméricaine. En fait, la procuration n'avait été spécifiquement réglementée par aucun des Traités de Montevideo, ce qui n'a pas d'importance vu le mouvement vers la ratification enclenchée par la suite. Signalons que la procuration n'avait pas non plus fait l'objet d'une réglementation spécifique dans le Code Bustamante de 1928, et ce en dépit de la technique analytique mise en place.

9. Lorsque les règles conventionnelles réglementant la problématique des procurations ne sont pas applicables, ce sont les normes nationales de droit international privé réunies dans la partie finale du Code Civil de l'Uruguay qui sont d'application, encore qu'elles ne réglementent pas non plus la procuration de manière spécifique. Afin de combler cette lagune législative et en faisant appel à l'art. 16 du Code Civil, le Droit interne de l'Uruguay a adopté une règle d'herméneutique juridique déterminant qu'il faudra faire appel " aux fondements des lois analogues " et, le cas échéant ; " aux principes généraux du droit et aux doctrines largement accueillies ". La loi analogue est celle qui contient la ratification de la Convention Interaméricaine relative aux procurations. On en tire une conclusion qui facilite énormément la tâche notariale. En effet, si la Convention est un Traité aux effets inter partes, ceci perd de son importance dans le cas de l'Uruguay étant donné que, la catégorie " procurations " n'étant pas réglementée de manière spécifique, les règles de la Convention Interaméricaine reprennent toute leur autorité à l'égard des procurations qui nous lient aux pays avec lesquels nous n'avons pas signé de traité. En résumé, si la procuration a été établie dans un pays ayant ratifié la Convention Interaméricaine, nous appliquons la Convention, tandis que si elle a été établie dans un Etat non ratifiant, même si nous l'appliquons également, nous le faisons en tant que " règle analogue " ou " doctrine la plus accueillie ", en fonction de l'auteur auquel on se réfère. C'est aussi la position adoptée par la République Argentine.

Au cas où la procuration proviendrait d'un pays avec lequel le Paraguay n'aurait pas signé de Traité ou de Convention, on ne voit pas d'inconvénient à adopter la même solution que l'Argentine et l'Uruguay, car l'art. 6 des dispositions préliminaires du Code Civil du Paraguay est similaire à celui des pays cités. L'art. 6 signale expressément que :

Si une question ne peut être résolue ni par les mots ni par l'esprit des préceptes de ce Code, il faudra se référer aux dispositions réglementant des cas ou des matières analogues et, à défaut, il sera fait appel aux principes généraux du droit.

Domaine matériel de la Convention

10. Pour qu'il y ait représentation, deux conditions doivent être remplies :

1. Qu'une personne agisse au nom d'autrui, et
2. la procuration.

Normalement, la représentation se situe dans le cadre de la coopération juridique qu'un sujet assure au profit d'un autre sujet. Le représentant coopère avec le représenté, le remplace et accomplit l'acte pour son compte. La représentation peut être soit nécessaire o légale, soit volontaire, soit organique.

a) La représentation légale : La représentation légale ou nécessaire intervient dans le cas des incapables et des absents. La procuration est conférée par la loi, car l'incapable manque de la volonté et la compétence lui permettant d'accomplir l'acte d'établissement.

b) La représentation organique ou sociétaire : elle intervient dans les cas où les personnes juridiques ou morales doivent agir extérieurement, ce qui rend nécessaire la comparution de l'un de ses membres, lequel agira au nom et en représentation de la société, l'association ou la fondation concernées.

c) La représentation volontaire : dans les cas de la représentation volontaire, la procuration a son origine dans un acte juridique unilatéral – d'autorisation ou de constitution – émanant du représenté, par laquelle le représentant est autorisé à agir et produire des effets directs sur le patrimoine de celui-là.

Procuracion et mandat

11. La représentation est liée par une relation de base qui prend des formes diverses : le mandat, le louage de services, la société, etc. La procuracion de représentation est souvent rattachée au contrat de mandat. Nombreux sont ceux qui soutenaient que la procuracion de représentation était un élément essentiel du contrat de mandat, et ils concluaient qu'il ne pouvait y avoir de mandat sans procuracion de représentation. C'est le cas, par exemple, du Code Civil français, qui a eu de l'influence sur l'art. 2501 du Code Civil de l'Uruguay.

Cependant, ce sont les études de l'école allemande –Ihering et Laband – qui ont permis de séparer le phénomène de la représentation du contrat de mandat. Le mandat est un contrat en vertu duquel une partie s'oblige à accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui; il est bilatéral ou synallagmatique dans la mesure où il crée des obligations réciproques; il peut être à titre gratuit ou onéreux... L'acte juridique de concession ou octroi de la procuracion, est dit de fondation ou délégation de pouvoir. La procuracion n'est pas un contrat mais un acte juridique unilatéral, émanant du représenté et adressé à un tiers, pour lequel l'acceptation du représentant n'est pas exigée. Il peut y avoir représentation sans mandat, comme c'est le cas pour la représentation des incapables ou des absents. Il peut y avoir aussi mandat sans représentation, comme dans le cas de la commission. Le mandant peut être sans représentation mais la procuracion implique toujours représentation.

12. En conclusion, nous devons toujours distinguer dans le domaine notarial mandat et délégation de pouvoir. Ce sont deux figures autonomes, quoique souvent liées. Il peut y avoir procuracion sans mandat et mandat sans procuracion. Celle-ci doit toujours marquer ses limites. En outre, l'acte de fondation de pouvoir autorise, il n'oblige pas. C'est cette approche qui a été retenue dans son intégralité par l'art. 3 du Protocole de Washington et par l'art. 11 de la Convention Interaméricaine signalant que :

La consignation dans la procuracion de son acceptation par le mandataire n'est pas exigée pour la validité de la procuracion. Cette acceptation résultera de l'exécution même de la mission.

13. Selon la spécialiste argentine Alicia Perugini, ce sont ces caractéristiques qui ont amené les notaires à omettre dans les actes concernés la comparution du représentant et à ne consigner dans le corps de l'acte que « la mission » qu'une personne confie à l'autre. Dans la plupart des cas, lorsqu'on parle d'acte de mandat, on fait allusion en fait à un acte de délégation de pouvoir dans lequel sont nettement marquées: la comparution du constituant de la procuracion, l'identité du fondé de pouvoir, les obligations prises par le premier, l'accord de pouvoirs au second, et enfin l'étendue précise de ces pouvoirs. L'acte de procuracion est non seulement unilatéral, mais abstrait, dans la mesure où sa validité est indépendante d'un acte ou d'un contrat éventuels qui pourraient obliger le fondé de pouvoir à agir d'une certaine manière. Il est indépendant, par exemple, de la validité du mandat, du louage de services, etc.

Quant à la Convention Interaméricaine, son objet se borne à la seule réglementation de la procuracion, sans se préoccuper de l'acte juridique sous-jacent – en général le mandat, mais éventuellement tout acte juridique - ni de l'acte final en vue duquel la procuracion sera exécutée et pour lequel celle-ci a été accordée. Soucieuse de préciser encore mieux son domaine matériel, la Convention interaméricaine ne caractérise aucunement les procuracions, elle ne définit pas l'objet réglementé. Elle n'identifie pas non plus un certain genre de procuracion, si bien qu'elles y sont toutes comprises : les procuracions civiles, commerciales, de procédure, administratives, etc.

L'internationalité de la procuracion

14. Le Professeur Liliana Rapallini a soutenu, très justement, qu' « une procuracion de représentation est internationale lorsque l'État où elle a été accordée diffère de celui où elle sera exécutée, la présence du

constituant et du fondé de pouvoir au même pays lors de la constitution étant accessoire et la résidence, le domicile ou la nationalité des parties manquant de toute importance ». Un mandat conféré au Paraguay par une personne au profit de l'autre, domiciliées toutes deux au Paraguay, pour produire des effets à l'étranger est donc compris par la Convention interaméricaine sur les procurations.

Méthodologie utilisée

15. Les Conférences internationales de droit international privé convoquées périodiquement par l'O.E.A. n'ont pas de position dogmatique a priori quant à la/les méthode/s à mettre en place pour régler les catégories du droit international privé. C'est pour cette raison que l'élaboration de chaque projet de Convention doit résoudre la question de savoir s'il y a lieu de régler la catégorie sous étude par la méthode des conflits de lois et de juridictions ou s'il faut faire appel à une méthode substantielle ou directo. La méthodologie utilisée par la Convention est mixte, elle contient autant des règles de conflit que des règles substantielles, comme nous verrons plus avant.

La capacité requise pour accorder une procuration

16. Il faut tout d'abord vérifier la capacité d'agir au moment de l'octroi de l'acte de procuration. Perugini distingue la capacité requise pour accorder la procuration de l'acte causal qui peut obliger le fondé de pouvoir à agir d'une manière déterminée – par le biais d'un mandat, par exemple – et de l'acte juridique final ; il conseille de ne pas identifier la validité de la procuration à la validité de la vente ou du mariage, qui sont des problèmes réglés par des lois distinctes.

La détermination de la capacité sera établie par les normes suivantes :

- a) *pour les personnes physiques* : il faudra faire appel à la loi de la nationalité ou à la loi du domicile, selon les règles de droit international privé à utiliser. Dans les pays de la région, c'est la loi du domicile du commettant qui est appliqué à la capacité ;
- b) *pour les personnes juridiques* : aux termes des Traités de Montevideo de 1889 et de 1940 ou des Conventions interaméricaines sur les conflits de lois en matière de sociétés commerciales de 1979 – ratifiées par le Paraguay – ou sur les personnes juridiques de 1984 – non ratifiée par ce pays –, c'est la loi du lieu de constitution qui sera appliquée, c'est-à-dire du lieu où sont remplies les conditions de fond et de forme indispensables à l'acquisition de la personnalité juridique.

La légitimation

17.

a) s'il s'agit d'une personne physique qui accorde la procuration en son propre nom : l'art. 1 du Protocole de Washington de 1940 établit nettement que « le fonctionnaire qui l'atteste (notaire, fonctionnaire de l'enregistrement, greffier, juge ou autre personne à qui la loi du pays attribue les fonctions en question) fait foi de ce qu'il connaît lui-même le mandant, et que celui-ci possède la capacité légale nécessaire à l'exécution de cet acte ». Nous ne voyons pas d'inconvénient ce que le même contrôle soit assuré sous la Convention interaméricaine relative aux procurations.

b) *s'il s'agit d'une procuration accordée au nom d'un tiers* :

- *pour être son représentant légal* : en cas de comparution de un représentant légal, il faudra justifier sa qualité, aux termes de la loi du lieu où la mission a été accordée.

Cas de substitution : les substitutions doivent aussi être vérifiées.

Cas de personnes juridiques : s'agissant de personnes juridiques, outre la certification des paragraphes précédents, le fonctionnaire fait foi, relativement à la personne juridique au nom de laquelle la

procuracion est accordée, de la constitution régulière de celle-ci, de son siège social, de son existence juridique actuelle et du fait que les actes pour lesquels la procuracion est accordée sont compris parmi les fins ou les activités pour lesquelles ladite personne juridique est autorisée. Ces déclarations sont appuyées par les documents présentés à cet effet au fonctionnaire, tels que l'acte de constitution, les statuts, les décisions du conseil des directeurs ou de l'organisme directeur, ou tous autres documents juridiques propres à établir l'autorité conférée et les décisions adoptées. Le fonctionnaire attestant fait une mention expresse de ces documents, il en en donnant les dates et l'origine. (Art. 1.3 du Protocole de Washington). Cette solution est conforme à celle de l'art. 7.b) de la Convention Interaméricaine.

LA FORME

1°. Le principe *locus regit actum* : un principe non obligatoire

18. Le principe de base consacré est apparemment celui du *locus regit actum* : l'acte est régi par la loi du lieu. Une règle très ancienne du droit international privé, vieille de plus de huit siècles, vieille de plus de huit siècles et d'origine statutaire, est ainsi consacrée : la compétence de la loi du lieu de passation pour réglementer tout ce qui concerne la forme de la procuracion. L'art. 2 de la Convention interaméricaine détermine que

Les formalités et solennités relatives à l'établissement des procuracions destinées à être employées à l'étranger sont régies par la loi du lieu où elles sont données.

C'est donc le droit du lieu de la conclusion ou passation qui doit être observé, et ce pour deux raisons notamment : en premier lieu, parce que les parties y connaissent mieux les formes à utiliser pour chaque acte et, en second lieu, parce que, s'agissant d'un acte public, le fonctionnaire doit s'en tenir aux prescriptions de sa loi.

Néanmoins, cette règle consacrée par l'art. 2 pour la forme des procuracions rencontre trois solutions alternatives : la première, imposée par l'exercice de l'autonomie de la volonté dans le domaine conflictuel ; la deuxième, en raison de l'existence de normes rigoureusement impératives au lieu de l'exécution de la procuracion et la troisième découlant de l'existence de normes qui exigent le respect de certaines formalités inconnues au lieu de passation ; la Convention crée pour ce cas une réglementation directe. Voyons donc les trois exceptions à l'application de la loi du lieu où la procuracion est donnée :

2°. La reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté, limitée

19. La Convention interaméricaine a retenu une approche flexible visant à valider – dans la mesure du possible – la passation des procuracions. Dans ce dessein, les membres de la convention ont considéré que la volonté du commettant peut aussi être déterminante pour le choix de la loi applicable aux procuracions. La Convention interaméricaine reconnaît donc le principe de l'autonomie de la volonté pour choisir la forme des procuracions. Il s'agit de la première Convention de la C.I.D.I.P. qui a permis aux particuliers le choix de la loi applicable. Ce n'est qu'en 1994 qu'une reconnaissance pareille s'est produite, lors de l'approbation au Mexique de la **Convention interaméricaine** sur le droit applicable aux **contrats internationaux**.

Or il faut signaler également que l'autonomie de la volonté connaît dans ce cas une triple limite :

1. Le choix ne sera pertinent que lorsque la loi du lieu où la procuracion sera exercée n'impose pas la contrainte d'une solennité essentielle à la validité de la procuracion. S'il existe des normes impératives au lieu de l'exécution, le choix autonome de la forme devient inutile.

2. Le commettant ne pourra mobiliser son option que par rapport à deux lois : la loi du lieu de passation de la procuration et la loi du lieu d'exécution. Et,
3. Le choix est unidirectionnel : le commettant n'est autorisé à mobiliser son option que dans une seule direction, celle de la loi du lieu de passation vers la loi du lieu d'exécution.

3°. La *lex loci executionis*

20. Comment est-ce possible que ces exigences, concernant tantôt le contenu ou la substance de la procuration, tantôt la forme, puissent être satisfaites directement par l'application de la loi du lieu de passation ? En effet, l'expérience a démontré que le problème est justement là : que très souvent les conditions de forme de la loi du lieu de passation ne suffisent pas – ne sont pas utiles – car elles ne seront pas acceptées au pays où cette procuration sera exécutée.

Toute procuration est accordée dans un but, l'exécution de certains actes, dans un pays étranger en ce cas. L'incidence de la loi dans ce dernier pays est majeure, au point que le principe apparemment prépondérant – le principe *locus regit actum* – occupe désormais une place secondaire au profit du principe du lieu d'exécution de la procuration, lorsque celle-ci exige des solennités essentielles à sa validité. Si la loi du pays où la procuration sera exécutée exige une solennité spéciale – telle qu'une procuration devant notaire pour vendre ou pour grever un bien immobilier, par exemple – il n'y a pas de possibilité de choix : la procuration doit d'une part être reçue par un notaire, comme il est exigé par la loi du lieu d'exécution, et s'écarter d'autre part des prescriptions de la loi du lieu de la passation. Ainsi, la loi du lieu d'exécution de la procuration peut apparaître par deux voies différentes : lorsque la personne qui accorde la procuration en a fait le choix exprès quant à la forme, ou lorsque les dispositions de cette dernière sont d'application rigoureusement nécessaire ou impérative.

21. Aux fins de cette Conférence, nous croyons qu'il est opportun de faire mention de certains articles du Code Civil paraguayen. L'art. 23 signale que

La forme des actes juridiques publics ou privés sont régis par la loi du lieu de passation, sous réserve de celle des actes établis à l'étranger auprès des fonctionnaires diplomatiques ou consulaires compétents, qui sera assujettie aux prescriptions du Code Civil paraguayen.

Et l'art. 24 établit que

Les actes juridiques conclus à l'étranger relativement aux immeubles situés dans la République seront valables à condition qu'ils soient consignés dans des actes publics dûment légalisés, et ne produiront des effets qu'après leur mise au rang des minutes ordonnée par le juge compétent et inscrit au Registre Public.

J'ai trouvé dans le Code Civil paraguayen quatre autres articles concernant la forme des actes juridiques : les arts. 297 et 302 à 304.

297. Sans préjudice des dispositions de ce Code sur la capacité ou l'incapacité des personnes et la forme des actes, ceux-ci seront exclusivement régis, quel que soit le lieu de passation, quant à leur formation, preuve, validité et effets, par les lois de la République lorsqu'ils devraient être exécutés dans son territoire ou que les actions découlant du défaut d'exécution devraient y être entamées.

302. Lors de la passation des actes juridiques il faudra observer les solennités prévues par la loi. A défaut d'une règle spéciale, les parties peuvent employer les formes qu'ils estimeront utiles.

303. Lorsqu'une forme déterminée serait exclusivement imposée à l'acte par la loi, elle ne pourra pas être remplacée par une autre, alors même que les parties se seraient engagées par écrit à établir l'acte dans un délai précis et auraient imposé des pénalités. Cette clause et l'acte même seront nuls.

304. L'expression par écrit peut être faite par acte public ou sous seing privé, sous réserve des cas où l'acte public est expressément prévu.

Nous voyons bien que, du fait de ces dispositions, d'ailleurs courantes en Amérique Latine, le droit qui régit le fond ou la validité intrinsèque des actes juridiques est celui qui impose définitivement une forme déterminée, des lors que la procuration est un moyen au service d'une fin. La loi du lieu d'exécution peut exiger certaines formes, par exemple l'acte notarié.

22. Donc, en dépit de la reconnaissance de l'applicabilité, en principe, de la loi du lieu de passation pour les formes, il faut également prendre en compte la loi du pays où l'acte va produire des effets. Une telle solution s'avère incontournable. Par exemple, dans le cas du droit uruguayen, l'art. 2056 du C. C. exige une procuration spéciale pour transiger, aliéner, hypothéquer ou accomplir tout acte de domaine. Dans le cadre du droit de famille, la procuration donnée pour contracter mariage exige la spécification du nom de la personne avec laquelle ce mariage sera célébré ; la même exigence doit être observée pour le cas du divorce, l'adoption ou la reconnaissance d'un enfant naturel. Dans le cas de la transaction, la procuration spéciale accordée doit faire mention des droits et les biens qui font l'objet de la transaction. C'est ce qui explique le libellé de la deuxième partie de l'art. 2 de la Convention interaméricaine :

(...) à moins que le mandant ne préfère se soumettre à la loi de l'Etat où la procuration doit produire ses effets. Dans tous les cas, si cette dernière loi exige l'observation de formalités essentielles pour la validité de la procuration, ses dispositions seront applicables.

Détermination du lieu de l'exécution de la procuration

23. Perugini signale qu'il n'est pas facile d'essayer de déterminer ce que l'on entend par « lieu d'accomplissement » ou « lieu d'exécution de la procuration ». Il faut distinguer le lieu où la procuration est exécutée du lieu de l'accomplissement de l'acte final. Selon l'auteur, l'exécution de la procuration commence au pays où le fondé de pouvoir exprime cette volonté mais elle est complétée au pays où l'acte juridique final est accompli.

Les procurations générales ne faisant pas mention de pays, ou les procurations générales ou spéciales faisant mention de plus d'un pays, n'ont pas en fait de lieu d'accomplissement du point de vue technique, si bien qu'il faudra faire appel à des lieux subsidiaires. Il n'existera de lieu d'accomplissement précis que dans les procurations spéciales, avec indication d'un seul pays. A défaut de lieux subsidiaires, la seule solution est de se soumettre à la loi la plus rigoureuse, si tant est que le lieu d'accomplissement est connu. Si ce n'est pas le cas, le destin de la procuration est incertain.

40. Une réglementation directe pour tous les cas d'institution inconnue

24. Il s'ensuit de tout ce qui précède que la Convention interaméricaine montre toute son utilité lorsque les formes requises par la loi du lieu d'exécution de la procuration sont inconnues au lieu où celle-ci est établie et ne peuvent donc pas y être observées. C'est le cas de l'acte notarié, inconnu dans de nombreux pays, ainsi que la figure du notaire latin.

Lorsque cette situation se produit, un dilemme de fer est posé : que faire ? Faut-il se soumettre à la loi du lieu d'exécution de la procuration et dire au client, puisque cette loi n'existe pas au lieu d'établissement, que la procuration ne peut pas être reçue ? Faut-il lui conseiller de respecter les conditions du lieu d'établissement et d'ignorer les formalités exigées par la loi du lieu d'exécution de la procuration ?

Le problème est soulevé para la présence d'une institution inconnue dont on souhaite qu'elle soit observée lors de la passation de la procuration. Evidemment, il faut qu'il n'y ait aucune institution parallèle dans la législation et que donc l'application de la formalité soit techniquement impossible. Comme nous l'avons dit, dans le cas des formalités, la méconnaissance institutionnelle peut porter sur deux

domaines : l'acte notarié et la figure soit du notaire latin soit, simplement, d'une autorité authentifiante. Il convient, face à ce problème, d'examiner encore les articles du Code Civil du Paraguay cité. Quelle est l'incidence de ces règles sur les procurations établies à l'étranger? En effet, ces articles portent, indubitablement, sur des « actes qui seront exclusivement régis, quel que soit le lieu de passation, quant à leur formation, preuve, validité et effets, par les lois de la République du Paraguay » (art. 297). L'art. 303 signale ensuite que « lorsqu'une forme déterminée serait exclusivement imposée à l'acte par la loi, elle ne pourra pas être remplacée par une autre (...). Cette clause et l'acte même seront nuls ». Et l'art. 254 déclare à son tour que « les actes juridiques conclus à l'étranger relativement aux immeubles situés dans la République seront valables à condition qu'ils soient consignés dans des actes publics ». Pour combler cet écart législatif entre le Code paraguayen et la Convention interaméricaine, nous devons évoquer une série de principes recteurs du droit international privé.

1°. Une procuration accordée à l'étranger constitue une relation privée internationale, non interne, exigeant donc la présence de règles spéciales : celles du droit international privé ;

2°. Le Paraguay a ratifié la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, dont l'art. 1 consacre le monisme international, ce qui signifie que les règles conventionnelles vont toujours prévaloir sur les règles nationales de droit international privé ;

3°. En troisième lieu, d'ailleurs, certaines des dispositions du droit interne signalées sont des règles rigoureusement impératives, dites d'application immédiate.

4°. Rappelons enfin que la Convention interaméricaine a trouvé pour ce conflit une solution toute particulière.

1. La solennité spéciale de l'acte notarié est ignorée

25. Pour surmonter les obstacles qui opposent deux lois en conflit et puisqu'il est impossible de reconnaître certaines institutions absolument inconnues au lieu de l'établissement de l'acte, l'art. 3 a réglementé la question d'une manière directe. En effet, c'est la Convention elle-même qui prévoit comment la procuration doit être entendue, quelles sont les formalités minimales qui doivent l'accompagner. L'art. 3 cité établit que

Dans le cas où la formalité spéciale exigée par la loi de l'Etat où doit être exécuté le mandat n'est pas d'usage dans l'Etat où la procuration est établie, il suffira d'observer en l'espèce les dispositions de l'article 7 de la présente Convention.

Une règle de conflit - solution indirecte qui risque de tomber en échec du fait de l'existence de règles rigoureusement impératives au pays où la procuration sera exécutée - est ainsi remplacée par une règle matérielle ou substantielle supranationale, de manière à résoudre le problème de la seule manière possible et logique : par le biais d'une solution fournie par le législateur international.

Lorsque la solennité essentielle impérativement exigée par la loi du lieu d'exécution de la procuration - par exemple, l'acte notarié - est une institution inconnue par l'État où la procuration est établie, la Convention interaméricaine a admis une formalité de substitution, et ce dans le but d'habiliter une procuration internationalement valable et d'en assurer la circulation. Il suffit pour cela que la procuration soit établie dans le respect des exigences prévues par l'art. 7. Une équivalence formelle est ainsi instituée entre l'exigence de l'acte notarié et celle du document privé certifié.

2. La figure du fonctionnaire authentifiant est inconnue

26. La procuration peut aussi être établie dans un pays où la figure du notaire latin n'est pas d'usage. Dans d'autres pays, tantôt le notaire existe, mais il n'est pas habilité à recevoir des actes publics, tantôt le métier n'existe pas ni, finalement, l'autorité authentifiante.

a) La figure du notaire latin est inconnue

27. L'art. 7 établit que lorsque dans l'Etat où est dressée la procuration aucun fonctionnaire n'est habilité à donner les certifications ou attestations visées à l'article 6, les formalités ci-après doivent être remplies :

- i) La procuration doit contenir *une déclaration assermentée du mandat ou une affirmation de celui-ci* qu'il dit la vérité, en ce qui concerne les énonciations concernant l'identité du mandant, sa nationalité, son âge, son domicile et son état civil. En effet, le serment risque d'être interdit par les lois du lieu où la procuration est dressée : il suffira alors qu'il déclare vraies ses coordonnées. Les signatures doivent être certifiées.
- ii) A la procuration seront annexés ensuite des copies certifiées ou d'autres éléments de preuve concernant le droit du commettant à donner la procuration en représentation d'une autre personne physique ou naturelle, l'existence légale de la personne morale ou juridique ainsi que le droit du commettant à accorder la procuration. Ces copies sont annexées à la procuration mais n'en font pas partie.

Il s'agit donc dans ce cas de personnes qui ne sont habilitées qu'à certifier des signatures, sans pouvoir attester des faits ou des documents. Dans ce cas, les signatures seront certifiées et les documents mentionnés *seront ajoutés*.

b) Le fonctionnaire authentifiant est inconnu.

28. Que se passera-t-il si la figure du notaire n'existe pas dans le pays où la procuration est dressée? La signature du commettant devra être authentifiée même si le notaire n'existe pas, cette tâche devant être assurée par le fonctionnaire qui – dans le cadre de l'ordre juridique étranger du lieu où la procuration a été dressée – est investi du pouvoir d'authentifier. Ceci relève de la loi interne du lieu d'établissement.

Lors de son approbation, l'article avait retenu la tournure « fonctionnaire autorisant » mais celle-ci a été remplacée par la Commission de style, qui a préféré « fonctionnaire qui les légalise ». Pour y parvenir, l'Argentine avait fait une déclaration tendant à inclure l'intervention de tout fonctionnaire autorisant, sans qualification de rang. A partir de cette interprétation, la certification ou l'attestation concernant l'identité et les coordonnées du commettant, ainsi que la représentation de toute autre personne physique ou juridique et autre, peut être faite autant par un notaire que par un fonctionnaire public ou un consul spécialement habilité.

29. Bref, lorsque ces cas interviennent – procurations établies aux E.E.U.U., en Australie ou aux provinces anglophones du Canada, etc., suite à l'application extensive qu'en fait l'Uruguay et que le Paraguay pourrait aussi effectuer – la procuration est également valable si elle contient une déclaration assermentée du commettant ou une affirmation de celui-ci qu'il dit la vérité quant à sa nationalité, son domicile, son état civil – le mariage n'est pas consigné – et son âge. Certaines de ces données contribuent à identifier la personne alors que d'autres sont demandées pour vérifier sa capacité. Ce sont des conditions qui ne posent pas trop de problèmes, sauf la mention de l'âge. En effet, il arrive souvent que le document ne fait pas mention de l'âge du commettant. Dans ce cas, en faisant une interprétation littérale de la Convention, la procuration ne produirait pas d'effets extraterritoriaux et ne saurait être utilisé dans un autre pays. Or pour ce problème, la solution consiste à constater par d'autres moyens que la personne avait un âge qui en faisait présumer la capacité : c'est justement pour prouver la capacité que l'âge est demandé. La déclaration manifestant que le constituant est majeur suffit également à le prouver, et ce bien que la Convention interaméricaine exige la mention de l'âge précis.

30. Dans le cas encore où la procuration est établie en brevet (acte sous seing privé avec certification de signatures), il faudra ajouter à la déclaration assermentée ou à l'affirmation du mandant qu'il dit la vérité des copies certifiées prouvant le respect des conditions exigées. L'article prévoit « d'autres preuves », ce qui accueille largement tout mode de preuve légalement admis.

Formes de publicité

31. Quant aux conditions de publicité de la procuration, elles sont soumises à la loi du pays où celle-ci sera exécutée. Si la loi exige des conditions, il faut les observer. La Délégation de Mexique avait proposé que les procurations ne soient obligées au dépôt en minute ou à l'enregistrement, mais la Délégation du Salvador avait refusé « la proposition mexicaine pour une raison fondamentale : la publicité et notamment l'enregistrement sont des garanties de sécurité lors de l'exécution de la procuration et, pour certains actes, ils sont obligatoires dans de nombreux systèmes légaux, y compris celui de son pays. C'est pour cette raison que je ne pourrais pas accompagner cette proposition, qui modifie en fait un article déjà adopté établissant que les conditions de publicité sont soumises à la loi de l'État où la procuration est exécutée ».

Apparemment, le droit paraguayen n'exige le dépôt en minute que dans le cas des biens immeubles - art. 24 du C.C.P. Si c'était le cas, il est toutefois hautement recommandable de conserver la procuration en minute dans tous les cas, ainsi que les pièces qui y seraient annexées. En Uruguay, 90% des dépôts en minute sont volontaires, à la demande des parties. Les cas où le juge ordonne cette conservation en minute sont très rares. La bonne pratique notariale a conduit les notaires uruguayens à déposer les procurations au rang des minutes et ce parce que si après la passation de la procuration le pouvoir du fondé pour accomplir l'acte est contesté, ce dépôt permet la création d'une minute au Paraguay, à l'abri de toute perte ou détérioration et permettant la vérification postérieure des pouvoirs donnés ou de la régularité de la délivrance et la circulation de la procuration. Si nous avons un conseil à donner, c'est justement de garder toujours en minute les procurations établies à l'étranger, notamment celles en brevet – sous seing privé avec certification de signature –, sans s'arrêter sur les coûts, au profit d'un exercice professionnel paisible. Quant aux conditions de publicité, l'art. 3 avait donc adhéré à la position du Salvador et prévu que

Les conditions de publicité de la procuration sont soumises à la loi de l'Etat où la procuration doit produire ses effets.

La Convention reprend la solution du Traité de Montevideo de 1940 qui réglementait les mesures de publicité selon la loi de chaque État. L'art. 24 du Code Civil paraguayen établit que pour les actes juridiques conclus à l'étranger sur des immeubles situés au Paraguay, il faut légaliser les pièces dressées, les déposer en minute sous l'ordre du juge compétent et les inscrire au Registre Public. En Uruguay ne sont inscrites au Registre des Procurations que les modifications des procurations établies à l'étranger, révocations, substitutions, etc. Mais il faut toujours obtenir une attestation du registre constatant que la procuration n'a fait l'objet d'aucune inscription postérieure à son enregistrement.

La légalisation de la procuration établie à l'étranger

32. Nous savons tous qu'une légalisation a pour objectif de certifier que la personne autorisant un document est bien telle personne, qu'elle exerçait ses fonctions : que le notaire était tel et qu'il n'était pas suspendu de ses fonctions ni retraité. Seuls sont donc légalisés les documents publics : il ne faut pas faire autant pour les documents privés car dans leur cas aucune autorité authentifiante n'est intervenue.

Ceci dit, signalons que le Protocole de Washington de 1940 prévoit dans son art. 5 que « les procurations accordées dans un des pays membres de l'Union Panaméricaine et exécutées en conformité aux règles du présent Protocole sont reconnues comme valides à condition qu'elles soient légalisées suivant les règles spéciales applicables à la législation ». L'art. 8 de la Convention interaméricaine de 1975, plus prudent, se borne à affirmer que

Les procurations doivent être légalisées lorsque la loi du lieu de l'exécution du mandat exige la légalisation de la procuration.

La légalisation et le Protocole de Las Leñas

33. A ce sujet, il faudrait éclaircir une confusion présente dans le cadre des notariats du MERCOSUR. En effet, on a dit que le Protocole de coopération et d'entraide juridictionnelle en matière civile, commerciale, de travail et administrative de 1992 dispensait de l'obligation de légalisation les actes publics, les certifications notariales et les attestations de production des pièces - actes authentiques, certifications notariées et expéditions conformes - lorsqu'elles étaient transmises par l'intermédiaire de l'autorité centrale. Or ceci n'est que partiellement vrai.

Il convient de lire l'art. 26 du Protocole de Las Leñas :

Les pièces émanant des autorités juridictionnelles ou autres d'un des Etats parties, ainsi que les actes authentiques et les pièces attestant de leur validité, de leur date et de l'authenticité de la signature ou de la conformité à l'original, qui sont transmises par l'intermédiaire de l'autorité centrale, sont dispensées de toute légalisation, apostille ou autre formalité analogue lorsqu'elles doivent être produites dans le territoire d'un autre Etat partie.

On a en effet soutenu, sur la base de cet article, que les pièces notariées citées peuvent dans tous les cas être transmises par l'intermédiaire de l'autorité centrale, ce qui dispenserait des formalités de légalisation, mais ce n'est pas vrai. Les autorités centrales sont des organes administratifs pour l'entraide juridictionnelle. Elles ont été créées pour assister les juges et d'autres autorités publiques : elles les renseignent au sujet du droit étranger, elles transmettent des commissions et des lettres rogatoires pour faire toutes notifications, citations, demande de preuves à l'étranger, de saisies etc.

L'art. 2 du Protocole de Las Leñas est net à ce sujet

Aux fins du présent Protocole chaque Etat partie désigne une autorité centrale chargée de recevoir et d'instruire les demandes d'entraide juridictionnelle en matière civile, commerciale, du travail et administrative.

Les documents notariés dispensés de la légalisation dans le cadre du Protocole de Las Leñas sont donc exclusivement ceux qui sont transmis par l'intermédiaire des magistrats et à l'occasion de procès aux répercussions internationales. Par exemple, lorsqu'il faut montrer à un témoin un acte notarié ou une expédition conforme et que ce témoin a son domicile à l'étranger. Personne – et je vais insister – personne ne peut se rendre auprès d'une autorité centrale, celle du Paraguay par exemple, pour lui demander d'envoyer un document notarié en Uruguay s'il n'y a pas de procès pendant. Seul le magistrat intervenant dans le procès peut le faire. Si au cours du procès l'une des parties souhaite qu'un document notarié soit montré à une personne domiciliée à l'étranger, elle doit le demander au juge, qui doit donner son consentement. La dispense de légalisation des actes notariés dans le cadre du Protocole de Las Leñas a donc une portée bien plus restreinte que celle que l'on a voulu y trouver. Nous espérons avoir éclairci des doutes à ce sujet.

Les légalisations exigées au Paraguay sont les suivantes : pour les procurations établies à l'étranger, l'autorité qui surveille le notaire est tenue d'en légaliser la signature ; le consulat du Paraguay à l'étranger légalise ensuite la signature de l'autorité de surveillance ; la procuration est légalisée ensuite au MRE du Paraguay et inscrite enfin au Registre des procurations.

Si la procuration doit être employée à l'étranger, c'est l'Ordre des notaires du Paraguay qui légalise d'abord la signature du Notaire ; elle passe ensuite devant la Cour suprême de justice, le Ministère de la justice et du travail, le MRE et enfin par le consulat du pays où elle produira des effets. Elle sera ensuite présentée auprès du MRE du pays où la procuration sera exécutée. La démarche est semblable en Uruguay, sauf pour un point: comme nous n'avons pas de Ministère de la justice, il y a une légalisation de moins que chez vous.

La traduction de la procuration étrangère

34. L'art. 6 du Protocole de Washington signale que « les procurations accordées dans un pays étranger et rédigées dans une langue étrangère peuvent être traduites dans la langue du pays où elles doivent servir, et cette traduction peut faire partie des procurations en question. Dans ce cas, la traduction autorisée par

le mandant est considérée comme étant exacte dans tous ses détails. La procuration peut également être traduite dans le pays où elle est destinée à être employée, sous réserve des usages du lieu et des lois applicables du pays en question ». Il s'agit d'une solution judicieuse et qu'il est recommandable d'adopter, pour accélérer la circulation non seulement des procurations mais aussi de tout instrument public en général. L'art. 9 de la Convention interaméricaine signale que les procurations

dressées dans une langue autre que la langue officielle de l'Etat où elles doivent produire leurs effets doivent être traduites dans cette dernière langue.

CONFLITS DE CONVENTIONS BILAN FINAL

35. En guise de bilan final, nous dirons que la Convention interaméricaine sur le régime juridique des procurations à employer à l'étranger a reçu des éloges pour son sens pratique. Cet aspect est évidemment d'une grande importance, mais nous pensons que ces règles font aussi un apport important dans le domaine de la théorie générale du droit international privé.

En premier lieu, la Convention aborde de manière très pertinente le sujet des règles d'application immédiate des États partie. Elle exige tout d'abord le respect des autres États et dans le cas des procurations, lorsque ce respect ne peut pas être obtenu, elle favorise une solution matérielle directe qui lève l'obstacle d'une manière absolument partageable. C'est le chemin à emprunter dans l'avenir pour limiter le domaine d'action des règles d'application nécessaire et pour éviter ainsi une évolution qui annule le fonctionnement du droit international privé.

En second lieu, c'est la première Convention qui autorise de manière nette, dans le cadre de la C.I.D.I.P., l'exercice de l'autonomie de la volonté pour le choix du droit applicable, encore que ce choix soit finalement limité comme nous l'avons expliqué.

En troisième lieu, la catégorie « forme des actes » n'a pas de développement autonome : un critère fonctionnel la fait dépendre par contre de la loi qui régit le fond de la procuration. C'est le critère le plus fréquent aujourd'hui dans la doctrine internationale.

La Convention tâche d'ailleurs de résoudre un conflit de civilisations, notamment celui qui existe entre les pays du common law et ceux du droit civil de la codification.

Elle prend enfin en compte l'institution inconnue et permet de résoudre la difficulté que pose sa présence par la création de solutions matérielles directes.

Y-A-T-IL EN URUGUAY DES REGLES QUI PRÉVOIENT DES “ SOLENNITÉS ESSENTIELLES ” POUR LES PROCURATIONS ?

36. Je voudrais clore cet exposé par une dernière réflexion. Comme nous l'avons dit, la Convention interaméricaine confie au droit interne du pays d'exécution la définition de ce qu'il entend par « solennité essentielle ». On en déduit qu'il faut déterminer dans chaque pays quelles sont ces solennités essentielles. Y a-t-il en Uruguay « des solennités essentielles propres à la validité de la procuration » qui déplacent la loi du lieu où la procuration est établie au profit de la loi du lieu de l'exécution? En l'absence d'une disposition expresse dans le Code Civil, diverses positions ont été soutenues, dont une qui a été adoptée à l'unanimité par le notariat uruguayen : celle selon laquelle la procuration devait suivre la formalité requise pour l'acte final.

La solution introduite par la loi No. 18.362 du 6 octobre 2008

37. Cependant, suite à l'adoption de la loi N° 18.362 du 6 octobre 2008, la situation a radicalement changé. Nous reproduisons l'art. 291 pour une meilleure compréhension :

L'acte de délégation de pouvoirs pour accomplir un acte de gestion solennelle doit être accordé indifféremment par acte notarié ou en brevet (sous seing privé avec certification notariale des signatures).

Les procurations donnant des pouvoirs pour accomplir des actes juridiques solennels ainsi que les enregistrables accordées en brevet doivent être déposées en minute soit préalablement soit au moment de leur emploi.

Si les conditions prévues par le premier alinéa ne sont pas observées, l'acte de gestion concerné sera valable mais inefficace.

Le Registre n'inscrit pas les actes juridiques accomplis en vertu de procurations en brevet tant qu'il n'en sera pas procédé à leur mise en minute.

Pour les procurations établies à l'étranger, s'agissant d'un document privé, il est exigé une double formalité de certification notariale de signatures au pays d'origine et de mise en minute en Uruguay ; le cas échéant, elles doivent être en outre dûment légalisées et traduites.

Les actes conclus avant la mise en vigueur de cet article produisent des effets alors même que la procuration employée – y-compris les procurations verbales – n'aurait pas été établie en observant la solennité requise, sous réserve des cas où une décision de justice définitive serait intervenue.

Cette disposition ne laisse planer aucun doute : la polémique centenaire est définitivement tranchée. Sous quels termes ?

En premier lieu, elle écarte l'admissibilité des procurations verbales pour aliéner ou grever les biens immeubles, bien qu'elle confirme celles qui auraient été accordées avant la mise en vigueur de la loi.

Sont confirmées également – en harmonie avec la solution citée – les procurations établies sous seing privé – en brevet ou sans certification de signatures- qui auraient été employées dans le même but.

En troisième lieu, on abandonne la thèse invariablement soutenue par la corporation notariale selon laquelle la procuration doit être entourée de la même formalité que l'acte à accomplir. Or cet abandon n'est pas total, car il n'autorise qu'un choix entre deux genres de formalités qui ont toutes les deux un support écrit : l'acte notarié ou l'acte en brevet (sous seing privé avec certification de signatures) pour tous actes juridiques, portant ou non sur des immeubles.

En quatrième lieu, la procuration établie à l'étranger doit être déposée en minute en Uruguay par tout notaire, préalablement ou simultanément à l'acte final autorisé.

Cinquièmement, l'inobservance de ces conditions n'infirme pas l'acte final, mais le rend inefficace.

Enfin, il faut ajouter que, à notre avis, le Décret du Pouvoir Exécutif 175/992 du 5 mai n'est pas abrogé. Le nouveau libellé de ce décret autorise tout notaire agissant en Uruguay à déposer en minute les procurations établies à l'étranger. Il établit ensuite que « dans le cas de procurations devant produire des effets dans un autre pays, il peut être déposé en minute par substitution une expédition notariée délivrée par le notaire chargé de la mise au rang des minutes qui doit en faire mention marginale. Dans ce cas, il sera consigné dans l'acte de dépôt en minute que le fondé de pouvoir a déclaré que la procuration sera employée aussi à l'étranger ».

Au cas où, à l'inverse, la procuration aurait déjà été déposée en minute à l'étranger, le notaire doit déposer au rang des minutes l'expédition du dépôt en minute étranger, dûment légalisée et traduite, le cas échéant.

A partir de la mise en vigueur de la loi No. 18.362 de 2008, les notaires paraguayens ne rencontrent désormais aucun obstacle pour accorder des procurations, notariées ou en brevet, pour aliéner ou grever des biens immeubles situés en Uruguay.

En somme, il apparaît de tout ce qui précède un panorama d'ouverture et de confiance dans l'emploi des nouvelles formalités à être acceptés pour les procurations établies à l'étranger. Espérons que cet allègement des formes ne fera pas obstacle à l'inaltérabilité et au bon usage des procurations qu'elles accompagnent.

4.3- COLLOQUE SUR LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES GENÈVE, SUISSE -2 MARS 2010- COLLOQUES-CONCLUSIONS

INTRODUCTION

TRANSMETTRE : POURQUOI ?

Le présent colloque – second de son genre, mais, espérons le, en précédant d'autres – peut, par son titre, surprendre l'éventuel participant. Car y a-t-il un lien entre droits humains et transmission du patrimoine ? Il existe, et il nous appartient de le prouver, en même temps que nous apporterons des réponses pratiques à la problématique que vous devez affronter au plan international pour se départir en faveur de celles et ceux qui vous suivent Transmettre ! Le mot appelle des définitions à la fois diverses et indissociables. Il s'applique aussi bien aux références culturelles qu'à la morale ainsi qu'aux biens matériels de toute sorte, depuis les choses familières qui nous entourent jusqu'au patrimoine immatériel, sans omettre l'immobilier.

Ainsi sont illustrés concrètement nombre d'adages, depuis celui du poète : « Objets inanimés avez-vous donc une âme, Qui s'attache à la notre et la force d'aimer » jusqu'à l'un des couplets – bien oublié aujourd'hui – de l'hymne national français – la Marseillaise - : « Nous entrerons dans la carrière, Quand nos aînés n'y seront plus ».

Ce passage de témoins est essentiel à plus d'un titre. A chaque type de société tout d'abord, qui ne se survit que si elle assure par la transmission la pérennité de ses références et donc de son système de valeurs. Il y va du maintien de chaque type de culture, toutes riches et indispensables au progrès humain, sans qu'il y ait entre elles de hiérarchie, si ce n'est celle de leur expansion planétaire, qui n'enlève pas aux plus modestes d'entre elles leur valeur intrinsèque. Et toute dévolution, de quelque type qu'elle soit, est essentielle à cette survie. Les dictatures monstrueuses qui ont sali le XX^e siècle l'avaient bien pressenti, qui ont tenté – en vain et dérisoirement – d'éradiquer ces transmissions de la mémoration. Leur échec patent prouve ainsi que même la terreur, la torture et la mort ne peuvent, malgré leur extrême violence, lobotomiser ni la mémoire des peuples ni leur atavisme Venant du fond des âges – multiséculaires et parfois millénaires – ces données ne peuvent être effacées en quelques décennies. Seul le temps – le long terme – a sur elles une action, souvent bénéfique, car il les modifie insensiblement tout en les enrichissant le plus souvent, en même temps qu'il les adapte à l'évolution, pour le plus grand bien de tous ceux qui en relèvent.

A une apparente moindre échelle et en tout cas plus prosaïquement se situe la transmission privée des biens matériels. Il faut cependant n'énoncer qu'avec prudence cette assertion. En effet, une société humaine n'est jamais que l'addition/accumulation de toutes ses composantes. Chaque individualité, chaque groupuscule, chaque patrimoine – modeste ou conséquent -contribue donc à son existence comme à son enrichissement, qui sont la somme de tous ces éléments constitutifs.

Ce passage de témoins matériels, tout en contribuant, fut ce insensiblement, à l'intérêt général, satisfait le souhait de tout un chacun de se survivre quelque peu en « passant ses témoins » tout en solutionnant la problématique consécutive à son décès et apporte à ceux qui recueillent des satisfactions qui ne relèvent pas que du seul appât vulgaire.

L'Histoire, celle du droit, comme celle générale, offre nombre d'illustrations de ces assertions.

En Mésopotamie, les fragments législatifs à nous parvenus attestent de l'existence de patrimoines et de leur transmission, au moins en ce qui concerne certaines classes sociales (hommes libres).

Les droits cunéiformes traitent des successions et testaments (« simtu » : « destin ») ainsi que des partages et donations. Dans l'Egypte antique, la propriété privée est bien attestée, au moins depuis l'époque ptolémaïque, par les actes notariés qui nous sont parvenus. Chez les anciens grecs, elle existe et se transmet par l'aliénation à titre onéreux et/ou gratuit ; de même à Rome.

En plusieurs passages des « Politiques », Aristote analyse le problème : « .il y a chez les hommes deux choses principales qui les portent à la sollicitude et à l'amour : ce qu'on possède en propre et ce qu'on

chérit » (II-4).

Ailleurs de semblables principes existent sous diverses formes. Ainsi, pour les bouddhistes, l'un des principes fondamentaux des « huit directions justes » du « sentier du milieu » est : « ne pas voler », ce qui implique bien l'existence de propriété d'autrui, sans laquelle la notion même de vol ne peut exister. Pour les musulmans, le droit de propriété et celui de transmettre sont reconnus à la condition qu'ils permettent de mieux servir Dieu et n'engendrent pas d'injustice. Le Coran même évoque les questions d'héritage et de testaments (II-180/182 ; 233 ; 240 ; IV 7/13 ; 19 ; 33 ; 176 ; 106/108 ; XXXVI 50 ; LXXXIX 19).

En Occident, le moyen âge connaît transmission du patrimoine et institution contractuelle, avec, il est vrai, des nuances diverses tenant à la condition des individus, libres ou non, ainsi qu'à la géographie. Les nombreuses coutumes comme le droit romain ressuscité (ou réinventé) en portent témoignage. La législation byzantine, de laquelle nous sommes redevables autant que du droit romain, traite abondamment de ces questions. Il n'est à titre d'exemple que de se remémorer que la novelle 44, la plus connue de celles afférentes au notariat, a pour cause immédiate un problème d'établissement de testament.

Saint Thomas d'Aquin précise : « En ce qui concerne les biens extérieurs, l'homme possède deux privilèges. Le premier consiste dans le pouvoir de les acquérir et d'en disposer ». « ...la propriété individuelle est favorable au maintien de l'état de paix entre les hommes... » (Somme théologique IIa IIae question 66 art 2 conclusion).

Ces postulats seront confortés par les idées d'autres penseurs, laïques. Puffendorf (1632-1694) affirme : « la propriété est un droit en vertu duquel le fonds et la substance d'une chose appartiennent à quelqu'un » et Locke (1632-1704) précise que le droit de propriété est un « dominum privé exclusif du reste de l'humanité », résurgence de l'influence du droit romain incluant « l'usus et abusus ». Il en découle à l'évidence la possibilité de transmettre.

« Du contrat social » de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) soutient, (livre I chapitre IX) que « l'Etat à l'égard de tous ses membres est maître de tous leurs biens ». Voltaire (1694-1778) a annoté de sa main l'exemplaire de sa bibliothèque, en précisant « maître de leur conserver tous leurs biens et tenu de les maintenir ». Outre l'opposition bien connue entre les deux philosophes que cette annotation, comme toutes celles dont est parsemé l'ouvrage, souligne, ce commentaire révèle celle qui va s'accroître graduellement tout au long du XIX^e siècle et jusqu'au milieu du XX^e, entre les tenants du droit de propriété et de sa transmission, et leurs contempteurs.

Le plus célèbre de ceux-ci est bien entendu Karl Marx (1818-1883), épigone dévoyé de Hegel, qui prétend que la société capitaliste se détruira d'elle-même. D'autres plus réalistes, dont l'archétype est Louis Blanc (1811-1882), soutiennent que l'Etat a un rôle correcteur des excès, sans pour autant croire que la société se dirige inéluctablement vers le bouleversement voulu par Marx.

Cette notion d'interventionnisme étatique procède de principes antérieurs, manifestés notamment dans l'article 17 de la déclaration de 1789. La notion d'intérêt général – primant l'intérêt particulier – a de longue date été présente, quel qu'en soit le libellé, en nombre de législations. En France, le principe en est acquis dès le Moyen Age, localement – municipalités – comme au plan royal, toute expropriation donnant lieu à indemnité.

Cet arbitrage de l'Etat s'accroîtra au cours du siècle passé. En France, il suscite – exemples non limitatifs – en 1946 le statut du fermage, et plus récemment le « droit au logement », précédé de textes organisant la limitation des loyers (1948 : surface corrigée). S'y est récemment juxtaposée la notion d'écologie, « patrimoine mondial ».

Paradoxalement, deux conséquences découlent de cette immixtion : - la première est la fuite des investisseurs, désertant les secteurs qu'ils estiment sinistrés par l'ingérence étatique. Celui du logement en est un bon exemple, qui a conduit à la quasi disparition du système de la « surface corrigée » (qui aurait été plus rapide encore sans la crainte des conséquences électorales de sa suppression).

- La seconde est de souligner le rôle social du droit de propriété, en ce compris tous ses attributs, dont

celui de transmettre. Curieusement, on retrouve ainsi la notion de solidarité qui l'a côtoyé à de nombreuses époques de l'histoire de l'humanité, de l'antiquité jusqu'au début du XIX^e siècle ! C'est ce que souligne opportunément la constitution allemande (article 14) : « La propriété oblige. Son usage doit en même temps contribuer au bien public ».

Par là est conforté le rôle du droit de propriété et de celui de transmettre, car il est démontré qu'il garantit l'harmonie sociale.

Par là aussi, sont rejoints et respectés les droits de l'homme, puisque le droit de propriété fait partie de leur « première génération ». Il ne peut toutefois être occulté que se produisent parfois dans ce domaine des « conflits de droits de l'homme » qu'il appartient aux instances compétentes – CEDH par exemple – de résoudre.

On retrouve par tout ce qui précède les textes fondateurs dans leurs deux rédactions essentielles:

de 1789

article 2 « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

de 1948

« article 17 : « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.

Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ».

En conclusion, il doit être souligné que, dans la majeure partie des nations relevant de l'Organisation des Nations Unies, cette transmission de l'avoir, incluant inéluctablement, fut ce de manière subliminale, celle d'une fraction de l'être, s'opère pacifiquement, sans procédure contentieuse et, si l'on fait abstraction de la fiscalité étatique, à peu de frais, parce qu'une « magistrature de prévention » a pour mission d'y veiller. Cette magistrature est le notariat, les magistrats en relevant sont les notaires.

Alain MOREAU.

France

LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES: SUISSE

I- DEFINITION

Il faut entendre par succession internationale la succession d'un étranger qui décède dans un pays dont il n'est pas le ressortissant, soit la succession d'une personne qui possède plusieurs nationalités, soit encore la succession de quelqu'un qui possède des biens hors de son pays d'origine ou de domicile.

La majorité des fonctionnaires internationaux, des employés d'organisations internationales ou de multinationales ainsi que des salariés d'ONG figurent dans cette catégorie.

II- SYSTEMES JURIDIQUES

Cette catégorie de personne est par essence nomade.

Originaires de tous les pays du monde, les internationaux font carrière dans plusieurs pays dont ils ne sont pas ressortissants, s'y marient ou y divorcent, y ont des enfants, légitimes et/ou naturels, y acquièrent des biens...sans être dans la majorité des cas au courant du droit ou des différents systèmes juridiques qui s'appliquent à deux.

A leur décès ou lors de la mort de leur conjoint ou d'un proche c'est la plupart du temps la consternation : Ils apprennent trop tard l'invalidité d'un testament rédigé, d'un divorce prononcé ou d'un mariage célébré et des problèmes sans fin en découlent.

Cette présentation s'adresse :

- A des non juristes,
- A des ressortissants de pays dont les horizons culturels, les systèmes juridiques, les modes et coutumes de vie diffèrent énormément,
- A des personnes qui se croient protégées par leurs organisations, ONG ou multinationales, où qu'elles se trouvent dans le monde, alors que cette protection ne s'étend qu'à la fonction et non la sphère privée,
- A des personnes pour lesquelles la déclaration 47/144 de l'Assemblée générale des Nations unies, en date du 13 décembre 1985 concernant les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, demande spécifiquement une protection,
- A des personnes pour lesquelles la Fondation Sergio Vieira de Mello a pensé lorsqu'elle a œuvré à la déclaration du 19 août comme journée humanitaire mondiale.

Il faut distinguer dans les systèmes juridiques :

A- Les systèmes confessionnels :

Dans ces systèmes l'individu, dès sa naissance, dépend pour ce qui est de son statut personnel, de la religion et de la confession de sa famille paternelle ou maternelle. Ceci le suivra tout au long de sa vie et aura des répercussions sur son mariage et sa succession ainsi que sur le statut personnel de ses enfants.

Il est très difficile dans ces cas d'échapper au droit confessionnel ainsi qu'à ses effets.

Il convient dans chaque cas de se prononcer sur la valeur des actes contractés à l'étranger, si la personne décède dans son pays d'origine ou dans un pays étranger qui renvoie à l'application du droit confessionnel du pays d'origine du défunt.

a) Droit coranique

L'on peut citer pour illustrer notre propos, les pays où s'applique la loi coranique et ses différentes variantes : sunnite, chiite, druze, ismaélite ect...

b) Les pays de loi mosaïque,

Les pays, tels le Liban, la Syrie ou l'Egypte qui reconnaissent aux chrétiens leurs divers statuts personnels : maronites, syriaques, coptes, grecs orthodoxes ou catholiques, arméniens ect...

B- Les systèmes non confessionnels :

Il convient d'y distinguer principalement:

- Les pays de droit romano - germanique,
- Les pays de Commun Law.
- Les pays scandinaves

Dans le cas des internationaux il n'est pas rare de voir une personne naître dans un pays de droit confessionnel, vivre dans un certain nombre de pays de droit romano germaniques, de Commun Law et

autres, s'y marier, une ou plusieurs fois avec des personnes de nationalités et religions différentes, opter pour des religions différentes pour les enfants puis prendre sa retraite ou décéder dans son pays d'origine ou un pays tiers.

Notre propos est de parvenir à identifier le droit qui sera alors applicable à sa succession.

Dans tous les cas la succession de l'international peut être soumise à plusieurs droits, celui de sa nationalité, ou en cas de plurinational, à celui de l'une de ses nationalités, au droit du pays de son domicile, au moment de sa mort, même s'il meure ailleurs et, s'il possède des biens immobiliers, aux droits du sol de ces biens.

Le statut diplomatique des hauts fonctionnaires mène à l'application de leurs lois nationales, sauf pour les immeubles qu'ils possèdent à l'étranger.

Il en va de même avec des traités internationaux, généralement bilatéraux.

Peu de pays, à l'instar de la Suisse, laissent à l'étranger la faculté de réclamer l'application de sa loi nationale ou de l'une de ses lois nationales. Il est à noter que c'est par le biais de la demande de l'application de la loi nationale, qu'un droit confessionnel peut être appliqué en Suisse.

Il faut toutefois relever qu'il faut souvent fournir au juge laïc suisse des documents juridiques confessionnels pertinents, ce qui peut s'avérer très difficile.

Les pays de l'Union européenne semblent évoluer vers l'application aux étrangers de la loi du pays de domicile, mais rien n'est encore définitivement arrêté.

III- LES QUESTIONS LES PLUS SOUVENT POSEES PAR LES INTERNATIONAUX

1- Qui est concerné par une succession internationale ?

- Le fonctionnaire international, le consultant, l'employé d'ONG ou d'une multinationale ?
- Son conjoint ? sa compagne/compagnon ? Ses enfants ? Si ceux-ci précèdent
- S'il y a des biens immobiliers en d'autres lieux, voir des comptes bancaires dans différents pays.

2- A qui revient la caisse de pension ?

3- Comment se déroule le règlement de la succession d'un musulman à l'étranger et d'un chrétien en pays musulman ?

4- Comment préparer sa succession ?

5- Peut-on léguer à quelqu'un qui n'est pas de sa famille ?

6- Comment favoriser un héritier ?

7- Qui est héritier ? Comment prouver la qualité d'héritier ?

8- Quels sont les droits du conjoint survivant si une procédure de divorce est en cours ?

9- A qui revient la caisse de pension d'un international ?

10- Comment se déroule la succession d'un réfugié ?

11- Quels sont les droits des enfants illégitimes dans la succession de leurs parents ?

IV- LES DEUX ETAPES INCONTOURNABLES

A- PREPARATION DE LA SUCCESSION

B- REGLEMENT DE LA SUCCESSION

Ces deux questions doivent être traitées par des notaires représentant les différents systèmes juridiques ainsi que les différents continents membres de l'UINL.

Pour les pays qui ne connaissent pas l'UINL un juriste doit remplacer le notaire.

Par ex. pour New York ou Washington.

CONCLUSION : L'APPORT DE L'UINL

Le réseau unique au monde que représentent les pays membres de l'UINL * ainsi que le site web destiné aux internationaux permettent d'apporter des réponses sur mesure aux différents problèmes rencontrés.

L'UINL œuvre en faveur de la mise en place d'un traité équivalent à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui viserait à régler la question du droit personnel des internationaux.

*** Pays membres de l'UINL :****Europe (35)**

Albanie, Algérie, Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, Estonie, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Londres (UK), Luxembourg, Macédoine Rép. (FYROM), Malte, Moldavie, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Russie, Saint-Marin Rép., Slovaquie, Slovénie, Suisse, Tchéquie Rép., Turquie, Vatican

Amérique (23)

Argentine, Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Cuba, République Dominicaine, El Salvador, Equateur, Guatemala, Haïti, Honduras, Louisiane (USA), Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, Porto Rico, Uruguay, Venezuela

Afrique (15)

Algérie, Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République Centrafricaine, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Mali, Maroc, Niger, Sénégal, Tchad, Togo

Asie (3)

Chine, Indonésie, Japon

PROBLEMATIQUE

Les fonctionnaires internationaux ne sont pas d'un seul type. Il en existe différentes catégories. Leur statut diffère tout d'abord selon la nature et la durée de leur engagement, puis selon l'époque à laquelle ils ont été recrutés et, enfin, selon l'organisation qui les emploie.

Il existe tout d'abord ceux qui ne sont pas réellement des fonctionnaires internationaux mais qui aspirent à le devenir.

Ils ont des contrats temporaires parfois de très courte durée, puis à terme fixe, et enfin à l'année. Ce mode temporaire peut durer parfois pendant toute leur carrière. Puis vient, de plus en plus rarement, le contrat permanent, le plus recherché et le plus difficile à obtenir, et cela quelque soit le niveau de compétence et la nationalité. Lorsque le fonctionnaire prend sa retraite qui est fixée en principe à l'âge de 60 ans, il continue très souvent son activité comme consultant. Dans certains cas il met sa compétence et son savoir faire à disposition de la communauté internationale qui lui fournit un poste d'expert. D'autres préfèrent rejoindre une ONG.

Le statut du consultant, d'expert ou de membre d'une ONG internationale, au point de vue du droit civil qui lui est applicable est, ou devrait être équivalent à celui du fonctionnaire, ce n'est qu'une nouvelle catégorie, mais ce n'est pas toujours le cas.

Certains fonctionnaires internationaux passent une grande partie de leur carrière, détachés de leur poste de domicile, où ils laissent leurs familles.

Ils partent pour des missions de durées plus ou moins longues, en émargeant au siège de leur organisation ou à l'une de ses Agences principales.

Certaines organisations exigent une rotation entre le siège et le terrain.

L'esprit du fonctionnaire international change en fonction de ces données.

La personne avec un emploi temporaire, tout au moins au début de sa carrière n'envisage pas de sédentarité. Par contre celui qui se trouve basé à Genève depuis des années (même s'il a effectué des missions régulières à l'étranger), dont les enfants ont été scolarisés en Suisse, sont souvent devenus suisses, est bien intégré, il n'aspire plus à quitter son pays de résidence lorsqu'il prend sa retraite, car les liens avec son pays d'origine tout en restant forts se sont modifiés.

En revanche, le fonctionnaire ayant une ou plusieurs nationalités qui se marie avec une fonctionnaire d'une, ou de plusieurs autres nationalités, (ayant de plus, chacun des enfants d'une union précédente)

peut fort bien n'avoir aucun lien avec son pays de résidence. Les fonctionnaires ont souvent plusieurs nationalités, mais sont recrutés sur la base du quota de l'une d'entre elles. Ce qui ne veut pas dire que dans la vie civile, ce soit la nationalité avec laquelle ils gèrent leur statut personnel ou leurs affaires.

C'est pourquoi le statut du fonctionnaire international devrait avoir des mailles nombreuses et une certaine souplesse afin de permettre de faire face à ces différentes situations.

En principe la personne envoyée pour une mission de courte durée ou de durée indéterminée ne devrait pas être considérée comme résidant dans le pays de sa mission. Mais très souvent la mission prévue pour une courte durée, devient permanente. Il faudrait prévoir qu'après un séjour de deux ou trois années, le fonctionnaire est résident dans ce pays.

Alors se pose la question du critère de rattachement qu'il convient de lui appliquer, sa loi nationale, ou la loi de son lieu de résidence. Je pense que le fonctionnaire devrait pouvoir choisir et écarter une règle qui devrait être supplétive.

Après de nombreuses années de résidence, la règle supplétive devrait être inversée, et privilégier la résidence habituelle. Ceci est d'autant plus important lorsque le fonctionnaire est marié avec une personne n'ayant pas la même nationalité que lui. Il se pose de plus le problème du « Home Leave » (retour obligé pour des vacances, tous les deux ans dans le pays du quota qui n'est pas forcément le pays d'origine) Si les deux fonctionnaires ont la même nationalité, la règle supplétive devrait être celle de la nationalité, et à l'inverse s'ils sont de nationalités différentes, ce serait celle de la résidence ou domicile.

Le fonctionnaire doit avoir le choix.

Certains fonctionnaires vivant à Genève depuis de nombreuses années ne parlent pas un mot de français et n'ont aucune idée des institutions locales et des lois locales pour que l'on puisse songer leur appliquer la loi de leur résidence.

En fait et en intentions, ils n'ont aucune volonté de rattachement avec le droit suisse.

Il faut qu'ils puissent demander le rattachement à un pays dont ils sont ressortissants.

Les organisations internationales, les syndicats de fonctionnaires, devraient suggérer à un organisme comme la conférence du droit international de créer un statut qui serait applicable aux différentes catégories de fonctionnaires internationaux à l'instar de ce qui a été fait pour les diplomates et les consuls.

Pierre Natural - Conseiller Général

Représentant de l'UINL auprès des Organisations Internationales à Genève - Février 2010

DROIT APPLICABLE AUX INTERNATIONAUX SUISSE

La Suisse a adopté comme critère de rattachement principal, celui du domicile. Mais ce principe est tempéré par le fait que tant en matière de régimes matrimoniaux que de succession l'étranger domicilié en Suisse peut toujours demander l'application de son droit national. Pour les successions, l'élection de droit doit être faite par testament.

L'étranger domicilié en Suisse est donc soumis même en matière de droit de la famille au droit suisse. Le nouveau droit international privé suisse (1992) a certes prévu l'exception de l'application du droit le plus proche de la personne quand la solution est manifestement inappropriée (Art. 15 L.D.I.P). Il semble actuellement douteux qu'un fonctionnaire international puisse tenter de s'en prévaloir avec succès.

I.- Loi applicable au mariage

Le mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse.

Si l'une des parties est suisse ou domiciliée en Suisse, le mariage est reconnu à moins que le mariage n'ait

eu lieu à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les clauses de nullités prévues par le droit suisse. Ainsi un suisse ne saurait en se convertissant à l'Islam et en se mariant en Egypte contracter un mariage avec une deuxième épouse.

La Suisse reconnaît les effets du mariage musulman, ou certains effets de ce mariage pour les étrangers au pays, mais pas pour les suisses ou ceux qui sont domiciliés dans le pays, il y a la réserve de l'ordre public. Par contre, le mariage célébré par procuration, institution inconnue du droit suisse, pourrait y être reconnu pour autant que les conditions de l'art. 45 al.2 LDIP soient respectés.

Le mariage homosexuel n'est, en l'état de la jurisprudence, pas reconnu par la Suisse (ATF 119 II 264).

II.- Loi applicable au Régime matrimonial

En Suisse, le régime matrimonial est celui du domicile conjugal actuel. Si des étrangers se sont mariés hors de Suisse, sans conclure de contrat de mariage, trois régimes différents pourraient être applicables: soit celui du premier domicile conjugal, soit celui résultant de la nationalité, soit encore celui du domicile actuel en Suisse. En pratique, c'est la loi du premier tribunal saisi pour régler le problème qui sera applicable et qui déterminera ainsi le régime matrimonial.

Il en va de même en matière successorale (art. 90 LDIP). Cependant bien des pays considèrent que seule leur législation est applicable à la dévolution concernant des biens immeubles sis sur leur sol national.

Des traités internationaux bilatéraux peuvent modifier encore la situation. Il n'est pas dans notre propos d'entrer ici dans ces aspects qui concernent le spécialiste.

Des personnes mariées qui ont passé un contrat de mariage même à l'étranger ne verront pas leur régime matrimonial changer en venant s'installer en Suisse. Les règles de leur régime matrimonial demeureront en vigueur.

Cependant les principes des effets généraux du mariage leur seront applicables. Ce sera particulièrement sensible en matière de séparation de biens où, en dépit du principe de la séparation, les conjoints auront droit aux renseignements, à l'indemnité ou au montant équitable.

Par contre, celles qui se sont mariées à l'étranger sans prévoir de contrat de mariage, se retrouvent soumises au régime légal suisse de la Participation aux acquêts, en application de la nouvelle loi de droit international privé suisse entrée en vigueur le 1er janvier 1989 (art. 51 et 55 LDIP).

Ainsi le 1er janvier 1989, le régime légal de l'union des biens a été converti, avec effet rétroactif au jour du mariage, en régime de participation aux acquêts. Il est à remarquer qu'il existe des différences d'interprétation sur la question de savoir si le régime suisse s'applique au jour de l'entrée en Suisse ou s'il rétroagit au premier jour du mariage. La controverse n'est pas encore tranchée par le Tribunal Fédéral (Cour suprême en Suisse).

De même les régimes légaux des personnes dont le domicile était primitivement à l'étranger sont automatiquement convertis en régime légal suisse de la Participation aux acquêts.

Le droit matrimonial en tant que tel comporte deux volets. Le premier commun à tous les régimes s'appelle régime primaire ou "des effets généraux du mariage". Le second caractérise les différents régimes matrimoniaux.

En raison du fait que les personnes mariées sans contrat de mariage, sont en Suisse, automatiquement soumises au régime légal suisse, il a semblé nécessaire de développer ce chapitre.

A.- REGIME PRIMAIRE (art 159 à 180 CCS) soit les Effets Généraux du mariage Le droit matrimonial en tant que tel comporte deux volets. Le premier commun à tous les régimes s'appelle régime primaire ou "des effets généraux du mariage". Le second caractérise les différents régimes matrimoniaux. Les effets généraux du mariage sont réglés par les art. 159 à 180 CCS Il convient de se rappeler que ces règles concernent tous les couples soumis au droit suisse sans égard à leur régime matrimonial antérieur et s'appliquent aussi à tous les étrangers domiciliés en Suisse.-

La loi ne prévoit pas d'organisation hiérarchique du couple, ni de répartition des tâches et des charges financières en fonction du sexe :

- a) Les époux choisissent ensemble la demeure commune.
- b) Chacun contribue selon ses facultés à l'entretien convenable de la famille.
- c) C'est aux époux qu'il incombe de prévoir comment chacun apporte sa contribution. Le travail au foyer se voit reconnaître une valeur équivalente aux prestations de nature économique. Celui qui se consacre au foyer, s'il n'a pas de revenus propres a droit de recevoir de son conjoint un montant équitable pour en disposer librement en vue de satisfaire ses besoins personnels.
- d) Si l'un des conjoints collabore avec l'autre dans sa profession ou dans son entreprise d'une manière qui dépasse notablement ce que l'on peut attendre de lui, s'il n'en est pas rémunéré par un contrat de travail a droit à une indemnité équitable.
- e) Les époux répondent solidairement des dettes contractées par l'un ou l'autre des époux pour les besoins courant du ménage.
- f) Un époux ne peut sans le consentement de l'autre résilier le bail ou aliéner la maison ou l'appartement familial (nouveau en droit suisse).
- g) G - Tous contrats sont permis entre époux, sauf dispositions légales contraires.
- h) Chaque époux a droit aux renseignements sur les revenus, biens et dettes de son conjoint.
- i) La fiancée ou l'épouse peut conserver le nom qu'elle portait suivi du nom de famille qui est celui de l'époux. Les considérations du droit national prévaudront sur les dispositions suisses, puisqu'en la matière la législation suisse renvoie au droit étranger.
- j) En cas de dissolution de l'un ou l'autre des régimes par décès il est prévu que l'époux survivant puisse demander l'attribution en propriété et en jouissance de l'appartement ou de la maison familiale ainsi que du mobilier le ou la garnissant. En cas de dissolution pour cause de divorce ou d'annulation ou d'adoption d'un autre régime matrimonial un époux peut demander que des biens communs ou en copropriété lui soient attribués mais seulement s'il justifie d'un intérêt prépondérant.

B.- Régimes secondaires, Régime ou les régimes matrimoniaux, au sens strict

1B.- Le régime légal, séparation de biens avec participation pour les acquêts Depuis l'entrée en vigueur au 1er janvier 1988 du nouveau droit matrimonial, la loi consacre l'existence de trois régimes matrimoniaux, les autres régimes antérieurs subsistant jusqu'à leur dissolution mais ne pouvant plus être contractés après l'entrée en vigueur du nouveau droit (1988).

Le régime légal qui s'impose en Suisse, en l'absence de contrat, est celui de la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CCS). C'est un régime de séparation de biens avec un partage des bénéfices (acquêts nets) du mari et de la femme.

Les biens propres comprennent les apports en mariage, les acquisitions à titre gratuit (succession ou donation), les effets personnels, et les indemnités pour tort moral.

Les époux, par contrat de mariage, peuvent convenir que des biens d'acquêts affectés à une entreprise ou à l'exercice d'une profession font partie des biens propres, ou que les revenus de biens propres ne formeront pas des acquêts.

La loi crée la présomption que tout bien est un acquêt à moins de preuve contraire. Ainsi rentrent dans la catégorie des acquêts le produit du travail, les sommes versées par des institutions de prévoyance ou par des assurances, les dommages et intérêts dus à raison d'une incapacité de travail, les revenus des biens propres, les biens acquis en remploi d'acquêts.

Les dettes sont présumées grever les acquêts, elles ne grèvent les biens propres que s'il existe un rapport de connexité. Les libéralités non usuelles grèvent les biens propres, sauf accord du conjoint.

Il y a des dispositions complexes au sujet des dettes et récompenses grevant les différentes masses de biens, mais cela dépasserait le cadre de cette étude.

Enfin, par contrat de mariage les époux peuvent prévoir une autre répartition du bénéfice que par moitié. Cependant ces conventions ne peuvent porter atteinte à la réserve des enfants non communs et de leurs descendants.

2.- Les régimes conventionnels

A) La communauté de biens (art. 221 246 CCS)

La communauté de biens se compose des biens communs et des biens propres de chaque époux. Elle peut être universelle ou réduite aux acquêts ou même à certains biens particuliers. Suivant les stipulations du contrat de mariage, les revenus entrent ou non dans la communauté.

Les biens propres sont constitués par contrat de mariage, par des libéralités provenant de tiers ou par l'effet de la loi. Il faut noter que la réserve héréditaire ne peut être constituée en biens propres par des parents si les clauses du contrat de mariage prévoient qu'elle doit entrer dans les biens communs.

N.B. C'est un régime peu pratiqué en Suisse.

B) La séparation de biens (art. 247 252 CCS)

C'est un régime trop connu pour des explications soient nécessaires.

Il faut observer que les effets généraux du mariage tempèrent la dureté du régime de la séparation de biens (droit aux renseignements, droit à un montant et ou à une indemnité équitable), car les époux sont mariés et non des inconnus l'un par rapport à l'autre.

La loi prévoit qu'à moins de preuves contraires un bien est censé appartenir aux époux en copropriété. La preuve peut être apportée par tous moyens.

C) Liberté de choix du régime matrimonial

Le droit international privé suisse reconnaît aux époux le libre choix du droit applicable à leur régime matrimonial, pour autant que ce droit soit celui de l'Etat où ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage, ou alors que le droit choisi soit celui d'un Etat dont l'un deux a la nationalité.

Le choix de la loi applicable doit faire l'objet d'une convention écrite ou ressortir d'une façon certaine des dispositions du contrat de mariage. Ce choix peut être fait ou modifié en tout temps et rétroagit au jour du mariage, sauf disposition contraire de la convention. Le droit choisi reste applicable, quels que soient les changements de domicile et aussi longtemps que le droit choisi n'aura pas été modifié ou révoqué.

En ce sens, des personnes mariées qui ont passé un contrat de mariage même à l'étranger ne verront pas leur régime matrimonial changer en venant s'installer en Suisse. Les règles de leur régime matrimonial demeurent en vigueur (52 et 55 LDIP).

D) Le régime matrimonial déterminé par rattachement objectif

En l'absence de contrat de mariage, ou d'élection de droit, toute couple domicilié en Suisse est soumis de par la loi, dès son mariage, au régime légal de la participation aux acquêts.

De même, les personnes qui se sont mariées à l'étranger sans prévoir de contrat de mariage, se retrouvent soumises à ce même régime légal dès qu'elles transfèrent leur domicile en Suisse (art. 55 LDIP). Ce nouveau régime rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire précisant l'exclusion de la rétroactivité ou le maintien du droit qui leur était applicable antérieurement.

Cependant, si aucun des époux n'est domicilié en Suisse, et que le notaire doit procéder à la liquidation du régime, celui-ci est déterminé par le droit de l'Etat où les deux époux sont tous deux domiciliés. En l'absence d'un domicile commun, c'est le droit de l'Etat où, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps. S'ils n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même Etat, c'est leur droit national commun qui est applicable. Et s'il n'y a pas de nationalité commune et qu'il n'y a jamais eu de domicile commun dans un même Etat, les époux sont alors soumis au régime suisse de la séparation de biens (art. 54 LDIP).

On soulignera encore qu'un conflit d'interprétation semble sourdre du fait que la LDIP n'est entrée en vigueur qu'au 1er janvier 1989. Les règles de droit transitoire de cette nouvelle législation posent la question de savoir si, pour l'étranger qui a pris domicile en Suisse avant le 1er janvier 1989, le régime

suisse s'appliquerait au jour de l'entrée en Suisse ou s'il rétroagit au premier jour du mariage. La controverse n'est pas encore tranchée par le Tribunal Fédéral (Cour suprême en Suisse). La doctrine dominante prône le respect des droits acquis, ce qui entraîne l'application d'un régime matrimonial jusqu'à l'arrivée en Suisse et le régime légal suisse de la participation aux acquêts à compter de la domiciliation en Suisse. Le praticien doit faire remarquer qu'une telle dissociation n'est possible dans la pratique que s'il existe des preuves formelles et qu'en leur absence, en définitive le régime rétroagira au jour du mariage.

E) Régime matrimonial des diplomates et des personnes bénéficiant des privilèges diplomatiques

Le diplomate accrédité dans un Etat étranger est réputé y être domicilié mais avec une immunité de juridiction civile, administrative et pénale dans l'Etat hôte. Il convient donc de lui appliquer son droit national y compris les règles de conflit de ce droit.

S'il est marié à une ressortissante de son propre pays, le régime matrimonial est relativement aisé à déterminer, surtout si le premier domicile conjugal a été fixé dans leur pays commun.

Le problème peut devenir très délicat si le diplomate en poste à l'étranger se marie sans contrat de mariage avec une ressortissante d'un autre pays, soit du pays du lieu d'accréditation soit d'un pays tiers. Il convient alors d'appliquer toutes les règles du droit national du diplomate, en le considérant comme un citoyen ordinaire.

III.- Divorce

A) Reconnaissance du divorce prononcé à l'étranger

Le divorce prononcé par les autorités étrangères est reconnu si la décision est rendue dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle ou dans l'Etat national de l'un des époux, ou si elle est reconnue dans un de ces Etats.

Il est à noter que la répudiation du droit musulman, acte unilatéral de l'époux, n'est en principe pas assimilée à une décision judiciaire, et qu'elle est considérée comme contraire à l'ordre public suisse.

Il convient de relever que la Suisse a ratifié le 18 mai 1976 la Convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps. Ladite Convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 juillet 1976.

B) Divorce d'un couple dont l'un au moins est étranger

Le domicile est encore le critère essentiel pour arrêter la compétence du tribunal (art. 59 LDIP):

- a) les tribunaux suisses du domicile de l'époux défendeur.
- b) les tribunaux suisses du domicile de l'époux demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année où est suisse.

Le droit applicable au divorce et à la séparation de corps est le droit suisse.

Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, le droit national commun est applicable.

IV.- DROIT SUCCESSORAL

A) Droit applicable aux successions

L'un des principes fondamentaux en matière de droit international privé suisse de succession est celui de l'unité des successions (art. 86 et suivants de la LDIP). Le droit normalement applicable à toute la succession est la loi du dernier domicile du défunt (art.90 LDIP). Si le droit étranger renvoie au droit suisse le renvoi est accepté. Si le droit étranger ne s'occupe pas des biens laissés par un étranger en Suisse, le droit suisse peut s'appliquer.

Cependant bien des pays considèrent que seule leur législation est applicable à la dévolution concernant

des biens immeubles sis sur leur sol national. La Suisse, pour sa part, ne revendique cependant pas une telle compétence exclusive et admet alors l'application du droit étranger pour les immeubles sis à l'étranger.

Des traités internationaux bilatéraux peuvent modifier la situation. Des accords bilatéraux ont été signés dans le passé.

B) Reconnaissance des testaments étrangers

Le droit international privé suisse renvoie, pour la reconnaissance de la validité des testaments, directement à la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, en précisant que cette convention s'applique par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort.

Afin de s'assurer cependant toute garantie du respect des conditions de validité d'une disposition à cause de mort, on ne peut que recommander de les rédiger dans une forme qualifiée telle que le testament authentique.

La Suisse reconnaît la validité des dispositions réciproques pour cause de mort, quand bien même elle exclut pour ses ressortissants la possibilité de rédiger des testaments conjonctifs ou co- respectifs, dont la validité des dispositions de l'un est conditionnée par la validité de l'autre. De telles dispositions, pour être valables doivent être conformes au droit du domicile de chacun des disposants ou au droit d'un Etat national commun qu'ils ont choisi.

C) Etablissement de la qualité d'héritier

Afin d'établir sa qualité d'héritier, respectivement fixer la masse successorale, il convient de présenter en Suisse les documents suivants :

- Acte de décès
- Copie du livret de famille, ou acte de famille pour les suisses, délivré par la commune d'origine. (l'acte de famille est un document complet indiquant le ou les mariages, divorces, tous les enfants).
- Acte de notoriété ou certificat d'héritier.
- Indication des communes suisses où se trouvent les biens immobiliers, afin de pouvoir demander les extraits du registre foncier. En droit suisse, les titres de propriété jouent un rôle moindre, l'inscription au registre foncier conférant seule la propriété.
- Indication des banques où le défunt avait des comptes.

Une recherche générale dans une grande banque, sur toute la Suisse, coûte entre frs. 1.500,- et frs. 2.000,-. Il y a 6 à 10 banques couvrant tout le pays. Une recherche dans un canton pour une des grandes banques coûte environ frs. 400,-

Il n'y a aucun moyen de faire une enquête générale sur toute la Suisse. Procédure pénale exceptée.

Le droit successoral suisse a aussi été modifié en 1988, car il a été tenu compte du fait que, généralement, lorsque les parents meurent les enfants sont, dans la majorité des cas, quadragénaires et ont achevé leur formation et sont établis. Il a semblé plus important de préserver le conjoint survivant.

Les étrangers domiciliés en Suisse qui ne sont pas au bénéfice des immunités diplomatiques sont en principe soumis au droit successoral suisse.

D) Conjoint Survivant

1) Part légale du conjoint survivant (art. 462 CCS)

Le conjoint survivant a droit :

- en concours avec les descendants, à la moitié de la succession,
- en concours avec le père, la mère ou leurs descendants, aux trois quarts,
- à défaut de ces héritiers dans la deuxième parentèle, à toute la succession.

Les droits légaux d'usufruit du conjoint survivant ont été supprimés. Il subsiste toujours la possibilité de

léguer à son conjoint l'usufruit grevant la part des descendants communs.

2) Les parts réservataires (art. 471 CCS)

La réserve du conjoint survivant est de la moitié de son droit d'héritage.

Elle est des trois quarts pour les descendants et de la moitié pour le père ou la mère.

E) Les héritiers :

Les héritiers sont par ordre les descendants, à défaut les père et mère ou à défaut leurs descendants, ou encore à défaut des père et mère et de leurs postérité, les grands parents et leur descendance, et ce toujours en concours avec le conjoint survivant. (art 447 à 462 CCS).

A défaut d'héritiers dans les 3 catégories susmentionnées et à défaut de conjoint survivant la succession est dévolue au canton de dernier domicile ou à la commune déterminée par la législation de ce canton. (Art. 488 CCS)

F) Testaments

Le problème de la rédaction des testaments est très délicat puisque les quotités disponibles changent selon les pays. L'interprétation de testaments non revus à la lumière du nouveau droit suisse pourrait bien être contraire à la volonté première des testateurs.

Enfin il faut rappeler que le droit suisse admet que l'étranger, par une simple clause contenue dans le testament, soumette sa succession à la loi de son pays d'origine (Professio juris). En cas de pluralité de nationalités, il s'agit, en principe, de la dernière acquise.

C'est pourquoi il convient d'inviter toute personne concernée, soit en principe toute personne mariée, à vérifier la légitimité des dispositions prises ou les conséquences de l'absence de dispositions.

Il convient encore de signaler que si pour des étrangers le droit successoral est bien celui du domicile du défunt au moment de son décès, des traités internationaux (comme ceux avec l'Allemagne (Grand Duché de Bade 6 décembre 1856=loi du dernier domicile), les Etats-Unis d'Amérique (Traité d'établissement 25 novembre 1850=loi du dernier domicile) ou l'Italie (traité d'établissement du 22 juillet 1868=loi de la nationalité), la convention avec la France ayant été abrogée avec effet au 1er janvier 1991) ou des dispositions testamentaires peuvent aboutir à l'application d'un autre droit.

Il faut encore mentionner les traités d'amitié avec l'Empire de Perse du 25 avril 1934, convention d'établissement et de protection juridique avec la Grèce du 1er décembre 1927 ainsi que la convention consulaire avec le Portugal du 27 août 1883 qui soumettent la succession à la loi nationale.

G) Pacte successoral

La Suisse connaît le pacte sur succession future, appelé pacte successoral, véritable contrat synallagmatique à cause de mort, dont la validité est subordonnée à la comparution personnelle nécessaire devant notaire, et deux témoins, de celui qui dispose contractuellement de ses biens à cause de mort.

C'est un instrument fort utile, mais délicat et dangereux, car il ne peut être modifié que de la volonté de tous les participants. En cas de transfert du domicile du "testateur" à l'étranger, en France par exemple, cet acte devient nul, ce qui pourrait entraîner des problèmes insolubles.

Tous actes sont permis, et notamment entre époux, donc bien évidemment les donations. La donation au dernier vivant (des droits français et belge) est inconnue du droit suisse sous cette forme. Le notaire suisse peut, s'agissant dans ce cas d'un contrat bilatéral, stipuler un pacte successoral d'attribution réciproque, au survivant, d'un legs par préciput (245 al.2 CO).

H) DROIT FISCAL SUCCESSORAL

Les fonctionnaires internationaux sont soumis au droit fiscal ordinaire qui en Suisse relève des différents cantons. Il en existe une telle variété, chaque canton ayant sa loi fiscale successorale qu'il n'est pas possible ici d'en donner des indications précises.

Au titre d'exemple, il peut être utile de signaler que les impôts de succession en ligne directe, à Genève,

entre parents et enfants ou entre époux a été supprimé, à l'exception des étrangers bénéficiant d'une imposition calculée sur la dépense (forfait fiscal). Dans les mêmes conditions, en Valais et dans beaucoup d'autres cantons suisses, actuellement, il n'y a pas de droits de succession.

1) Droit fiscal successoral genevois applicable aux fonctionnaires internationaux de rang non diplomatique domiciliés à Genève et des membres de missions diplomatiques de rang non diplomatique : Pour ces fonctionnaires, il a été décidé récemment par le gouvernement genevois il n'y avait plus de droits de succession sur les biens mobiliers, les immeubles dépendant de la succession étant eux soumis au droit commun.

Genève, est actuellement le seul lieu à ne pas taxer les successions des fonctionnaires internationaux de rang non diplomatique.

2) Droit fiscal successoral genevois applicable aux fonctionnaires internationaux de rang diplomatique domiciliés en Suisse: En ce qui concerne les diplomates ou hauts fonctionnaires assimilés aux diplomates, il n'y pas de droits de succession sur les biens meubles dont la présence dans l'Etat de domicile était due uniquement à la présence du diplomate en son lieu de travail.

Suivant l'importance des comptes en banque en Suisse ou des autres biens, il pourrait y avoir des difficultés (article 39 chiffre 4 de la Convention de Vienne sur les Relations diplomatiques de 1961). Il semble très probable que les diplomates et les hauts fonctionnaires assimilés aux diplomates bénéficieront rapidement de la décision faites en faveur des fonctionnaires de rang non diplomatique.

Quant aux biens immobiliers appartenant à titre privé au diplomate ou à un haut fonctionnaire ils sont soumis au droit fiscal commun.

IV - DIVERS

A.- IMPÔTS SUR LE REVENU ET LA FORTUNE

Les revenus des fonctionnaires internationaux de rang non diplomatiques, s'ils ne sont pas de nationalité suisse, sont exonérés en Suisse de tous impôts sur le revenu et sur la fortune mobilière, ou immobilière à l'étranger.

Il est à noter qu'ainsi que partout ailleurs la fortune immobilière et les revenus immobiliers personnels sont soumis au régime ordinaire d'impôts et taxés selon la loi commune.

Les fonctionnaires retraités ainsi que les diplomates retraités, entrent dans le droit commun.

Cependant, la Suisse, dans le cadre des négociations pour l'établissement de l'OMC (Organisation Mondiale du Commerce) a décidé de prendre en compte pour les fonctionnaires retraités de l'organisation la demande que les pensions versées ne soient pas soumises aux impôts sur le revenu, dans la mesure où l'organisation opérera un prélèvement interne. Une telle mesure en raison des accords de siège avec les différentes organisations, contenant toutes, semble-t-il, la clause du bénéfice de l'organisation la plus favorisée, devrait s'étendre aux retraités des autres organisations. Il se pourrait que la mesure ne s'applique qu'aux fonctionnaires domiciliés en Suisse au moment de leur retraite et non à des fonctionnaires d'organisations internationales déplaçant leur domicile en Suisse à l'occasion de leur retraite.

Jusqu'à ce jour, l'Autriche, le Portugal et Malte sont les seuls pays à considérer que les revenus provenant des organisations internationales ne doivent jamais être taxés, ni les retraites qui en découlent; les autres revenus étant soumis au régime commun.

B.- RETRAITE ET POSSIBILITE DE RESTER EN SUISSE

Quand un fonctionnaire international, domicilié en Suisse, prend sa retraite après des années passées en Suisse, l'usage courant est qu'il obtienne sans difficulté le droit de rester en Suisse avec sa famille. Il entre alors dans le régime ordinaire des personnes vivant en Suisse.

Si un fonctionnaire international divorce, son conjoint obtient parfois le droit de rester en Suisse, parfois cela lui est impossible, car cela dépend des accords de son pays avec la Suisse. Ainsi il n'y a plus de problème pour les ressortissants de l'Union Européenne ou de l'AELE.

En principe, un diplomate ou un fonctionnaire international avec privilège diplomatique ne peut exercer

sur le territoire suisse des activités commerciales, ni être inscrit au Registre du commerce comme administrateur ou détenteur d'une signature sociale.

De même, ce n'est qu'à titre exceptionnel, et encore avec des restrictions que le conjoint d'un diplomate ou d'un fonctionnaire diplomatique peut exercer une profession en Suisse.

La circulaire reproduite ci-après donne plus de détails :

RETRAITE DES FONCTIONNAIRES INTERNATIONAUX

La prise de résidence en Suisse des fonctionnaires internationaux n'est pas spécialement réglée dans la législation nationale suisse.

Il s'agit avant tout d'une pratique en vigueur aujourd'hui depuis de nombreuses années, élaborée par l'Office Fédéral des Etrangers et par le Département Fédéral des Affaires Etrangères.

Cette pratique, qui se trouve détaillée dans les directives et commentaires de l'Office Fédéral des Etrangers en matière d'entrée, de séjour et d'établissement des étrangers, est notamment tirée des art. 34 et 36 OLE qui définissent les conditions d'obtention d'une autorisation de séjour sans activité lucrative.

Sans vouloir être trop juridique, je souhaiterais vous énoncer les conditions prévues aux art. 34 et 36 OLE afin que vous puissiez mieux comprendre quels sont les critères retenus par les autorités suisses dans le cadre de l'octroi d'une autorisation de séjour sans activité lucrative.

D'après, l'art. 34 OLE une autorisation de séjour peut être accordée à des rentiers lorsque le requérant:

1. A plus de 55 ans
2. A des attaches étroites avec la Suisse
3. N'exerce plus d'activité ni en Suisse, ni à l'étranger
4. Transfère en Suisse le centre de ses intérêts
5. Dispose des moyens financiers nécessaires

Quant à l'art. 36, il prévoit que des autorisations de séjour peuvent être accordées à des étrangers n'exerçant pas une activité lucrative lorsque des raisons importantes l'exigent.

Dans la pratique, et en matière d'octroi d'un titre de séjour à un fonctionnaire international qui prend sa retraite en Suisse, ces dispositions sont en quelque sorte appliquées par analogie mais avec quelques assouplissements.

Je tenterai à présent de vous détailler les deux grands cas de figure qui peuvent se présenter:

- 1) Cas des fonctionnaires internationaux qui peuvent bénéficier d'un traitement privilégié et obtenir au moment de leur retraite une autorisation d'établissement
- 2) Cas des fonctionnaires internationaux qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier d'un traitement privilégié mais qui peuvent toutefois requérir une autorisation de séjour sur la base des dispositions ordinaires, soit en application de l'art. 34 ou 36 OLE

1) Cas des fonctionnaires internationaux qui peuvent bénéficier d'un traitement privilégié et obtenir au moment de leur retraite une autorisation d'établissement

a) Retraite à l'âge fixée par les statuts de l'Organisation Internationale et cinq ans d'activité en Suisse avant l'âge de la retraite

Le fonctionnaire international qui prend sa retraite en Suisse à l'âge fixé par les statuts de l'OI peut obtenir, en principe, une autorisation d'établissement s'il a travaillé en Suisse pour cette organisation durant les cinq années précédant l'âge de la retraite, s'il n'a donné lieu à aucune plainte et s'il dispose de moyens d'existence suffisants.

Par moyens d'existence suffisants on entend que le fonctionnaire qui part à la retraite doit être en mesure de pourvoir à son entretien ainsi qu'à celui des personnes dont il a la charge. Pour ce faire, il doit notamment produire les pièces établies par son employeur, attestant l'ensemble des périodes durant lesquelles il a été en fonction et indiquant qu'il a droit à une pension, ainsi que le montant de celle-ci.

b) Cas d'une mission effectuée à l'étranger pour le compte de l'OI

Le fonctionnaire international peut également obtenir une autorisation d'établissement à son retour d'une mission à l'étranger effectuée pour le compte de l'OI, si le transfert a eu lieu dans les cinq années précédant l'âge de la retraite et s'il a résidé et travaillé en Suisse pour une OI pendant les dix années précédents le transfert à l'étranger. Pour les personnes qui ont travaillé en Suisse à plusieurs reprises (au total plus de dix ans), l'OFE examine, de cas en cas, si et dans quelle mesure ces séjours peuvent être retenus pour l'octroi d'une autorisation d'établissement.

c) Retraite anticipée après 55 ans

Selon la pratique, une autorisation d'établissement peut être délivrée au fonctionnaire international qui prend une retraite anticipée, quel qu'en soit le motif, s'il est âgé d'au moins 55 ans et s'il a séjourné et travaillé en Suisse pour une OI pendant les dix dernières années.

2) Cas des fonctionnaires internationaux qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier d'un traitement privilégié mais qui peuvent toutefois requérir une autorisation de séjour sur la base des dispositions ordinaires, soit en application de l'art. 34 ou 36 OLE

a) Retraite à l'âge fixée par les statuts de l'OI et moins de cinq ans d'activité en Suisse avant l'âge de la retraite

Lorsque la durée de l'activité est inférieure à cinq ans, le fonctionnaire international qui prend sa retraite peut être autorisé à séjourner en Suisse dans le cadre de l'art. 34 ou 36 de l'ordonnance du Conseil fédéral limitant le nombre des étrangers. Dans ces cas, l'approbation de l'OFE demeure réservée.

b) Retraite anticipée avant 55 ans

S'il est âgé de moins de 55 ans, une autorisation de séjour sans activité lucrative au sens de l'art. 36 peut lui être délivrée, pour autant que des motifs importants le justifient. Dans ce cas, il obtient l'autorisation d'établissement, selon sa nationalité, cinq ou dix ans après la délivrance d'une autorisation de séjour ordinaire.

c) Internationaux qui résident dans la zone frontière voisine

Il est important de souligner que ces prescriptions ne s'appliquent pas aux fonctionnaires internationaux qui, résidant dans la zone frontière voisine, demandent à s'établir en Suisse à l'âge de la retraite. Une telle requête peut être examinée par les autorités, et notamment par l'OFE, au regard de l'art.

34 ou 36 OLE.

Ressortissants européens (CE/AELE):

En général les dispositions prévues dans la loi générale pour les retraités des organisations internationales sont très favorables.

Dans la plupart des cas, les dispositions de l'ALCP (Accord sur la libre circulation des personnes) ne sont pas meilleures.

Toutefois, lorsque la personne a travaillé 10 ans en plusieurs fois pour une OI ou lorsqu'elle prend sa retraite anticipée avant 55 ans, les conditions sont plus favorables. Il convient de toute manière d'apprécier la situation au moment de la demande.

Janvier 2010

Pierre Natural - Notaire à Genève

Représentant de l'UINL - Au près de l'ONU & des Organisations internationales

DROIT SUCCESSORAL EN EUROPE

APERÇU COMPARATIF EVOLUTION RELATIVEMENT À UNE PROPOSITION DE RÈGLEMENT DU PARLEMENT ET DU CONSEIL (2009/0157/COD)

Le droit successoral est un droit fascinant, c'est un droit qui connaît en même temps la rigueur des règles fixes et stables et la souplesse de la liberté de volonté, un droit qui frise le droit public faisant partie du droit privé, un droit lié à la tristesse d'un décès et au plaisir, le plus souvent, de l'acquisition d'un patrimoine.

Ayant ses origines dans l'antiquité égyptienne pharaonique, il a été élaboré de façon sage par les grecs anciens mais surtout de façon subtile et complète par les romains ; là où se trouvent d'ailleurs les racines des différents droits successoraux contemporains de l'Europe continentale.

Dans l'Europe d'aujourd'hui, celle de l'Union Européenne, nous avons deux remarques primordiales à faire:

Ière: La grande importance accrue des dévolutions successorales transfrontalières.

Elle peut être mise en lumière par des données chiffrées:

Chaque année les nouvelles successions transfrontalières remontent à 450.000 et concernent des patrimoines presque de 120 milliards d'euros.

Plus particulièrement: Dans certains états - membres de l'Union Européenne, il y a un grand nombre de ressortissants d'autres états - membres (p.ex. en Allemagne où résident 1,8 millions de ressortissants d'autres états - membres ; ou au Luxembourg où plus le 20% de la population totale sont des ressortissants d'autres états - membres de l'UE).

De même, une partie notable de citoyens de certains états - membres vivent dans un autre état - membre, p.ex. plus d'un million d'italiens ou 11,7% des irlandais.

De nombreux citoyens de l'UE ont des comptes bancaires (Luxembourg !) ou des immeubles dans d'autres états de l'UE: on estime à 1 million d'allemands ayant des immeubles dans d'autres états - membres ; les anglais et les néerlandais devraient également être nombreux à avoir des immeubles dans les autres pays de l'U.E.

IIème remarque: La grande diversité des règles nationales des états – membres. C'est elle qui empêche le plein exercice du droit de propriété privée, lequel d'après la jurisprudence constante des Cours Européennes (Luxembourg – Strasbourg) fait partie intégrante des droits fondamentaux, dont elles assurent le respect.

Le droit matériel des états - membres n'est pas harmonisé et malgré des racines communes, le droit des successions des états – membres sont très différents. Il s'agit d'un domaine national gravé par les caractéristiques sociales, culturelles et religieuses de chaque pays.

Dans quelques pays il existe même plusieurs lois différentes dans certaines parties du territoire ou même des lois différentes qui s'appliquent aux diverses unités de la succession (ex. Angleterre - Espagne).

Droit interne successoral:

Succession légale.

Une comparaison, il est évident, est très difficile à réaliser à cause de la grande diversité des dispositions. Cependant il y a des principes et des cadres comparables.¹

Dans la dévolution successorale légale le principe par parentèles est très répandu.

¹ Les éléments y cités émanent de la grande étude comparative dirigée par L'Institut Notarial Allemand.

Le nombre d'ordres d'héritiers varie d'un pays à l'autre. En France, Belgique, Luxembourg, Espagne, Portugal, Autriche et Grèce les ordres sont au nombre de quatre, en Allemagne, Danemark, Finlande et

Suède en nombre de trois.

Un autre principe primordial est celui de la représentation. L'enfant et le petit enfant héritent de la même façon dans tous les états - membres.

Autres principes prévus dans les différentes législations sont celui de la succession par souches (France, Allemagne) ou celui de la fente. Principe très important est celui de la succession au parent le plus proche en degré.

En ce qui concerne le conjoint survivant, malgré la grande importance pratique de sa part successorale, nous constatons des différences énormes.

Dans la dévolution successorale légale figurent aussi d'autres catégories de personnes, telles que les enfants naturels ou adoptés, les concubins ou les pacsés, ou même l'Etat, entraînant des différentes règles dans les états membres. Par rapport à la vocation successorale de l'Etat l'abondance des règles différentes est remarquable. (ex. en Allemagne la succession est dévolue à l'Etat s'il n'y a pas de parents du tout de n'importe quel degré - en Grèce l'Etat devient héritier du sixième ordre, aux Pays-Bas du cinquième ordre mais sans devenir héritier et ainsi de suite).

La succession testamentaire :

Le testament, étant une expression majeure de la dernière volonté, existe dans tous les pays membres.

Nous avons des différences par rapport à la forme ou mode de l'immatriculation ou du dépôt.

Nous avons partout le testament olographe mais dans les pays du droit anglo-saxon n'existe pas le testament public (notarié) qui est remplacé par un testament devant des témoins. Un registre central des testaments existe en Autriche, au Danemark et en Grèce, ce qui n'est pas le cas de l'Allemagne, du Portugal et de la Suède.

Les pays ayant ratifié la convention de Bâle de 1972 connaissent un système d'inscription des testaments. Dans les divers systèmes des pays- membres, malgré les différences dans la réglementation, il y a des ressemblances des institutions, telles que p.ex. le testament conjonctif et le pacte successoral ou bien la part réservataire, cette dernière étant une institution - clé de sécurité des héritiers de la famille du défunt. Plusieurs pays connaissent la réserve légale comme une participation réelle, exemple Finlande, Suède, Grèce. Les Pays - Bas ont abandonné cette institution à partir de 2003 en conférant aux personnes concernées un droit de créance contre les héritiers, pareil à l'Allemagne, l'Autriche et l'Irlande.

Même les ayants droit varient de pays par pays.

Les descendants sont des bénéficiaires dans tous les ordres juridiques, tandis que le conjoint survivant n'est héritier réservataire qu'en Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, France, Grèce, Irlande et Italie. Harmonisation des règles de conflit.

Dans cet univers européen, aussi varié, il est clair qu'une harmonisation du droit matériel n'est pas faisable mais elle n'est non plus souhaitable.

Ce qui peut être «harmonisé» et unifié sont les règles du droit international privé et les règles de la compétence internationale.

Dans ce but un grand appui a été conféré par les différentes conventions relevantes de la Conférence de la Haye, dont le champ d'application ne se limite pas en Europe mais s'étend dans le monde entier où il y a des états ratifiant ou reconnaissant les dites conventions.

Parmi les plus importantes :

- Convention de la Haye de 1.8.1989 sur le droit applicable aux successions (n'est pas ratifié par la majorité des pays).
- Convention de la Haye de 5.10.1961 concernant les conflits de lois en matière de forme des dispositions, testamentaires (ratifiée par 16 Etats- membres). Il serait souhaitable que les autres états - membres ratifient cette convention dans l'intérêt de la Communauté.
- Convention de la Haye pour la reconnaissance du trust.
- Etant donné ce cadre juridique et social la Communauté européenne, à la base de l'article 61 du traité,

qui prévoit la mise en place progressive d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, (programme de la Haye (en 2004) invite à présenter un instrument couvrant l'ensemble de la problématique: loi applicable, compétence et reconnaissance, mesures administratives (certificats d'hérédité, enregistrement des testaments).

La préparation était longue et ample. La Commission a reçu une étude sur les successions internationales dans l'Union Européenne, réalisée par l'Institut Notarial Allemand en 2002. (La contribution grecque a été élaborée par l' Institut Notarial Grec, dont à l'époque j'étais la présidente).

Un livre vert est apparu, une audition publique a eu lieu, un grand group d'experts nationaux a collaboré et leurs contributions ont confirmé le besoin d'un instrument communautaire dans ce domaine. Avec l'appui du Parlement européen et du Comité économique et social, la Commission a réalisé une étude qui a abouti à une proposition de règlement (COM/2009/0154 final), relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

Pourquoi un règlement ? Eh bien, parce que la nécessité de sécurité juridique requiert des règles claires et uniformes. Cela est possible seulement à l'aide d'un règlement, directement applicable, et transformé uniformément dans toute l'Union.

La proposition comprend 51 articles et crée dans un sens simple et clair un nouveau cadre pour les successions internationales en Europe.

Il est évident qu'ici nous nous limitons à une brève présentation à titre informatif.

Le champ d'application : Le règlement s'applique uniquement aux successions mortis causa. Il ne s'étend pas à d'autres formes de transfert de propriété à savoir à titre gratuit ou lucratif. La législation sur le trust par rapport aux successions n'est pas exceptée du règlement.

Les droits réels des états- membres restent intacts, notamment le règlement s'applique à l'acquisition d'un droit mais pas au contenu d'un tel droit. Sont aussi respectées les différentes formes des actes d'acquisition et leur transcription au cadastre, ou au registre foncier là où elle est nécessaire.

Définitions: Pour les besoins du règlement le terme « tribunal » est envisagé très largement comprenant aussi tout autre service et autorité des états – membres intervenant aux successions.

La compétence internationale : A titre très général le règlement crée une compétence internationale des tribunaux du domicile habituel du défunt. Il prévoit aussi une compétence subsidiaire pour un défunt n'habitant pas à un pays – membre, ou une autre compétence additionnelle pour l'acceptation ou la renonciation de la succession.

La loi applicable : La Commission souhaite qu'il y ait une seule loi dirigeant les successions.

Un régime uniforme permet aussi aux testateurs de gouverner et programmer la division de leur patrimoine en sécurité.

Comme telle le règlement propose également et avec raison, la loi du domicile habituel du défunt.

Cependant, le règlement, sensible aux particularités du pays d'origine, aux institutions et aux coutumes de ce dernier, surtout par rapport à la réserve héréditaire et à la protection des membres de la famille, donne une possibilité alternative aux testateurs de choisir eux – mêmes la loi applicable à leur succession. La loi alternative est celle de leur nationalité. La *professio juris*, proposée aussi par la Convention de la Haye sur la loi applicable aux successions, qui malheureusement n'a jamais été mise en vigueur, devient par le présent règlement un élément particulier et important.

Les pactes successoraux : Un pacte successoral est valable selon la loi applicable à la succession du défunt au jour de sa mise en place.

Si selon cette loi le pacte ne produit pas d'effets, il peut être soumis aux règles du présent règlement.

Exéquatur : Par rapport à la possibilité d'exécution et aux titres exécutoires la proposition renvoie au règlement 44/2001.

Actes authentiques : Vu l'importance pratique de ceux ci le règlement assure, avant leur circulation, leur reconnaissance.

Cela signifie qu'ils jouissent de la même force probante, pleine et entière, quant au contenu de l'acte

enregistré et aux faits qui y sont consignés, que celles dont sont revêtus les actes nationaux ou au même titre que dans leur pays d'origine, de la présomption d'authenticité ainsi que du caractère exécutoire dans les limites fixées par le présent règlement.

Certificat successoral européen : La proposition consacre une grande partie à cette nouvelle institution. Le tribunal compétent serait de nouveau celui de la compétence internationale. Ce certificat européen ne remplace pas les certificats nationaux. Il constitue la preuve de la qualité d'héritier, de légataire et des pouvoirs des exécuteurs testamentaires ou des tiers administrateurs.

Il est délivré au moyen du formulaire - type figurant à l'Annexe II du règlement et est reconnu de plein droit dans tous les Etats- membres.

Importante réglementation finale est consacrée aux relations du règlement avec les conventions internationales. Elles ne sont pas affectées par loi mais nonobstant le paragraphe 1 de l'article relevant, il prévaut sur les conventions, ratifiées par des états – membres, qui portent sur des matières régies par le présent règlement.

Notre commentaire final qui résume le régime des successions en Europe est le suivant : la proposition malgré sa souplesse et sa simplicité présente encore quelques points aigus et discutables. Cependant l'Europe dans ce domaine marche vers une uniformité efficace, qui permettra à ses citoyens une meilleure circulation et une intégration à ses objectifs.

Février 2010

Sofia Mouratidou - Notaire en Grèce

Vice - présidente de la C.D.H de l' U.I.N.L.

LA LOI ROUMAINE ET LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES

I. VOCATION DU DROIT ROUMAIN À S'APPLIQUER AUX SUCCESSIONS INTERNATIONALES

La liberté de circulation et l'ouverture de la Roumanie vers les organisations internationales ont considérablement élargi la vocation de la loi roumaine d'être appliquée dans des situations supposant un élément d'extranéité, soit à base des

conventions ou des traités internationales, soit à base des normes conflictuelles de la législation interne.

En matière des successions internationales, le droit international privé roumain soumet les biens meubles à la loi nationale du défunt et les immeubles à la loi de leur situation. Ces lois désignent : le moment de l'ouverture de la succession, les personnes qui ont vocation à succéder, les qualités requises pour succéder, la possession des biens de la succession, les conditions et les effets de l'acte d'option successorale, les limites de l'obligation des héritiers à supporter le passif successoral, ainsi que les droits de l'Etat sur les successions vacantes.

Pour les cas des successions testamentaires, le testateur peut choisir une autre loi que celle désignée d'après ces règles, sans pour autant en pouvoir exclure l'application de ses dispositions impératives.

Ce sera, donc, soit parce que le défunt avait la nationalité roumaine, soit parce que les immeubles de la succession sont situés en Roumanie, soit enfin parce que le testateur l'avait choisi, que le droit matériel roumain règlera ces questions.

II. PRINCIPES DU DROIT SUCCESSORAL ROUMAIN

Sur le plan du droit matériel ou substantiel, les grands principes du droit successoral roumain sont celles du « Civil Law », le code civil roumain datant de 1864 et s'inspirant, pour la plupart de ses dispositions, du code Napoléon. Une importante réforme est en cours, avec l'adoption d'un nouveau code (qui n'est pas encore entré en vigueur), mais sans pour autant en changer des principes, du moins en matière de successions.

La succession se défère en droit roumain soit par la loi, soit par la volonté du défunt, par testament (legs).

1. Dévolution légale

La loi institue 4 classes d'héritiers :

- a. descendants ;
- b. ascendants et collatéraux privilégiés (parents, sœurs et frères et leurs descendants);
- c. ascendants ordinaires (grands parents, arrière grands parents, etc.);
- d. collatéraux ordinaires (oncles, tantes, cousins, cousines).

Chacune de ces classes en exclue les suivantes et à l'intérieur de chaque classe, les héritiers plus éloignés sont exclus par ceux qui sont plus proches. Ceux du même degré, à l'intérieur de chaque classe, ont droit à des cotes parts égaux. Les ascendants et les descendants héritent à l'infini, quelque soit leur degré de parenté, tandis que pour les collatéraux, le droit d'hériter est limité jusqu'au 4e degré.

Les enfants adoptés ont les mêmes droits que les enfants naturels, et ces derniers jouissent des droits égaux, qu'ils soient nés du mariage ou hors mariage.

Par contre, aucun effet sur le plan du droit successoral n'est reconnu au concubinage.

Le conjoint survivant ne fait partie d'aucune de ces classes, mais il hérite en concours avec toutes les quatre et, s'il n'y a aucun héritier de ces 4 classes, il reçoit la totalité de la succession.

Enfin, en absence de tout héritier de ces classes et du conjoint survivant, la succession est déclarée vacante et revient à l'Etat.

Etablir la relation de filiation avec le défunt pourrait aussi poser de questions de loi applicable. Pour les enfants dont les parents étaient mariés au moment de leur naissance, la loi applicable à la filiation sera celle régissant les effets du mariage, tandis que pour les enfants nés hors du mariage, c'est la loi nationale de l'enfant du moment de sa naissance.

2. Dévolution par la volonté du de cujus

Si on veut privilégier l'un ou l'autre des héritiers ou laisser toute ou une partie de sa succession à d'autres personnes que celles désignées par la loi, il faut penser soit à rédiger un testament, soit à faire de son vivant des actes de transmission à titre onéreux (ex. contrats de rente viagère, vente de la nue-propriété, etc.) ou gratuit (donation).

La validité de la forme du testament est appréciée par rapport aux conditions requises au moment de sa rédaction ou au moment du décès, soit par la loi nationale du défunt, soit par la loi de son domicile, soit encore par la loi du lieu de la conclusion du testament, par la loi de la situation de l'immeuble qui en fait l'objet, ou la loi de l'autorité intervenant dans la transmission.

En absence de toute convention contraire, les donations sont réglées par la loi nationale du donateur.

La Roumanie, pays de droit écrit, ne connaît pas le testament oral. Pour être valable, le testament olographe doit être intégralement écrit, daté et signé de la main du testateur, l'absence d'une de ces conditions donnant lieu à nullité.

La forme la plus connue est le testament authentifié par le notaire, forme beaucoup plus informé et moins contestable. Les testaments ne s'enregistrent pas au livre foncier, mais un registre national de testaments authentiques a été organisé par l'Union Nationale des Notaires Publics. Les actes de révocation de testaments y sont également enregistrés.

La validité de la donation est également soumise à la condition de la forme authentique, notariale. En principe, les donations sont irrévocables, exception faite pour les donations entre époux. Même si on ne connaît pas, dans le stade actuel de la législation, la donation au dernier vivant, la possibilité reconnue pour le donateur de révoquer la donation même après le décès du donataire et la condition résolutoire pour le cas du prédécès de celui-ci, aboutissent pratiquement à des résultats semblables.

Des limites au droit de disposer à titre gratuit sont imposées par le principe de la réserve, principe qui doit être observé en droit roumain aussi, dans à peu près les mêmes termes qu'en droit français. Par conséquence, on ne peut pas porter atteinte, par des actes à titre gratuit – testaments, donations - à une partie de la succession réservée par la loi aux héritiers les plus proches: descendants, conjoint survivant et parents.

Le conjoint survivant pourrait aussi être privilégié par le biais de la convention matrimoniale, interdite pour le moment en droit roumain, mais qui deviendra admissible avec l'entrée en vigueur du nouveau code civil. La convention matrimoniale est soumise aux conditions de fond prévues par la loi nationale de chacun des époux ou futurs époux, tandis que son régime et ses effets sont réglés par la loi qu'ils choisissent, ou, à défaut, par la loi nationale commune ou la loi de leur domicile commun.

3. L'acte d'option successorale

Les successibles, qu'ils soient légaux ou testamentaires, disposent d'un délai de 6 mois à partir de la date du décès, afin d'exprimer leur option d'accepter ou non la succession.

L'acceptation peut être expresse, par déclaration notariale authentique ou tacite, qu'on déduit de certains actes accomplis par le successible dans ce délai, ne laissant aucun doute sur son intention d'accepter. Par contre, la renonciation, elle, doit être toujours expresse, faite par déclaration authentique.

Un registre national des actes d'option successorale est également organisé par l'Union Nationale des Notaires Publics.

4. La fiscalité de la transmission successorale

La transmission successorale est soumise à l'impôt sur les revenus en Roumanie seulement pour les propriétés immobilières. Les revenus réalisés par le transfert des meubles ne sont pas imposables, ni même lorsqu'il s'agit des donations ou des successions.

Si la procédure successorale est finalisée avant 2 ans à compter de la date du décès, aucun impôt n'est à payer. Ce délai passé, les héritiers ou/et les légataires auront à payer un impôt de 1%, calculé uniquement en rapport de la valeur de l'actif successoral immobilier. Cette règle s'applique également au cas où un certificat supplémentaire est demandé après l'accomplissement du délai de 2 ans, même si, initialement, la procédure avait été finalisée avant les 2 ans. Il faut savoir que le certificat supplémentaire est délivré pour compléter le patrimoine successoral, lorsque certains biens ou droits ont été omis, quelques soient les raisons.

Pour ce qui est de fonctionnaires des organisations internationales, en application stricte du principe de non imposition des revenus et traitement, issue de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, le code fiscal roumain qualifie comme non imposables les revenus perçus par les « officiels des organismes et organisations internationales pour les activités menées en Roumanie en leur qualité officielle, à conditions que leur position officielle soit confirmée par le Ministère des Affaires Étrangères » (art. 42). Il en résulte, per a contrario, que tous les autres revenus, perçus pour des activités qui ne sont pas réalisées en leur qualité officielle, y compris les successions, seraient donc imposables.

A part l'impôt, et quelques soit le délai passé après le décès, la transcription dans les registres de publicité immobilière (livres fonciers) est, elle aussi, soumise à un droit d'enregistrement de 0,15% de la valeur de l'immeuble.

III. L'INTERVENTION DU NOTAIRE ROUMAIN

Le notaire roumain est compétent à intervenir dans la procédure successorale, principalement, en raison du domicile du défunt. Il faut donc saisir le notaire ou l'un des notaires de la circonscription où le défunt avait eu le dernier domicile, quelque soit la nationalité de celui-ci. Si le dernier domicile du défunt était à l'étranger, le notaire roumain devient compétent au cas où les biens de la succession les plus importants comme valeur se trouvent dans sa circonscription.

On lui adresse une demande d'ouverture de la procédure, en indiquant les dates du défunt, des héritiers présomptifs et la composition de la masse successorale, y compris le passif. Afin d'éviter des procédures multiples, un registre existe auprès de chaque chambre des notaires, registre que le notaire doit obligatoirement interroger.

A la fin de la procédure successorale, le notaire va établir la qualité des héritiers légaux ou testamentaires, l'étendue des leurs droits, ainsi que la masse successorale, aussi bien l'actif que le passif de la succession.

A la demande des héritiers, le notaire va authentifier aussi l'acte de partage de la masse successorale.

Lorsque certains biens ou droits ont été omis, quelques soient les raisons, la loi permet la délivrance d'un certificat supplémentaire, pour compléter le patrimoine successoral.

Un certificat attestant uniquement la qualité des héritiers pourrait être délivré si les opérations nécessaires pour établir la masse successorale seraient trop longues.

En absence de tout héritier légal ou testamentaire, après l'accomplissement du délai d'option, à la demande de l'autorité qui représente l'Etat, le notaire va établir un certificat de vacance successorale.

Mais l'intervention du notaire en matière successorale ne se résume pas du tout à cette procédure. Bien au contraire, elle peut et devrait commencer long temps en avant, car compte tenu de la complexité des problèmes engendrés, de surcroît quand on parle des situations impliquant au moins un élément d'extranéité, chacun doit réfléchir et essayer de bien préparer sa succession, quelque soit son âge. Ça permettrait à réduire les taxes à payer, à privilégier certains héritiers ou en exclure d'autres, tout en prenant en considération les particularités de chaque cas.

Respecter la volonté de la personne, trouver des solutions adéquates et éviter les conflits et les litiges, voilà ce qui est la profession et l'art du notaire. Le recours à ce professionnel est donc indispensable pour chacun qui se sent responsable à la fois de son avenir et de celui de ceux qui continueront sa personne.

*Dr. Ana BOAR - Notaire public
Timișoara, ROUMANIE*

LA PART SUCCESSORALE DE LA FEMME MUSULMANE

Avant l'avènement de l'Islam au VII^{ème} siècle, les héritiers étaient exclusivement que de sexe masculin d'une part et en mesure de se servir d'un fusil pour faire la guerre.

A cette condition s'ajoute le droit d'ainesse qui prévalait aux hommes sans les femmes et les autres enfants (frères et sœurs de l'ainé).

L'Islam a institué une équité successorale en général, et surtout à l'égard de la femme (veuve et, ou héritière orpheline, descendante etc.) dans le sens édicté par le saint Coran qui stipule impérativement et sans autre quelconque modification ou changement ce qui suit : « ...aux hommes une part de ce que laisse les parents et les proches; et ...aux femmes une part de ce que laisse les deux parents, soit en moins soit en plus comme part prescrite » imposée divinement comme réservataire.

Si nous nous référons au verset coranique édictant : « au masculin la part revenant conjointement à deux femmes... », l'on comprendrait que : deux parts vont au garçon et une part à la fille, soit un garçon équivaldra à deux filles et de ce fait :

2 parts au garçon soit $\frac{2}{4}$, une fille $\frac{1}{4}$, une deuxième fille $\frac{1}{4} = \frac{4}{4}$

Mais il est à démontrer ci-après que la part revenant à l'héritière de sexe féminin pourrait être dans certains cas nettement supérieure à celle revenant au successible de sexe masculin.

Ainsi, la femme hérite en principe et à premier abord, de la moitié ($\frac{1}{2}$) de ce que peut hériter un homme soit :

1 fille : 1 part = $\frac{1}{3}$

1 garçon : 2 parts = $\frac{2}{3}$ } = $\frac{3}{3}$

Dans d'autres cas, elle hérite en égalité ou même parfois plus que la part d'un homme, car dans la plupart des cas en présence, elle hérite en étant prioritaire, ce qui revient à dire qu'elle attend ce qui reste à hériter après les réservataires ; alors que par le Coran

Dieu a positionné la femme héritière réservataire, et ne l'a pas laissé à la merci de ce qui reste après les réservataires.

Il y a des cas où la femme hérite en égalité avec l'homme, et ce, dans le cas où elle se trouve dans la

succession du père, de la mère, des grands parents (ascendants ordinaires), ainsi que ses frères et sœurs utérins.

Il est d'autres cas où elle hérite le double des parts de l'héritier masculin.

C'est ainsi lorsqu'elle est la sœur (descendante du même lit du père et de la mère) en concours avec plusieurs frères, issus uniquement du côté de son père.

Elle a la moitié de la succession, et l'autre moitié sera donc dévolue aux autres frères quel que soit leur nombre.

Lorsqu'elle est la fille unique, elle hérite seule, la moitié de la succession en toute propriété; comme elles héritent des deux tiers lorsqu'elles sont plus de deux filles bien entendu descendantes du défunt.

Le solde soit le tiers restant sera dévolu aux autres héritiers, qui ne sont pas, bien entendu, des frères, mais des oncles et des tantes.

Des fois elle hérite, écarte et exclut le garçon : son frère dans le cas suivant :

Sa mère décède laissant :

1 veuf (père), celui-ci aura $\frac{1}{2}$ de la succession avec sa sœur, soit deux filles elles auront la moitié ($\frac{1}{2}$), et leur frère, issu uniquement de leur père, mais pas de leur mère avec elles, il n'aura droit à rien.

CAS PRATIQUES

QUOTE PART DE LA FEMME

1/ En sa qualité de veuve

La veuve : elle reçoit en principe un huitième (1/8ème)

Plusieurs veuves : un huitième divisé entre les veuves (pas plus de quatre veuves)

La veuve aura un quart en concours avec un beau frère, c'est à dire un frère germain du mari qui prend les trois quart.

2/ En sa qualité de fille

En principe, la fille a la moitié de la part du garçon.

3/Autres cas

Une fille : $\frac{2}{3}$

Sa tante : $\frac{1}{3}$ (il s'agit de la sœur germaine du défunt)

Une veuve : $\frac{1}{8}$ ème soit $\frac{3}{24}$ ème

Une fille : $\frac{2}{3}$ soit $\frac{16}{24}$ ème

Une tante a le reste soit $\frac{5}{24}$ ème (il s'agit de la tante paternelle sœur germaine de défunt)

Dans les exemples qui précèdent, DIEU a favorisé et a protégé la femme par rapport à son statut successoral antéislamique.

Mais la femme, dans la vie sociale et quotidienne, conserve son revenu, produit de la succession des siens (biens propres) du fait que l'islam a imposé la séparation des biens, comme régime matrimonial entre conjoints de confession musulmane.

C'est le mari qui lui verse la dot (le sadaq).

C'est également lui qui subvient à l'entretien du ménage, (nourriture, habillements, soins médicaux, éducation et scolarité des enfants).

Donc, le revenu d'une succession au profit du mari est incontestablement destiné à la consommation du ménage.

Par contre ce qui revient d'une succession à une femme est forcément destiné dans la plupart des cas à la thésaurisation; (achat de bijou) sans aucun quelconque droit de regard du mari la dessus.

Que l'on ne qualifie pas la femme dans l'Islam de personne désavantagée dans sa part héréditaire, alors que dans les législations européennes elle n'est usufruitière.

DIEU sait ce qu'il fait, et connaît les intérêts de ses créatures.

RÉGIME SUCCESSORAL DE LA FEMME MAROCAINE DE CONFESSION JUIVE

CAS DE PREDECES DU MARI

1- s'il y a des enfants héritiers en cas de prédécès du mari, le ou les héritiers sont tenus de loger chez eux, de nourrir, entretenir et pouvoir d'une façon générale aux besoins complets de veuve du prédécédé.

Si la veuve ne veut être à demeure chez les héritiers ni habiter ailleurs et vivre à leur charge, ceux-ci auront le choix de lui payer son douaire ou de lui verser le tiers du montant de la succession.

2-S'il n'y a pas d'enfants héritiers la femme pourra abandonner tous ses droits en reprenant tous les restes des biens meubles ou immeubles dont elle a fait apport à la communauté matrimoniale

CAS PARTICULIERS

Il existe d'autres héritiers testamentaires (Al ouaṣiya) qui est règlementé par le chapitre VIII du même livre (6°) articles 266, 267, 268 et 269.

De plus, le 7ème chapitre du livre VI de la Moudouwana a prévu, certains autres cas tel que :

Al Maada

Al Akdariya et Al Gharde.....

Al Malikya.....

Chib Al Malikya PROPRES A LA PRATIQUE ADOULAIRE

Al Kharae SOUS LE contrôle DU CADI

Al Moucharka JUGE DU STATUT PERSONNEL ET SUCCESSORAL

Al Gharaouine..... DE DROIT MUSULMAN

Al Moubahala.....

Al Moubariya.....

Ces cas sont extrêmement complexes que seul le cadi du statut personnel et successoral peut comprendre et résoudre.

Tous les cas qui ne sont pas prévus par le code seront tranchés compte tenu de l'opinion dominante dans le rite Malikite stipule l'article 297 de la Moudouwana.

SUCCESSIONS MUSULMANES

CAS PRATIQUES

1 veuf, 2 fils, 2 filles 1 veuf + 1 fils

1 veuf $\frac{1}{4}$ 2 1 1 veuf = $\frac{1}{4}$

1 fils 2 3 1 fils le reste

1 fils 2 4

1 fille 1

1 fille 1

Dénominateur commun 8 4 Dénominateur commun

1 veuve, 1 fils, 1 fille 1 veuve + 1 fils

1 veuve $\frac{1}{8}$ 3 1 1 veuve $\frac{1}{8}$

1 fils $\frac{1}{4}$ 7 1 fils (le reste)

1 fille 7

Dénominateur commun 24 8 Dénominateur commun

2 veuves, 2 frères germains 1 veuve + 1 frère germain

1ère veuve, moitié du $\frac{1}{8}$

ème

1 1 1 veuve = $\frac{1}{4}$

2ème veuve 2ème moitié

du $\frac{1}{8}$ ème

1 3 1 frère germain (le reste)

1 frère germain 3

2ème frère germain 3

Dénominateur commun 8 4 Dénominateur commun
 4 filles (2/3) 4 sœurs germaines 1 fille + 1 sœur germaine
 1ère fille, $\frac{1}{4}$ des 2/3 2 2 1 fille = 2/3
 2ème fille 2 1 1 sœur germaine le reste
 3ème fille 2
 4ème fille 2
 1ère sœur germaine 1
 2ème sœur germaine 1
 3ème sœur germaine 1
 4ème sœur germaine 1
 Dénominateur commun 12 3 Dénominateur commun
 2 veuves, 1 fils, 1 fille 1 veuve, 1 fils
 1ère veuve moitié de
 1/8ème
 3 1 1 veuve = 1/8
 2ème veuve 2ème moitié
 de 1/8ème
 3 7 1 fils a le reste
 1 fils 28
 1 fille 14
 Dénominateur commun 48 8 Dénominateur commun
 2 veuves, 2 fils, 2 filles 1 veuve, 1 fils
 1ère veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8ème 3 1 1 veuve = 1/8ème
 2ème veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8ème 3 7 1 fils a le reste
 3ème veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8ème 3 8 Dénominateur commun
 4ème veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8ème 3 1 veuve, 3 fils, 1 fille
 1er fils 28 1 1 veuve 1/8
 2ème fils 28 6 3 fils ont 2/8 chacun
 1ère fille 14 1 1 fille
 2ème fille 14 8 Dénominateur commun
 Dénominateur commun 96
 4 veuves, 3 filles, 2 sœurs ger. 1 veuve 1 fille 1 sœur germaine
 1ère veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8 9 3 1 veuve = 1/8
 2ème veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8 9 16 1 fille = 2/3
 3ème veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8 9 5 1 sœur germaine
 4ème veuve $\frac{1}{4}$ de 1/8 9
 1ère fille 1/3 de 2/3 64
 2ème fille 1/3 de 2/3 64
 3ème fille 1/3 de 2/3 64
 1ère sœur germaine 3
 2ème sœur germaine 3
 Dénominateur commun 288 24 Dénominateur commun
 succession de la mère de l'auteur
 1 veuf 2 filles 4 filles
 1 veuf 1/4 8
 1er fils Houcine 14
 2ème fils Abdelhay 14
 1ère fille Touria 7
 2ème fille Badia 7
 3ème fille Najima 7

4ème fille Ratiba 7
 Dénominateur commun 64
 Succession du père de l'auteur
 1 veuve 4 fils 5 filles
 1 veuve 1/8 13
 1er fils Mohamed 14
 2ème fils Houcine 14
 3ème fils Abdelhay 14
 4ème fils Fouad 14
 1ère fille Touria 7
 2ème fille Badia 7
 3ème fille Laila 7
 4ème fille Najima 7
 5ème fille Ratiba 7
 Dénominateur commun 104

Les mariages mixtes: Les articles 8 à 11 du DCC édictent la règle générale d'application de la loi nationale de chacun des futurs époux.

C'est donc par renvoi à cette loi nationale que sont appréciées les conditions de fonds relatives à l'âge, la capacité, le consentement, les empêchements absolus ou relatifs etc... certaines difficultés liées à certaines prohibition confessionnelle notamment, ne manqueront pas de surgir.

A l'égard de l'épouse musulmane: Conformément aux prescriptions coranique et à l'article 39 4°/ du Code de la Famille marocain, et dans le but d'assurer la perpétuité de la communauté musulmane le mariage d'une musulmane avec un non musulman est prohibé.

Seule la conversion du conjoint non musulman est susceptible de lever cette prohibition.

A l'égard du non musulman: Le saint Coran n'ayant interdit aux musulmans que l'épouse idolâtre, le mari musulman peut à loisir épouser une kitabya, une femme du livre (chrétienne ou juive).

En cas de décès: L'article 332 du Code de la famille dispose «qu'il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman»

*Maitre Houcine Sefrioui, Docteur en Droit , Notaire
 Conseiller de Direction et conseiller général de l'UINL
 Président de la commission des Affaires Africaines CAAF/ U.I.N.L*

LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES EN DROIT MUSULMAN

INTRODUCTION :

En effet à l'origine dans une société musulmane, tout musulman est soumis à la loi coranique, chaque Etat musulman n'était qu'une partie de « **DAR AL ISLAM** » soumise à la loi musulmane "**La Chariâ**", on ne connaissait pas de nationalité au sens moderne du terme, le musulman était n'importe où chez lui en pays d'islam il y jouissait des même droits quelque fût son origine.

Il existait donc un droit qui organisait une société composée de croyants et de non croyants.

Sur le plan purement juridique, la nationalité musulmane unique constituait bien une réalité effective, mais il n'y avait pas de nationalité de droit, dont il sera plus loin traité.

L'intégration totale à la nationalité musulmane dépendait de l'islam, on ne connaissait pas de naturalisation.

C'est pourquoi on remarque une très grande similitude et même une uniformité de droit à quelques points

près en matière de statut personnel dans tous les pays musulmans, car la base reste les règles et les principes coraniques, l'intervention des rites reste subsidiaire.

CONSTRUCTION D'UN SYSTEME AMBIVALENT

Devant l'évolution des relations internationales, l'accession à l'indépendance de beaucoup de pays musulmans, l'ouverture aux échanges économiques et politiques, nous assistons dans le monde musulman, à une ambivalence du système de droit international privé en matière de statut personnel, notamment au Maroc où réside la double appartenance à la communauté internationale et à la communauté musulmane.

On observe en effet depuis l'Indépendance au Maroc une normalisation du système, un retour à la territorialité et un certain reflux de la *lex fori* de l'islam.

Dans ce cadre le rattachement par la nationalité est mis en vedette, il s'insère dans un raisonnement conflictuel, mais cela ne joue que si l'étranger et non musulman.

En même temps dès qu'un marocain ou un musulman est en cause, on considère que « **LA OUMMA** » transcende les nationalités, on s'efforce de sauvegarder l'islam, on considère qu'un musulman ne saurait être soumis à une loi étrangère en terre d'islam.

Toutefois pour toutes personnes, quelque soit sa nationalité et sa religion, l'accession à la propriété des biens meubles et immeubles est libre au Maroc, contrairement à certains pays musulmans qui limitent l'accession à la propriété immobilière aux seuls nationaux.

Il est à remarquer que les étrangers ne peuvent acquérir au Maroc, les propriétés immobilières situées dans le périmètre rural.

Deux éléments sont déterminants pour pouvoir transmettre son patrimoine immobilier et ses valeurs et biens mobiliers: l'effet de la nationalité et l'effet du mariage et de la filiation.

EFFET DE LA NATIONALITE

I/ LA NATIONALITE

Intimement liée à la notion d'Etat moderne l'attribution de la nationalité reste avant tous la prérogative d'Etats souverains qui l'octroient en fonction du droit du sol (*jus soli*) ou de la filiation (*jus sanguinis*) ; mais qui doivent à la fois tenir compte des dispositions du droit international et de facteurs nouveaux et contradictoires liés à la mondialisation : l'exigence de mobilité et la politique d'immigration économique, auxquels s'ajoutent les principes de l'appartenance religieuse dans les pays musulmans.

Certains pays musulmans restent plus protecteurs que d'autres par rapport à l'octroi de la nationalité qui reste intimement liée aux convictions religieuses.

Au Maroc, on reconnaît :

A/ la nationalité par la filiation (ouvrage consulté code de la nationalité) ;

Est marocain :

-L'enfant né d'un père marocain ou d'une mère marocaine, la législation marocaine consacre donc aux côtés du critère de filiation paternelle, la transmission de la nationalité marocaine par la mère.

-L'enfant né d'une mère marocaine et d'un père inconnu,

Puisque tout enfant né d'une mère marocaine est considéré comme marocain et, pour les mêmes raisons, le cas de l'enfant né au Maroc d'une mère marocaine et d'un père apatride.

Cette reconnaissance de la transmission de la nationalité par la mère est un grand pas en avant dans la mise en conformité de la législation marocaine avec le droit international.

B/ La nationalité par la naissance au Maroc

Est marocain :

-L'enfant né au Maroc d'une mère marocaine et d'un père apatride,

-L'enfant né au Maroc de parents inconnus,

- L'enfant nouveau né trouvé au Maroc est présumé jusqu'à preuve du contraire né au Maroc.
- La filiation de l'enfant n'a d'effet sur la nationalité de celui-ci que si elle est établie durant sa minorité. La filiation doit être établie conformément aux prescriptions régissant le statut personnel de l'ascendant, source du droit à la nationalité.

C/ La nationalité par le bienfait de la loi

Tout enfant né au Maroc de parents étrangers qui y sont eux-mêmes nés au Maroc, sauf opposition du ministre de la justice, acquiert la nationalité marocaine.

Si elle déclare opter pour celle-ci, toute personne née au Maroc d'un père étranger, lui-même né en au Maroc, lorsque ce dernier se rattache à un pays dont la fraction majoritaire de la population est constituée par une communauté ayant pour langue l'arabe et pour religion l'Islam et appartenant à cette communauté.

D / la nationalité marocaine peut être acquise par le biais la « Kafala » :

La Kafala, institution héritée du droit musulman comme un moyen légal de prise en charge d'un enfant abandonné ou de parents inconnu, est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant, cependant la Kafala ne donne pas de droit à la filiation, ni à la succession conformément au droit musulman et au droit marocain qui ne reconnaissent pas l'adoption (attabani).

Mais le Code de la nationalité outrepassa d'une certaine façon cette conception restrictive de la Kafala, en faisant de cette dernière, bien qu'elle ne constitue pas d'un point de vue légal un lien de filiation, une condition d'acquisition de la nationalité marocaine « par le bienfait de la loi ». La nationalité marocaine peut désormais être acquise par l'enfant pris en charge par un Kafil marocain bien qu'il soit né en dehors du Maroc de parents inconnus.

Néanmoins cette disposition pose la question de la réception de l'institution de la Kafala, notion originale du droit musulman, par le droit international privé.

La Kafala, qui ne produit ni lien de filiation ni droit à la succession 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.

E/ Acquisition de la nationalité marocaine par le mariage

La femme étrangère qui a épousé un Marocain peut, après une résidence habituelle et régulière au Maroc du ménage depuis deux ans au moins, souscrire une déclaration adressée au ministre de la justice en vue d'acquérir la nationalité marocaine.

Cette nationalité lui est acquise si, dans les six mois du dépôt de la déclaration, le ministre ne lui a pas signifié son opposition.

En effet, l'acquisition de la nationalité marocaine par le mariage reste réservée à « la femme étrangère qui a épousé un marocain », mais l'épouse marocaine ne peut transmettre la nationalité marocaine à son conjoint, toutefois le nouveau Code de la famille n'interdit pas le mariage mixte, y compris celui contracté par une marocaine avec un étranger. Il est supposé que les dispositions du code s'appliquent « à toute relation entre deux personnes si l'une d'elles est marocaine ».

Si par ailleurs, l'union d'une marocaine avec un non musulman constitue un empêchement légal au mariage, il est donc logique qu'une marocaine mariée à un étranger non musulman ne puisse lui transmettre sa nationalité en vertu du lien matrimonial puisque ce mariage n'existe pas au regard de la loi marocaine.

On pourrait en effet imaginer que la marocaine puisse transmettre sa nationalité à son conjoint musulman, sans qu'il y ait contradiction ni avec le droit marocain, ni avec le droit musulman.

II/ NATURALISATION :**A/ Conditions de la naturalisation**

Sous réserve des exceptions prévues à l'article 12 du code de la nationalité,

l'étranger qui en formule la demande ne peut être naturalisé s'il ne remplit les conditions suivantes :

1. Avoir sa résidence au Maroc au moment de la signature de l'acte de naturalisation ;
2. Justifié d'une résidence habituelle et régulière au Maroc pendant les cinq années précédant le dépôt de sa demande ;
3. Etre majeur ;
4. Etre sain de corps et d'esprit ;
5. Etre de bonne vie et mœurs et n'avoir fait l'objet ni de condamnation pour crime, ni de condamnation à une peine restrictive de liberté pour un délit infamant, non effacée dans l'un et l'autre cas par la réhabilitation ;
6. Justifié d'une connaissance suffisante de la langue arabe ;
7. Justifié de moyens d'existence suffisants ;

B/ Dérogations

Peut être naturalisé nonobstant les conditions prévues, l'étranger dont l'infirmité ou la maladie a été contractée au service ou dans l'intérêt du Maroc.

Peut être naturalisé nonobstant les conditions prévues, l'étranger qui a rendu des services exceptionnels au Maroc ou dont la naturalisation présente un intérêt exceptionnel pour le Maroc.

C/ Retrait de l'acte de naturalisation :

Lorsqu'il apparaît postérieurement à la signature de l'acte de naturalisation que l'intéressé ne remplissait pas les conditions requises par la loi pour pouvoir être naturalisé.

Lorsque l'étranger a sciemment fait une fausse déclaration, présenté une pièce contenant une assertion mensongère ou erronée ou employé des manœuvres frauduleuses à l'effet d'obtenir la naturalisation.

D/ Effets de l'acquisition :

La personne qui a acquis la nationalité marocaine jouit, à dater du jour de cette acquisition, de tous les droits attachés à la qualité de Marocain. Toutefois elle reste soumise aux incapacités suivantes pendant un délai de cinq ans :

- Elle ne peut être investie de fonctions publiques ou de mandats électifs pour l'exercice desquels la qualité de Marocain est nécessaire.
- Elle ne peut être électeur lorsque la qualité de Marocain est exigée pour l'inscription sur les listes électorales

Les enfants mineurs de personnes qui acquièrent la nationalité marocaine deviennent Marocain en même temps que leur auteur.

Les enfants mineurs non mariés de la personne réintégrée, lorsqu'ils demeurent effectivement avec cette dernière, recouvrent ou acquièrent de plein droit la nationalité marocaine.

E/ la perte et de la déchéance :

Perd la nationalité marocaine :

1. le Marocain majeur qui a acquis volontairement à l'étranger une nationalité étrangère et est autorisé par décret à renoncer à la nationalité marocaine ;
2. le Marocain, même mineur, qui, ayant une nationalité étrangère d'origine, est autorisé par décret à renoncer à la nationalité marocaine ;
3. la femme marocaine qui, épousant un étranger, acquiert, du fait de son mariage, la nationalité du mari et a été autorisée, par décret, préalablement à la célébration de cette union, à renoncer à la nationalité marocaine ;

4. le Marocain qui déclare répudier la nationalité marocaine acquise avant sa majorité ;
5. le Marocain qui occupant un emploi dans un service public d'un Etat étranger ou dans une armée étrangère, le conserve six mois après l'injonction qui lui aura été faite par le gouvernement marocain de le résigner.

Les demandes et déclarations faites en vue d'acquérir, de perdre ou de répudier la nationalité marocaine, ainsi que les demandes de réintégration, sont adressées au ministre de la justice. Y sont joints les titres, pièces et documents de nature :

- a - à établir que la demande ou la déclaration satisfait aux conditions exigées par la loi ;
- b - à permettre d'apprécier si la faveur sollicitée est justifiée au point de vue national.

Lorsque l'auteur de la demande ou de la déclaration réside à l'étranger, il peut l'adresser aux agents diplomatiques ou consulaires du Maroc.

LIEN INTIME ENTRE DE LE CODE DE LA NATIONALITE ET LE CODE DE LA FAMILLE

Dans le cadre de la mise en conformité du droit marocain avec le droit international, et répondre à cette problématique, le Maroc a réformé le code de la Nationalité pour l'adapter au nouveau code de la Famille dont les dispositions avancées marquent une véritable révolution dans un système de droit musulman.

Adaptation du code de la Nationalité aux dispositions du Nouveau Code de la famille.

L'adaptation d'un nouveau Code de la famille au Maroc a permis de s'affranchir en grande partie d'une conception patriarcale de la cellule familiale en accordant aux deux époux une autorité parentale et des responsabilités communes vis-à-vis de la famille qu'ils ont fondée.

Dans un système comme celui qui prévaut au Maroc (jus sanguinis), où la filiation est le critère principal d'attribution de la nationalité, il est reconnu que l'institution islamique de la Kafala qui est un moyen légal de prise en charge par un particulier d'un enfant abandonné donne lieu également à l'attribution de la nationalité, le tout dans le souci d'adapter le système marocain musulman aux normes internationales. Le code de la nationalité a permis d'entériner certaines réformes initiées par le Code de la famille qui dispose que ce dernier s'applique "à tous les marocains même ceux portant une autre nationalité". Elle établit donc par cette disposition une reconnaissance légale du statut de binational.

La législation marocaine se différencie en cela de nombreuses législations étrangères et se rapproche par cet intermédiaire de l'idéal international qui voudrait que chacun soit libre de choisir ou de changer de nationalité.

Le droit marocain reconnaît les mariages mixtes avec une restriction importante le mariage entre une marocaine et un étranger non musulman n'est pas reconnu par la loi.

EFFET DU MARIAGE

A l'exception des marocains de confession juive, qui sont soumis au statut hébraïque marocain, le code de Statut Personnel et Successoral désormais code de la Famille régit tous les marocains musulmans et s'applique à tous les nationaux.

Il est à préciser que les étrangers non musulmans, résidant au Maroc ou dans un autre pays musulman, restent soumis, en matière de statut personnel, à leur droit national, l'ordre public marocain ne s'oppose pas à l'application de la loi étrangère érigeant des obstacles religieux au mariage.

Afin de concilier le droit du pays dans lequel il exerce et le droit international privé et afin de préserver et protéger le droit de ses clients, le Notaire compétent en matière de statut personnel des étrangers non musulmans, recourt à l'obtention d'un certificat de coutume auprès des services diplomatiques dont dépendent les futurs mariés.

I/ LE MARIAGE

A/ conditions du mariage :

Le mariage musulman est conclu par consentement mutuel (Ijab et Quaboul) des deux contractants, exprimé en termes consacrés ou à l'aide de toute expression admise par la langue ou l'usage, sinon d'un

signe compréhensible par l'autre partie et par les deux adouls.

Il est subordonné aux conditions suivantes : (ouvrage de références code de la Famille)

1. La capacité de l'époux et de l'épouse ;
2. La non entente sur la suppression du sadaq (la dot) ;
3. La présence du tuteur matrimonial (wali), dans certains cas;
4. Le constat par les deux adouls du consentement des deux époux et sa consignation ;
5. L'absence d'empêchements légaux ;

Le mariage est conclu en présence des parties contractantes, par des Adouls, notaires spécialisés en droit musulman.

Toutefois, une procuration peut être donnée à cet effet, sur autorisation du juge de la famille chargé du mariage, selon des conditions précisées par le Code.

La capacité matrimoniale s'acquiert, pour le garçon et la fille, jouissant de leurs facultés mentales, à dix-huit ans grégoriens révolus.

Toutefois, le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité matrimoniale, par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage.

La tutelle matrimoniale (Wilaya) est un droit qui appartient désormais à la femme. La femme majeure exerce ce droit selon son intérêt, sans avoir recours à un tuteur, comme elle peut déléguer à cet effet son père ou l'un de ses proches, ce qui a permis d'intégrer la notion de droits fondamentaux de la femme et du principe d'égalité des conjoints dans le mariage.

Néanmoins ces droits restent tributaires des législations et surtout de l'arsenal juridique du pays d'accueil mais surtout aussi, de la façon dont les juges interprètent les règles du droit international privé. Le mariage mixte, pour être valable ne peut échapper à la notion du sadaq (la dot), qui consiste en tout bien donné par l'époux à son épouse, impliquant de sa part la ferme volonté de créer un foyer et de vivre dans les liens d'une affectation mutuelle.

Il peut être convenu du paiement d'avance ou à terme, de la totalité ou d'une partie du Sadaq.

En cas de divorce sous contrôle judiciaire avant la consommation du mariage, l'épouse a droit à la moitié du Sadaq fixé.

Tout ce que l'épouse apporte au foyer au titre du Jihaz ou de Chouar (trousseau de mariage et ameublement) reste lui appartenir car le principe dans le système juridique musulman est la séparation automatique et légale des biens entre les époux, même ceux acquis après la conclusion du mariage.

Le code de la Famille marocain a introduit récemment la possibilité donnée aux époux de se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auraient acquis pendant leur mariage, cet accord doit faire l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage, ainsi le mariage musulman considéré comme mariage religieux conclu devant les Adouls peut être complété par un acte civil dressé par devant Notaire moderne spécialiste dans le droit des contrats.

A défaut d'accord écrit il est fait recours aux règles générales de preuve.

Pour chaque mariage conclu, il est constitué un dossier conservé au secrétariat-greffé de la section de la justice de la famille du lieu de l'établissement de l'acte, contenant:

- un formulaire spécial de demande d'autorisation pour instrumenter l'acte de mariage,
- un extrait d'acte de naissance, l'officier d'état civil mentionne, en marge de l'acte au registre d'état civil, la date de la délivrance de l'extrait et sa destination aux fins de conclure le mariage.
- une attestation administrative de chacun des fiancés.
- un certificat médical pour chacun des fiancés.
- l'autorisation de mariage, dans les cas suivants :
 - Le mariage avant l'âge de capacité légale ;
 - La polygamie, lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies ;
 - Le mariage de l'handicapé mental ;
 - Le mariage des convertis à l'Islam et des étrangers ;

-un certificat d'aptitude au mariage, ou ce qui en tient lieu pour les étrangers.

En matière de mariage d'étrangers, les conditions de fond sont soumises à la loi nationale des époux.

Les conditions de forme sont soumises à la loi du lieu de célébration.

Les effets du mariage sont régis par la loi nationale des époux ou la loi de leur domicile s'ils sont de nationalités différentes ou la loi du for (c'est-à-dire la loi du juge saisi) s'ils n'ont ni la même nationalité ni le même domicile.

Le régime matrimonial est soumis à la loi choisie par les époux, présumée être à défaut de stipulation ou de choix express de la loi applicable, celle de leur domicile conjugal.

Il est déjà possible par la seule lecture de ces règles d'appréhender les difficultés éventuelles : alors que selon le DIP, les conditions de forme sont soumises à la loi du lieu de célébration, le Droit marocain exige la présence de deux témoins musulmans.

Cependant, il est à noter qu'au jour d'aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine ont de plus en plus tendance à affirmer le principe de territorialité du Droit de la Famille.

B/ Les droits et devoirs réciproques entre conjoints entre autres sont :

1. la prise en charge, par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants ;
2. la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial ;
3. le droit de chacun des époux d'héritier de l'autre.

C/ Des empêchements temporaires :

a- Sont prohibés, au titre des empêchements temporaires entre autres :

Le mariage d'une musulmane avec un non musulman et le mariage d'un musulman avec une non musulmane, sauf si elle appartient aux gens du livre ;

b- La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse.

Toutefois certains pays musulmans, tel que le Maroc, tendent à restreindre le champ d'application de la polygamie, quoique autorisée par l'islam et la soumettent à l'autorisation du tribunal lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis ou lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leurs assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie.

II/ LA DISSOLUTION DU PACTE DE MARIAGE

La dissolution du mariage résulte du décès de l'un des époux, de la réalisation du divorce sous contrôle judiciaire, du divorce judiciaire ou du divorce moyennant compensation (khôl'e).

En droit musulman, le divorce peut être exprimé soit verbalement, en termes explicites, soit par écrit, soit encore par signe non équivoque, s'il s'agit d'une personne incapable de s'exprimer oralement ou par écrit.

A/ divorce sous contrôle judiciaire :

Le divorce sous contrôle judiciaire est la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions de la loi.

Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte de divorce par deux Adouls habilités à cet effet.

Le tribunal convoque les époux pour une tentative de conciliation.

Lorsque les deux parties comparaissent, les débats ont lieu en chambre de conseil, y compris l'audition des témoins et de toute autre personne que le tribunal jugerait utile d'entendre.

Si la conciliation des conjoints s'avère impossible, le tribunal fixe un montant que l'époux consigne au secrétariat-greffe du tribunal, dans un délai ne dépassant pas trente jours, afin de s'acquitter des droits dus à l'épouse et aux enfants à l'égard desquels il a l'obligation d'entretien, tel que prévu par la loi.

- Les droits dus à l'épouse comportent :
- Le reliquat du Sadaq.
- Le cas échéant.
- La pension due pour la période de viduité (Idda) et le don de conciliation (Mout'a) qui sera évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.

B/ divorce judiciaire sur de mande de l'un des époux pour raison de discorde (Chiqaq) :

Lorsque les deux époux ou l'un d'eux demandent au tribunal de régler un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à leur divorce, il incombe au tribunal d'entreprendre toutes tentatives en vue de leur conciliation.

L'épouse peut demander le divorce judiciaire pour manquement de l'époux à l'obligation de la pension alimentaire exigible et due, dans les cas et suivant les dispositions ci-après :

1. Si l'époux dispose de biens permettant d'en prélever la pension alimentaire, le tribunal décide du moyen d'exécution de ce prélèvement et ne donne pas suite à la demande de divorce judiciaire ;
2. En cas d'indigence dûment établie de l'époux,
3. Le tribunal prononce le divorce, immédiatement, si l'époux refuse d'assumer l'entretien de son épouse sans prouver son incapacité à cet égard.
4. Si l'époux s'absente du foyer conjugal durant une période excédant une année.
5. Le divorce judiciaire pourrait également être prononcé en cas de vices rédhibitoires empêchant les rapports conjugaux ou en cas de maladies mettant en danger la vie de l'autre époux ou sa santé.

C/ Le divorce par consentement mutuel ou moyennant compensation (Khôl'e)

Le divorce est considéré par consentement mutuel en cas où les deux époux peuvent se mettre d'accord sur le principe de mettre fin à leur union conjugale sans porter préjudice aux intérêts des enfants.

Le divorce par khôl'e est le cas où la femme consent une compensation en vue d'obtenir son divorce.

D/Du divorce révocable (Rijii) et du divorce irrévocable :

Tout divorce prononcé par le tribunal est irrévocable, à l'exception du divorce pour serment de continence et du divorce pour défaut d'entretien.

Tout divorce du fait de l'époux est révocable, à l'exception du divorce à la suite de deux précédents divorces successifs. Le divorce intervenu avant la consommation du mariage, le divorce par consentement mutuel, le divorce par khôl'e et celui qui résulte d'un droit d'option consenti par l'époux à son épouse.

Difficulté liée à l'applicabilité du statut personnel musulman à l'étranger.

Les difficultés naissent du manque d'information des juges lorsqu'ils doivent appliquer le texte de droit musulman aux marocains résidents à l'étranger.

Les difficultés peuvent également être soulevées par la conciliation obligatoire qui est une condition incontournable de la procédure de dissolution du mariage, si cette conciliation est absente de la procédure conduite à l'étranger, le juge peut refuser d'exécuter le jugement de divorce.

La répudiation pure et simple étant remplacée par le divorce judiciaire, contradictoire, consacre les principes fondamentaux des droits de l'homme.

Néanmoins le divorce par compensation khôl'e est toujours problématique quant à son application à l'étranger. En effet, pour les juridictions européennes ce type de dissolution du mariage équivaut pour la femme à acheter en quelque sorte sa liberté, ce qui est évidemment contraire au principe d'égalité entre les époux.

III/ LA GARDE DE L'ENFANT (HADANA)

-Les dévolutaires de la garde et de leur ordre de priorité

La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. A défaut, le tribunal décide, en fonction des présomptions dont il dispose, et toujours dans l'intérêt de l'enfant, d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer.

Le père ou la mère qui n'a pas la garde de l'enfant a le droit de lui rendre visite et de le recevoir dans certaines conditions fixés par la loi.

- La pension alimentaire due à l'épouse et aux enfants

Le père doit pourvoir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage.

Il doit aussi pourvoir à l'entretien de ses enfants jusqu'à la majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études. Le père doit continuer à assurer l'entretien de ses enfants handicapés et incapables de se procurer des ressources.

EFFET DE LA SUCCESSION

I/ REGLEMENT DE LA SUCCESSION

Les causes légales de successibilité sont les liens conjugaux et les liens de parenté, aucun héritier ni son auteur ne peuvent renoncer à leur qualité d'héritier ou d'auteur, ils ne peuvent s'en désister en faveur d'autrui ; toutefois il existe des causes conventionnelles ou testamentaires de successibilité totalement différentes du droit latin (exemple le tanzil).

Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman et vis versa (parole du prophète « celui qui laisse un bien il appartient aux siens ») ni dans le cas où la filiation paternel est désavouée légalement.

Classification des héritiers par catégorie et aperçu sur les quotes-parts d'héritiers.

Il y a quatre catégories d'héritiers :

-A FARD seulement qui sont au nombre de six, la mère, l'aïeule, l'époux, l'épouse, le frère utérin et la sœur utérine.

- Par TAÂSSIB seulement qui sont au nombre de huit, le fils, le fils du fils à l'infini, le frère germain, le frère consanguin, et le fils de chacun d'eux à l'infini, l'oncle germain et l'oncle paternel et le fils de chacun d'eux à l'infini.

-A FARD et par TAÂSSIB à la fois sont au nombre de deux, le père et l'aïeule.

-les héritiers A FARD ou par TAÂSSIB mais qui ne peuvent réunir les deux qualités sont au nombre de quatre, la fille, la fille du fils, la sœur germaine et la sœur consanguine.

Les quotes-parts d'héritiers :

-les parts de FARD sont au nombre de six, la moitié, le quart, le huitième, les deux tiers, le tiers et le sixième ;

-les parts d'héritiers AÂSSIB, il n'y a pas de quote-part dans leur cas.

Mais de situation de partage de la succession est faite en fonction du nombre des héritiers AÂSSIB.

-Le AÂSSIB seul a droit à l'intégralité de la succession, s'ils sont plusieurs, leur quote-part dépend de l'ordre de priorité de leur lien parental avec le de cujus.

II/ COMMENT TRANSMETTRE SON PATRIMOINE

Le patrimoine est transmissible par voie de succession conformément aux règles de droit musulman extraites directement du coran et de la sououna, comme il peut être transmis par autres voies tels que le legs- le tanzil et les donations entre vifs.

A/ LE LEGS EN DROIT MUSULMAN

-legs testamentaire

La loi musulmane limite le legs testamentaire au tiers des biens du testateur, qui devient un droit

exigible à son décès.

Pour tester, le testateur doit être majeur et lucide.

Contrairement à d'autres droits, le testament en droit musulman, limité au tiers de la succession, ne peut être fait en faveur d'un héritier, sauf permission des autres héritiers, le tiers est calculé sur la masse successorale déterminée après déduction des droits grevant celle-ci ; ces droits doivent être prélevés avant le legs. Comme il peut être fait en faveur d'un légataire existant au moment de l'acte ou dans l'existence est à venir.

Le testament doit faire l'objet d'un acte Adoulaire ou constaté par toute autorité officielle habilitée à dresser des actes ou par un acte manuscrit du testateur et signé par lui, il peut être également fait verbalement devant des témoins présents.

-legs obligatoire

Le legs obligatoire s'applique lorsque le de cujus laisse des petits enfants issus d'un fils ou d'une fille prédécédé ou décédé en même temps que lui.

Ces petits enfants bénéficient dans la limite du tiers disponible de la succession, d'un legs obligatoire.

Le legs obligatoire s'applique aux petits enfants d'un enfant prédécédé à son auteur, afin de préserver des droits successoraux à ces derniers lorsqu'ils sont évincés par d'autres descendants ou ascendants.

B/ LE TANZIL

Le TANZIL est le fait d'instituer quelqu'un d'héritier alors qu'il n'en a pas la qualité. Le TANZIL est formé de la même manière que le testament.

La part revenant au MONAZAL est égale à celle dévolue à l'héritier auquel il est assimilé. Lorsqu'en cas de TANZIL il n'existe pas d'héritier réservataire la personne instituée en tant qu'héritier MONAZAL est assimilée selon le cas aux héritiers masculins ou féminins.

Les cas qui ne peuvent être résolus en vertu des dispositions régissant le TANZIL sont réglés selon les dispositions régissant le testament.

A mon sens, la notion du TANZIL complétée par LA KAFALA peut résoudre le problème posé par l'adoption non reconnue en droit musulman.

C/ LA DONATION ENTRE VIFS.

Seules les donations entre vifs, sont reconnues en droit musulman où il n'existe pas de donation au dernier vivant.

Pour être valable, les donations doivent être assorties immédiatement

de la prise en possession conformément à un adage, qui dit « qui donne et retient ne vaut ».

La jurisprudence marocaine a reconnue récemment légale la donation immobilière de la nue propriété seulement, considérant que l'inscription sur les livres fonciers de la mutation au nom du donataire constitue à elle seule, une prise en possession réelle.

La donation peut être consentie au profit de toute personne héritière ou non sous réserve de son acceptation.

Par le biais de la donation de son vivant, le donateur peut régler aisément sa succession sans contrainte légale par rapport aux quotes-parts successorales et au rang des successibles.

D/ LE PARTAGE

Dans les successions musulmanes, aucun partage entre les cohéritiers n'est obligatoire, ces derniers peuvent rester indéfiniment dans l'indivision.

Cependant, le partage amiable est possible, lorsque les cohéritiers expriment leur volonté dans ce sens, auquel cas, la masse successorale est attribuée au prorata de la quote-part revenant à chacun.

A défaut d'entente entre les cohéritiers ces derniers peuvent recourir par le biais d'une demande faite au tribunal à un partage judiciaire, considérant, que nul n'est censé rester dans l'indivision.

DROITS ET TAXES

Les successions ne sont soumises à aucun droit fiscal au Maroc :

Seuls les droits d'enregistrement sont dus

L'acte d'hérédité est enregistré aux droits fixes de	200 DH
L'inventaire avec évaluation des biens est enregistré à	1,5% de la valeur déclaré
Le testament est enregistré aux droits fixes de	200 DH
La donation est enregistrée aux droits de sa valeur	1,5%
La déclaration de légataire est enregistrée aux droits de sa valeur	1,5%
Le partage	1,5% de la masse partageable.

En dehors des droits d'enregistrement, aucun impôt n'est dû sur la transmission des biens par voie successorale à des héritiers légaux ou testamentaires.

L'ORDRE PUBLIC : notion fluctuante

Le principe de l'actualité doit prévaloir. Ainsi la question se pose de savoir à quel moment doit être apprécié la contrariété ou non d'une loi étrangère avec les conceptions fondamentales du for, le moment déterminant est donc celui où le juge doit se prononcer sur la conformité ou non d'une loi étrangère ou de certaines de ses dispositions avec l'ordre public international du for.

Lorsque le juge constate la contrariété des dispositions de la loi étrangère normalement applicable avec l'ordre public international, il leur substituera les dispositions correspondantes régissant la situation.

Les critères envisagés pour évaluer la contrariété ou la non contrariété de l'ordre public à une loi étrangère doivent être conforme au principe des droits de l'Homme, aux principes de D.I.P comparé et ce pour une règle de conflit plus objective.

Si on transposait la loi d'autonomie, en vigueur en matière contractuelle, dans le domaine du statut personnel on pourrait instaurer une solution médiane qui atténuerait les confrontations entre systèmes laïcs et systèmes religieux.

Le système des conventions (conventions de la Haye, convention franco marocaine) dispose que l'ordre public ne peut intervenir que si la loi étrangère normalement compétente est manifestement contraire aux valeurs du for.

Par exemple, le divorce soumet les étrangers aux conditions fixées par leur loi nationale. L'application cumulative est possible des lois en présence entraîne des fois des incohérences, l'orientation vers la loi du domicile ou de la loi du for en cas d'impossibilité de départage des lois étrangères contradictoires.

Dans le monde musulman, beaucoup de pays afin de dépasser ces complications dictées par la conflictualité des lois, recourent et adhèrent à certaines conventions internationales, tout en essayant de préserver, dans l'essentiel, leurs lois nationales et l'ordre public.

Dans certains pays musulmans, tel que les pays du Maghreb, le Notaire, non différent du Notaire occidental, reste l'expert des lois et de la réglementation contractuelle applicables aux étrangers en matière commerciale, de constitution de patrimoine et de statut personnel.

Maitre Ratiba SEKKATE, RABAT - MAROC

VICE PRESIDENTE DE LA COMMISSION DES DROITS HUMAINS.

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

Il ne s'agit pas ici de faire une étude exhaustive du droit des successions en France, mais d'en rappeler les principes, pour permettre à une personne qui serait confrontée à ce problème d'avoir quelques points de repères. Je vous rappellerai donc dans un premier temps comment une personne peut être concernée par une succession, puis je vous rappellerai le principe légal de la réserve, avant d'étudier les droits du conjoint survivant, les ordres des héritiers et enfin les formalités à faire en cas de décès.

Les principes de Droit international privé :

Les successions peuvent être soumises à la loi française soit en raison du domicile du défunt en France, soit en raison de la situation en France d'un bien immobilier.

La réserve :

En France la transmission du Patrimoine est régie par le Code Civil, dit aussi Code Napoléon, établi en 1804, après la révolution et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

Cependant, des lois successives ont permis son adaptation aux évolutions de la société.

Le principe fondamental de la transmission du patrimoine, à la différence des pays anglo-saxons, est celui de la réserve. La réserve impose au défunt de laisser une partie de son patrimoine à ses héritiers. En France, elle est la contrepartie de l'obligation alimentaire qui oblige les parents à nourrir et soigner leurs enfants, quelque soit leurs âges s'ils sont dans le besoin. Cette réserve ne s'applique plus qu'au profit des enfants et du conjoint survivant. (A défaut d'enfant, jusqu'en 2002, on ne pouvait, non plus, déshériter ses parents). Son montant est en fonction du nombre d'enfant : si le défunt à un enfant, il doit lui laisser la moitié de son patrimoine, s'il a deux enfants, ils ont droit au minimum à 1/3 chacun, et s'il a trois enfants ou plus, ils se partagent les $\frac{3}{4}$ du patrimoine, le défunt pouvant disposer librement du quart restant dit :

Quotité disponible.

Il existe cependant une quotité disponible spéciale entre époux permettant de protéger le conjoint survivant : celui-ci peut avoir droit, outre à la quotité disponible en pleine propriété, à l'usufruit du reste des biens.

Pour vérifier s'il n'y a pas atteinte à la réserve, il y a lieu d'ajouter au patrimoine existant au décès tous les biens que le défunt a donnés de son vivant.

S'il y a atteinte à la réserve, les enfants ont une action en réduction leur permettant de réclamer entre les mains du gratifié, la quote part leur revenant.

Les droits du conjoint survivant :

La loi du 3 décembre 2001, a enfin permis de protéger légalement le conjoint survivant en lui accordant des droits spécifiques sur le logement de la famille, et en lui augmentant ses droits héréditaires.

Le conjoint survivant a le droit de rester dans le logement de la famille pendant une année après le décès, et au cours de cette année peut demander à y rester à vie.

S'il n'y a que des enfants communs, ou pas d'enfant du tout, le conjoint survivant peut avoir droit au moins à l'usufruit (le droit d'utiliser) l'ensemble des biens.

Ce n'est que dans l'hypothèse où il y a des enfants de différentes unions, que sa protection n'est pas forcément efficace. En effet dans ce cas le conjoint a droit au quart des biens en pleine propriété, ce qui risque de l'obliger à un partage avec les enfants. Dans cette hypothèse, il est raisonnable de se renseigner auprès de son Notaire pour améliorer la protection du survivant.

Les héritiers légaux :

A défaut de dispositions testamentaires, la loi définit quels sont les héritiers. Ils sont classés en 5 ordres, la présence d'un héritier au moins dans un ordre excluant l'ordre suivant, sauf pour le conjoint survivant.

Ce sont :

- Les descendants (enfants, petits-enfants, arrière petits-enfants, ...) et les père et mère
- le conjoint,
- les frères et sœurs ou neveux et nièces
- tous les ascendants (autres que les père et mère)
- les collatéraux ordinaires (les oncles et tantes, cousins et cousines).

Les héritiers ont des droits de succession à régler dont l'importance va dépendre du lien de parenté avec le défunt. Ces droits vont de 0, pour le conjoint survivant ou le co pacsé (attention le pacs n'est pas suffisant à lui même pour le protéger car il ne donne aucun droit, il faut impérativement rédiger un testament), à 60% pour une personne qui n'a pas de lien de parenté avec le défunt. Il existe différents moyens de réduire ces droits, notamment en anticipant la transmission par des donations.

Les formalités à faire en cas de décès :

Le Notaire établit essentiellement 3 actes :

- L'acte de notoriété qui permet d'établir la liste des héritiers et de débloquent les comptes en banque, car quand la banque a connaissance du décès elle bloque les comptes au nom du défunt (pas les comptes joints). Elle ne les débloquent que sur présentation d'un acte de notoriété établi par le Notaire, qui doit même être accompagné d'un certificat de paiement des droits de succession si les héritiers sont domiciliés hors de France.
- L'attestation immobilière permet la mise à jour du fichier immobilier, à moins qu'un partage n'intervienne entre les héritiers dans les 10 mois qui suivent le décès.
- La déclaration de succession : photographie au jour du décès de l'ensemble du patrimoine du défunt pour établir le calcul des droits de succession. Cette déclaration de succession doit être établie, et accompagnée du paiement des droits, dans les 6 mois du décès si le décès a eu lieu en France, et dans l'année s'il a eu lieu à l'étranger.

Nathalie Andrier
UINL France

RÉGIME SUCCESSORAL EN ARGENTINE :

Nous faisons référence aux successions dont on présuppose la mort de l'auteur. I s'agit donc de la succession MORTIS CAUSA.

Le système argentin s'est aligné sur la conception romaine de la continuité de la personne, une fiction de continuité de la personnalité du défunt est créée dans l'héritier. Dans le système germanique, c'est la séparation des patrimoines qui est soutenue.

Sous l'influence d'Aubry et Rau, on part de l'idée que le PATRIMOINE est une universalité juridique.

I- Législation applicable aux successions

En Argentine, on discute si c'est un régime d'unité ou un régime de morcellement ou pluralité de successions qui est appliqué. Les Traités de droit civil international de Montevideo de 1889 et de 1940 - année d'adhésion de l'Argentine- sont plus favorables à la deuxième position. Des dispositions contradictoires régissent permettant que la doctrine et la jurisprudence n'adhèrent pas à un même système. En effet, l'art. 3283 énonce que la seule loi d'application à la succession est celle du dernier domicile du défunt. (unité). L'art. 3612 contient la même solution pour le cas de la succession testamentaire. Au contraire, les articles 10 et 11 du CC argentin tendent vers la loi de la situation des biens (morcellement), appliquant autant de lois que de biens existants dans divers pays lors de la mort de l'auteur. La jurisprudence dominante soutient le morcellement partiel, soit seulement pour les biens immeubles, en laissant les biens meubles de la succession au régime d'unité (dernier domicile du défunt). Pourtant, dans les arrêts les plus récents, une tendance à l'unité est à remarquer. Cette position est assurée par divers congrès juridiques. Pour sa part, la jurisprudence est aussi partagée à ce sujet, certains arrêts retiennent le système d'unité et d'autres celui de la pluralité. On pourrait dire que nous avons un système mixte et casuistique.- Mais, il est aligné sur celui de l'unité de successions et priorisant le dernier domicile du défunt.

II- Catégories de SUCCESSIONS MORTIS CAUSA, elles sont divisées en

1) LÉGITIMES quand les héritiers sont créés par la loi ou 2) TESTAMENTAIRES quand c'est la volonté du de CUJUS ou défunt qui l'établit solennellement par testament.

1) Pour les premières, la loi présume la volonté du défunt, en créant des héritiers réservataires. Ils sont établis suivant l'ordre familial renfermé dans notre ordre juridique.

Il y a des ordres de parents descendants (qui comprennent les enfants, les petits-enfants, les arrière-petits-enfants et successifs sans limite), ascendants (qui comprennent les parents, les grands-parents, les arrière-grands-parents et successifs sans limite), collatéraux (soit, les frères, les neveux, leurs descendants, les oncles, les cousins jusqu'au quatrième degré de parenté, auxquels il faut ajouter l'ordre du conjoint et celui de la belle-fille veuve sans enfants.

SUCCESSION DES ÉPOUX :

L'ordre du conjoint n'est exclu par personne et il exclut, à la fois, les collatéraux, qui vont concourir avec les descendants et les ascendants de son époux décédé et avec la belle-fille veuve.

Lorsqu'il n'y a pas d'autres ordres, les époux héritent l'un de l'autre, recueillant tout l'héritage.

Lorsque les époux concourent avec les descendants du défunt, le conjoint hérite, comme si c'était un enfant de plus, des biens propres de l'auteur de la succession et il est exclu des biens aux acquêts, puisqu'il en reçoit la moitié en tant qu'associé à la communauté des biens.

Quant au concours avec les ascendants du défunt, le veuf ou la veuve recueillera la moitié des biens propres du défunt et la moitié des biens aux acquêts.

Quand il ou elle hérite avec la belle-fille veuve sans enfants, cette dernière recevra un quart de ce qu'aurait reçu son époux prédécédé et le reste sera attribué au conjoint survivant.

Causes de cessation de la vocation héréditaire du conjoint.

Elle ne peut pas être exclue pour indignité, ni pour une action de déshériter.

- a) Mariage in extremis, suivi du décès dans les 30 jours.
- b) Pour divorce, lors de la dissolution du lien du mariage.
- c) En cas de séparation de corps, aux torts de l'époux.
- d) Séparation de fait, sans volonté de conciliation.

Il y a un droit réel de logement du conjoint survivant, en tant que devoir de secours. Il va durer tant que son état de viduité demeurera.

HÉRITIERS

Les héritiers légitimes vont jusqu'au quatrième degré, suivant l'ordre successoral précité.

Ils héritent du défunt dès lors même de sa mort, même si l'héritier n'en a pas eu connaissance.

Ils ont aussi le droit de renoncer à l'héritage, qui sera réputé irrévocable.

Héritage vacant

À défaut de testament ou d'héritiers légitimes (soit jusqu'au quatrième degré) ou au cas où ils auraient renoncé à l'héritage, ce dernier demeurera vacant et passera à l'État. Chaque province établit quel service du gouvernement sera le destinataire de cet actif successoral.

Dans ce cas, l'État n'est pas héritier. Il reçoit l'héritage car il est le titulaire du domaine éminent des biens échus par voie successorale, sis dans toute province du territoire argentin.

Pacte successoral

L'Argentine n'accepte pas les pactes sur des héritages futurs ou les pactes successoraux. Cette interdiction est fondée sur des principes d'ordre public.

Droit fiscal successoral

En 1978, a été éliminé l'impôt sur la transmission gratuite des biens ou l'impôt successoral. Or, il a été régenté récemment à la Province de Buenos Aires, avec différents barèmes et à partir de \$ 3.000.000. (Environ 550.000 Euros)

D'autre part, notre rédacteur du code, en suivant Savigny, a fait une distinction entre successeur universel et successeur particulier, compte tenu du MODE DE TRANSMISSION.

A) Lors d'une transmission isolée d'un droit sur un bien ou sur plusieurs biens, la succession est à titre particulier et le successeur est particulier ou singulier et il est appelé LÉGATAIRE.

B) Lors d'une transmission d'un droit à une universalité ou à une quote-part de cette dernière, la succession est à titre universel et le successeur est universel. Il est appelé HÉRITIER.

Dans notre droit, est consacré le DROIT DE REPRÉSENTATION, grâce auquel les parents de degré ultérieur concourent avec ceux de degré antérieur, occupant la place de leur prédécesseur, tant en nombre qu'en étendue.

Il faut aussi souligner l'institution de la RÉSERVE.

Il s'agit de la portion des biens qui compose la succession à être respectée par le testateur. Elle limite sa capacité de tester en cas d'existence d'héritiers légitimes : a) enfants (dans le mariage, hors du mariage ou adoptifs) est de 4/5. b) Époux : 1/2 c) Ascendants 2/3 et d) belle-fille veuve sans enfants : le quart qui serait revenu au mari prédécédé dans la succession de son père. Il faut considérer l'ordre successoral : par exemple, les enfants priment sur les ascendants et participent avec le conjoint dans la succession de ses biens propres. Si le testateur a porté atteinte à la réserve, il y a l'action de réduction de la succession au profit des ayants droit lésés totalement ou partiellement.

En Argentine, il y a : A) l'indignité (déclaration prononcée par le Juge à la demande d'un héritier, art. 3304 CC) et l'action de déshériter (déterminée par le défunt). Dans les deux cas, le code impose l'existence de causes graves et qui empêchent l'héritier de participer des biens successoraux.

Tel que nous venons de le dire, il y a des SUCCESSIONS AB INTESTAT ET DES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES.

2) LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES, sont celles où on considère que la volonté du défunt est manifestée dans un TESTAMENT VALABLE LE TESTAMENT est un acte juridique, écrit, solennel, personnel, spécial et révocable.

FORME

Le Code Civil établit que si le testament est établi sur le territoire argentin, il doit être obligatoirement dressé dans l'une des formes établies dans le Code (par acte authentique, sous pli fermé ou olographe sans préjudice des testaments spéciaux), le testateur étant argentin ou étranger (art. 3634). En revanche, si le testament est passé à l'étranger, il sera reconnu valable en Argentine s'il respecte les formes du lieu de résidence du testateur ou celles de sa nationalité ou celles du droit argentin (art. 3638).

L'Argentine n'admet pas le testament réciproque conjoint établi par deux ou plusieurs personnes. Il est considéré comme un acte personnel et doit être dressé individuellement.

Contenu : le Code établit qu'il sera régi par la loi du DOMICILE DU TESTATEUR lors de son décès (art. 3612).

Les dispositions sur les biens sont limitées par la réserve s'il en est le cas.

I- FORMES des TESTAMENTS :

- a) olographe
- b) par acte authentique (3 témoins)
- c) sous pli fermé (mystique) ou secret (5 témoins)

Notre Code prévoit le TESTAMENT EN LANGUE ÉTRANGÈRE. Il envisage la possibilité de dresser un testament par acte authentique, sous la présence de deux traducteurs et le testament sera rédigé dans les deux langues.

Les 3 témoins doivent comprendre les deux langues.

Le testateur dictera ou remettra au notaire, le brouillon ou la minute avec les dispositions testamentaires dans sa langue, qu'il devra signer. Pour leur part, les interprètes rédigeront et traduiront le texte en langue nationale. Le brouillon ou la minute du testateur et les textes des traducteurs à être souscrits par eux seront classés au rang des minutes.

II- TESTAMENT CONSULAIRE

S'ils sont dans un pays étranger, les citoyens argentins et les étrangers ayant domicile élu dans notre pays peuvent tester auprès d'un ministre, d'un chargé d'affaires ou d'un consul en présence de 2 témoins, argentins ou étrangers.

Les Consuls sont autorisés à l'étranger pour valider les mêmes actes que les notaires dans le pays, soit des testaments par acte authentique et mystiques.

III- SUCCESSIONS EXTRAJUDICIAIRES

En l'espèce, en Amérique Latine, tant l'expérience française que celle du reste de l'Europe a été accueillie lentement mais sans arrêt. En Argentine, il y a des projets de loi mais non encore en vigueur concernant les successions extrajudiciaires. Même s'il faut notre intervention pour des Testaments par acte authentique, des cessions de droits successoraux, des partages et des adjudications les successions par devant notaire ne sont pas réglées.

Il y a des successions extrajudiciaires au Brésil, en Colombie, au Costa Rica, à Cuba., en Équateur, au Salvador, au Mexique, au Pérou, et à Puerto Rico.

I- DROITS DU CONCUBIN

L'état de concubin ne donne pas de droits successoraux.

Par rapport au concubinage, les législations en vigueur peuvent être divisées en deux systèmes différents :

- a) Le premier, le système français, suivi par le Code Civil de l'Argentine. Il s'abstient de régler le concubinage. Il y est ignoré.
- b) L'autre, le latino-américain, qui a donné un traitement légal au concubinage, soit en le considérant dans quelques aspects partiels soit en le réglementant d'une manière intégrale.

La législation du Mexique a été la première à consacrer dans son Code Civil Fédéral de 1928 des dispositions concrètes dans ce sens, dont l'octroi à la concubine du droit aux aliments et à vocation successorale ab intestat.

Par exemple, à Oaxaca, tous les droits sont octroyés à la concubine mais non pas au concubin ou au concubinaire.

C'est à dire que ce Code Civil est protectionniste de la femme.

Au Mexique, le testateur jouit de la liberté pour tester. La seule obligation qui existe est donc celle du devoir d'assistance aux enfants mineurs, au conjoint (et/ou à la concubine,(concubinaire)), aux parents et aux autres membres de la famille jusqu'au 4^o degré.

Si cette obligation n'existe pas, soit parce qu'ils ont des biens, le testeur peut laisser la totalité de ses biens

à qui bon lui semble sans tenir compte du lien de parenté.

Le Code Civil du Venezuela de 1942 établit un quasi contrat de communauté patrimoniale entre concubins.

Le Code Civil du Pérou de 1930 établit la présomption de paternité lorsque le père présumé aurait cohabité avec la mère pendant l'époque de la conception.

La loi de droits civils de la femme au Paraguay, de 1956, établit une communauté patrimoniale entre les concubins après une cohabitation de cinq ans ; etc.

D'autres législations en Amérique latine règlent organiquement les effets personnels et patrimoniaux du concubinage, en exigeant son homologation près le fonctionnaire compétent (Loi des unions de fait du Panamá de 1956 ; Code Civil du Guatemala, de 1963).

Enfin, d'autres comparent directement le concubinage au mariage. Le Code Civil de l'État mexicain de Tamaulipas et le Code de Famille de la Bolivie de 1972 l'établissent ainsi.

Notaire Agueda Crespo (Argentine)

COMMISSION DROITS DE L'HOMME UINL

COLLOQUE SUR LES DROITS DE L'HOMME ET LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES

PALAIS DES NATIONS, GENÈVE - 2 MARS 2010

CONCLUSIONS

Les différents critères de rattachement : vers un statut personnel international ?

L'état actuel du droit international privé, constitué des différents systèmes juridiques qui viennent de nous être présentés avec les conséquences qui en découlent sur les droits internes, démontre clairement ses limites lorsqu'il s'applique à une catégorie de personnes vouée à la nomadisation.

A l'époque où la mondialisation se constate dans les faits, il est difficile de concevoir que les premiers serviteurs de la communauté internationale, dans le monde entier, soient livrés aux aléas qui ont été évoqués.

Le sultan ottoman Soliman le Magnifique avait avec sagesse, prévu un statut personnel permettant la cohabitation dans son vaste empire. En instaurant le système confessionnel qui mettait en avant le statut personnel de chaque être, la vie familiale de celui-ci était régie par les lois de sa communauté.

Au Maroc et dans les pays où ce système est encore en vigueur, il semble toujours donner satisfaction. Mais dans les pays où la "laïcisation est le critère fondamental un tel système ne peut plus être envisagé ni retenu.

En d'autres lieux où la laïcisation de la société a pris le devant, le système du rattachement par la nationalité ne donne plus guère satisfaction. De ce fait il est envisagé de plus en plus fréquemment d'avoir recours au critère du domicile ou de la résidence habituelle comme principal critère de rattachement.

Mais qu'en est-il pour les fonctionnaires internationaux ? Avec la mondialisation ceux-ci sont présents partout dans le monde et leur mobilité n'a fait que croître au cours des années.

Contrairement à certains autres expatriés ceux-ci croient souvent, à tort, bénéficier d'une protection et de privilèges spéciaux. Il n'en est rien hors de leurs organisations respectives.

La majorité d'entre eux ignorent jusqu'à l'existence de critères de rattachements :

- Qui les lient -lorsqu'ils sont à l'étranger- au(x) pays dont ils sont le national, ou pas.
- Qui les lient au pays où ils résident, ou pas.

Aussi conviendrait-il de prévoir un statut personnel international.

Ce statut naturel de l'international devrait être -dans une première étape- celui prévu par sa nationalité. Cependant, après des années de séjour à l'étranger et d'autant plus s'il se marie avec une étrangère et/ou une internationale d'une autre nationalité, il ne semble plus possible d'imposer la nationalité du mari. Ceci est actuellement le cas en présence de nationalités différentes des époux.

La loi de la résidence commune paraît pouvoir s'imposer, à moins que le couple, comme cela est prévu dans le traité de la Conférence de la Haye sur les régimes matrimoniaux ne choisisse la loi d'un pays dont l'un d'eux a la nationalité ou encore la loi d'un pays où ils résident ou vont résider. A défaut de choix, la loi de la résidence commune devrait être appliquée.

L'on peut constater que lors d'un divorce, le couple est soumis à la loi locale.

Cela pour des quantités de motifs dont celui de la proximité.

Choisir le critère de la loi nationale est-ce bien raisonnable quand un couple (même de nationalité commune) réside depuis tant d'années à l'étranger, que leurs enfants ont pris la nationalité du pays de résidence et qu'ils envisagent de prendre leur retraite dans ce pays ?

Il est à noter que l'application d'une loi étrangère par un juge se fondant sur des certificats de coutume ou avis de droit peut être bien imparfaite.

Il semble donc raisonnable que le couple établi depuis 5 ans ou plus dans un pays soit soumis à la loi locale, sauf si par une manifestation de volonté il choisisse son rattachement à une loi déterminée. Cette manifestation pourrait être faite sous la forme d'une déclaration au service du personnel, à la caisse de pension, faite devant un notaire (ou une autorité équivalente pour les pays qui ne connaissent pas le notariat).

Ce système ne s'appliquerait pas aux internationaux en séjours de durée limitée, mais réglerait clairement le statut des sédentaires qui sauraient qu'ils doivent prendre des dispositions.

Pierre Natural

Genève, le 8 mars 2010



CONFERENCES ET DISCOURS

5

CHAPITRE



Dr. Eduardo Gallino

5.1. DISCOURS DU PRÉSIDENT DE L'UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT, NOTAIRE ME EDUARDO GALLINO

XLIV CONGRÈS NATIONAL DU NOTARIAT,
VENISE DU 21 AU 24 OCTOBRE 2009

Comme Président de l'Union Internationale du Notariat, je souhaite remercier, tout particulièrement, le Président Piccoli, pour m'avoir donné l'occasion de m'adresser aux Notaires de l'Italie.

Depuis toujours, je sens une grande admiration pour ce Notariat qui exalte les racines les plus nobles de notre profession.

L'ingéniosité italienne a donné au Notariat un apport des idées ininterrompu, en gardant intact le niveau de contribution à une profession qui veut et doit être au service de la société qui trouve sa première source d'inspiration dans l'utilité qu'elle offre.

J'ai en plus le privilège de visiter et d'être l'hôte de cette merveilleuse ville de Venise, ville de Marco Polo et de Carlo Goldoni.

L'Union Internationale du Notariat me fait rappeler l'esprit de Marco Polo, parce que le fait d'unir soixante-seize pays - bien des fois tout à fait différents entre eux - exige l'existence du même esprit de fraternité du grand vénitien. Et, même s'il existe certes, des institutions dans le monde réunissant de nombreux pays, il n'est pas facile d'en trouver d'autres ayant la même unité et la même cohésion, celle que vous allez trouver dans le prochain Congrès International du Notariat qui se tiendra au Maroc, en Octobre 2010, et auquel vous êtes spécialement invités dès maintenant.

Dans le monde entier, il y a une conscience que l'intervention d'un notaire attribue la sécurité juridique et Marco Polo n'en doutait pas, lorsque le neuf janvier 1324, le Notaire Giovanni Giustiniani a reçu sa dernière volonté que vous pouvez trouver à Venise.

En effet, en parlant du passé, lorsque l'on mentionne la tradition, on ne parle pas du présent et de l'avenir, en ignorant, par exemple,

les grandes conquêtes du Notariat dans le domaine de l'utilisation des nouvelles technologies de l'informatique et de la télématique, dont le Notariat italien est un témoignage authentique, vu qu'il effectue dans ce secteur une activité formidable, en considérant de même que son savoir faire dans la matière est très coté partout.

Même s'il est donc fondamental de trouver et de reconnaître dans nos racines, la tradition notariale italienne, il ne me semble pas exact de mettre en rapport que le Notariat avec la tradition, car cela ne refléterait pas toute la réalité.

Elle nous montre une mise à jour professionnelle et scientifique permanente, sans laquelle il serait matériellement impossible d'attribuer de l'authenticité et de la sécurité aux actes juridiques.

Ce Congrès a lieu, tel qu'exprimé dans sa présentation, "en accompagnant la société qui change", et de la même manière que le Notaire adapte et conforme la volonté des parties à la loi, le Notaire harmonise de même la science notariale aux temps qui changent, en proposant fréquemment de nouvelles solutions aux nouveaux défis, des solutions qui finissent par réussir et par s'imposer y compris dans le Parlement et dans la même société.

D'autre part, nous avons l'impression que quelques débats, même en étant utiles et féconds, peuvent trouver une base bien plus productive si leur point de départ était la conscience sur l'identité notariale.

Nous allons certainement continuer à débattre et à essayer constamment d'enseigner auprès des autorités et de la société, sur trois grands axes qui constituent une partie de l'essence de notre identité: Qui sommes-nous, que faisons-nous et quelle en est notre utilité.

Dans Qui sommes-nous, il n'est pas parfois facile d'expliquer cette symbiose entre l'officier public et professionnel du droit ou le professionnel du droit investi d'une fonction d'autorité publique.

En ce qui concerne Que faisons-nous, notre but vise l'instrument authentique notarial, ayant donc authenticité et valeur procédurale de hiérarchie maximale qui le distingue de tous les autres moyens de preuve.

Et Quelle en est notre utilité, cela répond aux fins et aux valeurs que nous défendons ; d'abord la justice mais tout à fait soudée à la certitude et à la sécurité juridique préventive, garanties de paix et de progrès social.

Lorsqu'il faut établir quels sont les actes requérant la forme notariale: Comment pourrions-nous renoncer de pleine conscience au rapport indissoluble entre la caractérisation du Notaire et l'autorité publique?

La sécurité juridique jaillit du délicat équilibre entre la caractérisation de l'officier public et du professionnel libre, entre l'autorité publique et la connaissance des textes et de leur interprétation. Sans le Notaire, l'autorité publique perd une grande partie de sa valeur et de son efficacité et les conventions elles-mêmes perdent une grande partie de leurs effets.

Ce n'est pas par hasard qu'en Angleterre et Galles, les Civil Procedure Rules prévoient maintenant, dans leur règle trente-deux -vingt, qu'un acte notarié puisse, en principe, être admis en tant que moyen de preuve, sans en avoir besoin d'autres.

Il n'y a pas de doute, en ce qui concerne le Notariat, la common law s'achemine vers la civil law, et non vice-versa.

Il n'est pas non plus un hasard que les systèmes juridiques des soixante-seize pays composant notre Union, que j'ai l'honneur de présider, en provenance des régions et des cultures les plus diverses du monde, construisent la paix sociale sur la base de l'intervention notariale.

Une profonde réflexion sur l'identité de la profession notariale contribuerait certainement à établir la structure et les limites de chaque système juridique.

L'harmonie d'un système juridique ne peut résulter que de l'attribution à chaque profession juridique du rôle lui revenant suivant sa nature dans un délicat équilibre où la sagesse et le courage des gouverneurs ne peuvent pas être substitués par des propositions, sans sérieux scientifique qui pourraient mettre en danger les conquêtes du droit.

L'identité du Notariat doit être, en définitive, un point ferme et indiscutable, lorsqu'il s'agit de proposer, de construire, d'avancer.

Lorsque l'on veut attribuer des tâches et des compétences par rapport aux affaires juridiques qui exigent de l'impartialité, de la neutralité, du contrôle de la légalité et de l'expertise juridique, ce n'est que la profession notariale qui peut empêcher de graves altérations du système juridique au préjudice des droits du citoyen.

En plus, si l'identité notariale n'intéressait pas, il n'y aurait pas d'explication sur la raison pour laquelle le Notariat constitue un service d'intérêt général, et en tant que tel soumis à l'article 86, alinéa deux, du Traité constitutif de la Communauté Européenne.

Ce n'est pas par hasard que la Cour de Cassation italienne, lors de son arrêt du 15 avril 2008, n° 9878, ait établi la possibilité certaine d'exclure que, - par rapport à l'activité notariale qui s'effectue dans l'exercice d'une fonction publique pour laquelle le système prévoit l'institution d'officiers publics avec des conditions subjectives spéciales, nommés après un examen de capacité, soumis à la surveillance et aux contrôles périodiques et aux inspections et à des règles de disciplines rigoureuses, - l'on puisse connaître la possibilité d'une libre prestation de services, en régime de concurrence de la part d'autres professionnels du même pays ou d'autres pays communautaires.

Naturellement, le fait que le Notariat soit carrément différent par rapport à l'activité des entreprises, cela signifie de même que nous avons des obligations multiples et spécifiques face à la société.

Tel que nous l'avons dit, ce Congrès a lieu sous la devise "en accompagnant la société qui change" : Mais, comment l'accompagner ?

Tout d'abord, en révisant et en repensant constamment notre manière d'agir : mais si nous ne changeons pas, en nous adaptant aux nouvelles exigences de cette société en permanente mutation et mondialisée, nous continuerons à obtenir les mêmes résultats que nous subissons aujourd'hui et dont nous profitons. Tout simplement les ajustements nécessaires sans renoncer à notre essence de Notariat latin, nous permettront et feront possible l'avenir souhaitable.

Nous l'accompagnons en plus avec des faits concrets :

En offrant notre disponibilité et notre service avec excellence et dans tout le territoire ; en anticipant les problèmes juridiques et sociaux au moyen d'une adéquate mise à jour scientifique pour que les Notaires soient préparés au préalable aux nouvelles règles et demandes sociales et, notamment, dans le domaine européenne, aux importantes réformes introduites par l'Union Européenne dans le droit privé ; en aidant le législateur dans son activité par le biais de la création de centres d'études proposant des réformes de valeur technique indiscutable ; en contribuant avec tous les moyens possibles à la création récente du Réseau Mondial du Notariat, qui permettra qu'aucun Notaire du monde ne reste isolé ; en collaborant sans cesse avec l'Union Internationale du Notariat, parce qu'il ne suffit pas de se prononcer en faveur de la coopération internationale mais il faut aussi lutter pour celle-là.

Je finis en exprimant que c'est un honneur d'avoir pu effectuer ces réflexions dans ce pays merveilleux, berceau du droit.

Je vous adresse mes cordiales salutations, mon affection et mon admiration tant en mon nom qu'au nom du reste des Notariats du monde, en souhaitant à mes illustres et chers collègues italiens, un heureux et fructueux Congrès, en espérant que l'Italie continue d'illuminer avec sa culture et son talent exemplaires.

Merci beaucoup.

5.2. CONFÉRENCE : QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE DROIT PATRIMONIAL DU MARIAGE ET DES AUTRES COHABITATIONS EN DROIT COMPARÉ ET EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ASSURÉE PAR LE PROFESSEUR ANTONIO BOGGIANO, LORS DES PREMIÈRES JOURNÉES INTERNATIONALES TENUES À L'ORDRE DES NOTAIRES DE MENDOZA, EN SEPTEMBRE 2009.

H.E. PROF. DR. ANTONIO BOGGIANO MCSGM

La matière qui nous occupe fait l'objet d'une grande crise. Tant la baisse du mariage que la hausse des cohabitations sont évidentes. En Occident, il y a une dilution des consensus sociaux sur le mariage, la famille et les relations sexuelles. Les gens divorcent plus et se marient moins. Les cohabitations alternatives ne divorcent pas, elles arrêtent leur cohabitation et leur partenariat cesse. La conviction que le mariage a plus de désavantages que d'avantages semble prendre le dessus. Les cohabitations extramatrimoniales apparaissent comme étant plus attractives, parce qu'elles n'entraînent pas autant de frais en fin de contrat, et que leurs conséquences patrimoniales ne sont pas si graves que celles causées par le divorce. La gravitation de l'argent, ce n'est pas nouveau. Elle est, peut-être, devenue plus importante. Les unions extramatrimoniales peuvent accorder plus de souplesse à leurs relations personnelles et patrimoniales ; les unions font aussi des économies du point de vue fiscal. Les femmes font semblant d'être plus libres et égales aux hommes dans les unions. Le mariage peut mettre fin aux avantages sociaux de l'un ou l'autre des époux, ce n'est pas le cas dans les unions. La relative égalité des revenus fait que le mariage soit moins attractif pour ceux à revenus plus faibles, les facteurs économiques sont importants. Un autre élément à retenir dans la crise, c'est la négation de toute influence ou inspiration religieuse sur le mariage civil. Les principes du Droit naturel ignoré ou de toute religion ne devront pas sacraliser le mariage civil.

L'Église catholique demande à ses laïcs de s'engager, non seulement de vivre dans le mariage chrétien ; mais aussi de transmettre ses principes et valeurs au mariage civil. D'autres, même en dehors de l'Église, affirment un mariage civil fondé sur le droit naturel. D'autres religions ont aussi leur influence, avec leurs principes sur le mariage. D'autres méconnaissent la validité toute union autre que celle du mariage. Il y a aussi qui assimile essentiellement le mariage aux autres unions. Certains interdisent les unions homosexuelles et d'autres les admettent. Beaucoup favorisent l'exclusion du mariage de toute union stable, aucune cohabitation, aucune responsabilité. Un autre élément relatif à la crise a trait à la considération de la relation entre État et mariage. En plus de faire une distinction entre sens religieux et mariage civil, quelques États interdisent la polygamie, la polyandrie ou les unions de groupes clos ou ouverts. La société doit élaborer un mariage séculaire. Peut-on poser la question civile ? L'État, a-t-il intérêt à établir deux types d'unions : le mariage et les autres ? Quelle est la raison du double régime ? Pourquoi ne pas établir un régime d'union large et souple qui pourrait s'appeler mariage ? Pourquoi établir deux unions, qui auront des appellations différentes et pourquoi ne pas établir toutes ces unions englobées sous le terme mariage ? Pourquoi ne pas avoir une seule union où tous les goûts seraient satisfaits ? On pourra appeler une telle union de n'importe quelle façon. Quelles règles coercitives devraient la régir et pourquoi ne serait-il pas mieux de la réguler par des règles dispositives, pour que les parties puissent en disposer autrement, à tout moment ? Pourquoi ne pas appliquer à cette union, par exemple la *lex mercatoria* ou laisser aux parties le choix de se régir en autonomie sans restrictions : *lex uniones*, chaque union avec sa propre loi, faite par les parties unies comme si elles étaient souverains ? Y a-t-il une union qui sera plus avantageuse pour la société ou cela revient-il au même ? Quels sont les avantages d'un certain type d'union et quelles limites impératives pourraient être établies ? Si l'État

reconnaît que le mariage traditionnel est un bien pour la société, soit un bien commun, il faut alors expliquer pourquoi et donner les motifs de ses raisons impératives. Si l'État maintient ce genre de réglementation du mariage, c'est sans doute parce qu'il le considère comme un bien commun ; même si le mariage traditionnel est une bonne affaire tant pour la société que pour l'État actuel. L'intérêt ou les intérêts des enfants semblent être mieux protégés au sein d'un mariage. L'enfant est titulaire de droits par rapport à ses parents et aussi à la société. La société, pourtant, est en train d'absorber les droits de la famille. Qui nourrit, entretient et élève les enfants ? Le mariage et les unions, en quoi servent-ils à la société ? Qui dit aujourd'hui ce qui est bien : les Nations unies, l'Union européenne ? Une autre question se pose : le mariage est-il mort ? La question est : quel bien le mariage apporte-il à la société pour acquérir une importance préférentielle. Si le mariage est réputé être une cohabitation à longue durée, avec des obligations à long terme, subsistant pour les époux et les enfants, au sien de laquelle l'éducation des enfants résulte la plus appropriée, alors on pourrait penser qu'il conserverait un rang préférentiel. Ce qui nous mènerait à dire que la reconnaissance légale des enfants ne serait politiquement à préconiser que dans ce mariage. Les unions ne seraient d'application que pour les couples homosexuels ou pour les couples qui ne pourraient ou ne voudraient pas avoir des enfants. Mais, cette réflexion en serait qu'à priori. Tant les couples unis hors mariage hétérosexuels, que ceux homosexuels, peuvent avoir des enfants ; soit adoptés, soit de l'un des parents, soit des deux. Le mariage indissoluble et ouvert à la procréation envisagé par la position traditionnelle est fondé sur la morale chrétienne, semble être approprié en Occident pour faire face à la crise de fertilité. Le manque d'enfant est une menace à la culture occidentale. Chaque jour, l'arrivée de jeunes et d'enfants du monde entier pour travailler et entretenir un nombre croissant d'anciens occidentaux, notamment européens, devient tout à fait évidente. L'immigration, à défaut d'un nombre suffisant de robots, en est peut-être un palliatif, mais cela impliquera une nouvelle culture, une nouvelle société. Quelle éducation les citoyens d'Occident auront-ils ? Recevront-ils les valeurs et principes de l'Occident chrétien ou coloniseront-ils culturellement l'Occident et convertiront-ils les chrétiens ? Qui sera plus puissant pour culturiser, les Asiatiques et les Africains finiront-ils par se convertir en Européens ou au contraire ? Peut-être viendra aussi un troisième genre de sexe. Les ménages avec enfants et les familles nombreuses seront-ils une valeur dans la société par-dessus la performance au travail ? Or, un ménage avec un grand nombre d'enfants requiert des politiques particulières et ainsi de suite ; dans un régime patrimonial du mariage bien adapté, il faudra des économistes en mariage et de juristes spécialisés en économie familiale et en économie des affaires. Aujourd'hui, l'économie du mariage a une grande transcendance internationale, dans la mesure où la planification et l'investissement des patrimoines deviennent internationaux, plutôt pour se protéger des risques des politiques économiques locales. Les enfants sont l'infrastructure humaine et économique de l'avenir. Il faut encourager la croissance de cette infrastructure. Il faut faire des investissements dans le développement des enfants, parce que c'est essentiel. Combien d'enfants paieront-ils les pensions de leurs parents ? Ces considérations à caractère très général doivent être retenues du point de vue philosophique, sociologique et politique pour examiner notre sujet. Parce que les effets patrimoniaux du mariage et des autres unions sont naturellement rattachés à la question fondamentale de savoir quelle sera l'institution concernée. J'attire votre attention sur ce point crucial. Toute cette considération qui suit doit être fondée sur une réflexion philosophique à ce sujet.

Passons maintenant au droit patrimonial du mariage d'aujourd'hui, pour examiner plusieurs éléments. Premièrement, il faut considérer le régime du mariage, mais d'une façon comparative il faut aussi tenir compte du régime des autres unions d'une façon comparative. Nous n'allons en faire une division que pour des raisons de méthodologie. Il ne faut pas oublier que dans beaucoup de pays, quand on parle de mariage, aucune distinction n'est faite entre les unions. Il ne faut pas mépriser les mots, parce que les mots se rapportent à des concepts. Alors, ce n'est pas la même chose de dire mariage ici ou en Suède, où le mariage englobe déjà tout type d'union. Il est donc important de mettre au clair ce à quoi nous faisons

référence lorsque nous parlons de mariage, union, ou lorsque nous utilisons d'autres mots. On le voit bien, il est difficile de faire un examen du régime patrimonial du mariage sans avoir une idée du mariage. À notre avis, le mariage est toujours ce qu'il était traditionnellement, mais il n'en est plus ainsi dans le droit comparé. En droit européen, il y a une tendance à conceptualiser comme mariage tout type d'union. La politique législative s'interroge alors, si tout type d'union doit avoir le même régime de biens ou si le mariage doit avoir un régime de biens, et les unions, un autre. Pour l'instant, je vais me borner à une approche conservatrice des choses. Je vais voir quelle est aujourd'hui dans la réalité actuelle, le régime de biens dans le mariage du point de vue comparatif. J'ai essayé de faire une simplification des régimes qui comptent aujourd'hui dans la réalité comparative, et ceux qui comptent sont un régime tel que le nôtre ou qui lui ressemble, à quelques nuances près, au régime de communauté réduite aux acquêts. Un autre système qui prévaut dans le droit comparé est celui de la séparation de biens. À la fois, il est important de remarquer qu'aucun de ces deux systèmes, notamment celui de la séparation, n'est un système unique. Par exemple, dans les pays scandinaves, est établi un régime de séparation, mais à communauté différentielle ; c'est-à-dire, une communauté qui cesse lors de la dissolution de la société conjugale, bien qu'il soit aussi théorique de penser à la dissolution de la société conjugale, sans penser à la dissolution du mariage. Dans les pays scandinaves, les époux ont une séparation de propriétés pendant le mariage et une division à parts égales lors du divorce, ou de la séparation, ou de l'extinction du régime des biens du mariage. Tant en Norvège qu'au Danemark, il a été établi un nouveau concept d'acquisition d'une maison pour logement par la contribution indirecte de l'épouse ; par exemple, même en présence du régime de séparation, on estime que si le mari a acheté une maison servant de logement, on parle du mari "gagne-pain" et de la femme "au foyer". Ce qui revient à dire que, traditionnellement, c'est l'homme qui entretient la famille, grâce à l'argent qu'il obtient de son travail et la femme qui reste à la maison. C'est pour cette raison qu'il y a un équilibre judiciaire, parce qu'on reconnaît une contribution indirecte de la femme dans le patrimoine, en vertu de ces tâches, qui ne sont pas mesurées en espèces. Lors du divorce, la femme est réputée posséder la moitié du patrimoine et dans quelques cas, de la valeur de la propriété acquise avec l'argent du mari. Ainsi, dans la plupart des systèmes européens actuels, nous avons ce régime mixte de biens propres n'entrant pas dans la société conjugale. Je tends à soutenir personnellement, qu'aujourd'hui, en droit comparé, il y a autant de différence dans la vie quotidienne entre les systèmes de communautés réduite aux acquêts que dans ceux de séparation. Lorsque furent examinées les révisions au Code Civil, et que s'est posée la question de conserver ce régime ou de donner la possibilité aux époux de choisir le régime de séparation, il a été décidé finalement de ne rien changer. Cette idée était posée comme une ouverture du choix entre le régime en vigueur et celui de séparation. Apparemment, aujourd'hui encore, ce qui est important c'est la protection de la femme dans le mariage et on pensait que l'idée de la séparation de biens était peu humaniste pour la protection de l'épouse. Je tends pourtant à croire que ces hésitations, aujourd'hui, n'ont pas de si grandes différences en droit comparé. Je vous rapporte un cas intéressant. En Allemagne, un mariage a été célébré, elle avait un patrimoine de 100 millions de livres sterling. L'époux était Français, il avait de l'argent mais pas tellement. Il a établi une convention où il renonçait à réclamer quoi que ce soit des 100 millions de livres, qui en droit argentin serait réputé comme étant un bien propre et non réduit aux acquêts. Ils se sont mariés, ont vécu un temps à Londres, ont eu des enfants et l'homme a quitté son travail financier et s'est inscrit à Oxford et faire des études de biologie neurologique pour appliquer ces connaissances à la recherche financière. En Angleterre, dans le droit commun, l'idée existait que les époux ne peuvent célébrer valablement, ni faire valoir après, ce type d'accords et conventions prénuptiales. C'était donc la jurisprudence et il y avait des précédents. Les juges ont fondé leur jugement sur le fait qu'aujourd'hui le pays qui refuserait de reconnaître ces conventions prém matrimoniales, vivrait une situation d'isolement insupportable, parce qu'elles sont reconnues dans toute l'Europe. Cela vous donne une idée des circonstances dans lesquelles ce jugement a été pris. Il a été décidé de ne pas reconnaître directement la

convention, conformément à la jurisprudence anglaise. La Cour d'appel a dit : à l'avenir dans les cas dont les faits seront amplement en ligne avec l'affaire qui nous occupe, le juge sera tenu de donner un grand poids dans la propriété matrimoniale où les parties auront convenu librement. Ce qui ne revient pas à dire d'appliquer le droit étranger, ni non plus de donner des effets à un contrat étranger dans la jurisprudence anglaise, c'est l'exercice légitime d'une très ample discrétion conférée aux juges pour obtenir l'équité entre les parties dans toute procédure de division. C'est en vertu de cette discrétion judiciaire que la convention a été prise en compte. En la reconnaissant, il a été déclaré que le mari avait un certain droit, qui a été réduit de 5 millions, de la somme établie en premier ressort, à un chiffre moindre qui n'atteignait pas un million de livres pour obtenir une maison pour lui et ses filles, lors de leurs visites à Londres et de l'argent pour l'entretien des filles et pour son entretien personnel aussi. Tel que nous l'observons, cette affaire est aujourd'hui une question majeure. Pour le moment, je suggère de l'avoir à l'esprit et de remarquer à nouveau que dans le panorama du monde, nous avons un double système, réduit aux acquêts et de séparation. Voyons maintenant, dans les faits, quel est notre système de conflit. Autrement dit, quels droits nous retenons, lorsque le ménage a un premier domicile dans un pays et qu'il déménage ailleurs. Mais ce qui compte bien souvent aujourd'hui, ce n'est pas tellement que les domiciles soient éparpillés autour du monde, mais plutôt que ce qui est le plus banal c'est que chaque petit dispose d'un comptoir où il gagne de l'argent et le place un peu partout dans le monde. Lorsque je dis petit, je laisse aller mon imagination à quelqu'un de pas si petit, et à un peu plus grands, et des milliardaires, et alors le patrimoine devient internationalement très épars. Donc, la tâche des juristes est ardue et ils seront consultés très souvent parce que le patrimoine est de plus en plus éparpillé. Cela arrive parce que le capital petit ou grand, veut toujours partager les risques et il place ainsi ses économies ou investissements par-ci par-là. Il est facile de remarquer qu'aujourd'hui le patrimoine est naturellement rattaché au monde, même ceux qui sont petits, même ceux plus territoriaux. Tout ceci, lors de la dissolution des mariages, fait apparaître plus de conflits. Alors, vient le doute de ce que chacun détient et où il le détient. Sous cet angle, il faut faire une autre considération. Trois éléments sont à retenir intra systématiquement, à savoir : la dissolution du mariage qui est liée à la dissolution du régime des biens, et fréquemment ces dissolutions vont de paire aux problèmes de la succession des époux, motivés parfois par la dissolution. C'est à dire que la mort de l'un des époux entraîne deux problèmes reliés juridiquement : celui de la dissolution du régime de la société conjugale et celui du mariage. Si nous y ajoutons qu'il nous faut régler deux problématiques relatives au régime de la société conjugale et qu'elles ont leur propre loi, mais, en fait, il n'est pas clair quel est le droit à appliquer à la validité, et tout particulièrement à la dissolution du mariage et au divorce qui, en général, sont rattachés à la dissolution de la société conjugale. De plus, il faut faire allusion à une autre *lex societatis*. Celle qui est relative aux sociétés susceptibles d'être constituées par les époux. Il faut y distinguer deux lois des sociétés, celle de la société matrimoniale et celle de la société anonyme. Il y en a deux et l'une a son influence sur l'autre et la première définit si la constitution de la société anonyme est valable ou non. D'autre part, il faut tenir compte d'une dualité de *lex contractus*, il y a une possibilité que le couple puisse célébrer des conventions pré-nuptiales ou nuptiales de régime de biens dans le mariage. C'est à partir de là qu'apparaît une *lex contractus matrimonii*. À leur tour, ils peuvent célébrer des contrats entre eux, quelques-uns sont permis d'autres non. En droit comparé, nous observons cette perspective : il y a des systèmes interdisant aux époux de célébrer des contrats et d'autres systèmes où on est en toute liberté. Il y a aussi un régime restreint où l'on ne peut célébrer que quelques contrats. Nous avons aussi le cas des donations faites par les époux du fait des noces. En droit comparé, il faut alors étudier la *lex contractus matrimonii* et celle ordinaire des contrats célébrés après. Enfin, il faut tenir compte de la *lex sucesiones*. Par exemple, un décès qui produit la dissolution, dans ce cas de figure, plusieurs lois jouent. Chacune de ces lois peut viser un droit différent et tel que vous le verrez, c'est une tâche ardue que celle d'harmoniser les décisions sur le plan international, qui est le but du droit international privé. Ma proposition est de les harmoniser le plus possible en cette matière, parce que le

principe d'effectivité est décisif. Nos ne pouvons pas harmoniser si en Syrie, il n'est pas possible d'appliquer le droit allemand à un immeuble. Notre régime a le sacro-saint principe d'appliquer au régime des biens dans le mariage, la loi du premier domicile conjugal. La première question qui se pose est si cette règle peut être conservée, si elle est souhaitable et raisonnable. Quoique je sois d'un avis contraire, je n'en fais pas une question si importante. Je crois qu'il est convenable de s'arrêter à la fonction historique de cette règle et selon je crois, elle s'est perdue parce que son but était de protéger la femme d'un changement arbitraire de domicile de la part du mari et l'assujettissement au régime des biens qui convenait au mari. De nos jours, on a l'impression que ce n'est que de la théorie ; je ne crois pas qu'on le fasse pour changer un régime de biens du mariage et faire une fraude envers la femme. Il faudrait présumer que tout changement de domicile est frauduleux, mais il y a d'autres désavantages et c'est que cela va contre les lois à tenir en compte au moment décisif. Quelle loi régit le divorce, le divorce est régi par la loi du dernier domicile, non celle du premier ; de façon que nous retenons une pluralité de lois toujours peu pratiques. Quelle loi régit la succession, elle est régie par le dernier domicile du défunt, le dernier domicile et non le premier. De façon que la réalité des institutions rattachées à la dissolution du régime des biens dans le mariage est soumise au dernier domicile. C'est ce dont nous devons nous occuper : de la loi du premier domicile conjugal afin de donner une tutelle présumée à la femme.

Il se peut que le droit du premier domicile conjugal n'applique pas celui du premier, mais celui du dernier domicile. Alors, nous sommes face à ce que la doctrine appelle un renvoi ou retour. C'est à dire que le droit du premier domicile conjugal renvoie l'affaire au droit du dernier domicile. En matière de renvoi, la question ne s'arrête pas là. Parce que le premier domicile conjugal pourrait admettre d'autres critères de rattachement, tels la nationalité, et il nous faudrait voir si nous appliquons le droit du premier domicile conjugal -qui ne veut pas être appliqué- et appliquer le droit de la nationalité des époux, qui n'est pas utilisé ici. Donc, les critiques au choix du premier domicile conjugal semblent, à mon avis, très sérieuses. La question doit se compliquer davantage, parce qu'aujourd'hui, dans le monde, il y a deux tendances en matière conflictuelle : la grande tendance est que tout ce qui est relatif au divorce et au régime des biens, sera soumis à la *lex fori*, la loi du tribunal. En fait, la loi du tribunal n'est pas si pure, parce que derrière la loi du tribunal, il y a toujours le domicile des époux. Ils ne vont pas à un tribunal n'importe où dans le monde, ils vont au tribunal de leur domicile ; la loi du tribunal correspond donc à celle du tribunal du dernier domicile et ici nous voici face à une autre difficulté. Il ne s'agit plus d'établir la loi applicable à la société conjugale, mais de voir quel juge est réputé compétent du point de vue international pour trancher une controverse entre les époux. De nos jours, en droit argentin, tant la juridiction que le droit applicable, sont soumis au critère de rattachement au dernier domicile conjugal. C'est l'occasion de rappeler l'affaire Vlasov. C'était un homme de la Hongrie qui s'était marié et qui avait beaucoup d'argent. Il n'est pas invraisemblable qu'un pauvre devienne riche, prenons Onassis. Le ménage a eu un nouveau domicile et il est venu à Buenos Aires. Le mari se consacrait à gérer une flotte maritime un peu partout dans le monde. Quand madame Vlasov a demandé le divorce, il a dit que le juge argentin n'était pas compétent et cela a pris quatre ans pour que la question soit tranchée à la Cour. Ce haut Tribunal a indiqué que le dernier domicile était celui où il y a eu la dernière cohabitation conjugale. Le premier problème c'était le juge compétent et on a mis quatre ans pour régler ce point. Puis, les biens et le caractère international des biens. L'affaire se poursuivie dans la juridiction argentine et on en est arrivé à une dissolution du régime des biens. Je viens de soulever le troisième problème, je parle de la reconnaissance d'un jugement argentin qui dissout les biens. Comment reconnaîtrait-on un jugement sur le lieu où étaient les navires, par exemple à Gênes ? Quand un bien est à New York ou à Prague, et qu'il faut faire reconnaître le jugement argentin, l'existence de l'Union Internationale du Notariat devient compliquée. Par conséquent, nous sommes face à trois questions sur la juridiction, le droit applicable et ensuite la reconnaissance de la loi dans le monde. Il faut avoir à l'esprit l'importance de la question du régime des biens par rapport à la capacité de l'époux de célébrer des contrats, et sans parler de la

constitution de sociétés anonymes. Il ne faut donc pas oublier que, dans le régime du mariage, en plus du contrat matrimonial ou convention matrimoniale d'origine, il peut y avoir d'autres contrats et constitutions de sociétés. Rappelons ici et voyons quelles matières sont réputées propres au régime matrimonial et quelles matières ne le sont pas. Il faut établir certaines questions concernant quelles sont les matières soumises à la *lex societatis matrimonialis*, chez nous par exemple l'article 2612 établit un régime d'inaliénabilité totale et cela se rattache avec l'impérativité et la même question que nous avons examinée. L'autre élément a trait au fait que si elle mute ou non, si elle change ou non, le droit du premier domicile peut changer. Ensuite, d'autres questions sont posées, non plus du domaine de l'application, mais de la modification des règles. En plus des problèmes posés, nous trouvons aussi celui du changement matériel du droit applicable et du changement des règles fondamentales du droit applicable (règles de conflit). Soit, si le contenu du droit du premier domicile change, s'il change de régime réduit aux acquêts, faut-il lui appliquer le droit du premier domicile conjugal tel qu'il était ou tel qu'il est maintenant ? Il y a aussi des changements conflictuels qui apparaissent, lors de la modification des règles de conflit. C'est le cas lorsqu'on passe du dernier au premier domicile conjugal. Il faut voir si on applique la loi en vigueur ou le texte valable lors de la célébration du mariage. Alors il faudrait prendre le dernier domicile conjugal, et si c'est la loi actuelle, celle du premier domicile. Le droit transitoire argentin et étranger fait aussi l'objet d'examen. S'il y a un changement du droit uruguayen du premier domicile, on passe du régime réduit aux acquêts à celui de séparation. Faut-il appliquer nos textes de droit transitoire ou ceux de l'Uruguay ? La difficulté est assez grande. Vient maintenant un autre problème qui a trait au droit applicable au régime des biens dans les cohabitations. Il s'agit-là de deux problèmes, une possibilité est d'appliquer les mêmes critères que nous appliquons au mariage. À ce sujet, il n'y a pas grand chose établie et pour l'instant aucune situation ne s'est posée. Par contre, nous avons certaines questions relatives au concubinage qui se sont posées, parce que ce n'est pas une union quelconque ; et dans la doctrine argentine, à ce jour on retient que le régime de mariage n'est pas d'application, ni non plus le régime de la société de fait, mais il faut lui appliquer les règles du droit commun, le concubinage étant réputé comme un fait. Or, quand il s'agit d'unions de fait ou d'unions de droit, parce qu'il peut y avoir des unions inscrites au registre, d'un couple homosexuel constitué à Montevideo et qui vient en Argentine, cette union pouvons-nous la reconnaître ou non ? Affecte-t-elle les principes d'ordre public ou pouvons-nous dire que c'est une institution étrangère, mais qu'il faut l'assimiler à une institution connue et lui appliquer un régime, si un litige apparaît dans ce couple à régler ici ? Surtout, nous ne disposons ni de droit matériel, ni de droit conflictuel.

CONCLUSIONS

- 1) La première idée, c'est la nécessité de prendre en compte directement les conventions prématrimoniales, non pas dans un sens restreint, mais dans un sens large. Donc, en droit international privé argentin, je tends à penser que la loi applicable par les parties, en vertu de leur choix, dans un contrat ou convention matrimoniale, il faudrait la reconnaître en Argentine, sauf clause manifestement abusive visant à léser l'un des époux. J'estime que ce principe devrait être reconnu en droit international privé.
- 2) La deuxième question, c'est la nécessité de faire une étude permanente de coordination des ordres juridiques. Le droit international privé n'est plus seulement le droit de coordination des droits matériels, à mon avis, le droit international privé doit envisager aussi le droit des relations entre les ordres juridiques.
- 3) À un moment donné, il fallait penser que le droit international privé n'était que du droit conflictuel. Maintenant, il ne faut pas seulement tenir compte des ordres juridiques des états étrangers, mais aussi de tout autre ordre interne d'un sujet de droit international public. De plus, il faut tenir compte des influences du droit international sur les systèmes et les ordres juridiques des différents sujets ; parce

que le droit international a aujourd'hui une double face, l'une, constitutionnelle et l'autre, internationale. On a les traités internationaux sur les droits de l'Homme et ils ont un rang constitutionnel. La Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme renferme un chapitre sur la protection de la famille. Nous y retrouvons quelques mots qui permettraient aux juges de tenir compte des textes argentins pour voir s'ils sont d'accord avec ces critères légaux. Par exemple, on dit que dans le mariage, il ne peut y avoir de célébration sans la garantie pleine du libre consentement des époux. La liberté de la célébration du mariage est-elle affectée, si l'un des époux a sur l'autre un pouvoir financier supérieur et qui lui impose un régime donné pour se marier ou ne pas se marier ?

4) Toute régulation matrimoniale doit être un rapport d'équivalence entre les époux et si nous mesurons toutes les solutions à notre portée dans le domaine du régime des biens dans le mariage, nous nous retrouvons sur la question de savoir si ces systèmes respectent ce principe d'adéquade équivalence dans le traitement des époux dans le mariage et donc dans le régime des biens. Il serait même vraisemblable que les parties concernées dans des litiges patrimoniaux à grande envergure saisissent la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme.

5) Je propose, à l'Union du Notariat Latin, un prononcé notarial international. Un avis notarial englobant l'opinion de plusieurs notaires cernés par une affaire. Il faut penser à comment matérialiser cet avis notarial international. L'activité notariale a une fonction qui ressemble à la fonction judiciaire. En effet, toutes deux cherchent la vérité et les solutions juridiquement raisonnables. De plus, j'estime que rien n'empêche d'examiner la possibilité de constituer un tribunal notarial pour trancher des questions patrimoniales entre époux, si des droits des tiers ne sont pas lésés. Je ne parle pas de divorce. Je vous soumetts donc ces deux questions. Il me semble aussi que dans leurs cabinets, il serait important que les notaires fassent une recherche sur les sujets que nous venons d'aborder.

5.3. -DISCOURS D'OUVERTURE DE LA III JOURNÉE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ NOTARIAL ONPI

PRONONCÉ PAR LE PRÉSIDENT DE L'ONPI, MAÎTRE LEON HIRSCH LE 5
AOÛT 2010 AU SIÈGE DE LA FACULTÉ DE SCIENCES JURIDIQUES
DE UNI-VER-SIDAD DEL SALVADOR (USAL)

Les célébrations commémoratives de notre Bicentenaire constituent, sans doute, un contexte tout particulièrement propice à la tenue de la IIIème Journée de droit international privé notarial ONPI.

Dans une juste et équitable organisation de la société, conformément aux exigences du développement de tout ordre et à la construction rationnelle de la cohabitation, la tâche transcendante pour la science du droit est de trouver des solutions appropriées aux réclamations que la société actuelle fait en tout espoir et dans l'urgence.

Et, c'est précisément à nous, opérateurs du droit, que revient la responsabilité de prendre en charge une entreprise de cette portée.

Il n'est pas étonnant qu'une journée sur cette branche juridique soit accueillie comme un événement culturel de premier ordre. En effet, cela est mis en évidence par la qualité des thèmes retenus qui en feront l'objet.- Des thèmes évocateurs, pleins de problématiques, d'actualité et d'une importance majeure pour la recherche juridique.

Il est vrai que le mouvement des personnes d'un pays à l'autre et la nécessité d'établir des documents dans un lieu pour les exécuter dans un autre lieu, a entraîné le problème de la validité des pièces établies à l'étranger.

D'où, la fonction notariale devient si importante pour la circulation juridique internationale. C'est aussi

le fondement de la doctrine de l'autonomie de la volonté. En effet, elle va à la recherche de la certitude juridique dans une affaire juridique donnée.- Cette fonction, exercée par le notaire, est actuellement très significative et essentielle pour la sécurité internationale.

De nos jours, avec l'intense circulation commerciale au plan international, la recherche de la certitude juridique qui règne dans le monde du droit, fait que l'on puisse observer, d'une façon claire et nette, l'importance du droit international privé dans l'exécution des actes juridiques.

Sans exagérer les conséquences, j'estime que si nous n'avions pas avec nous la fonction notariale, qui concilie souvent les intérêts opposés des particuliers, nous serions presque à la limite d'un chaos juridique. Voilà pourquoi, l'ONPI a imposé ces journées de droit international privé notarial visant à stimuler son étude. Pourtant, on n'en tient pas toujours compte, à l'heure de présenter des thèmes pour les congrès, journées et conventions, nationaux et in-ter-na-tio-naux.

Enfin, je souhaite dire que le droit international privé notarial est, de nos jours, une des branches du droit des plus importantes pour la sécurité juridique internationale. De même, la tâche exercée par le notaire devient indispensable pour que les actes et les affaires juridiques s'organisent par la voie du droit.

En fait, je ne retrouve pas les mots exprimant suffisamment mon intime satisfaction pour manifester notre reconnaissance à cette prestigieuse maison de hautes études. Nous la remercions de sa décision de prêter tout son soutien et de partager la tenue et l'organisation de cet événement juridique. Merci aussi aux juristes si distingués qui nous illustreront et éclaireront cette Journée. Enfin, je déclare formellement ouverte la III JOURNÉE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ NOTARIAL ONPI.

Merci beaucoup.



HISTORIQUES

6

CHAPITRE



6.1. ARCHIVES NOTARIALES

**ACTE DE ME VICTOR-GERVAIS-PROTAIS MANGEARD,
TITULAIRE D'UNE LICENCE EN DROIT, GREFFIER,
NOTAIRE À L'ÎLE DE GORÉE DU MERCREDI 2 AVRIL 1817**

PAR MAÎTRE DANIEL-SÉDAR SENGHOR

Acte de Me Victor-Gervais-Protais MANGEARD. Licencié en Droit Greffier
Notaire en l'Isle de Gorée du Mercredi 2 Avril 1817

Affranchissement du nommé Amarouba
A (Acte n° 2 du 2 Avril 1817)

Par devant Me Victor-Gervais - Protais MANGEARD
Licencié en Droit Greffier de Gorée

Aujourd'hui Mercredi Deux Avril mil huit cent dix-sept, Est comparue Madame Sophie Mérée, propriétaire, habitant l'Île de Gorée laquelle, en considération de la bonne conduite du nomme Arnarouba, son captif, a par ces présentes décidé de donner sa liberté, sa volonté étant qu'à compter de ce jour il soit et demeure affranchi de toute servitude et qu'il jouisse, sous la protection des lois de tous les avantages attachés à la condition d'homme libre.

Cet acte d'affranchissement est fait à titre de Donation entre vifs, pure, simple, irrévocable ainsi accepte avec les expressions de la plus vive reconnaissance par le sieur Amarouba pour ce présent et intervenant.

Dont acte fait et passé en la maison du Greffe en présence de MM. Jean-Baptiste BAUDIN et René DUPUY tous deux propriétaires, habitant aussi l'Île de Gorée témoins qui ont signé avec la dite comparante et Nous Greffier après lecture faite le dit Amarouba ayant déclaré ne savoir écrire ni signer de ce enquis et de suite la dite Dame comparante déclare ne savoir écrire ni signer, aussi de ce enquis.

Protais Mangeard Dupuy Baudin

COMMENTAIRE D'ACTE NOTARIÉ D'AFFRANCHISSEMENT D'ESCLAVE

dressé en l'Isle de Gorée, Sénégal, le 2 avril 1817,
par Me Victor Gervais Protais MANGEARD, Greffier notaire.

Commentaire de Me Daniel-Sedar SENGHOR, Notaire à Dakar
(détenteur des Minutes du Greffe-Notariat de Gorée).

PRÉSENTATION

S'il est une séquence de l'histoire des faits- sociaux, qui trouble particulièrement les consciences, c'est assurément celle, ou le mercantile, s'est un jour aventuré, à conduire l'homme au commerce de son semblable, réduisant l'humain à simple marchandise.

L'esclavage est hélas une constante universelle, puisqu'il n'est nul lieu, nul peuple, qui puisse s'en proclamer indemne, pour peu que l'on remonte quelque peu dans son histoire.

La "Traite des Nègres" aura pourtant constitué une sorte de paroxysme, en cela qu'elle aura ajouté une dimension systématique au "commerce triangulaire", au "Commerce du Crime" (Abbe Grégoire), par la convergence des intérêts de ses trois pôles, qui chacun à sa manière, a organisé sa propre légitimation opportuniste.

L'Isle de Gorée, située à l'extrême pointe occidentale du continent Africain, est aujourd'hui érigée en "sanctuaire africain mémorial de la douleur noire" (Pape Jean-Paul II), en témoignage d'une époque que l'on souhaite révolue à jamais.

Elle conserve, pour en exorciser la réédition, le témoignage des transactions de la honte, dans le minutier du tout premier Greffier-Notaire établi par Louis XVIII Roi de France, en 1817.

Parce que préoccupé de sécurité juridique, ce Notariat embryonnaire s'est trouvé interpellé dès son établissement, à l'occasion des actes constitutifs ou translatifs de ce droit de type particulier, que constituait la prétention d'appropriation privative d'un être humain par un autre, entre vifs, ou à cause de mort, à titre onéreux, comme à titre gratuit.

Nous avons choisi, pour illustrer notre contribution, à la connaissance de l'histoire par le notariat, de présenter cette douloureuse séquence par un acte d'espoir, parce que d'affranchissement, ou plus exactement d'abrogation d'un ordre illégitime, même s'il se présente, pour des raisons purement académiques, sous la forme d'un acte notarié de donation entre vifs.

Nous nous proposons, dans une première partie, d'examiner le contexte socio-économique d'époque, en éclairant le profil des acteurs, ainsi que la perception qu'ils pouvaient se faire des événements, avant dans une seconde partie, de procéder au commentaire plus classique de la formule juridique retenue, pour permettre au lecteur d'en évaluer l'articulation matérielle autant que la portée.

I. RAPPEL HISTORIQUE ET CONTEXTE SOCIO-ÉCONOMIQUE

1- LA TRAME DE L'HISTOIRE

La légende attribue la reconnaissance de la côte occidentale d'Afrique aux antiques navigateurs carthaginois, mais la première relation précise d'une découverte occidentale, est celle du navigateur portugais Denis Diaz en l'an 1444.

La partition du nouveau monde, entre les Couronnes d'Espagne et du Portugal, de part et d'autre du 60° méridien ouest, volera très vite en éclats, sous les coups de boutoir des ambitions de conquête des Hollandais, Danois, Anglais, Français, Génois, Suédois et Allemands, qui se tailleront des possessions sur le continent africain, à la dimension de leur influence maritime du moment, ou au gré des traités, marquant les étapes de leurs campagnes et conquêtes en Europe continentale.

L'Isle de Gorée changera 17 fois de pavillon en 230 ans. De 1587 à 1817, elle sera tour à tour, Portugaise, Hollandaise, Française et Anglaise, autant de jalons successifs, dont certains ne dureront que quelques semaines.

Quoique exigüe de proportions, elle offre la première rade naturelle abritée sur les routes du sud de l'atlantique, et permet aux navires de faire étape, d'y réparer les avaries de la traversée, et d'assurer le ravitaillement en eau potable et vivres frais, avant de reprendre la route des Amériques, des Indes ou de l'Afrique Australe.

Sa configuration escarpée face au grand large, permet très vite sa fortification et l'hébergement d'une garnison, assurant à la souveraineté du moment, le contrôle stratégique de la navigation côtière et du commerce en provenance du continent, qui quoique marginal à l'origine, connaîtra un développement soutenu, en raison de sa position exceptionnelle de comptoir de regroupement entre les navires de passage et la côte.

Elle prendra sa part dans l'organisation du "commerce triangulaire", mais son rôle restera limité dans ce domaine, en raison de son exigüité et de la faiblesse de ses ressources en eau potable, qui la confinent plus volontiers, dans un rôle de rouage technique.

Le statut juridique des esclaves dans les territoires français, se trouvait organisé par une Ordonnance Royale de 1685, plus connue sous le nom de "Code Noir".

La principale forme d'esclavage en vigueur dans l'île, au temps de la révolution française, est celle dite de l'esclavage "de case", qui constitue plutôt une sorte de domesticité paternaliste et à vie, pour les besoins du train de maison de la bourgeoisie du commerce florissante, qui s'y développe à la faveur des unions contractées entre navigateurs européens, et filles du pays, et du réel talent au commerce des enfants qui en sont issus.

Le Traité de Paris de 1815, conclu entre la France et l'Angleterre, au lendemain de la chute de l'Empire Napoléonien et de la Restauration de Louis XVIII Bourbon sur le Trône capétien, organise le retour de l'Isle de Gorée à la Couronne de France, au terme d'une sixième et dernière période d'occupation anglaise qui aura duré 13 ans (1804 à 1817), intermède au cours duquel la traite des nègres avait été abolie par l'Angleterre en 1807, sous l'impulsion de Lord Wilberforce et de la "Société des Amis des Noirs".

Le retour de l'île à la France, marque aussi la rupture définitive avec l'ancien mode privatif d'administration, par l'entremise d'une "société privée d'intérêt colonial" concessionnaire, au profit d'un mode d'administration direct par la souveraineté coloniale devant prospérer pendant plus d'un siècle, par duplication de l'ensemble des institutions de la métropole, sous l'autorité du ministère de la marine et des colonies.

Entre autres institutions, il est installé un Tribunal d'Arrondissement à Gorée, pourvu d'un Greffe, dont le fonctionnaire en charge, exerce concurremment les fonctions de Greffier, de Notaire, de Commissaire Priseur, d'Huissier, de Secrétaire du Conseil d'Arrondissement et d'Officier de l'État Civil.

C'est dans ce contexte historique, que s'inscrit le deuxième acte notarié, dressé en l'île de Gorée le 2 avril 1817, par Maître Victor Gervais Protais MANGEARD, Greffier-Notaire tout nouvellement installé et probable rescapé du naufrage de la frégate "La Méduse" en juillet 1816, sur laquelle avait embarqué la quasi totalité de l'appareil administratif français, comme suite à la rétrocession de l'île à la France, par l'Angleterre.

2- LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

Ce nouveau mode d'administration directe par la puissance publique, sécurise l'investissement, et permet, dans le même temps, l'avènement de services sociaux d'éducation et de santé, par les congrégations religieuses.

L'île de "Gorée la Joyeuse", connaît une période de grande prospérité, permettant à sa bourgeoisie d'édifier de belles et fastueuses demeures, abritant une vie sociale intense et des réjouissances nombreuses, au cours desquelles les idées révolutionnaires de liberté et d'égalité essaient de se frayer un chemin, même si Napoléon a rétabli en 1802 l'esclavage qui avait été abrogé dans les colonies françaises par la Révolution, par Décret du 4 février 1794 (16 Pluviôse An 2).

Le tout nouveau greffier-notaire, fait mention de son titre de "licencié en droit", dans son préambule d'acte. C'est donc un universitaire et un juriste accompli, qui est investi de la charge de Greffe-Notariat de l'île, dans laquelle il débarque probablement sans aucun a priori, mais convaincu aux idées de grandeur de la "mission civilisatrice" de son pays en terre d'Afrique.

Les deux témoins à l'acte, les sieurs Jean-Baptiste Baudin et René Dupuy, négociants français, sont des notables de l'île "mariés à la mode du pays", et qui y ont engendré une postérité honorablement connue jusqu'à ce jour.

Tous deux sont parfaitement représentatifs du paysage socio-économique d'époque, et sont considérés comme des références morales, en leur qualité de bourgeois et de lettrés, passerelles nécessaires entre l'autorité coloniale embryonnaire et l'indigénat. Madame Sophie Mérée, "Donateur", est qualifiée de propriétaire et habitante de l'île, ce qui signifie qu'elle est une "signare" (Dame en créole portugais), issue de l'union d'un Maître Européen et de sa captive indigène, elle est elle-même mulâtresse et indigène, jouissant du statut alors privilégié de riche propriétaire, à la faveur de sa probable qualité de compagne d'un puissant officier, ou négociant à la colonie. Quoique riche et privilégiée, elle ne sait "ni écrire ni signer".

Le "nommé Amarouba son captif" est un "esclave de case", ce qui signifie que, quoique captif, il jouit d'un statut envié de domestique, attaché au service d'une grande maison de maîtres en l'île de Gorée.

Son patronyme est explicite en ce qui concerne son origine, puisqu'il s'agit plus exactement d'Amarou ou Amar, ou encore Omar ou Oumar, prénom musulman, suivi du nom patronymique de BA, de l'ethnie Toucouleur, riveraine des berges du fleuve Sénégal, au nord de ce qui deviendra la République du Sénégal.

Cet acte a ceci de particulier, qu'il met en présence maîtresse et captif, tous deux "naturels du pays" et égaux dans leur analphabétisme, dans un acte d'affranchissement établi sur le modèle on ne peut plus classique, d'un acte de donation notarié.

Se bornaient-ils d'ailleurs, à partager cette seule ignorance ?

L'histoire ne nous dit rien de la nature de sa "bonne conduite", ni de la forme prise par "l'expression de sa plus vive reconnaissance".

Était-ce le salaire différé de bons et loyaux services, de nature ancillaire, ou peut-être même plus secrets, voire même de maîtresse et d'amant ?

3- PROJECTIONS MÉTAPHYSIQUES

L'alchimie de l'asservissement de l'homme par l'homme, a ceci de particulier, qu'elle ne laisse ni l'un ni l'autre indemne, de la promiscuité devant nécessairement résulter de cette intime appropriation supposée de l'essence de Yun, par le vouloir de l'autre.

C'est le syndrome classique de l'assujettissement du maître, au service dont il ne sait plus se passer et par voie de conséquence, d'un rapport de sujétion au dispensateur de service, inversant le binôme de maître, esclave et son serviteur, parce que tributaire d'un service dont il devient l'esclave.

Il en résulte à l'analyse, que les frontières apparentes, ne sont pas nécessairement celles que l'on peut supposer, et que toute une palette de géométries susceptibles de varier à l'infini, gouverne les relations entre le maître et son captif, jusqu'à l'inversion de polarité devant conduire le maître à la condition d'esclave et de son captif.

Ceci car, au delà des apparences et des conventions, rien ne saurait remplacer le rapport intime d'influence, devant se former entre deux personnalités en confrontation constante, riches toutes deux de leur différence, même si l'égaré des consciences en a fait perdre la mémoire.

Quelle était la compréhension de tout cela, par les trois officiants, notaire et témoins à l'acte ?

Probablement de pur formalisme académique, ou de simple volonté de promotion doctrinaire, mais prudente, des idées neuves issues de la révolution française, et rendues suspectes sous la restauration monarchique.

L'idée même d'affranchissement contient la notion de franchissement dynamique d'une étape, d'une

stance, celle du dépassement initiatique, d'un statut subi et non voulu, dans la mémoire imprescriptible d'une arbitraire agression.

La notion de captif contient déjà l'aveu d'une soumission à l'emprise externe d'une énergie dominante, conséquence directe d'une action de capture, ayant préconditionné cette précaire condition.

La conjonction de ces deux propositions, revendique tout l'arbitraire du statut de captivité ou d'esclavage, qui porte en lui-même, la marque de son imprescriptible illégitimité.

Le "Code Noir" de 1685 lui-même, qualifie l'affranchissement de "restitution" à l'esclave de sa pleine propriété, démontrant par à contrario, que l'esclavage ne pouvait constituer qu'une sorte de privation à temps, ou plutôt même une sorte de suspension, ne pouvant en aucun cas valoir abrogation.

Il est très peu probable, que les acteurs involontaires de cette page de l'histoire, aient été suffisamment versés dans ce type de spéculation, pour évaluer à leur juste mesure, l'ensemble des fondements du rituel initiatique auquel l'histoire les conviait.

Nous nous en tiendrons là, dans notre œuvre d'investigation et de compréhension des anciens ressorts d'une époque révolue de longue date, convaincus que nous sommes, que dans cet ordre d'idées, le plus esclave des deux n'est pas toujours celui que l'on peut supposer et qu'il nous faut assumer collectivement ce témoignage, pour nous assurer que dans l'avenir de l'homme, il n'y soit plus jamais question de cela!

Il en reste la magique émotion d'une belle page de l'histoire du notariat sénégalais d'époque coloniale, celle de la reconnaissance du chainon retrouvé de l'être profond, inaliénable et sacre, celui de - LIBERTÉ.

.....

II- L'ORGANISATION PAR LE CONTRAT DE L'INTENTION LIBÉRALE

L'acte notarié "d'Affranchissement du nomme Amarouba", dressé à la date du 2 avril 1817, est le second au minutier du Greffe-Notariat de l'île de Gorée qui, quoique dans un état de conservation médiocre (humidité et piqûres de vers), a permis la reconstitution en annexe.

Cette construction originale interpelle le juriste, aussi bien quant à la forme utilisée, que par le contenu et la portée des formules retenues.

1- A LA RECHERCHE DE LA FORMULE APPROPRIÉE

L'intention libérale devait, dans un premier temps, rechercher les meilleures formes d'organisation et de garantie de l'objectif poursuivi.

Il était permis d'hésiter entre deux techniques juridiques tout-à-fait distinctes, au service de cet objectif de reconnaissance ou d'établissement des droits de la personne :

a) L'acte public de souveraineté, sous forme de la loi ou de règlement, qui paraissait le mieux à même d'organiser la déclaration ou la reconnaissance du statut d'homme libre, insusceptible de contestation et d'application générale, d'ordre public et immédiate et comme devant contenir l'abrogation simultanée de tout statut contraire.

Même si la traite négrière était : prohibée dès cette époque, il faudra encore attendre quelques années avant que, par Décret du 27 avril 1848,

b) La convention de gré à gré, intervenue librement entre les parties, mais présentant le double aléa de l'arbitraire bon vouloir du maître d'une part, mais aussi de rupture avec la logique unilatérale de l'acte d'affranchissement d'autre part, pour des raisons de parallélisme des formes avec l'acte antérieur de mise en captivité, ayant nécessairement précédé la libération.

A mi-chemin entre ces deux formes, l'acte notarié permettrait d'organiser un moyen terme de choix : libéral, à l'identique de la convention sous seing-privé, mais rédigé par un professionnel du droit, et conforté par le sceau royal, lui confirmant le caractère de l'authenticité, à l'identique d'un acte public et

valent charte individuelle du droit de liberté insusceptible de contestation.

Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que l'acte notarié, en raison de sa simplicité de mise en œuvre et des nombreux avantages qu'il permettait de ménager, ait été retenu par préférence à toute autre formule.

Rédigée en la forme manuscrite sur une feuille de papier, on peut supposer que cette rédaction a été dressée par le Notaire, de manière instantanée, sur la simple indication des intentions des parties, après vérification de leur identité, de leur capacité, et de la nature exacte de leur volonté.

Se posait simplement la question du choix du modèle juridique le plus approprié, pour parvenir à satisfaire les intentions des requérants à l'acte.

La convention envisagée revêtait la forme d'une intention libérale entre vifs, de gré à gré, et à titre gratuit. Elle intervenait entre deux parties d'inégale influence et, au surplus, en l'absence de capacité du bénéficiaire. On pourrait par ailleurs, s'interroger sur la nécessité de comparution de ce dernier, dans un acte déclaratif univoque.

Il était sans doute possible de dresser un acte de déclaration notariée unilatéral, à l'effet d'établir ou de reconnaître, avec ou sans effet rétroactif, la liberté d'un ancien captif.

Autre modèle juridique connu de la pratique notariale d'époque, celui de l'abandonnement ou du délaissement de biens, s'appliquant en l'occurrence au droit de liberté du captif, avec ou sans contrepartie financière.

L'une comme l'autre formule ne faisait sans doute pas ressortir avec suffisamment de précision, l'intention libérale du donateur, ni surtout ne magnifiait avec assez de solennité le pacte quelque peu magique ou initiatique, que pouvait constituer cette accession ou cette consécration de la liberté.

Le rédacteur d'époque, peut-être par timidité, ou par la crainte d'iconoclastie, aura préféré la forme d'un acte translatif de droit (celui de donation entre vifs), plutôt que celle d'un acte déclaratif, en guise de reconnaissance d'une évidence, un temps occultée.

Il est probable par ailleurs, dans la grande tradition de la pratique notariale, que le Greffier Notaire d'alors, n'aura pas inventé cette formule de toute pièce, mais en aura relevé l'organisation contractuelle, dans un modèle antérieur intervenu à la colonie du Sénégal, ou peut-être aux Antilles.

Nos investigations sommaires, ne nous ont pas permis d'élucider cette question avec exactitude.

Aussi, supposons nous, sous réserve de recherches ultérieures, qu'il a été procédé, de manière tout-a-fait ingénieuse, à la transposition du modèle juridique, on ne peut plus classique, de la donation entre vifs précipitaire et hors part, en opportunité avec la situation du moment.

Dressé sur une seule page, en une envolée d'un seul tenant, aussi précise que sobre, cet acte d'affranchissement mérite quelques précisions pour en faire ressortir les caractéristiques parfaitement ciselées.

2- COMMENTAIRE DE L'ACTE

Après identification de l'Officier Public instrumentaire, mention de son titre universitaire, de son office ministériel, de sa résidence et indication des jours, mois et année de réception de l'acte, il est constaté la comparution de la Dame Sophie Mérée, Donateur.

Si sa qualité de propriétaire et sa résidence en l'île de Gorée sont parfaitement indiquées, nous ne disposons d'aucune information concernant son statut de femme mariée, célibataire ou veuve, ni de ses lieu et date de naissance, ni même encore concernant son statut d'indigène (naturelle du pays), ou de citoyenne.

On peut supposer, que sa qualité "d'habitante de Gorée" signifie qu'elle jouissait d'un statut de citoyenne ou "d'assimilée", par opposition à celui d'indigène, quoique analphabète et ne sachant, ainsi qu'elle le déclare à pied d'acte, "ni lire, ni signer".

Elle est la seule à comparaître effectivement à l'acte, puisque le Notaire use du vocable "est comparue", plutôt que de celui "ont comparu", ce qui signifie que le donataire "le nommé Amarouba", présent à la lecture de l'acte, n'y intervient que pour "accepter" et "exprimer" sa plus vive reconnaissance.

La Donatrice est probablement célibataire et majeure, puisqu'il n'est fait nullement mention d'une

assistance, ni d'une autorisation maritale, selon la règle alors en vigueur en semblable cas.

Pour pallier sans doute à toute éventualité, l'acte est dressé avec toute la solennité que requiert l'événement, en la Maison du Greffe en la présence de deux témoins qui ont signé avec le Notaire et... la comparante.

Cette mention n'est pas contradictoire avec ce qui suit, car on peut supposer que le rédacteur, ignorant le caractère d'illettrée de la Donatrice, se soit lui-même laisser abuser par l'apparence de sa prospérité et de sa condition de "Dame habitante de l'île", pour procéder ensuite à rectification à pied d'acte, par la mention de son illettrisme.

Nous ne disposons d'aucune information concernant le donataire, si ce n'est les mentions de sa qualité de "captif", de sa "présence" lors de l'établissement de l'acte, de son "intervention" pour "acceptation", et du fait que, quoique "reconnaisant", il ne sait "ni écrire, ni signer".

En préalable à la désignation du bien dont il est fait donation et, au regard de probables difficultés de qualification précise, il est fait mention de la cause de cette libéralité "en considération de la bonne conduite" et de l'objectif recherché, "sa volonté étant, qu'à compter de ce jour, il soit et demeure affranchi de toute servitude, et qu'il jouisse, sous la protection des lois, de tous les avantages attachés à la condition d'homme libre".

Toute une circonlocution laborieuse, mais indispensable à la définition précise du bien donné, et à l'organisation des limites devant assurer sa protection pour l'avenir.

Selon le "Code Noir" de 1685, l'esclave constituait un bien de nature mobilière et, par suite, la présomption de l'article 2279 du Code Civil de 1804 "en fait de meuble la possession vaut titre", devait très probablement s'appliquer.

Cette rédaction pêche par contre, par l'absence de justification d'une origine de propriété régulière, à l'effet d'établir avec exactitude le droit dont il est usé par la Donatrice, pour disposer, à titre gratuit, d'un bien réputé lui appartenir, mais sans qu'elle ne rapporte la preuve de son accession à cette propriété, selon les formes de droit.

Cette omission est sans grande conséquence, en ce qui concerne "la charte de liberté" du Donataire, quoiqu'il ne soit justifié nulle part de la manière dont la Donatrice tenait elle-même son droit, en considération de la nature mobilière du bien transmis.

L'acte authentique écarte formellement tout risque de revendication d'une quelconque usucapion.

Ce débat se trouvera définitivement clos, près de trente années plus tard, au moment de la promulgation du Décret du 27 avril 1848, abrogeant définitivement l'esclavage de case en l'île de Gorée.

L'entrée en jouissance du droit transmis est immédiate "à compter de ce jour", et sans aucune restriction, puisque la donation est qualifiée de "pure, simple et irrévocable".

Il n'y est fait mention d'aucun "droit de retour conventionnel", dont on voit mal par ailleurs, comment il eut été possible d'organiser matériellement l'exercice, au cas de prédécès du Donataire après avoir lui-même transmis la liberté à ses descendants, que l'on ne saurait priver juridiquement, du droit d'emporter le bénéfice de la donation dans l'au delà ! Pas d'action révocatoire ni non plus de mention de charges de quelque nature que ce soit, grevant le bénéfice de cette donation.

Aucune indication concernant le fait de savoir si la Donatrice a déjà consenti d'autre donation par le passé ni sur l'identité de ses présomptifs héritiers, pour les besoins de l'éventuelle imputation de la donation à sa succession, après calcul de la réserve héréditaire et de la quotité disponible. On peut et l'on doit nécessairement supposer, que cette donation a été faite à titre précipitaire et hors part, insusceptible de rapport à succession, puisque selon toute apparence le Donataire n'avait pas vocation à venir à la succession de la-Donatrice, en l'absence de lien de parenté.

Plus curieusement, et contrairement aux usages, cet acte ne contient aucune indication de la valeur du bien transmis à titre de donation.

Pour le surplus, la formule reste sobre et dépouillée, sans autre référence aux charges et conditions de la donation que celle classique et "protection des lois", c'est-à-dire du droit commun, avec une probable référence implicite aux libertés constitutionnelles d'inspiration républicaine.

Cette inspiration républicaine se trouvait quelque peu remise dans le contexte d'époque, celui de la Restauration, et par suite il convenait dès lors de retenir plutôt l'idée de charte ou d'octroi plus conforme à l'opinion dominante d'alors.

Pas de formule d'élection de domicile, ni d'indication de la partie à laquelle incombent les frais d'acte, ni d'accomplissement de formalités ultérieures. La minute de l'acte ne comporte aucune autre mention que celles ci-dessus. Elle n'est ni timbrée, ni enregistrée, et ne comporte aucune mention de perception d'un quelconque droit, ni même encore de délivrance de grosse ou d'expédition.

On peut supposer pourtant, qu'une copie exécutoire aura été délivrée au Donataire, pour lui servir de charte ou de brevet personnel de son droit de liberté tout neuf.

3- LOGIQUE JURIDIQUE

Cette convention, de forme très dépouillée et qualifiée à l'intitulé de l'acte "d'affranchissement", ne contient aucune équivoque concernant sa nature juridique de donation entre vifs, se rapportant à la liberté, L'usage du pronom "sa" précédant le mot liberté, incite à l'interrogation concernant la nature de ce possessif, et sur le fait de savoir s'il est un attribut en soi, ou s'il le devient par suite de réunion avec le donataire qu'il est supposé gratifier.

Il faut peut-être y voir, avec le recul du temps, une manière de prise en compte d'une sorte de démembrement du droit, non pas de propriété, mais de la personnalité, par la délimitation d'une matière rémanente et passive "le corpus" latin, d'une part, et la liberté, projection de "l'animus", d'autre part, La propriétaire de l'animus, faisant donation à son esclave, détenteur du seul corpus, d'un bien corporel, patrimonial et transmissible, dénommé LIBERTÉ, aux fins de réunion de ces deux attributs.

On ne peut qu'admettre cette construction juridique, empreinte de simplicité, en s'interrogeant simplement, sur le fait de savoir si le donataire disposait de suffisamment de capacité juridique, pour pouvoir accepter cette donation entre vifs.

Le statut d'esclave ayant pour préoccupation générique d'organiser la privation du libre arbitre et de la décision, on peut en effet s'interroger, sur la capacité qui était celle du Donataire, d'accepter la donation qu'il était envisagé de lui consentir, avant que cette donation n'ait produit son plein et entier effet, puisqu'en vertu du Code Noir, un esclave ne pouvait "ester en justice" et, par suite, n'avait pas capacité pour intervenir dans un acte authentique.

D'où sans doute, la nécessité d'avoir à le faire assister de témoins certificateurs, comme devant peut-être accepter en ses lieu et place, pour lui et en son nom, à raison de sa condition privative de capacité d'acceptation, dans le cas particulier de cet acte d'affranchissement mais sans préciser dans ce cas, en vertu de quel pouvoir aux fins d'acceptation.

On peut par ailleurs, s'interroger sur la licéité de la convention, comme étant relative à l'un des attributs des droits de la personnalité qui, même en l'absence de promulgation du Code Civil à la colonie, ne pouvait faire l'objet de convention contraire à l'ordre public.

"La personne humaine (ou ses démembrements), est en dehors du commerce"... et cela quelque soit le sens de ce commerce, qu'il soit de privation, de transmission ou de rétrocession.

L'interdiction de principe du commerce des droits de la personnalité, "les rend insusceptibles de changer de titulaire".

Il sont par suite, intransmissibles, sauf l'effet d'atténuation conventionnelle, du type Contrat de Travail, étant précisé que le contrat de louage de service à vie, est interdit par le Code Civil, pour assurer la parfaite protection de cet attribut de la personnalité.

Dans la compréhension des rédacteurs du Code Civil de 1804, d'inspiration généreuse et napoléonienne, on ne pouvait concevoir "qu'une personne n'ait pas droit à la vie, à la liberté physique et intellectuelle". C'est le principe même de l'école philosophique du droit naturel, et tel que réaffirmé dans la déclaration des droits de l'homme de 1789.

Se pose par suite, la question de conformité de la convention, avec le concept de licéité du contrat organisant une dévolution contraire à l'ordre public, en vertu de l'adage selon lequel "les droits de la

personnalité ne peuvent être détachés de la personne de leur titulaire, parce qu'ils font corps avec elle, et qu'ils constituent un élément de la personne, elle-même". (Professeur Mazeaud).

Notre convention, parce que devant aboutir à la réunion d'un attribut de la personnalité avec son titulaire, a pour présupposé métaphysique, celui de la prise en compte d'un statut antérieur illicite, avec comme conséquence logique, celle du risque de contestation de sa propre licéité en raison de la nullité de plein droit, de la cause comme de l'objet du statut antérieur qu'elle s'essaie à abroger.

Le lecteur aura compris qu'il ne s'agit là que d'exégèse sémantique !

EN CONCLUSION

A la question de déterminer le contexte socio-économique en vigueur, au temps de l'établissement d'un acte d'affranchissement d'esclave en l'île de Gorée en 1817, ainsi que de percevoir l'idée que les principaux acteurs pouvaient s'en faire, nous avons essayé de répondre en restituant l'événement dans son contexte historique, avant d'en analyser les ressorts intimes, en parfaite conscience du privilège qui nous est fait, d'avoir été choisis pour dépositaires d'archives exceptionnelles, pour la compréhension de l'histoire de l'humanité, et du choc, parfois violent, des cultures et des peuples.

Nous avons saisi l'opportunité qui nous était offerte, à l'occasion de l'exhumation d'un document original, pour essayer de faire partager, au cours de ces quelques pages, notre enthousiasme à la rencontre de ce grand moment de l'histoire, en essayant, par sa diffusion, d'en rendre le souvenir immortel, en lui permettant de s'évader au delà du secret de notre minutier.

Nous aurions préféré, le lecteur s'en sera convaincu, procéder au commentaire d'une plus vaste fresque, inspirée du préambule introductif à la toute jeune constitution de la République Française d'alors, sous forme de déclaration des droits, de tous les droits, du captif Amarouba, désormais libre, à l'instar de tous ses semblables, non point à la faveur de la reconnaissance de sa maîtresse, mais de sa qualité d'homme, comme un en soi, et non en conséquence d'un don, dont il est resté l'obligé, comme si la fiction de son ancien statut de captif aurait pu, un seul jour, s'emparer de sa conscience.

Il en reste, pour le juriste, le témoignage d'une construction originale qui est parvenue, quoique de manière inattendue, à satisfaire l'objectif poursuivi, dans la simplicité et le respect de l'autonomie de la volonté, parce que là se trouvait, selon nous, l'essentiel de l'exercice auquel se trouvait convié notre lointain prédécesseur, et auquel il a satisfait, avec talent, au moyen des instruments de droit qui étaient les siens.

Daniel-Sédar SENGHOR

Notaire à Dakar, République du Sénégal

Le samedi 2 avril 1994

en commémoration du 177ème anniversaire de l'acte commenté.



PUBLICATIONS

7

CHAPITRE



Me José Antonio Márquez González

7.1. "DERECHO NOTARIAL"

TOME I (2006), TOME II (2007), TOME III (2008),
PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ,
ISIDORO, ET. AL., EDITORIAL FÉLIX VARELA, LA HABANA

COMPTE-RENDU RÉDIGÉ PAR ME JOSÉ ANTONIO MÁRQUEZ GONZÁLEZ

L'Espagne et Cuba se sont réunies dans un magnifique projet de science notariale. Voici donc le résultat, un excellent Derecho Notarial – Droit Notarial-, en trois tomes, sous la coordination de Leonardo B. Pérez Gallardo et Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez. Y ont pris part Lázaro Corzo González, Rodolfo Hernández Fernández, Juan B. Vallet de Goytisolo, Juan Bolás Alfonso, Roberto Blanquer Uberos, Josefina China Guevara, Annette Estudillo Travieso et Ada M. León Irurzun pour le tome I ; Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, Josefina China Guevara, Juan Francisco Delgado de Miguel, Teresa Delgado Vergara, Marta Fernández Martínez, Antonio Rodríguez Adrados, Lázaro Corzo González, Rodolfo Hernández Fernández, Naiví Chikoa Barreda et Jesús Gómez Taboada, pour le tome II. Enfin, Josefina China Guevara, Javier Vinader Carracedo, Olga Mesa Castillo, Marta Fernández Martínez, Zenia Fernández Padrón, José Angel Martínez Sanchíz et Jesús Gómez Taboada, pour le tome III.

Le premier tome a trait aux principes fondamentaux du droit notarial, sa spécificité et la nature et le caractère de la fonction notariale ; le deuxième tome, à son tour, se réfère tant à la juridiction gracieuse, à la déontologie notariale et à l'acte authentique, qu'à l'intervention des témoins. Enfin, le troisième tome ajoute les actes notariés, notamment la déclaration d'héritiers ab intestato en tant que titre successoral, la nullité documentaire, la foi publique en matière commerciale et de famille et le notaire et le droit immobilier.

La seule compilation de sujets intéressants et d'auteurs réputés nous montre déjà le caractère de cet ouvrage, dont le tirage, en

guise de conclusion, est de quarante-cinq mille exemplaires environ. C'est vraiment inhabituel, comparé à nos modestes tirages dans le reste de l'Amérique latine (un ouvrage scientifique de cette envergure ne dépasse pas en général les deux mille exemplaires, par exemple, dans la prestigieuse maison d'édition Porrúa du Mexique).

Les trois volumes ont une présentation attirante et moderne sous la devise de la Société du Notariat Cubain. Il est vrai que la qualité des feuilles en papier révolution n'est pas tout à fait satisfaisante, notamment quand les livres sont prisés et que l'on souhaite les conserver dans leur meilleur état. D'autre part, la mise en page à la charge de Madame Niurka Casanovas Herrero a été très soignée. Le format est homogène, les citations doctrinaires abondantes et la qualité de tous les textes est excellente, ce qui est tout à fait conforme à la prestigieuse tradition scientifique existant dans les deux pays.

7.2 - **“LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA. REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES Y NORMAS COMPLEMENTARIAS”,**

CORCUERA GARCÍA, MARCO ANTONIO, EDITORIAL MARSOL, LIMA, 2006, 350 PAGES.

COMPTE-RENDU RÉDIGÉ PAR ME JOSÉ ANTONIO MÁRQUEZ GONZÁLEZ

Le jeune notaire Marco Antonio Corcuera García, de Trujillo, a publié récemment sa Ley de la Garantía Mobiliaria. Reglamento de inscripciones y normas complementarias, dans une édition magnifique et très bien soignée de Marsol. L'ouvrage contient un minutieux exposé de la Loi de la garantie mobilière, numéro 28677, qui règle de manière compréhensive le gage et les garanties sur gage. Corcuera distribue son examen en transcrivant littéralement le texte de la loi, en signalant dans les moindres détails ses antécédents, en établissant ses concordances générales et spécifiques suivant un ordre alphabétique rigoureux et en les groupant, conformément à la législation dont ils relèvent.

L'analyse, ainsi faite est novatrice et utile. Novatrice, vu le récent surgissement de la Loi de la garantie mobilière qui, aux dires de l'auteur, est un des faits législatifs les plus importants des derniers temps. De plus, elle est utile et notamment appréciée, vu l'information érudite qu'elle fournit, où le dévouement et le temps consacrés par Corcuera à cette coordination sont évidents.

L'ouvrage étudie aussi le Règlement d'inscriptions du Registre Mobilier des Contrats et son rapport avec les registres juridiques des biens meubles (Res numéro 142-2006-SUNARP-SN), qui a même demandé une étude beaucoup plus précise, étant donné son étendue.

Le livre contient une série d'annexes législatives, jurisprudentielles et même des documents y rattachés. Il contient aussi un appendice de pratique notariale dans la constitution de garanties mobilières.

Un ouvrage si élaboré et si minutieux dans ses détails exigeait, de toute évidence, un glossaire d'aide et un index analytique. En effet, ces deux éléments y sont intégrés à la fin. Le glossaire se limite à dégager le concept substantiel, mais l'auteur a pris soin d'y ajouter la référence législative nécessaire. L'index analytique, pour sa part, renferme plus de 650 termes en prenant le même soin pour la référence législative, non seulement de la Loi de la garantie mobilière, mais aussi un grand nombre de lois y afférentes (une abréviation utile est établie dans l'Avertissement préliminaire). Sans doute, l'auteur a pris grand soin des détails : à la fin, comme une sorte de don au lecteur, est affiché un tableau récapitulatif des délais dans la Loi de la garantie mobilière. Ce tableau consigne l'affaire référée et l'article correspondant.

Marco Antonio Corcuera prouve, dans son dernier ouvrage, le grand dévouement et son intérêt tout particulier pour le droit tant civil que notarial et qui, depuis toujours, l'ont caractérisé. C'est grâce à ces qualités qu'il a récemment (avril 2008) été désigné Membre de la Chambre Internationale de la prestigieuse Université Notariale Argentine (UNA), à Buenos Aires.

