



Unión Internacional del Notariado
(UINL)



Nº 117

RIN

Revista Internacional del Notariado

ONPI

Institución Editora

SEDE PERMANENTE

Avenida Las Heras 1833. Piso 9º (1024)

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN

Avenida Las Heras 1833. Piso 9º (1024)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851

Mail: onpiuinl@onpi.org.ar

www.onpi.org.ar

PRESIDENTE UINL

NOTARIO JEAN- PAUL DECORPS - FRANCIA

DIRECCIÓN DEL COMITÉ EDITORIAL

NOTARIO LEÓN HIRSCH - ARGENTINA

COORDINACIÓN EJECUTIVA DE CONTENIDOS

NOTARIA SUSANA BONANNO - ARGENTINA

TRADUCTORAS FRANCÉS

MARÍA INÉS CASADOUMECQ Y MARÍA DEL CARMEN RAMAYÓN

TRADUCTORAS INGLÉS

MARÍA CLAUDIA CARBONE Y ELIZABETH REDDY

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

CECILIA ALCOBA 43966-5047 / 155828-6566

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
Nº de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores,
pero no se solidariza necesariamente con ellas.

Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.

RIN Nº 117 - Año 2012

Presidente: Jean-Paul Decorps. Francia

Vicepresidente para África: Ganiou Adechy. Benin

Vicepresidente para América del Norte, Central y el Caribe:
Dennis D. Martínez Colón. Puerto Rico

Vicepresidente para América del Sur:
José Flavio Bueno Fischer. Brasil

Vicepresidente para Asia:
Duan Zhengkun. China

Vicepresidente para Europa:
Ernesto Tarragón Albella. España

Tesorero: Bernhard Burkard. Suiza

MIEMBROS

Rolf Gaupp. Alemania
Abdelhamid Achite-Henni. Algeria
Jorge Mateo. Argentina
Hansjörg Brunner. Austria
Abdoulaye Harissou. Camerún
Martin Foukal. Rép. Checa
Juan Bolás. España
Alain Lambert. Francia
Houcine Sefrioui. Marruecos
Francisco X.Arredondo Galván. México
Dariusz Wojciech Rzakowski. Polonia
Daniel-Sédar Senghor. Senegal

MIEMBROS DE DERECHO CON VOZ CONSULTIVA

Presidente saliente de la UINL
Eduardo Gallino. Argentina

Secretario de la UINL
Pierre Becqué. Francia

Presidente de la Comisión de Asuntos Africanos (CAAf)
Régine Dooh-Collins. Camerún

Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos (CAA)
Alfonso Zermeño Infante. México

Presidente de la Comisión de Asuntos Asiáticos (CAAs)
Adrian Djuaini. Indonesia

Presidente de la Comisión de Asuntos Europeas (CAE)
Mario Miccoli. Italia

Presidente de la Comisión de Cooperación Notarial Int. (CCNI)
Michel Merlotti. Suiza

Presidente de la Comisión Consultiva (CC)
Giancarlo Laurini. Italia

COMITÉ DIRECTIVO

Presidente
Leon Hirsch. Argentina

Vice-presidente
José Marqueño de Llano. España

Vice-presidente
Daniel Sédar Senghor. Senegal

Secretario
Horacio Francisco Ballestrin. Argentina

Tesorero
Martin Giralt Font. Argentina

MIEMBROS TITULARES

Pablo Adolfo Marino. Argentina
Ana María Kemper. Argentina
María Evelina Massa. Argentina
Enrique H.J. Garbarino. Argentina
Rosa Marta Axelrud de Lendner. Argentina
Marcela Pesce. Argentina
Bernardo Pérez Fernández del Castillo. México
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner. Colombia
Paulo Roberto Gaiger Ferreira. Brasil

MIEMBROS SUPLENTE

Mariano Miró. Argentina
Alejandra Vidal Bollini. Argentina
Flora Mariñansky de Katz. Argentina
Maria Isabel Carchano. Argentina

MIEMBROS CORRESPONSALES

Pierre Becqué. Francia
Abdoulaye Harissou. Camerún
Houcine Sefrioui. Marruecos
Jacques Pourciel. Francia
Mirna Lubet Valenzuela Rivera. Guatemala
Rajendra Dassyne. Isla Mauricio
Nigel Ready. Londres (UK)
José Antonio Márquez González. México
Francisco Javier Villavicencio Cárdenas. Perú
Pedro Germán Nuñez Palomino. Perú

ALBANIA

NATIONAL CHAMBER OF NOTARIES OF ALBANIA
Vaso Pasha P. 13 - TIRANA - ALBANIE
Mimoza Sadushaj, Président
Tél: +355-42-244555
e-mail: flacej@hotmail.com

ALGERIA

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES
02, Rue El Bakri - Benaknoun
16030- Alger - ALGÉRIE
Abdelhamid Achite- Henni, Président
Tél-Fax: +213 21.94.54.17
e-mail: me-achite@hotmail.com

ALEMANIA

BUNDESNOTARKAMMER
Mohrenstrasse 34 D-10117 BERLIN - ALLEMAGNE
Timm Starke, Président
Tél: +49-30-3838660 Fax: +49-30-3838666
e-mail: BNotK@BNotK.de; buero.bruessel@bnotk.de
<http://www.bnotk.de>

ANDORRA

CAMBRA DE NOTARIS DEL PRINCIPAT D'ANDORRA
Baixada del Molí 7-9-11, planta 1ª, despatx A-5
AD500 Andorra la Vella - PRINCIPAT D'ANDORRA
Rosa Ferràndiz Esteve, Présidente
Tél: +376 802660 Fax: +376 802665
e-Mail: notariaferrandiz@andorra.ad

ARGENTINA

CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO
Paraguay 1580
1061 BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA
Gustavo Daniel Rosso, Président
Tél: +54 11 5811-4778/4779/4780
e-mail: consfed@ingesis.com.ar; grossoptecofed@gmail.com
<http://www.cfna.org.ar>

ARMENIA

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES D'ARMENIE
1 rue Baghramian, Impasse, bâtiment 14A
0019 EREVAN - ARMENIE
Mamikon Aslanyan, Président
Tél : +374-10-519939 Fax : +374 10 589707
e-mail : notarakanpalat@mail.ru

AUSTRIA

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER
Landesgerichtsstrasse, 20
A-1010 WIEN - AUTRICHE
Ludwig Bittner, Président
Tél: +43-1-4024509 Fax: +43-1-4063475
e-mail: kammer@notar.or.at
<http://www.notar.at>

BELGICA

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

BENIN

CHAMBRE DES NOTAIRES DU BENIN
C/151 Av. Van Vollen Hoven Avlékétécodji
01 BP 3486 COTONOU - BENIN
Véronique Akankossi Deguenon, Présidente
Tél: +229 21 31 49 54 Fax: +229 21 31 40 86
Portable: +229 97 17 44 55 / 90 91 33 89
e-mail: akanveronique@yahoo.fr

BOLIVIA

ASOCIACIÓN NACIONAL DE NOTARIOS DE BOLIVIA
Calle Yanacocha No. 428, 2° Piso Of. 6
Notario No. 15 - LA PAZ, BOLIVIA
Juan Carlos Merlo Vilca, Président
Tél: +591 22407765 +591 77780480 +591 71238895
e-mail: notaria_15_lp@yahoo.com.ar
juancarlosmerlo@hotmail.com <http://www.notariosbolivia.com>

BOSNIA-HERZEGOVINE

COMMISSION DES CHAMBRES DES NOTAIRES
DES ENTITES DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE
c/o Notary Chamber of Republic of Srpska
Aleja Svetog Save 57 - 78000 Banja Luka
Bosna i Hercegovina
Irena Mojovic, Présidente
Tél: 00387 51 321 620 Fax: 00387 51 321 621
E-mail: notarskakomors@blic.net

BRASIL

COLEGIO NOTARIAL DO BRASIL-CONSELHO FEDERAL
Alameda Grajau, 279 - Alphaville -
BARUERI - CEP 06454 - 050 - SP - BRASIL
Ubiratan Pereira Guimarães, Président
Tél/Fax: + 55-11-4166-7771
e-mail: ubiratan@tabeliaodebarueri.com.br
<http://www.notariado.org.br>

BULGARIA

CHAMBRE DES NOTAIRES DE BULGARIE
46-48, A Rue Opalchenska
BG-1303 SOFIA - BULGARIE
Dimitar Tanev, Président
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
4-703, Avenue John KENNEDY 04 BP8702 OUAGADOUGOU 04
BURKINA FASO Ezomboé Noël Bayala, Présidente
Tél: +226-50 31 14 76 Fax: +226-50 30 26 56
e-mail: noelbayala@yahoo.fr

CAMEROUN

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DU CAMEROUN
BP 7233 YAOUNDE- CAMEROUN
Marceline Engalanin, Présidente
Tél: +237-33 43 13 14 Fax: +237-33 42 14 49
e-mail: engalanin@yahoo.fr; etudeengalanin@yahoo.fr

CENTROAFRICA

CHAMBRE DES NOTAIRES DE CENTRAFRIQUE
Rue Monseigneur Grandin (Face Brossette- Valor)
Boite Postale 1125 - BANGUI - République Centrafricaine
Christiane Doraz Sereffessenet Dussey, Présidente
Tél: +236.75.04.09.22 Fax: +236 21.61.38.35
e-mail: cabinedoraz@yahoo.fr

CHILE

ASOCIACION DE NOTARIOS, CONSERVADORES
Y ARCHIVEROS JUDICIALES DE CHILE
Calle Avda. Pdte. Bulnes, n°79, Oficina 50
Casilla 14270 - Correo 21 - SANTIAGO DE CHILE CHILE
Alfredo Martín Illanes, Président
Tél: +56-2-6990864-6713557 Fax: +56-2-6962508
e-mail: amartin@notariamartin.cl; asdeno@entelchile.net
<http://www.notariosyconservadores.cl>

CHINA

CHINA NOTARY ASSOCIATION
16th Floor, Tower B, Building 17, Area 1 Fangchengyuan,
Fangzhuang
Fengtai District, BEIJING 100078, CHINA
Zhengkun Duan, Président
Tel: +86-10-58 07 56 66 8027 Fax: +86-10-58 07 51 08
e-mail: chinanotary@yahoo.com.cn
<http://www.chinanotary.org>

COLOMBIA

UNION COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO (U.C.N.C.)
CARRERA 9 No. 97-20 - BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA
Alvaro Rojas Charry, Président
Tel: + 57-1 7464040 Ext. 103 Fax: +57-1 7464040 Ext. 115
e-mail: presidencia@unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com
www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com
www.portaldelnotariadocolombiano-uncn-com

CONGO

CHAMBRE DES NOTAIRES DU CONGO
Place marché de la Plaine
1er étage de l'immeuble "Résidence de la Plaine"
Centre-ville - B.P. 2927 BRAZZAVILLE - REPUBLIQUE DU CONGO
Salomon Louboula, Président
Tel: +242-06-6778961
e-mail: offinotasalom@yahoo.fr

COREA

KOREAN NOTARIES ASSOCIATION
404, Seoul Lawyers Association Bldg., 1718-1
Seocho-3-dong Seoul - Korea
Jeong Ho Song, Président
Tel: +82-2-3477-5007 Fax: +82-2-3476-5551
E-mail: kma@koreanotary.or.kr

COSTA RICA

COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA
Apartado Postal 3161 - 1000 SAN JOSÉ - COSTA RICA
Érika Hernández Sandoval, Présidente
Tel: +506-2531947 Fax: +506-2240314 / 22023643
e-mail: icoden@ice.co.cr
<http://www.abogados.or.cr/>

COSTA DE MARFIL

LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA COTE D'IVOIRE
01 B.P. 8654 - ABIDJAN 01 - COTE D'IVOIRE
Véronique Williams Tegnét, Présidente
Tel: +225-20321147
Email: chambredenot@aviso.ci; vwilliamsnot@aviso.ci

CROACIA

CHAMBRE DES NOTAIRES DE CROATIE
Radnicka cesta 34/II - HR-10000 ZAGREB - CROATIE
Ivan Malekovic, Président
Tel: +385-1-4556566 Fax: +385-1-4551544
e-mail: hjk@hjk.hr
<http://www.hjk.hr> <http://www.hjk.hr/indexe> (anglais)

CUBA

SOCIEDAD DEL NOTARIADO CUBANO
(Unión Nacional de Juristas de Cuba)
Calle 21 n° 552 esq. a D Vedado, Plaza de la Revolución
Ciudad de LA HABANA - C.P. 10400 - CUBA
Olga Lidia Pérez Díaz, Présidente
Tel: +537-8329680/8327562/8326209 Fax: +537-8302954
e-mail: unjc@unjc.co.cu; olguitaperez@oc.minjus.cu

EL SALVADOR

COLEGIO DE NOTARIOS DE EL SALVADOR
Calle Cuscatlán No.218, entre 79 y 81 Av. Sur,
Colonia Escalón SAN SALVADOR - EL SALVADOR C.A.
Francisco José Barrientos, Président
Tel: +503-2263-8250; 2263-8273; 2263-8265 Fax: +503-2263-8254
e-mail: barrientos@integra.com.sv; lawesfjb@integra.com.sv

ECUADOR

FEDERACION ECUATORIANA DE NOTARIOS
Irlanda E10-16 y Av. República del Salvador
Edificio Torre XXI, Tercer Piso - QUITO - ECUADOR
Jorge Machado Cevallos, Président
Tel: +593-2-2462047/2443861 Fax: +593-2-2456651
e-mail: fen_ecuador@yahoo.es; jorge_machado50@hotmail.com

ESLOVAQUIA

NOTARSKA KOMORA SLOVENSKEJ REPUBLIKY
(Chambre des Notaires de la République Slovaque)
Krasovského 13 - 851 01 Bratislava 5 - SLOVAQUIE
Karol Kovács, Président
Tel: +421-2-55574519 Fax: +421-2-55574589
e-mail: notarska.komora@notar.sk
<http://www.notar.sk>

ESLOVENIA

NOTARSKA ZBORNICA SLOVENIJE
(Chambre des Notaires de Slovénie)
Tavcarjeva ul. 2 - SLO-1000 LJUBLJANA - SLOVENIE
Marjana Ticar Bešter, Présidente
Tel: +386-1-4392570 Fax: +386-1-4340247
e-mail: info.nzs@siol.net
<http://www.notar-z.si>

ESPAÑA

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos n°46, 6ª Planta
E-28010 MADRID - ESPAÑA
Manuel López Pardiñas, Président
Tel: +34-91-3087232 Fax: +34-91-3087053
e-mail: info@notariado.org; internacional@notariado.org;
<http://www.notariado.org> <http://www.notariado-cg.es>

ESTONIA

EESTI VABARIIGI NOTARITE KODA
Chamber of Notaries of the Republic of Estonia Tatari 25
EE - 10116 TALLINN - Anne Saaber, Présidente
Tel: +372 617 7900 Fax: +372 617 7901
e-mail: koda@notar.ee
<http://www.notar.ee>

FRANCIA

CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS
60, boulevard de La Tour- Maubourg
F-75007 PARIS - FRANCE
Benoit Renaud, Président
Tel: +33-1-44903000 Fax: +33-1-44903030/44903120
e-mail: csn@notaires.fr ; international.csn@notaires.fr
<http://www.notaires.fr>

GABON

CHAMBRE DES NOTAIRES DU GABON
B.P.1967 - PORT-GENTIL - GABON
Célestin Ndelia, Président
Tel: +241-550746 Fax: +241-555752
e-mail: etude.ndelia@yahoo.fr

GÉORGIE

CHAMBRE DES NOTAIRES DE GEORGIE
150, Avenue Agmachénébéli - 0112 - TBILISSI - GÉORGIE
Bachana Shengelia, Président
Tel/Fax : +995 32 220 67 77 - 1117
e-mail: bshengelia@justice.gov.ge;
bshengelia@notary.ge; contact@notary.ge

GRECIA

CONSEIL NATIONAL DU NOTARIAT HELLENIQUE
4, Rue G.Gennadiou - GR-10678 ATHENES - GRECE
Konstantinos Vlachakis, Président
Tel: +30-210-3307450/60/70/80 (Départ. Intern.: +30-210-3307456)
Fax: +30-210-3848335
e-mail: notaries@notariat.gr; vlahakis@ath.forthnet.gr

GUATEMALA

COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA

Edificio Colegios Profesionales

O Calle 15-46 Zona 15, Colonia El Maestro, 8°. Nivel

01015 GUATEMALA - GUATEMALA C.A.

José Alfredo Guillermo Cabrera Martínez, Président

Tel: +502-23697936 Fax: +502-23693714

e-mail: presidencia@colegioabogadosynotarios.org.gt;

colegio@colegioabogadosynotarios.org.gt

<http://www.colegioabogadosynotarios.org.gt>

<http://www.igdnatorial.org.gt>

GUINEA

CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE GUINEE

B.P. 2415 - CONAKRY - REPUBLIQUE DE GUINEE

Fatoumata Yari Yansané Soumah, Présidente

Tel: +224-62 48 17 17 / +224-60 25 25 16 Fax : +224-64 25 00 15

e-mail: fatoumata.yansane@etude-yansane.com; yariyans@yahoo.fr

HAITI

ASSOCIATION SYNDICALE PROFESSIONNELLE

DE NOTAIRES DE PORT-AU-PRINCE

390, Avenue John Brown - PORT-AU-PRINCE - HAITI

Ernst M. Avin, Président

Tel: +509-37293092 Fax: +509-2459798

e-mail: jh_ceant@yahoo.com

HONDURAS

UNION DE NOTARIOS DE HONDURAS

Colonia 15 de septiembre, Bloque S, casa 2003,

calle de atrás de La Tribuna - Comayaguela - Honduras C.A.

Ivis Discua Barillas, Président

Tel: +504-2234-0100/2234-0085 Fax: +504-2234-0100

e-mail: info@notarios honduras.org

notariosdehonduras@yahoo.com

HUNGRIA

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE HONGRIE

Pasaréti str. 16 - H-1026 BUDAPEST - HONGRIE

Ádám Tóth, Président

Tel: +36-1-4894880 Fax: +36-1-3567052

e-mail: mokr1@kamara.mokk.hu;

<http://www.kozjegyzo.hu>

INDONESIA

IKATAN NOTARIS INDONESIA (INDONESIAN NOTARY ASSOCIATION)

Jalan Hasyim Ashari - Roxy Mas Blok El-32

JAKARTA PUSAT 10150 - INDONESIA

Adrian Djuaini, SH, Président

Tel: +62-21-63861919/63851329 Fax: +62-21-63861233

e-mail: nonimachrani@yahoo.com; pp-ini@rad.net.id

adriandjuaini@yahoo.com; adriandjuaini@cbn.net.id

ITALIA

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Via Flaminia, 160 - I-00196 ROMA - ITALIA

Giancarlo Laurini, Président

Tel: +39-06-362091 Fax: +39-06-32650079

e-mail: cnn.segriintern@notariato.it

<http://www.notariato.it>

JAPON

NIPPON KOSHONIN RENGOKAI (Japan National Notaries Association)

Daido Kasumigaseki Bld., 1-4-2, Kasumigaseki 1-chome,

Chiyoda-ku, TOKYO - JAPAN 100-0013

Hiroaki Sasaki, Président

Tel: +81-3-3502-8050 Fax: +81-3-3508-4071

e-mail: honbu@koshonin.gr.jp

<http://www.koshonin.gr.jp>

LETONIA

LATVIJAS ZVERINATU NOTARU PADOME

(Chambre des Notaires Assermentés de Lettonie)

Krisjana Valdemara iela 20 – 8

LV-1010 RIGA - LETTONIE

Sandra Jakusenoka, Présidente

Tel: +371 67 218 955 Fax: +371 67 286 326

e-mail: info@latvijasnotars.lv

<http://www.latvijasnotars.lv>

LITUANIA

LIETUVOS NOTARU RUMAI (Chambre des Notaires de Lituanie)

Olimpieciy str. 4 - LT 09200 VILNIUS - LITUANIE

Marius Strackaitis, Président

Tel: +370-5-2614757 Fax: +370-5-2614660

e-mail: rumai@notarai.lt

<http://www.notarurumai.lt>

LONDRES

SOCIETY OF SCRIVENER NOTARIES

95 Aldwych - LONDON WC2B 4JF - United Kingdom

Jeremy Burgess, Président

Tel +44-20-73954300 Fax: +44-20- 73954310

e-mail: jburgess@cheeswrights.co.uk

<http://www.scrivener-notaries.org.uk>

LUXEMBURGO

CHAMBRE DES NOTAIRES DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

53, boulevard Joseph II - L-1840 LUXEMBOURG

Frank Molitor, Président

Tel: +352-447021 Fax: +352-455140

e-mail: chambre.des.notaires@online.lu

<http://www.notariat.lu>

MALI

CHAMBRE DES NOTAIRES DU MALI

Rue 329 – Porte 99 - BP 2016 - BAMAKO - MALI

Fatimata Dicko Zouboye, Présidente

Tel: +223 20 29 20 73 Fax: +223-20 29 04 49

e-mail: etudezouboye@orangemali.net

MARRUECOS

CHAMBRE NATIONALE DU NOTARIAT MODERNE DU MAROC

41, Rue Jilali El Ouraïbi (Ex Rue Foucauld)

Angle Boulevard Mohammed V - CASABLANCA - MAROC

Sidi Ahmed Amine Touhami El Ouazzani , Président

Tel: +212-222-209837/209849 Fax: +212-222-209858

e-mail: notairesmaroc@yahoo.fr

MAURITANIA

CHAMBRE DES NOTAIRES DE MAURITANIE

B.P. 4410 - NOUAKCHOTT - MAURITANIE

Ishagh Ould Ahmed Miské, Président

Tel: +222-29 28 28

e-mail: miske.notaire@mauritel.mr; miske_ishagh@yahoo.ca

MEXICO

ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C., COLEGIO NACIONAL

Av. Paseo de la Reforma No. 454 - Col. Juárez, Delegación Cuauhtémoc - CP 06600 MEXICO D.F. - MEXICO

Juan José Pastrana Ancona, Président

Tel: +52-55- 55146058, 55256452, 55255167, 55256415, 55256254,

55255987 Fax: +52-55-55119493

e-mail: notariadomexicano@notariadomexicano.org.mx

<http://www.notariadomexicano.org.mx>

MOLDAVIA

UNION DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE MOLDAVIE

Uniunea Notarilor din Republica Moldova

Constantin Stere N. 8 - CHISINAU - MOLDAVIE

Tatiana Ungureanu, Présidente

Tel: +373-22-232572 +373-69-132675 Fax: +373-22-23 25 74

e-mail: unrm@moldova.md

MONACO

NOTARIAT DE LA PRINCIPAUTE DE MONACO

2, Rue Colonel Bellando de Castro - 98000 MONACO

PRINCIPAUTE DE MONACO

Henry REY, Président

Tel: +377-93-3041-50 Fax: +377-93-3005-22

e-mail: etude@rey.notaire.mc

NICARAGUA

BARRA DE ABOGADOS DE NICARAGUA

Restaurante Terraza - 10 Paradas Abajo - Frente a la O.E.A.

Apartado Postal 3506 - MANAGUA - NICARAGUA

Sergio García Quintero, Président

Tel: +505-2-22834/76406

NIGERIA

CHAMBRE DES NOTAIRES DU NIGER
Boîte Postale n°13453 - NIAMEY - NIGER
Oumarou Mayaki, Président
Tel: +227-20733737/20735039 Fax: +227-2073 52 88
e-mail: mayaki_o@yahoo.fr

PANAMA

COLEGIO DE NOTARIOS PÚBLICOS DE PANAMÁ
P.O. Box 832-0149 WTC - Panama - REPUBLICA DE PANAMA
Raul Castillo Sanjur, Président
Tel: +507 223-9429 Fax +507 223-9429
e-mail: notariatercera@hotmail.com

PARAGUAY

COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY
Juan E.O'Leary n°1066 - ASUNCION - PARAGUAY
Roberto Wilfrido Escobar González, Président
Tel: +595-21-491273 Fax: +595-21-491273
e-mail: cep@cep.org.py presidencia@cep.org.py;
secretariapresidencia@cep.org.py
http://www.cep.org.py

PAISES BAS

KONINKLIJKE NOTARIELE BEROEPSORGANISATIE
B.P.16020 -NL-2511 BA DEN HAAG - NETHERLANDS
Ruud van Gerven, Président
Tel: +31-70-3307111 Fax: +31-70-3602861
e-mail: buitenland@knbn.nl
http://www.notaris.nl

PERU

JUNTA DE DECANOS DE LOS
COLEGIOS DE NOTARIOS DEL PERU
Av. Paseo de la República N°3565
Octavo Piso, Of. 801-802 - San Isidro - LIMA 27 - PERU
Francisco Javier Villavicencio Cárdenas, Président
Tel: +51-1-4228160 Fax: +51-1-4228004
e-mail: decano@notarioscallao.org.pe; notariavc@terra.com.pe;
juntadedecanos@yahoo.es; jdcnperu@terra.com.pe
http://www.juntadedecanos.org.pe http://www.notarios.org.pe

POLONIA

KRAJOWA RADA NOTARIALNA
(Conseil National du Notariat Polonais)
ul.Dzika 19/23 - PL-00172 WARSZAWA - POLOGNE
Tomasz Janik, Président
Tel: +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

ASOCIACION DE NOTARIOS DE PUERTO RICO
P.O.Box 363613 - SAN JUAN - PUERTO RICO 00936-3613
Lugui Rivera Rodríguez, Présidente
Tel: +1-787-758-2773 Fax: +1-787-759-6703
e-mail: notariosdepr@prtc.net
http://www.anotapr.org

PORTUGAL

ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES
Travessa da Trindade, n° 16 - 2.º C, PT-1200-469
LISBONNE - PORTUGAL
João Maia Rodrigues, Président
Tel: +351 21 3468176/3403280 Fax: +351 21 3468178/3403289
e-mail : internacional@notarios.pt
http://www.notarios.pt/OrdemNotarios/pt

QUEBEC (CANADA)

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUEBEC
1801, avenue McGill College - Bureau 600 - MONTREAL (Québec)
H3A 0A7 CANADA
Jean Lambert, Président
Tel: +1-514-879-1793 Fax: +1-514-879-1923
e-mail: sylvie.senneville@cdnq.org; jean.lambert@cdnq.org
http://www.cdnq.org

REPUBLICA DE CHAD

ORDRE DES NOTAIRES DU TCHAD
B.P. 326 - N'Djaména - TCHAD
Mahamat Saleh Kikigne, Président
Tel: +235-252-6230504/9376564 Fax: +235-252-14984 52
e-mail: ordre.notarestchad@yahoo.fr
kikignemsa50@yahoo.fr

REPUBLICA CHECA

NOTARSKA KOMORA CESKE REPUBLIKY
(Chambre de Notaires de la République Tchèque)
Apolinářská 12 - CZ 128 00 PRAHA 2 - REPUBLIQUE TCHEQUE
Martin Foukal, Président
Tel: +420-2-24921258/24921126 Fax: +420-2-24919192/24919266
e-mail: nkcr@nkcr.cz
http://www.nkcr.cz

REPUBLICA DOMINICANA

COLEGIO DOMINICANO DE NOTARIOS
Calle Danae n° 12, Gazcue - SANTO DOMINGO D.N.
REP. DOMINICANA
Rodolfo Pérez Mota, Président
Tel: +1-809-687-2883 Fax: +1-809-689-0849
e-mail: colegiodominicanodenotarios@hotmail.com
rodolfonotariopresidente@gmail.com
http://www.colegiodominicanodenotarios.com

REPUBLICA DE MACEDONIA

NOTARSKA KOMORA NA REPUBLIKA MAKEDONIJA
(Chambre des Notaires de la République de Macédoine)
28/V Rue Dame Gruev - MK-1000 SKOPJE - MACEDOINE Rép.
Zorica Pulejkova, Présidente
Tel: 389-2-3115816 Fax: 389-2-3239150
e-mail: nkrm@mt.net.mk ; zoricapulejkova@yahoo.com

REPUBLICA DE MALTA

KUNSILL NOTARILI ta' MALTA
144, Strait Street, Valletta - MALTA
Clinton Bellizzi, Président
Tel: + (356) 21 806 555
e-mail: notariesofmalta@gmail.com; cc: notus@maltanet.net
http://www.notariesofmalta.org

REPUBLICA DE MAURICE

CHAMBRE DES NOTAIRES DE L'ILE MAURICE
PCL building 43, Rue Sir William Newton PORT LOUIS ILE MAURICE
Rajendra Dassyne, Président
Tel +230-212 2204/2647/2649 Fax +230-212 2653
e-mail: notario@intnet.mu; rajendra.dassyne@gmail.com

REPUBLICA DE SAN MARINO

ORDINE DEGLI AVVOCATI E NOTAI
Via Gino Giacomini, 154 47890 - SAN MARINO CITTÀ
REPUBBLICA DI SAN MARINO
Maria Selva, Présidente
Tel: +39-0549-991333 Fax: +39-0549-991333
e-mail: ordindegliavvocati@omniway.sm
http://www.tradecenter.sm/avvocati-notai

RUMANIA

UNION NATIONALE DES NOTAIRES PUBLICS DE ROUMANIE
Str. General Berthelot nr. 41
Sector 1 - RO-707471 BUCAREST - ROUMANIE
Dumitru Viorel Manescu, Président
Tel: +40-21-3139920/23/25/26/37/40 Fax: +40-21-3139910
e-mail: unnpr@ines.ro
http://www.uniuneanotarilor.ro

RUSIA

CHAMBRE NOTARIALE FEDERALE DE RUSSIE
Bobrov per., 6, bâtiment 3 - RU-101000 MOSCOW - RUSSIE
Maria Ivanovna Sasonova, Présidente
Tel: +7-495-6238676/6235970 Fax: +7-495-6285193
e-mail: interotd@notary.ru;

SENEGAL

CHAMBRE DES NOTAIRES DU SENEGAL
Rue Jules Ferry 4 - Impasse Marguerite Trichot S/C Ipres
B.P. 14357 DAKAR - SENEGAL
Amadou Moustapha Ndiaye, Président
Tel: +221-33 8234002 Fax: +221-33 8234001
e-mail: cdns@sentoo.sn/cdns@orange.sn
moustapha.ndiaye@notaires.sn

SUIZA

FEDERATION SUISSE DES NOTAIRES
Thunstrasse 164 - Postfach 30
CH-3074 MURI B. BERN - SUISSE
Sandro Stadler, Président
Tel: +41-31-3105840 Fax: +41-31-3105841
e-mail: stadlercattaneo@bluewin.ch;
info@schweizernotare.ch; fsn@schweizernotare.ch
<http://www.notairessuisses.ch>

TOGO

CHAMBRE DES NOTAIRES DU TOGO
54, rue Logomé, Tokoin, - SOTED
BP : 20262 LOME - TOGO
Molgah Kadjaka Abougnima, Présidente
Tel : +222 70 76/ 904 27 41
e-mail : mkadjaka@yahoo.fr

TÚNEZ

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES TUNISIENS
66, avenue Bab Bnat - TUNIS - TUNISIE
Nawfel Triki, Président
Tel / Fax: +216 71 560 605

TURQUIA

TÜRKIYE NOTERLER BIRLIGI (Union des Notaires Turcs)
Söğütözü Caddesi No. 4 - Çankaya/ANKARA - TURQUIE
Fahri Köse, Président
Tel: +90- 312 218 80 00 Fax: +90-312 218 80 42
e-mail: baskan@tnb.org.tr; sibel@tnb.org.tr
<http://www.tnb.org.tr>

URUGUAY

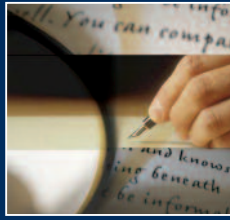
ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY
Avenida 18 de Julio 1730, pisos 11 y 12
Edificio del Notariado - MONTEVIDEO - URUGUAY
Sara Ethel Castro Esteves, Présidente
Tel: +598-2-4094317/4006400 Fax: +598-2-4010637
e-mail: secretaria@aeu.org.uy
<http://www.aeu.org.uy>

VATICANO

UFFICIO LEGALE DEL GOVERNATORATO
V-00120 CITTA DEL VATICANO - VATICANO
Mons. Giorgio Corbellini,
Capo dell'Ufficio Legale del Governatorato
Tel: +39-06-69885592 Fax: +39-06-69885299
e-mail: glucaro@hotmail.com

VENEZUELA

ASOCIACION VENEZOLANA DE NOTARIOS PUBLICOS
Avenida principal de las Mercedes
Edificio Barsa - Oficina 1 A - CARACAS - VENEZUELA
Ramon Llovera, Président
Tel: +58 212 9938477/9920621
e-mail: ramonllovera@hotmail.com



EDITORIAL





El Director

LAS JORNADAS NOTARIALES



La realización de la XV Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Madrid, España del 28 al 31 de mayo pasado y en razón de no haber merecido las Jornadas Notariales, en general, el análisis o reflexión suficientes sobre las mismas, nos motivó a referirnos a ellas.

De acuerdo con la doctrina desarrollada por Ortega y Gasset, la perspectiva es el orden y forma que la realidad toma para el que la contempla.

Según la peculiar manera o predisposición para percibir o valorar las acciones humanas y la obra de las instituciones, en relación con el grado de conocimiento que de ellas se tenga y de la ecuanimidad de juicio, podrá captarse la riqueza vital que constituye el ser del notariado, de su organización institucional y de la calidad de sus componentes.

Del conjunto de hechos que pueden presentarse a fin de comprender el contexto histórico social de la institución notarial, de la voluntad colectiva que la sustenta y de los beneficios que brinda a la comunidad, hemos pensado en aportar una perspectiva sobre dichas Jornadas.

Es un lugar común afirmar que las Jornadas Notariales han contribuido eficazmente a elaborar una sólida doctrina acerca de las cuestiones inherentes al derecho y a la actividad notarial.

La condensación de opiniones resultante de esclarecimientos y estudios críticos de elevada jerarquía y sujetos a métodos acordes con los trabajos de investigación, se produjo originariamente en cenáculos cerrados, por el escaso número de notarios que, tiempo atrás, se ocuparon con especial dedicación a profundizar la rica y particular problemática de materias que carecían de suficiente análisis en el libro y en la cátedra universitaria.

El progreso operado en todas las ciencias, por una serie de causas conocidas, alcanzó también a la actividad doctrinaria que estaba en la base de dichas jornadas.

La frecuencia de este tipo, en la que se destaca ahora la participación activa de grupos cada vez más numerosos de notarios, dotados de una adelantada formación jurídica, con dominio en diversos campos del conocimiento y con notables aspiraciones de noveles notarios que deben merecer el más alto respeto y estímulo, no sólo responde al axioma de que la ciencia es eminentemente comunicable, sino que constituye un hecho halagador, impregnado de múltiples significaciones, a nivel de la técnica operatoria del derecho y de la creación de nuevas teorías.

Por ello debemos continuar trabajando para que ellas mantengan su consagrada jerarquía doctrinaria en los sectores del derecho, propios de la formación jurídica del notario y difunda sus conclusiones, atravesando la corteza de lo vulgar y alimente las ansias de perfeccionamiento que distingue al cuerpo. Recordando la frase de un destacado escritor, cabe todavía decir que en el desarrollo y conclusiones de los temas que en ellas se trata, debe imperar no sólo la *objetividad*, sin la cual las conclusiones no valen nada, sino también la *humildad*, sin la que el hombre no vale mucho.

Asimismo aún poseen vigencia los conceptos de Heidegger: lo "*por hacer*" tiene mayor importancia existencial que "*lo hecho*", y por tanto debemos propender a no quedar inmersos en el planteo de cuestiones frías y neutras y sí, en vez, excitar la reflexión acerca de múltiples temas que, por sus valores cognoscitivos, gravitarán en las operaciones intelectuales a las que el notario debe ceñir, con intensidad creciente, su específica actividad.





Le Directeur

LES JOURNÉES NOTARIALES



La XV^e Journée Notariale Ibéroaméricaine a eu lieu à Madrid, en Espagne du 28 au 31 mai dernier. Compte tenu que les Journées Notariales n'ont pas eu en général l'analyse ou la réflexion suffisante, cela nous a motivés pour nous y consacrer.

D'après la doctrine développée par Ortega y Gasset, la perspective est l'ordre et la forme prises par la réalité pour celui qui la contemple.

Suivant la manière ou la prédisposition particulières pour percevoir ou mettre en valeur les actions humaines et le travail des institutions, par rapport au degré de connaissance que l'on a d'elles et de l'équanimité d'avis, on pourra saisir la richesse vitale constituée par l'être du notariat, de son organisation institutionnelle et de la qualité de ses composantes.

De l'ensemble de faits pouvant se présenter afin de comprendre le contexte historique social de l'institution notariale, de la volonté collective qui la soutient et des bénéfices fournis à la communauté, nous avons pensé à apporter une perspective sur lesdites Journées.

Il est habituel d'affirmer que les Journées Notariales ont efficacement contribué à élaborer une importante doctrine sur les sujets rattachés au droit et à l'activité notariale.

La condensation d'avis issus des élucidations et des études critiques d'importante hiérarchie et assujettis à des méthodes de recherche, est le résultat à l'origine des cénacles fermés, compte tenu du faible nombre de notaires. En effet, ils se sont consacrés il y a quelques temps notamment à approfondir la riche et particulière problématique de matières qui manquaient d'analyse suffisante tant dans les livres que dans la chaire universitaire.

Les progrès opérés dans toutes les sciences, dus à une série de causes connues, sont aussi parvenus à la doctrine qui était à l'origine de ces journées.

La fréquence de ce genre, où est maintenant mise en évidence l'active participation de groupes de plus en plus nombreux de notaires, dotés d'une formation juridique avancée, maîtrisant divers domaines de la connaissance et ayant de remarquables aspirations de jeunes notaires, qui méritent d'être respectés et stimulés grandement, ne répond pas seulement à l'axiome que la science est à communiquer éminemment, mais aussi qu'elle constitue un fait flatteur, imprégné de multiples significations, dans le champ de la technique opérationnelle du droit et de la création de nouvelles théories.

C'est pourquoi, il nous faut poursuivre notre travail pour qu'elles gardent leur hiérarchie doctrinaire consacrée dans les secteurs du droit, propres à la formation juridique du notaire et qu'elle divulgue leurs conclusions, en perçant la couche du vulgaire et qu'elles nourrissent l'envie de se parfaire qui distingue le corps.

Pour citer la phrase d'un écrivain remarquable, il faut encore dire que dans le développement et les conclusions des thèmes y abordés, ce n'est pas seulement l'objectivité qui doit régner, sans laquelle les conclusions n'ont pas de sens, mais aussi l'humilité, sans laquelle l'Homme n'a pas beaucoup de sens. De même, les concepts d'Heidegger sont encore en toute vigueur : *ce qui est "à faire" acquiert une plus grande importance existentielle de ce qui "est fait"*, et donc, il nous faut tendre à ne pas rester plongés à nous poser des questions froides et neutres ; au contraire, il faut stimuler la réflexion sur de multiples sujets qui, de par leurs valeurs cognitives, évolueront autour des opérations intellectuelles, auxquelles le notaire est tenu de limiter, de plus en plus intensément, son activité spécifique.





The Director

NOTARIAL SESSIONS



The fact that the XV Iberoamerican Notarial Session was held in Madrid, Spain, from May 28 through 31 of this year and that, in general, Notarial Sessions have not been the object of sufficient analysis or reflection, made me decide to refer to them now.

Pursuant to the doctrine of Ortega y Gasset, perspective is the order and form that reality takes for him who contemplates it.

Depending on the peculiar manner or predisposition to perceive or value human actions and the work of entities, regarding the level of knowledge that one may have of the same and the impartiality of judgment, we may capture the vital richness of the be-all and end-all of the notariat, its institutional organization and the quality of its components.

Based on the number of facts that may serve to understand the historical and social context of the notarial institution, the collective will that supports it and the benefits offered to the community, we intend to contribute with a perspective on such Sessions.

It is a cliché to sustain that the Notarial Sessions have efficiently contributed to build a solid doctrine on matters related to law and the notarial activity.

The gathering of opinions resulting from highly hierarchic elucidation and critical studies, subject to methods consistent with research works, originally took place in closed cenacles, given the reduced number of notaries who, in the past, would devote with special dedication to dig deep into the rich and specific problem of issues that were insufficiently analyzed in books and universities.

The progress achieved in all sciences, due to a series of known causes, was also observed in the doctrine activity underlying such sessions.

The frequency of this type of sessions, where the active participation of increasingly larger groups of notaries now stands out as endowed with advanced legal education, mastering several knowledge fields, and with novice notaries with remarkable aspirations who deserve the highest respect and incentive, not only supports the axiom that science is eminently communicable but also constitutes a flattering event, with multiple meanings, along the line with the technical operation of law and the creation of new theories.

Therefore, we must continue to work for them to maintain their consecrated doctrine hierarchy in legal sectors, typical of the notary's legal training, and to disseminate its conclusions, surpassing the common layer and satisfying the urges for perfection that distinguishes the body.

Remembering the words of a famous writer, it should be said that, in the development and conclusion of the subject matters considered in such sessions, not only *objectivity* must prevail, without which conclusions are not worthy, but also *humility*, without which man is not worthy.

Furthermore, Heidegger's concepts are still applicable: *what remains "to be done" has more existential significance than what "has been done"* and, therefore, we must try not to get trapped in the analysis of cold, neutral issues but, instead, promote reflection on several issues that, given their cognitive value, will influence on the intellectual acts with which the notary must surround, with growing intensity, their specific activity.



SUMARIO

1. PRIMER ARTÍCULO

TÍTULO: BREVE ENSAYO SOBRE LA VERDAD NOTARIAL.
AUTOR: JAVIER GUARDIOLA (ARGENTINA)

P 23

2. SEGUNDO ARTÍCULO

TÍTULO: LA FLORIDA Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL NOTARIADO LATINO
AUTOR: DAVID WILLING (EE.UU)

P 33

3. TERCER ARTÍCULO

TÍTULO: MODERNIZACIÓN Y AVANCE DEL SISTEMA NOTARIAL MIRANDO LO QUE EXISTE
EN PAISES VECINOS: MODELO EUROPEO CON SUS DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS
AUTOR: LUC WEYTS (BELGICA)

P 47

14º CONGRESO DE DERECHO DE FAMILIA - CELEBRADO EN LYON EL MES DE JULIO 2011

4. CUARTO ARTÍCULO

TÍTULO: SOLIDARIDADES FAMILIARES Y NUEVAS FORMAS DE VIDA FAMILIAR EN ÁFRICA,
EL CASO DE BENÍN.
AUTOR: GANIOU ADECHY (BENÍN)

P 53

5. QUINTO ARTÍCULO

TÍTULO: EL NIÑO ADULTO - SOLIDARIDAD HACIA EL NIÑO ADULTO EN ÁFRICA,
ENTRE REALIDAD SOCIAL Y EFECTIVIDAD LEGISLATIVA O REGLAMENTARIA.
AUTOR: JEAN-CELESTIN ZOURE (BURKINA FASO)

P 59

6. SEXTO ARTÍCULO

TÍTULO: DONACIONES Y LEGÍTIMA: RELACIONES Y PROBLEMAS EN ITALIA
AUTOR: CARLO ALBERTO MARCOZ (ITALIA)

P 65

7. SÉPTIMO ARTÍCULO

TÍTULO: TUTOR DATIVO - INCAPACIDAD
AUTOR: LUIS MANUEL RAMIREZ PERCHES (MÉXICO)

P 75

8. OCTAVO ARTÍCULO

TÍTULO: "IL NOTARIATO LATINO COME AGENZIA INTERCULTURALE:
UN PERCORSO TRA DIRITTI UMANI E PRASSI GIURIDICHE QUOTIDIANE".
AUTOR: MARIO RICCA (ITALIA)

P 85

9. NOVENO ARTÍCULO

SÍNTESIS DEL TEMA PRESENTADO EN LAS REUNIONES DE LA UINL CELEBRADAS EN VARSOVIA, MAYO 2011
TÍTULO: "EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS NOTARIALES"
AUTOR: PIERRE BECQUÉ

P 97

10. DÉCIMO ARTÍCULO

CONCLUSIONES SOBRE "EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS NOTARIALES"
ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE NOTARIADOS MIEMBROS DE LA UINL
EN CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIA, DICIEMBRE 2011

P 111

11. ONCEAVO ARTÍCULO

PONENCIA "LE ROLE DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES"
PRESENTADA EN OCASIÓN DE LA REUNIÓN DE LA CAAS EN YAKARTA EL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2011
AUTOR: MICHEL MERLOTTI

P119

12. DOCEAVO ARTÍCULO

INFORME NOTARIADO ISLA MAURICIO: XXIII CONGRESO DE NOTARIOS DE AFRICA
TÍTULO: "LA PRÁCTICA NOTARIAL EN AFRICA"
AUTOR: RAJENDRA DASSYNE (ISLA MAURICIO)

P 133

SOMMAIRE

1. PREMIER ARTICLE

TITRE : BREF ESSAI SUR LA VERITÉ NOTARIALE.
AUTEUR : JAVIER GUARDIOLA (ARGENTINE)

P 23

2. DEUXIÈME ARTICLE

TITRE : LA FLORIDE ET LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU NOTARIAT LATIN
AUTEUR : DAVID WILLING (USA)

P 33

3. TROISIÈME ARTICLE

TITRE : MODERNISATION ET PROGRÈS DU SYSTÈME NOTARIAL COMPTE TENU DE LA SITUATION
CHEZ LES PAYS VOISINS : MODÈLE EUROPÉEN AVEC LEURS DIRECTIVES ET LEURS RÈGLEMENTS
AUTEUR : LUC WEYTS (BELGIQUE)

P 47

14^o CONGRÈS DE DROIT DE FAMILLE - TENU À LYON AU MOIS DE JUILLET 2011

4. QUATRIÈME ARTICLE

TITRE : SOLIDARITÉS FAMILIALES ET NOUVELLES FORMES DE VIE FAMILIALE EN AFRIQUE,
LE CAS DU BENIN.
AUTEUR : GANIOU ADECHY (BÉNIN)

P 53

5. CINQUIÈME ARTICLE

TITRE : L'ENFANT ADULTE - SOLIDARITÉ VERS L'ENFANT ADULTE EN AFRIQUE,
ENTRE LA RÉALITÉ SOCIALE ET EFFECTIVITÉ LÉGISLATIVE OU RÉGLEMENTAIRE.
AUTEUR : JEAN-CELESTIN ZOURE (BURKINA FASO)

P 59

6. SIXIÈME ARTICLE

TITRE : DONATIONS ET RÉSERVE : RELATIONS ET PROBLÈMES EN ITALIE
AUTEUR : CARLO ALBERTO MARCOZ (ITALIE)

P 65

7. SEPTIÈME ARTICLE

TÍTULO: TUTOR DATIVO - INCAPACIDAD
AUTOR: LUIS MANUEL RAMIREZ PERCHES (MÉXICO)

P 75

8. HUITIÈME ARTICLE

TITRE : " LE NOTARIAT LATIN EN TANT QU'AGENCE INTERCULTURELLE :
UN PARCOURS PARMIS LES DROITS DE L'HOMME ET LES PRATIQUES JURIDIQUES QUOTIDIENNES"
AUTEUR : MARIO RICCA (ITALIE)

P 85

9. NEUVIÈME ARTICLE

COMPTE-RENDU DU THÈME PRÉSENTÉ LORS DES RÉUNIONS DE L'UINL TENUES À VARSOVIE, MAI 2011
TITRE : "L'ÉVOLUTION DES COMPÉTENCES NOTARIALES"
AUTEUR : PIERRE BECQUÉ

P 97

10. DIXIÈME ARTICLE

CONCLUSIONS SUR " L'ÉVOLUTION DES COMPÉTENCES NOTARIALES "
ADOPTÉES PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NOTARIATS MEMBRES DE L'UINL
À CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIE, DÉCEMBRE 2011

P 111

11. ONZIÈME ARTICLE

EXPOSÉ "LE RÔLE DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES"
PRÉSENTÉ LORS DE LA RÉUNION DE LA CAAS À JAKARTA LE 26 SEPTEMBRE 2011
AUTEUR : MICHEL MERLOTTI

P119

12. DOUZIÈME ARTICLE

RAPPORT NOTARIAT ÎLE MAURICE : XXIII CONGRÈS DES NOTAIRES D'AFRIQUE
TITRE : "LA PRATIQUE NOTARIALE EN AFRIQUE"
AUTEUR : RAJENDRA DASSYNE (ÎLE MAURICE)

P 133

Remarque : les articles ne sont publiés que dans la/les langue/s dans laquelle/lesquelles les auteurs les auront rédigés.

SUMMARY

1. FIRST ARTICLE TITLE: SHORT ESSAY ON NOTARIAL TRUTH AUTHOR: JAVIER GUARDIOLA (ARGENTINA)	P 23
---	------

2. SECOND ARTICLE TITLE: FLORIDA AND THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE LATIN NOTARIAT AUTHOR: DAVID WILLING (UNITED STATES OF AMERICA)	P 33
---	------

3. THIRD ARTICLE TITLE: MODERNIZATION AND UPDATE OF THE NOTARIAL SYSTEM IN VIEW OF THE NEIGHBORING COUNTRIES: THE EUROPEAN MODEL AND ITS DIRECTIVES AND REGULATIONS. AUTHOR: LUC WEYTS (BELGIUM)	P 47
--	------

14TH CONGRESS OF FAMILY LAW - HELD IN LYON IN JULY 2011

4. FOURTH ARTICLE TITLE: FAMILY SOLIDARITIES AND NEW FORMS OF FAMILY LIFE IN AFRICA; THE BENIN CASE. AUTHOR: GANIOU ADECHY (BENIN)	P 53
--	------

5. FIFTH ARTICLE TITLE: THE ADULT CHILD - SOLIDARITY WITH THE ADULT CHILD IN AFRICA; BETWEEN SOCIAL REALITY AND LEGISLATIVE OR REGULATORY EFFICIENCY. AUTHOR: JEAN-CELESTIN ZOURE (BURKINA FASO)	P 59
--	------

6. SIXTH ARTICLE TITLE: GIFTS AND THE LEGITIMATE PORTION OF INHERITANCE: RELATIONS AND PROBLEMS IN ITALY. AUTHOR: CARLO ALBERTO MARCOZ (ITALY)	P 65
---	------

7. SEVENTH ARTICLE TITLE: COURT-APPOINTED GUARDIAN - LEGAL INCAPACITY AUTHOR: LUIS MANUEL RAMIREZ PERCHES (MEXICO)	P 75
---	------

8. EIGHTH ARTICLE TITLE: THE LATIN NOTARIAT AS AN INTERCULTURAL AGENCY: FROM HUMAN RIGHTS TO EVERYDAY LEGAL PRACTICES. AUTHOR: MARIO RICCA (ITALY)	P 85
--	------

9. NINTH ARTICLE SUMMARY OF THE TOPIC DISCUSSED AT THE UINL'S MEETINGS HELD IN WARSAW, MAY 2011 TITLE: EVOLUTION OF THE SCOPE OF THE NOTARIAL ACTIVITY. AUTHOR: PIERRE BECQUÉ	P 97
---	------

10. TENTH ARTICLE CONCLUSIONS ON "THE EVOLUTION OF THE SCOPE OF THE NOTARIAL ACTIVITY" REACHED BY THE GENERAL ASSEMBLY OF MEMBER NOTARIATS OF THE UINL IN CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIA, DECEMBER 2011	P 111
--	-------

11. ELEVENTH ARTICLE PRESENTATION ON "THE ROLE OF THE CHAMBER OF NOTARIES" GIVEN AT THE CAAS MEETING HELD IN JAKARTA ON SEPTEMBER 26, 2011 AUTHOR: MICHEL MERLOTTI	P119
--	------

12. TWELFTH ARTICLE REPORT BY THE NOTARIAT OF MAURITIUS ISLAND: XXIII CONGRESS OF AFRICAN NOTARIES TITLE: NOTARIAL PRACTICE IN AFRICA AUTHOR: RAJENDRA DASSYNE (MAURITIUS ISLAND)	P 133
---	-------

Note: Articles are published in the original language/s in which they were written by the authors

1



Francisco Javier Guardiola

BREVE ENSAYO SOBRE EL CONCEPTO DE VERDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA NOTARIAL



Francisco de Goya

“La verdad, el tiempo y la historia”





Francisco Javier Guardiola

BREVE ENSAYO SOBRE EL CONCEPTO DE VERDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA NOTARIAL



En algún apartado rincón del universo centelleante, desparramado en innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que animales inteligentes inventaron el conocimiento.

(F.Nietzsche, "Sobre verdad y mentira")



Se ha iniciado este tercer milenio y ya el ser humano debería empezar a solicitar una disculpa ejemplar, luego de haber transitado el siglo XX con soberbia, candidez y optimismo leibnizianos, sobre todo en sus primeras décadas. Es que el siglo pasado y su hombre se hicieron como de prisa, sin conciencia de pasado, con la exigencia de derechos y sin la consideración de deber alguno. Este hombre de la sociedad de masas, del que sin duda venimos, es un hombre que nada lo agradece y solo reclama por sus derechos, dice Ortega. El Notario de nuestros días tampoco ha podido escapar a esta expresión, y en el interrogante humilde de su necesidad, deberá buscar tal vez el sentido de su existencia, y de este modo avizorar tal vez su destino.

He buscado entre las principales obras del Dr. Carlos Cossio alguna reflexión sobre el hecho notarial como fenómeno de la conducta humana a la luz de su teoría egológica. Creí no haber hallado nada hasta que me percaté de lo innecesario de buscar una cita particular al respecto, ya que bastaba con abreviar de su generalidad filosófica acerca del derecho, para desentrañar una idea que me permitiera acceder a la cuestión puramente notarial desde una mirada conductual. Ya en el ejercicio de este comodato de ideas, he intentado construir algunos pensamientos acerca del hecho notarial como conducta humana y la verdad bajo la misma impronta, es decir, como actividad del notario. He acudido a Cossio desde lo jurídico, pero también a otros pensadores como Nietzsche, en donde encontré las más punzantes afirmaciones acerca del concepto de "verdad", o a Kant, que esquematizó una

enorme teoría del conocimiento que llega aún fuerte a nuestros días, o a Don Miguel de Unamuno con sus paradojas y su mirada vitalista, al decirme que el hombre genérico no existe, sino el de carne y hueso, el que nace, sufre y muere. Con la ayuda de éstos pensadores y de otros que también se mencionan luego, he reflexionado de este modo:

Existir significa tenderse desde el aquí y ahora hacia alguna de las posibilidades futuras que tenemos, hacia nuestro poder ser. Es estar lanzado en la absorción del tiempo, con la obligación de optar por alguna de esas posibilidades futuras que en cada instante se nos presentan. Se decide en un marco relativo y acotado de libertad, en un marco establecido entre paredes naturales, racionales y pasionales, pero siempre se está en permanente obligación de decidir. A esto no se renuncia, pues el renunciamiento mismo ya es toda una elección.

Prisionero en esta arcadia, intentaré un monodialogo de asuntos notariales, una experiencia especulativa acerca de lo notarial, y de la verdad como tema central de nuestra función.

Comenzaremos preguntando: ¿Por que es el ser y no más bien la nada? Se trata de una de las preguntas más antigua que se hace el hombre -en un preguntar menos académico- desde que empezó a razonar entre sombras y laberintos existenciales. Es la pregunta que en el siglo veinte reformuló un pensador de nuestro tiempo, que fue Martín Heidegger, al iniciar

su “Introducción a la Metafísica”. Es la pregunta que se hace el príncipe Hamlet en la obra de Shakespeare, que solo teme “no ser”. Es la pregunta por la existencia, con la que a veces nos dormimos y con la que al despertarnos, aparece más nueva aún, como si nunca la hubiéramos hecho. Se trata de una verdadera pregunta, porque no tiene respuesta; y si la tiene, en el fondo del alma, en los suburbios del corazón, o entre los sordos ruidos de la razón, en los oscuros confines de la inteligencia, allí, donde ha hecho nido la duda que nos anonada, no la cartesiana, no la duda como sistema que conoce de antemano los resultados, sino la que genera la angustia de razón, pero de razón pasional o de pasión racional, allí –decía- se desdibuja la certeza de cualquier respuesta.

El escribano, como todo mortal, ha de interrogarse así alguna vez. Pero con seguridad todo escribano, desde su porte de escribano, se ha preguntado muchas veces: ¿Por qué hay escribano y no más bien nada?

Explicar su existencia a través de la historia nada más, sería pereza mental. Explicar su NO-NADIDAD, explicar su estar aquí y ahora y desde inmemoriales tiempos, en el capricho de las leyes que han dispuesto su realidad, o en la delegación de función que hace el Estado, sería encontrar una respuesta de dogma, de simple catecismo funcional a un argumento, casi una tautología lógica, como decir “porque sí”. Pensar que su existencia tiene origen en la voluntad divina, además de un desvarío, es tan solo una cuestión de fe. Pero sostener que se trata de un marco de referencias acerca de la VERDAD en un mundo de verdades relativas o simplemente, en un mundo de relatividades, es toda una abstracción que nos aproxima, pero nos sigue dejando el ruido intelectual que nos sumerge nuevamente en la pregunta primigenia, sin que hayamos siquiera probado algo del sabor ontológico de su respuesta.

No seré yo quien responda a tremendo interrogante, cuando por siglos, pensadores, jurisconsultos, doctinarios de renombre y filósofos del derecho, lo han logrado en el mejor de los casos, con parcial éxito. Contestarlo sería una empresa imposible, una imposible hazaña. A continuación, simplemente me limitaré a reflexionar en austero monodílogo, una introducción a aquellos laberintos intelectuales llenos de sombras y procuraré tan solo murmurar, en agónico murmullo, no ya las respuestas, sino las preguntas que me surgieren mi diario vivir de escribano.

Cuando un notario nace al mundo de lo notarial, desde el momento en que se lo inviste de la función notarial, esto es desde la puesta en el cargo de notario titular o adscripto a un Registro de Instrumentos Públicos otorgado por el Estado, ha comenzado su itinerario como referente de la verdad y junto con él, se han certificado un sin número de situaciones de vida que no merodeaban en su imaginación al prepararse en los claustros universitarios.

Esto en relación a la conducta del notario, pero también está

la conducta que se muestra patente frente al notario, ya que éste no solo se verá ante una montaña de papeles sin más sentido que el que cada oficina pública quiera darle. No solamente verá estudios de títulos, testimonios de viejas escrituras y minutas sobre su escritorio. También y sobre todo, será parte de su rutina, el paso ante sus ojos y su pluma, de una inclasificable cantidad de conductas humanas. Se enfrentará ante la incomprensión de algún requirente de sus servicios, que se niega a pagar los honorarios de un acta que al final resulta inútil en la estrategia de algún juicio perdido. Tendrá que correr hacia los organismos impositivos a cancelar retenciones fiscales. O tendrá alguna vez un disgusto con un agente inmobiliario o con un abogado inescrupuloso. Verá el acto generoso de un padre que anticipa bienes a sus hijos, o el de un anciano que dicta su testamento, haciéndolo sobre la porción legítima a favor de la compañera de toda la vida o de la concubina de sus últimas y penosas horas. Verá la venta de un bien que resulta indispensable a su vendedor para solucionar con su producido un apremio económico, o un problema de salud de alguno de sus familiares. Pasarán ante él los sueños empresariales de una persona de futuro y empuje y el recelo de cuatro hermanos que ensombrecieron su afecto fraternal al dividir mezquinamente una herencia, o verá a una anciana renunciar al usufructo de su casa porque su hijo se lo exige para someterla a una garantía hipotecaria. Quiero decir con esto, que el notario es un testigo privilegiado a lo largo de su vida profesional, de la bondad, la piedad, la necedad, la angustia, la alegría, la miseria, la resignación y la inocencia del ser humano. Al escribano le confiamos no solo aquellos momentos solemnes de nuestras vidas, sino también los que tintinean en la profundidad, los que llevan más vida. La lista de estos sentimientos autorizados por instrumentos públicos, es imposible de enumerar. No es de orden taxativo, diría un formado profesor de derecho. Su esquematización le va en zaga a la vida del mismo modo que el derecho en general le va en zaga a la realidad diaria.

Insistiré: todo escribano ha de interrogarse alguna vez con la pregunta con la que inicié estas reflexiones: ¿Por qué hay escribano y no más bien nada?

El niño que nace lleva consigo toda la vejez genética del universo, ya que sin esa vejez no sería posible su presencia actual. Crecerá además con toda la vejez cultural del Universo. Finalmente en la fugacidad de su vida, terminará él de crearse a sí mismo. Terminará de hacerse un alma para sí y para los demás, y en esa alma, si hablamos de un notario, extenderá su trascendencia notarial.

El Escribano que se inicia como tal, aún sin la experiencia propia en el oficio, nace con una pesada cultura y una ancestral responsabilidad sobre sus sienes y su letra. Con esto no quiero agregar más pesadumbre a las ya penosas responsabilidades diarias de los notarios. Pero es una idea que debe entenderse desde el principio, pues no habrá notario sin

cultura notarial, y no habrá notario sin la conciencia de que lo notarial tiene su fundamento necesario en la ciencia de los deberes impuestos, esto es, en la Deontología, aunque hablemos de deberes relativos o simplemente de deberes sociales. El compromiso debe ser siempre con el futuro, pero es el pasado quien nos condena hacia lo irremediable, hacia adelante. No tengo dudas, el notario es un producto de la cultura y el objeto de su conocimiento es un objeto cultural. Su verdad será cultural.

Y aquí enlace inmediatamente con aquello de la fe pública, que es una función que se ocupa de fortalecer, con una presunción de verdad, los hechos y actos privados y extrajudiciales que tienen relevancia jurídica. Estos hechos y actos, luego de pasar ante el notario, adquirirán autenticidad. Esto, en impecable ortodoxia doctrinaria.

En rigor racional, se trata de una ficción más de la organización social para hacer posible la convivencia humana. Robinson Crusoe, antes de encontrar al joven Viernes, no precisaba el derecho, y no necesitaba de un escribano para su cotidianeidad. Es que este singular druida civil que es el notario, parece tener su lugar, su importancia y su justificación existencial, solamente en el enjambre social. Se trata de una función innecesaria en el primitivo mundo de aquellos seres que se movían intuitivamente, innecesaria para aquellos primeros humanos que poseían un gesto de comprensión universal, por ser, en dicho estadio, verdaderos tigres inteligentes. Ese gesto se irá trocando y suavizando en el andar del tiempo, con la interpretación religiosa de los fenómenos naturales. Ya en la sociedad humana organizada, se tratará de una función y una ficción necesarias como una idea destinada a sostener la seriedad y el orden en las relaciones humanas que trascienden en derecho. Esta ficción, actúa siempre en y para la armonía y paz jurídicas, a pesar de que lo natural no solo es la armonía y la paz, sino también el desorden y la controversia, el caos y la guerra. Seriedad y orden, que la naturaleza no siempre concibe. Por eso el Notario, “antinatura”, emerge como un signo distintivo de la razón que se resiste al instinto, emerge como un signo que ha abandonado la sublime intuición de tigre inteligente.

Este personaje llamado notario, ya consolidado como agente de ficción social, sale en cada acto sobre el cual da fe, al encuentro de la naturaleza, de la realidad, dándole forma, tipificándola, cristalizándola en el protocolo, y haciéndola así trascender en la palabra escrita, para superar inclusive su propia vida, y sobreponerse tal vez a los siglos. De este modo el notario escribe la historia silenciosa de los hombres, de los pueblos y de las ciudades, ayudando a construir de manera

indiscutible un capítulo importante de lo que se llama la INTROHISTORIA, que es la historia por dentro, la historia viva, la que a fuerza de ser cotidiana constituye el encadenamiento de hechos y razones que forman la historia toda, con los odios, los amores, las mentiras, las pasiones o las pequeñas acciones que motivarán, finalmente, los hechos históricos relevantes.

Por otra parte hemos podido observar cómo el notario “permanece”, aún cuando cree estar a punto de su extinción. Pareciera que es el mismo tejido social el que lo necesita. Hemos visto cómo los notarios han perdurado aún cuando los regímenes políticos han cambiado. En un estado de derecho constitucional al uso de las constituciones más o menos liberales de Occidente, su importancia ya se estableció en los distintos códigos civiles que siguieron al de Francia y la Ley del 25 Ventoso del año 1803. Luego de la Revolución Francesa, la tarea del notario se delimita del modo moderno que conocemos hoy, siendo consejeros desinteresados, redactores

imparciales, una especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes. Esta Institución se llama Notariado Latino o Románico. En la Argentina hemos visto cómo el notario perdura a pesar de los cortes institucionales que ha sufrido la República, cada vez que el estado de derecho se vio interrumpido por un golpe militar. Aún en estos casos el notario ha sido el nexo de unión, el órgano comunicador entre las generaciones que han vivido distintas etapas y crisis políticas del país.



John Everett Millais
“La verdad sobre Ofelia”

Al ver de este modo las cosas, se nos presenta el notario como un individuo sobre el que las responsabilidades parecieran tener un peso singular: en el sentido de su significación social, quedará sumergido en el compromiso ineludible de ser un soporte de tradición.

Algo debemos decir ahora sobre aquello que hace que el escribano sea escribano, es decir, lo que a primera vista pareciera constituir el objeto de su existencia, lo que nutre su esencia. Me referiré al concepto de Verdad para luego pensar un concepto de verdad desde el punto de vista notarial.

Quiero entrar en este tema recordando un pasaje del Evangelio de San Juan, capítulo XVIII:

“...Pilato le replicó: ¿Qué es la verdad?...”. El representante del Cesar no esperó la respuesta de Jesús de Nazaret o éste no la quiso dar. Con su silencio, Jesús, para muchos todo un Dios, no solamente no nos dijo un concepto de verdad, sino que nos privó de saber si había o no un concepto universal de verdad como entidad diferente a cada una de las

verdades particulares. Pero tampoco nos expresó siquiera un concepto de verdad particular, con lo que el interrogante se transforma ya en una pesadilla del intelecto, por sospechar que no existe la posibilidad de hallar tales conceptos, tal vez porque ni siquiera existen esos conceptos. ¿Será que no existe la verdad, o será que no existe un concepto de verdad? Poncio Pilato preguntaba filosóficamente, como que era un hombre formado en la cultura greco-romana, con criteriosos principios racionales provenientes seguramente del estocismo, la escuela filosófica presente en esos tiempos. El judío en cambio, pensaba en un plano distinto de verdad. ¿Es que entonces hay planos de verdad diferentes? Empecemos por pensar que sí los hay, tengamos al menos ese optimismo. Podemos establecer -como diría un escolástico- que la verdad es lo que se anuncia tal como es, y nosotros agregaremos sin contradecir la clásica opinión: “pero en cada plano de verdad existente”. Tendremos que abandonar la búsqueda de un criterio de verdad de naturaleza universal y abstracta, no tan solo por la imposibilidad o por lo dificultoso de su hallazgo, sino quizás por la improcedencia lógica del interrogante en términos absolutos. Nos contentaremos en cambio, con hablar de las esferas de verdad. Esferas, órbitas o círculos concéntricos que demarcan diferentes niveles, sin que por ello establezcamos grados de acercamiento a una verdad totalizadora.

Antes remozaremos algunos criterios adoptados a lo largo de la historia para definir esto que nos abruma, esto que llamamos verdad.

Veremos una verdad revelada en el plano religioso, una verdad filosófica en el especulativo, una científica en la ciencia, o una verdad en el arte. Kierkegaard vocifera que la verdad es subjetiva, con aquello de “solo la verdad que edifica es verdad para ti” y Hegel dirá que no solamente es objetiva sino que podemos alcanzarla por la razón. Antes, mucho antes, en tiempos socráticos, los sofistas Gorgias y Protágoras hablaron de la relatividad del conocimiento, de la verdad y de la moral, circunscribiendo su eficacia a una relación de tiempos, espacios y culturas humanas y expresando egregiamente aquello de que “las palabras no son las cosas” Describían y descubrían así la incomunicación como un hecho patente, y nos daban los fundamentos para una teoría moderna del conocimiento, y en este contexto, le daban un lugar especial, una consideración singular, al lenguaje, y en consecuencia, al lenguaje escrito, como una forma de mitigar quizá, la insuperable incomunicación con que hemos sido arrojados por la naturaleza a la vida. Si, nos estamos aproximando a la esfera notarial de verdad.

Kant hablará de la verdad como una construcción del sujeto conocedor. El objeto de conocimiento, el fenómeno, es construido por el sujeto a partir del caos de impresiones provenientes de la experiencia. El sujeto posee a priori, esto es, antes de la experiencia, formas puras de sensibilidad, que son las dimensiones de tiempo y espacio, y categorías vacías del entendimiento, como substancia-accidente, o causa-efecto, y

con esas categorías a priori, ordena los datos caóticos de los sentidos. Entonces, la verdad es intramental pero la cosa en sí, permanece incognoscible.

Unamuno establecerá un criterio de “verdad” ligado a la voluntad; verdad será solo aquello que signifique una concordancia entre la necesidad y su satisfacción, entre el propósito y el resultado. Para él el mundo y la verdad carecen de sentido en sí mismos, solo importan porque tanto el mundo como la verdad, lo “son” para alguien de carne, huesos y alma.

Husserl sigue a Kant y dirá que la verdad es una adecuación entre lo “mentado” y “lo dado”, esto es, entre el enunciado y el fenómeno de la cosa, pero nunca la cosa en sí.

Martín Heidegger buscará un concepto que defina qué es la esencia de la verdad, comenzará hablando desde una clásica procedencia, de la verdad como concordancia. Un enunciado es verdadero cuando lo que significa y dice coincide con la cosa sobre la que enuncia algo. Lo verdadero es lo que concuerda, lo concordante: “*veritas est adaequatio rei et intellectus*” (verdad es adecuación de la realidad al intelecto).

Voltaire, distanciándose con ironía y sutileza de sus contemporáneos enciclopedistas, nos dirá que la verdad es una palabra abstracta que los hombres usan para mentir. Es muy posible que Nietzsche se haya inspirado, entre otras fuentes, en las ideas de Voltaire, y así, antes que Heidegger, y antes que Husserl, será el que pose sus dedos en la llaga de lo sensible, el que una vez más, dando en el hueco de la vida, nos dirá con mayor claridad en los argumentos, con mayor rectitud racional y al mismo tiempo con el flash propio de un poeta, cómo se construye una verdad.

Para Nietzsche el intelecto del ser humano es el recurso de los seres más infelices, delicados y efímeros, para conservarse solo un minuto en la existencia. La razón humana desarrolla sus fuerzas principales fingiendo para sobrevivir, ya que se trata de un individuo débil, sin robustez natural, no como aquellos que se sirven, en la lucha por la existencia de cuernos, de una gruesa piel, de alas o de una afilada dentadura. El hombre tiene esta razón distintiva que la usa en el arte de fingir, de engañar, de adular, de mentir, de murmurar, de elaborar farsas, de vivir del brillo ajeno, del convencionalismo encubridor, en fin, en el arte de una constante escenificación ante los demás y ante uno mismo. Entonces el pensador del martillazo se pregunta ¿De donde viene este impulso hacia la verdad?

El hombre busca la verdad por necesidad, porque desea y necesita vivir en sociedad y en forma gregaria; ese hombre primigenio precisa de un tratado de paz y quiere que desaparezca de su mundo el más grande “*bellum omnium contra omnes*” (la guerra de todos contra todos). En este tratado de paz es en donde vemos el impulso misterioso hacia la verdad, es en ese momento cuando se fija lo que a partir

de entonces ha de ser verdad, es allí cuando se inventa una designación de las cosas uniformemente válida y hasta obligatoria, y aparece el poder legislativo del lenguaje para proporcionar las primeras leyes de verdad.

¿Y qué es una palabra, qué es el lenguaje? La reproducción en sonidos de un impulso nervioso. Dividimos las cosas en géneros, caracterizamos una cosa como masculina y a otra como femenina y hacemos permanentes extrapolaciones arbitrarias cada vez que pronunciamos una palabra. ¡Qué arbitrariedad en las delimitaciones! –dice Nietzsche- El lenguaje se limita a designar las relaciones de las cosas con respecto a los hombres y para expresarlas apela a las metáforas más audaces. En primer lugar, un impulso nervioso extrapolado en una imagen. Luego la imagen transformada en un sonido. Tenemos aquí ya dos metáforas, por eso, cuando hablamos de árboles, de colores, de nieve y de flores, poseemos solo metáforas de las cosas que no corresponden en absoluto a las esencias primitivas.

Seguiremos ahora a Nietzsche para pensar y entender cómo se forman los conceptos. Una palabra se convierte inmediatamente en concepto cuando no nos sirve para la experiencia singular a la que debe su origen, sino que se relaciona con innumerables experiencias más o menos similares, jamás idénticas estrictamente hablando; es decir, se trata de casos puramente diferentes. Un concepto se forma por la equiparación de casos no iguales. Del mismo modo que es cierto que una hoja no es igual a otra, también es cierto que el concepto hoja se ha formado al abandonar de manera arbitraria esas diferencias individuales, al olvidar las notas distintivas, con lo cual se suscita entonces la representación, como si en la naturaleza hubiese algo separado de las hojas que fuese la “hoja”, una especie de arquetipo a partir del cual todas las hojas habrían sido hechas. Un hombre es “honesto” a causa de su honestidad. Pero no sabemos nada en absoluto de una cualidad esencial, denominada “honestidad”, y en cambio sí sabemos de una serie numerosa de acciones individuales, por lo tanto desemejantes, que igualamos olvidando las desemejanzas, y, entonces, las denominamos acciones honestas; al final formulamos a partir de ellas una *qualitas occulta* con el nombre de “honestidad”.

La sociedad establece un compromiso para existir, en donde ser “veraz” es utilizar las metáforas usuales. El hombre en sociedad se compromete a mentir de acuerdo con una convención firme, a mentir casi “borreguilmente” y de acuerdo con un estilo vinculante para todos, dice el filósofo. El hombre en sociedad miente inconscientemente y en virtud de hábitos atávicos, y es justamente merced a ese olvido de las imágenes

intuitivas que se adquiere el sentimiento de verdad. Inmediatamente, pondrá sus actos bajo el dominio de las abstracciones y ya no tolerará ser arrastrado por aquellas impresiones repentinas, por las intuiciones; comienza su trabajo de generalizar esas impresiones en conceptos. Todo lo que eleva al hombre por encima del animal depende de esa capacidad de volatilizar las metáforas intuitivas en un esquema; en suma, de la capacidad de disolver una figura en un concepto. Estamos ya en un estanco crucial de la humanidad: el hombre ha levantado sobre agua en movimiento una verdadera catedral de conceptos; esa catedral es un edificio lo suficientemente liviano como para poder ser transportado sin desintegrarse por los caminos del tiempo y por la historia de los diferentes pueblos. Por ello, queda claro que la verdad del hombre es una verdad –valga esta redundancia- totalmente antropomórfica, a través de la cual ha logrado clama y seguridad. Solamente mediante el olvido de aquellas imágenes intuitivas el hombre llega a establecer la verdad. A través de las metáforas

que señalábamos construye los conceptos, las verdades que le servirán para levantar su mundo regular y más o menos rígido que será su mejor fortaleza en la naturaleza.

¿Qué es entonces la verdad? Aquí quiero parafrasear de manera casi literal al filósofo, ya que estamos en el núcleo de su tesis y que en este acto suscribo, “...la verdad es tan solo una hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una suma de relaciones humanas que han sido realzadas, extrapoladas y adornadas poética y retóricamente y que, después de un

prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerza sensible...”

Podemos ir concluyendo –en esta tesis de relativización del conocimiento y de la verdad- diciendo que las esferas de verdad producen sus propios criterios de conocimientos, creencias, o maneras de actuar. Cuando entramos en alguna de las esferas propuestas, tenemos que dar por supuestas las afirmaciones que reclaman verdad, tenemos que jugar el juego del lenguaje que hemos elegido jugar. Todos somos partícipes de muchos juegos lingüísticos, y así podemos validar las normas de un juego lingüístico particular.

Es posible navegar sin peligro en medio de una esfera de verdad, precisamente cuando se han suscripto y aceptado todos los criterios de verdad propuestos por dicha esfera. Está claro para nuestro entendimiento occidental, que el consenso total, no es ni el criterio de verdad, ni el resultado del conocimiento verdadero, pero tendremos que aceptarlo como fic-



Lucas Cranach
“La boca de la verdad”

ción para el juego lingüístico, y en nuestro caso, de ficción notarial.

Es que la verdad que hoy nos ocupa es la notarial. Una verdad en la esfera de lo notarial. Una verdad enmarcada en la historia, en el derecho positivo, en la conducta humana delimitada por un determinado plexo normativo, y sobre todo, una verdad enmarcada en la potestad autoritaria del Estado. En esta idea, debo acercarme a un concepto correspondiente de la verdad como lo concibió Nietzsche, Heidegger y luego Foucault, que vieron a la verdad como un arma fabricada por el poder. Suavizaremos esta posición con la afirmación de Gattari cuando expresa que la verdad notarial es propuesta por la normas legales al admitir una sola contra: la argución de falsedad. Es una verdad forzosa, impuesta, coactiva, y el instrumento que construye el notario será un acumulador de esa verdad impuesta.

A primera vista el tema nos ha inquietado lo suficiente, pero a poco de andar, podemos ver la angustiada incertidumbre con la que en cada acto de fe pública debe convivir el notario. En ese momento él quedará solo, con todas sus potestades frente a la verdad. Tendrá que describirla, y creará hacerlo de manera eficiente, es decir, en forma fehaciente y útil a la comunidad y al requirente de sus servicios. Utilizará para ello sus sentidos mayores –la vista y el oído– propuestos como tales arbitrariamente por Mario A. Zinny, para ponerlos al servicio de la razón organizadora. Pero su dramática experiencia consistirá en dudar cuán fiel ha sido su ajuste a la verdad. Su agónico estigma, su estigmática agonía, será finalmente pronunciar la VERDAD conforme a un acto de convicción, del que nos ocuparemos más adelante.

Carlos Cossio, posiblemente el jusfilósofo argentino que más incursionó en la filosofía general con el objeto de desentrañar la pregunta por el derecho, nos brindó su teoría egológica para terminar demostrando, con una mirada existencial, vivencial, que el derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva. Miles de páginas dedicó a sostener esta conclusión. Para ello, se nutrió de la fenomenología y del constructivismo de Edmund Husserl con aquello de la clasificación de los objetos de conocimiento y las vivencias intencionales y en Heidegger navegando entre los claroscuros del ser y la nada. No puede soslayarse en Cossio la enorme influencia de Hans Kelsen con su teoría pura, a la que según él, con su teoría egológica, la completó. En la línea de Carlos Cossio, diré –obviamente con una autorización que solo supongo y que proyecto al tiempo actual– que la conducta del notario en la captación de la verdad de los hechos y los dichos de las personas, por ser conducta humana, es vida humana, y como tal, es un objeto del espíritu, lleno de valoración jurídica, y la verdad –producto puro de aquella conducta– como hemos visto, es también un objeto de la cultura lleno de valoración. Por eso diremos que la verdad del notario –como expresó el jurista tucumano acerca de la verdad del Juez– es un objeto egológico.

Podemos sostener que la razón, a la luz de las reflexiones elaboradas por pensadores de fines del siglo XIX y de todo el siglo XX, con prudencia me indica, que no hay observador puro ni objeto observado puro, ya que el observador no ve el objeto que observa, sino el producto de su observación, o incluso se ha llegado a pensar que solo ve un objeto modificado por dicha observación. Bajo esta mirada, el notario, habrá hecho trascender el resultado de su observación, pero no sabemos si la verdad. La coincidencia entonces deberá plasmarse en forma intrasubjetiva, esto es, que lo que el notario diga, para que su ministerio sea válido, deberá reflejar lo que él cree que es verdad. No hay duda, estamos en la esfera de la conducta, y en este caso, de la conducta del notario. Esta verdad no es más que un acto de convicción, un acto de fe en su observación, y esa fe, es el resultado de un proceso de interrelación entre su convicción intelectual y la del grupo social donde despliega su función. El concepto de “acto de convicción” no nos lleva al de acto en un sentido jurídico, sino existencial, es decir, se trata de un acto, esto es, de una actividad trágica en la función teatral, en el escenario donde el hombre ejerce su personaje, que no es otro que el de notario. Y es bajo esta mirada que desarrollará su acto, su actividad sobre la verdad. Hasta aquí desempeñará su función. El notario que transponga ese límite de verdad propuesto en esta esfera determinada, el Notario que mienta –en este contexto de fenomenología del conocimiento– no solo producirá un daño en el bolsillo y en el corazón de quien sufre su no-verdad, sino que repercutirá su acción en perjuicio de todos sus colegas, traicionará el sentido de su permanencia a través de los siglos y engañará a la comunidad que le entregó su confianza, además de ingresar en la tipificación de un delito de acción pública. El Notario que así intervenga, ha calificado negativamente su conducta, ya que el está, por decisión social y por imperio de la ley, investido de fuertes poderes frente a una verdad que se nos presenta indefensa. El notario que reproduce su actividad sin fidelidad al criterio propuesto y aceptado por él y por todos los miembros de aquella sociedad en donde actúa, simplemente contradice a esa verdad.

El título de este sencillo ensayo, hace referencia directa a “un concepto de verdad notarial”. Tímidamente arriesgaré uno, tan solo por cumplir lo prometido, pero de ninguna manera pretende este monodílogo arrojar en vasija de cristal una definición de magisterio, sencillamente porque no podría o no sabría hacerlo, pero sobre todo porque dudo que pueda hallarse una definición tan fácilmente. Como corolario de todo lo antes dicho, puedo pensar y decir que la verdad notarial es el acto de convicción a la que arriba el notario luego de la observación que realiza de la realidad en el ejercicio de su ministerio, como resultado de un proceso de interrelación, entre su evaluación intelectual y la del grupo social donde despliega su función, y que se manifiesta en expresión escrita sobre el instrumento notarial.



A MODO DE CONCLUSION

Finalmente, y a modo de conclusión, quiero resaltar que este operador del derecho, documentador y transportador de verdad, en el fenómeno de la mundialización de las relaciones humanas, no necesita acumular títulos de especialista en derecho en una u otra dirección, ni necesita ser un académico de talla para desarrollar con eficiencia su tarea, para ser un buen escribano. Si bien es cierto que preservará su función con estudio, con capacitación y especialización para la eficacia y la excelencia, sólo conservará su lugar y perdurará su hora, en la medida en que ejerza su ministerio, sin transponer nunca el límite de aquella verdad intra subjetiva.



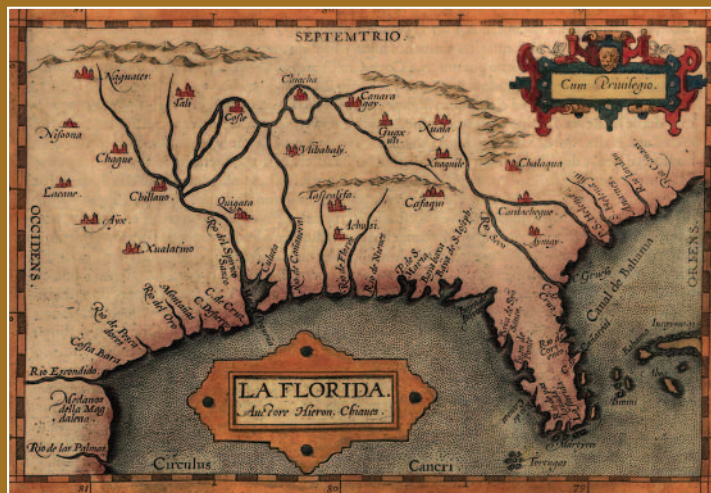
Pedro Pablo Rubens
“El triunfo de la verdad”

2



David S. Willig

LA FLORIDA Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL NOTARIADO LATINO



Cartografía de La Florida
Atlas mundial de Abraham Ortelius, 1584





Por David S. Willig, Notario à Miami, EEUU

LA FLORIDA Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL NOTARIADO LATINO



INTRODUCCIÓN:

El Notario y el Derecho Internacional Privado

Se puede debatir mucho tiempo sobre la internacionalización del notariado.¹

Los verdaderos adeptos del derecho internacional privado y del derecho notarial comparado son probablemente pocos. Un acceso a la profesión que no es fácil, combinado con un conocimiento profundo de dos sistemas de derecho, y, eventualmente, un conocimiento profundo de otro idioma, constituyen ya obstáculos impresionantes. Para ciertos, el papel tradicional del notario latino ha fomentado la tendencia de pensar que los notarios son profesionales de un derecho sumamente local, tratándose principalmente de bienes únicos del suelo, los bienes inmuebles. La integración del notario al nivel internacional fue un proceso lento; aunque los notarios existan desde hace siglos, solo en 1948 que fue fundada la Unión Internacional del Notariado (Latino)

La Reconstitución del Notario en el Mundo Anglo-Americano

Hay que ir más allá del superficial, y examinar aún más profundamente, para apreciar plenamente la evolución de la figura del notario dicho “latino” por la legislación en la Florida

en los Estados-Unidos de América, que creó la figura del “Civil Law Notary”.² Es cierto que ni la doctrina, ni otros observadores, han descrito suficientemente la importancia real de este avance legislativo.³

Ahora bien, hay que examinar más profundamente el derecho, pero también en la historia, aún en la historia del derecho, para bien comprender el peso de este desarrollo. Del punto de vista del derecho comparado, se trata de la adopción, por una jurisdicción de tradición jurídica inglesa⁴, de una institución romano-civilista.

De la historia sabemos que la ruptura provocada por el rey británico Enrique VIII con la iglesia de Roma interrumpió la antigua práctica de nombrar a Roma los Notarios destinados a hacer su ministro en Inglaterra. Los campos de actividad del notario se han reducido progresivamente por la rivalidad con los solicitors, lo que explica en pocas palabras el nombre vagamente familiar, así que las funciones muy reducidas del notary public en la Florida⁵, y en el mundo de habla inglesa más generalmente, notablemente en los Estados Unidos de América.

Siguiendo dos siglos de hegemonía anglo-sajona, tanto en la esfera jurídica, resulta que varios países e idiomas se han conducido a absorber, tanto en el mundo de los negocios, que en el mundo jurídico, vocabulario inspirado el inglés.⁶ Es

1 M. Revillard, autor francés renombrado en el campo del derecho notarial, en la sexta edición de su obra *Derecho Internacional Privado y Comunitario: Práctica Notarial*, observó:

Si, hace treinta años, la mayoría de los notarios afirmaban no tener que resolver problemas de derecho internacional privado, el desarrollo de movimientos de capital y de personas en el curso de los últimos años ha modificado profundamente la actividad notarial.

El derecho internacional privado notarial no es el privilegio de notarios de ciudades grandes; la clientela internacional recurre también a notarios de campaña, quienes tienen, con frecuencia, que arreglar sucesiones internacionales importantes, o a proceder a la constitución de sociedades bajo control extranjero.

2 El autor manifiesta su preferencia para la designación en inglés de “Civil Law Notary,” no solamente para destacar su carácter único en comparación a los notaries la-

tinios de jurisdicciones históricamente civilistas, pero también para distinguir del “notary public.”

3 El mismo autor ha pronunciado discursos sobre el Civil Law Notary, sin, por lo tanto, haber incitado de manera importante el interés colectivo de los notarios latinos.

4 La legislación en la Florida cuenta un texto adoptando la Common Law y la legislación de Inglaterra tal que existían al día 4 de Julio de 1776.

5 La legislación en la Florida prohíbe el uso de una traducción del término “notary public” en cualquier idioma para un uso publicitario. Fla. Stats. 117.05(11).

6 Por ejemplo, a pesar de cualquier esfuerzo para mantener la pureza del idioma francés, han adoptado del inglés, aún con raíces latinas, términos como “royalties,” “credit-leasing,” y “charter.” La riqueza del idioma castellano, y sus raíces latinas, han combinado para dar lugar a términos nativos como “amparo” y “habeas corpus” para designar mecanismos judiciales protectivos de derechos inspirados por las prácticas norteamericanas en este campo.

algo diferente de ver una jurisdicción anglo-sajona que adopta una institución civilista. Ciertamente, el Civil Law Notary no es, punto por punto, estrictamente, el mismo profesional que es el notario latino “clásico,” pero es un paso importante para rectificar esa vacuidad práctica en la vida de los usuarios del derecho.

Porque el ambiente histórico y jurídico era, no obstante, poco receptivo al Civil Law Notary, un esfuerzo enorme fue necesario para reconstituir la figura del notario inspirado del notario latino. A pesar de los obstáculos, de naturaleza profundamente cultural tocando al derecho y al idioma, el Notariado de la Florida, es decir, el Notariado compuesto de Civil Law Notaries, que todavía son relativamente pocos por su novedad, aunque con un crecimiento evidente, ejerce de manera de satisfacer todos los principios fundamentales del sistema del notariado de tipo latino.

Para mejor situar el lugar del Civil Law Notary en la Florida, prácticamente único entre los estados de los EE-UU⁷, es de suma importancia examinarlo por comparación a los principios fundamentales del sistema del notariado de tipo latino. Uno verá que, en algunas ocasiones en cual una de las normas de la Florida se diferencia de la norma practicada en muchas jurisdicciones del sistema del notariado de tipo latino, la diferencia es, más, una cuestión de detalles.

Siguiendo los principios fundamentales, examinamos el lugar de la Florida entre las jurisdicciones del notario de tipo latino, sabiendo que la Florida se halla dotada de un sistema jurídico que ha evolucionado dentro de un marco histórico diferente, y ha conocido un desarrollo de reglas, de lenguaje y de metodología muy diferente.

El Notario y La Función Notarial

El “Civil Law Notary” en la Florida es, ante todo, un profesional del derecho⁸, aunque por medios controvertidos, por lo menos entre ciertos “puristas” del notariado latino en cuanto a la compatibilidad, o incompatibilidad, con la profesión de abogado. Porque en la Florida se han reunido, necesariamente, la figura del notario latino con ella del lawyer norteamericano, quien es, a decir la verdad, mucho más que un mero abogado compareciendo ante tribunales⁹. Durante toda la historia del estado la única clase de “profesional del derecho” ha sido el lawyer en la Florida.

Los que miran mas allá, y ven la creación del notario latino en un país anglo-sajón, cualquier país anglo-sajón, como un

avance por el notariado latino admitirán que un tal compromiso se imponía por la razón que la diferencia jurídico-cultural constituía un obstáculo importante. Desde el principio de la historia del estado de la Florida, todas las funciones “clásicas” del notario latino estaban administradas, ya, y principalmente por el medio de lawyers, también conocidos bajo la designación de “attorney.”

Sin embargo, queda claro que el CLN en la Florida, al mismo tiempo que de tener una función pública y la autoridad del estado, ejerce una función imparcial e independiente, fuera de toda jerarquía estatal, lo que sirve, aún, para sostener la decisión lógica de conferir aquellas facultades a los lawyers, verdaderos juristas ya en ejercicio de funciones semejantes. El “Civil Law Notary” en la Florida es titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir la autenticidad a los actos jurídicos y contratos contenidos en los documentos notariales que el elabora¹⁰. Al “Civil Law Notary” en la Florida se ha conferido, también, la facultad para actuar como consejero a favor de la personas haciendo recurso a su ministro. Ésta facultad no está restringida tanto que se trate de una sola persona. Si el acto, aún elaborado en lengua extranjera, haya recitado la lectura por el notario del acto integral, o hasta una lectura “comentada”, el CLN en la Florida que tendría la capacidad lingüística, por su inscripción al colegio de abogados goza del monopolio de aconsejar sobre el derecho.

Para que el CLN en la Florida pueda ejercer ésta facultad de aconsejar dos o más personas dependería de la relaciones entre aquellas personas. Los principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino reconoce que:

La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.

Tanto que queda en el campo no-contencioso, el CLN en la Florida satisface este principio del notariado de tipo latino, teniendo, además, su fondo de lawyer-abogado-jurista que favorece la seguridad jurídica al usuario, para evitar los litigios eventuales. Se dice que el que más bien elabora contratos es el que ha participado a dismantelarlos ante los tribunales y cortes de apelación. La alternativa es tener conocimiento de la jurisprudencia en la materia.

07 La legislación en la Florida dispone expresamente de la presunción de la legalidad del acto auténtico del Civil Law Notary. Véase, Leyes de la Florida, Sección 18.10(3). A la diferencia de la Florida, en Alabama, el único otro estado hasta ahora que ha reconstituido a la época moderna un notario calcado del notario “clásico,” la legislación dispone de la presunción de exactitud del contenido del documento, pero carece de la presunción de legalidad. Véase, Código de Leyes del Alabama, 36-29-50(1). La Luisiana ha adoptado un régimen de “notario” que sigue el paradigma anglo-americano a pesar de sus raíces franco-civilistas. Notablemente, en Luisiana, un profesional de derecho, un abogado-lawyer, puede verse conferido un oficio de “notario,” pero un “notario” en Luisiana, como el notary public en la Florida, no es necesariamente un profesional

de derecho. Leyes Reformuladas (Luisiana), 35:191(A)(1) y 35:191(C)(2)(c).

8 Fla. Stats. (Leyes de la Florida), 118.10(b).

9 El profesor francés René David, en su obra, Los Grandes Sistema de Derecho Contemporáneo (Dalloz, 8a edición, No. 397) que “la mayoría [de los lawyers norteamericanos] se dedican a cuestiones no contenciosas, desempeñando el papel de nuestros notarios, [antiguos - ndlr] consejeros jurídicos, y consejeros fiscales [en Francia - ndlr].

10 Ese carácter del “Civil Law Notary” en la Florida se establece por los textos integrales de la ley 118.10(1)(a) (“acto auténtico”), (b) (“Civil Law Notary”)(2) y (3).

Los Documentos Notariales

La ley que constituye la figura del notario “latino” en la Florida dispone que la autenticidad de los actos notariados toca tanto la firma que el contenido, mientras que la autenticidad en cuanto a la fecha del documento está prevista por las reglas interpretativas.¹¹ La presunción de legalidad hace parte del texto adoptado en la Florida.¹² La obligación para el Civil Law Notary en la Florida de conservar sus actas y de protocolizarlas se halla en la ley, mientras que los detalles del protocolo se precisan por el reglamento.¹³



Jacques-Louis David
“El juramento de los Horacios”

Se impone al CLN en la Florida de verificar la identidad, la capacidad y, se entiende dentro del marco de la determinación de la capacidad, la validez de los poderes de las partes, según el caso. Dado el carácter doble de “jurista” siendo a la vez notario y abogado, el CLN en la Florida interpreta la voluntad de las partes interesadas y la adapta a las prescripciones legales, siempre conforme a la Ley, en la redacción de documentos notariales, así que en la presentación de un proyecto o minuta. Sigue que el “Civil Law Notary” es el único responsable de la redacción de sus documentos, y tiene la libertad de aceptar o de rechazar cualquier proyecto que se le presenten, asegurándose al mismo tiempo que la voluntad expresada por la partes en su presencia ha sido formulado libremente, sin consideración de la forma física de la redacción de las actas notariales. En realidad, el CLN en la Florida tendrá la obligación, muchas veces, de introducir, de acuerdo con las partes, para asegurar la seguridad jurídica del documento, las modificaciones que el estima pertinentes, para satisfacer los requisitos de la ley en la Florida.¹⁴

A parte ésta condición, le Civil Law Notary en la Florida queda el maestro exclusivo de la redacción o elaboración de los actos, pero los otorgantes de un documento notarial siempre tienen el derecho de obtener copias del original protocolizado en el despacho del notario¹⁵, con el mismo valor que el original. El CLN en la Florida puede entregar copias a las personas que tengan un interés legítimo, o legal según la formulación del reglamento, en conocer su contenido. La intervención notarial del Civil Law Notary en la Florida

se extiende a la legalización de las firmas puestas por individuos en documentos privados¹⁶, así que a la certificación de la conformidad de las copias a sus originales¹⁷, y todas las otras actividades contempladas por la legislación en la Florida¹⁸.

Obviamente, nosotros, en la Florida, deseamos que los documentos notariados autorizados por los CLN en la Florida tengan reconocimiento en todos los Estados donde nuestros actos puedan surtir efecto¹⁹, de gozar de los mismos efectos probatorios, ejecutorios y constitutivos de derechos y obligaciones como en el estado de la Florida. El reglamento en la Florida impone la obligación de agregar a todos los documentos auténticos una leyenda informando

que la naturaleza del documento es de un documento notarial auténtico, con la autorización conferida por un oficial público nombrado por un estado.²⁰

La Organización Notarial

Por La naturaleza de los Estados Unidos, del punto de vista jurídico y constitucional, y de la autonomía de los diferentes estados de la federación norteamericana, resulta que no es la ley nacional, sino de los estados que determina el campo de competencia de cada notario. La legislación de cada Estado, en los Estados Unidos de América, determina, eventualmente, las condiciones de acceso a la profesión notarial y del ejercicio de la función pública notarial.

La legislación en la Florida estableció, a ese efecto, exámenes considerados necesarios para satisfacer el requisito que los candidatos tengan el conocimiento necesario en derecho y la calificación jurídica. De esa manera, pone la profesión de notario al alcance de un número muy importante de candidatos entre los attorneys activamente inscritos. Aunque la ley no prescriba de manera exacta el lugar de implantación de cada estudio notarial, garantiza el acceso al notariado por la facultad del Civil Law Notary para ejercer su función en todo el territorio del estado. La evolución de la profesión de Civil Law Notary en la Florida ha creado su propio reparto “equitativo” a través del territorio del Estado de la Florida.

11 Leyes de la Florida, Sección 118.10(1)(a) y Regla 1N-6.001(6)(b)(6), Código Administrativo de la Florida, respectivamente. 12 118.10(3) 13 118.10(1)(c) y (4); 1N-6.001(8) 14 Véase, por ejemplo, Regla 1N-6.001(6)(b)(5) que impone a los CLN en la Florida, para la elaboración de todos los actos auténticos de un texto explicativo de la naturaleza del acto auténtico en la Florida, sugiriendo la aceptación recíproca de los actos auténticos recibidos por los CLN en la Florida.

15 El Civil Law Notary no tiene la obligación absoluta de conservar protocolizado el original, el reglamento admitiendo que el CLN puede conservar una copia del acto, de la cual el podría, eventualmente, emitir copias conformes. Regla 1N-6.001(8)(b), Código Administrativo de la Florida.

16 Leyes de la Florida, 118.10(7)

17 Véase, integralmente, Regla 1N-6.001(8)(b), Código Administrativo de la Florida.

18 Véase, Leyes de la Florida 118.10(7); Regla 1N-6.001(7)(a) y (b), Código Admin. de la Florida.

19 Las excepciones previstas por la legislación son las jurisdicciones que no tienen relaciones diplomáticas con los EEUU, los países terroristas, o si el comercio con la jurisdicción está prohibido por la legislación de 1917 sobre el comercio con los estados enemigos.

20 Los esfuerzos de los Civil Law Notaries han dado fruta. El autor recibió una acta de donación, obligatorio para poder donar a la República Francesa un cuadro para la residencia consular. La acta donación fue reconocida por el Ministerio de los asuntos extranjeros de la cooperación y del idioma francés de la República, que publicó en la Gaceta Oficial, Numero 132 del 8 de junio de 2002, página 10211, el decreto de aceptación de una donación del 23 de Mayo 2002.

Los CLN en la Florida se adhieren, obligatoriamente, a un órgano colegial. Este organismo, el Florida Bar (Colegio de Abogados de la Florida), vigila la conducta de todos los lawyers inscritos, inclusive los Civil Law Notaries. Sus procedimientos disciplinarios quedan controlados por la Corte Suprema, la cual determina finalmente la aplicación de sanciones contra los profesionales del derecho que puedan estar portados por ante los órganos y procedimientos disciplinarios. Los CLN en la Florida están sujetos a otro nivel disciplinario, no por un organismo colegial, sino por la misma autoridad que lo nombró a su oficio notarial: el Departamento de Estado del Estado de la Florida. Este servicio determina las violaciones del reglamento del Civil Law Notary, y se obliga a informar el órgano colegial de cualquier denuncia hecha contra un Civil Law Notary.

Además de los órganos disciplinarios, existe un organismo compuesto exclusivamente de Civil Law Notaries y que asume la representación del notariado, tanto al nivel del Estado de la Florida que al nivel de agrupar los Notariados de diferentes estados de los EEUU que hayan adoptado una legislación constitutiva de la figura del notario latino. Este organismo, la National Association of Civil Law Notaries (NACLN) (la asociación nacional de Civil Law Notaries), fue fundada y mantiene su sede en la Florida, que este autor considera, por las razones citadas arriba (véase nota 7, supra, por ejemplo), la jurisdicción entre los Estados Unidos de América que ha adoptado la reconstitución de la figura notarial más fiel al notariado latino, aún dentro de los límites de sus tradiciones fuertemente anglo-americanas.

La fuerza de su autoridad en el mundo notarial en los EEUU está respaldada por la confianza que el Departamento del Estado del Estado de la Florida tiene en la NACLN para organizar los cursos de formación de los Civil Law Notaries, y aún para administrar los exámenes requeridos por cada abogado-jurista que desea alcanzar a la profesión de Civil Law Notary.

También sirve de guía al desarrollo del notariado embrionario en la Florida, y vigila al mantenimiento de prácticas adaptadas, pero muy cercanas, y muchas veces inspiradas de los principios fundamentales del sistema del notariado de tipo latino, tal que los han definido la Unión Internacional del Notariado (Latino).

La Deontología Notarial

No hay pregunta que la selección del Civil Law Notary en la Florida queda enteramente al escoger de la o las partes. El CLN en la Florida se obliga a respetar la reglas éticas de su profesión al nivel nacional, que significa nuestro caso, dentro de los límites de la leyes de la Florida y el reglamento profesional, así que las leyes federales de los Estados Unidos en la medida que sean aplicables. El CLN en la Florida, por su formación, respeta las reglas deontológicas al nivel internacional notarial, también, en la medida que sean aplicables.

Se ha mencionado arriba que los CLN en la Florida están sujetos a dos regímenes disciplinarios, en primer lugar por el órgano colegial al cual todos los lawyers deben de pertenecer, y al mismo tiempo por la misma autoridad que lo nombró a su oficio notarial: el Departamento del Estado del Estado de la Florida. Este servicio determina las violaciones del reglamento del Civil Law Notary, y se obliga a informar el órgano colegial de cualquier denuncia hecha contra un Civil Law Notary.

Son dos regímenes en paralelo que funcionan independientemente; el CLN en la Florida que se encuentra en violación de las obligaciones deontológicas profesionales puede estar disciplinado por los dos. Por este régimen doble de disciplina profesional, el CLN en la Florida tiene obligación de lealtad y de integridad hacia los que solicitan sus servicios, hacia el Estado (el Departamento de Estado del Estado de la Florida), y hacia sus colegas profesionales,

tanto al Colegio de Abogados que frente a sus colegas de la NACLN.

El Civil Law Notary en la Florida tiene la obligación de respetar el secreto profesional, del cual el desarrollo jurídico y jurisprudencial se ha avanzado dentro del marco del secreto profesional de los abogados. La prestación de una asistencia adecuada para una parte que se halla en estado de inferioridad con respecto a la otra se pone delicada a partir del momento en que la necesidad de la prestación de una tal asistencia sale de una materia que puede degenerar rápidamente en un caso contencioso.

Por ejemplo, se observa, con mucha frecuencia, que, en las jurisdicciones “civilistas,” un notario puede arreglar una sucesión tranquilamente en su estudio. Sin embargo, a partir del momento que el arreglo de la sucesión ya no se pueda manejar con paz y tranquilidad entre las partes interesadas, hay el riesgo de portarse ante una jurisdicción judicial, y fuera de las manos del notario.²¹



Corrado Giaquinto
"La justicia y la paz"

21 Véase al Informe de la Comisión Especial de Relaciones con los Notariados Anglo-sajones Americanos, 20-22 de Noviembre de 2001, Porto Alegre, Brasil.

Este mismo principio sería aplicable para el Civil Law Notary en la Florida de la manera siguiente: las partes pueden dar su acuerdo para que el Civil Law Notary se exprese de manera imparcial para llegar al equilibrio necesario a la conclusión de un contrato equitativo, aún por la prestación de una asis-

tencia adecuada respecto a una parte encontrándose en estado de inferioridad. Si el Civil Law Notary en la Florida llega, sin embargo, a una determinación que el asunto toma una tendencia hacia el contencioso, su intervención debe suspenderse.



CONCLUSION

Este breve examen sobre el Civil Law Notary en la Florida revela que merece el reconocimiento de “notario latino”, sobretodo según los principios fundamentales aprobados por la Asamblea de los Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino a Roma, en Italia, el 8 de Noviembre 2005. Además, el Civil Law Notary es una realidad, fuerte de una colectividad contando más de cien profesionales a través el territorio del estado de la Florida.

Autorizan sus documentos notariales y hacen cambios y colaboración con sus colegas de ultramar, porque los Civil Law Notaries en la Florida, ante todo, gozan de un oficio notarial permitiendo, notablemente, de acercar las diferencias prácticas que existen, jurídicamente, entre la Florida y las jurisdicciones con cuales sus residentes tienen relaciones importantes y asuntos variados: América del Sur, América Central, y Europa. Son países principalmente civilistas, y son jurisdicciones donde predomina el notario latino. Así es una visión del futuro del Civil Law Notary en la Florida.

Miami, el 26 de Septiembre de 2011



Rembrandt
“El juramento de los bátavos”





Par Me. David S. Willig, Notaire à Miami

LA FLORIDE ET LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU NOTARIAT LATIN



INTRODUCTION :

Le Notaire et le Droit International Privé

On peut débattre longuement sur l'internationalisation du notariat¹. Les vrais adeptes du droit international privé et du droit comparé notarial sont, sans doute, peu nombreux. L'accès à la profession peu facile, en combinaison avec une connaissance approfondie de deux systèmes de droit, et, éventuellement une connaissance approfondie d'une autre langue, sont des obstacles déjà formidables. Pour certains, le rôle traditionnel du notaire latin a donné lieu à la tendance que les notaires soient des professionnels d'un droit archi-local, s'agissant largement des biens uniques du sol, les biens immeubles, et surtout leur support terrain. L'intégration du notaire sur le plan international était lente; alors que les notaires existent depuis des siècles, ce n'était qu'en 1948 que l'Union Internationale du Notariat (Latin) fut fondée.

La Reconstitution du Notaire au Monde Anglo-Américain

Il faut aller au-delà du superficiel, et plonger plus profondément, pour apprécier pleinement l'évolution de la figure du notaire dit "latin," par la législation en Floride aux

États-Unis qui a créé la figure du "Civil Law Notary"². Surement, les articles de doctrine et autres n'ont pas suffisamment décrit la vraie importance de cette avance législative.³

Or, il faut plonger plus profondément dans le droit, mais aussi dans l'histoire, voire dans l'histoire du droit, afin de bien digérer le poids de ce développement. Du point de vue du droit, il s'agit de l'adoption par une juridiction de tradition juridique anglaise⁴, d'une institution romano civiliste. De l'histoire nous savons que la rupture par Henri VIII avec l'église de Rome a ainsi interrompu la pratique que les Notaires en Angleterre étaient nommés auparavant à Rome pour y faire leur ministère. Les facultés du notaire ont été progressivement réduites par la concurrence avec les solicitors, ce qui explique en quelques mots le nom vaguement familier, ainsi que les fonctions très réduites du notary public en Floride, et dans le monde anglophone plus généralement, notamment les États-Unis.

A la suite de deux siècles de hégémonie anglophone, y compris dans la sphère juridique, il en résulte que la langue française du monde des affaires, et du monde juridique, a dû avoir la souplesse d'absorber du vocabulaire tel que "royalties," "crédit-leasing," et "charter." Il est quand-même rafraichissant de voir une juridiction anglo-saxonne qui adopte une institution civiliste. Certes, le Civil Law Notary

1 M. Revillard, expert du droit notarial, dans la 6ème édition de son ouvrage *Droit International Privé et Communautaire : Pratique Notariale*, a observé :

S'il y a une trentaine d'années, la majorité des notaires affirmait ne pas avoir à résoudre de problèmes de droit international privé, le développement des mouvements de capitaux et des personnes au cours de ces dernières années a profondément modifié l'activité notariale.

Le droit international privé notarial n'est pas le privilège des notaires de grandes villes; la clientèle internationale s'adresse aussi aux notaires ruraux, qui ont souvent à régler des successions internationales importantes ou à procéder à la constitution des sociétés sous contrôle étranger.

2 L'auteur manifeste une préférence pour la désignation en anglais de « Civil Law Notary », non seulement pour souligner son caractère unique vis-à-vis des notaires latins de juridictions historiquement civilistes, mais aussi pour le distinguer du « notary public », « une personne qui a reçu le pouvoir d'authentifier les signatures de ceux qui lui

demandent, pour une raison ou pour une autre, cette légalisation. La qualité de notary public ne demande aucune capacité particulière ; [...]. René David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, 8ème édition, No. 397.

3 Le même auteur a prononcé des discours sur le Civil Law Notary, sans pour autant, avoir pénétré profondément dans l'esprit collectif des notaires latins.

4 La législation en Floride compte un texte qui vise l'adoption de la Common Law et la législation d'Angleterre telles qu'elles existaient au 4 juillet 1776, la date de la déclaration d'indépendance des États-Unis. Le texte integral suit: 2.01 Common law and certain statutes declared in force.—The common and statute laws of England which are of a general and not a local nature, with the exception hereinafter mentioned, down to the 4th day of July, 1776, are declared to be of force in this state; provided, the said statutes and common law be not inconsistent with the Constitution and laws of the United States and the acts of the Legislature of this state.

en Floride n'est pas strictement l'équivalent du notaire "classique" latin, mais c'est un pas important pour combler les lacunes pratiques dans la vie des usagers du droit.

Vu, donc, que l'ambiance historique et juridique était néanmoins peu accueillante au Civil Law Notary, il a fallu un effort démesuré pour reconstituer une figure de notaire inspirée du notaire latin. Malgré ces obstacles de nature profondément culturelle du droit et de la langue, le Notariat de la Floride, c'est à dire, le Notariat composé de Civil Law Notaries, toujours peu nombreux de par sa nouveauté, mais en croissance évidente, exerce dans un cadre qui satisfait tous les principes importants du notariat.

Afin de mieux encadrer le Civil Law Notary de la Floride, à peu près unique aux USA⁵, il est fort utile de l'examiner par comparaison aux principes fondamentaux du système du notariat du type latin. On verra que, lors des occasions où les normes de la Floride divergent de la norme de nombreuses juridictions du système du notariat du type latin, la différence n'est pas finalement significative de manière pondéreuse.

Suivant les principes fondamentaux, examinons la place de la Floride parmi les juridictions du notaire du type latin, sachant que la Floride se trouve dotée d'un système juridique qui a évolué dans un cadre historique différent, et a connu un développement de règles, de langage et de méthodologie très différent.

Le Notaire et Sa Fonction

Le « Civil Law Notary » en Floride est, avant tout, un professionnel du droit⁶, quoique par des moyens controversés, au moins chez certains « puristes » du notariat latin. Car, en Floride, on a forcément réuni la figure du notaire latin avec celle du lawyer américain, qui est, à vrai dire, beaucoup plus qu'un simple avocat plaidant devant les tribunaux⁷. Pendant toute l'histoire de l'état, la seule classe de « professionnel du droit » était le lawyer en Floride.

Ceux qui voient plus loin et qui regardent l'instauration du notaire latin dans un pays anglo-saxon, n'importe quel pays anglo-saxon d'ailleurs, comme une avance pour le notariat latin, admettront qu'un tel compromis s'imposait de ce fait qui en constituait un obstacle important. Depuis l'histoire de l'état de la Floride, toutes les fonctions « classiques » du notaire latin étaient remplies, déjà, et principalement par des lawyers, connus aussi sous la désignation de « attorney ».

Pourtant, il est clair que le CLN en Floride, tout en détenant

l'autorité publique, exerce sa fonction de manière impartiale et indépendante, en dehors de toute hiérarchie étatique, ce qui sert d'étayer, encore, le choix naturel de conférer ces facultés aux lawyers, de véritables juristes déjà en exercice de fonctions semblables.

Le « Civil Law Notary » en Floride est, aussi, un officier public, nommé par l'État pour conférer l'authenticité aux actes juridiques et contrats contenus dans les documents qu'il rédige.⁸

Or, le « Civil Law Notary » en Floride se voit conféré, aussi, la faculté pour agir comme conseiller en faveur des personnes faisant appel à son ministre. Cette faculté n'a pas de contrainte lorsqu'il s'agit d'une seule personne. Si l'acte, même rédigé en langue étrangère, ayant récité la lecture par le notaire de l'acte intégral, voire la lecture « commentée », le CLN en Floride qui aura la capacité linguistique, de par son inscription au barreau, est doté du monopole de conseiller en droit.

Pour que le CLN en Floride puisse exercer cette faculté de conseiller deux ou plusieurs personnes dépendrait des relations entre ces personnes. Les principes fondamentaux du système de notariat de type latin reconnaissent que le ministère notarial, s'étendant à l'ensemble des activités juridiques du domaine non-contentieux, assure la sécurité juridique à l'usager du droit, prévient les litiges éventuels, qu'il peut résoudre par l'exercice de la médiation juridique et représente un instrument indispensable à l'administration d'une bonne justice. (souligne ajoutée par la rédaction)

Tant qu'on reste dans le domaine non-contentieux⁹, le CLN en Floride satisfait ce principe du notariat de type latin, ayant, en plus, son background de lawyer-avocat-juriste qui favorise, peut-être, une meilleure assurance de la sécurité juridique à l'usager du droit, et de mieux prévenir les litiges éventuels. On dit que le meilleur rédacteur de contrats est celui qui a participé à décortiquer, ou au moins a eu connaissance, de par la jurisprudence, du décorticage de nombreux contrats devant les tribunaux et les cours d'appels.

Le Document Notarial

La loi qui a constitué la figure du notaire « latin » en Floride dispose que l'authenticité des actes notariés porte sur la signature et le contenu, alors que l'authenticité quant à la

5 La législation en Floride dispose expressément de la présomption de légalité de l'acte authentique du Civil Law Notary. Voir, Lois de la Floride, Section 118.10(3). À la différence de la Floride, en Alabama, le seul autre état qui a voulu reconstituer à l'ère moderne un notaire calqué sur le « notaire classique », la législation assure la présomption de l'exactitude du contenu de l'acte, mais reste muette sur la présomption de légalité. Voir Code des Lois de l'Alabama, 36-20-50(1), La Louisiane a adopté un régime de « notaire » qui suit le paradigme angloaméricain malgré ses racines franco-civilistes. Notamment, en Louisiane, un professionnel de droit, un avocat-lawyer, peut se voir conférer un office de « notaire », mais un « notaire » en Louisiane, comme le notary public en Floride, n'est pas forcément un professionnel

de droit. Lois Reformulées, 35 :191(A)(1) et 35 :191(C)(2)(c)

6 Fla. Stats. (Lois de la Floride), 118.10(1)(b).

7 René David a observé, dans son ouvrage « Les Grands Systèmes de Droit Contemporain » (Daloz, 8ème édition, No. 397) que « la majorité [des lawyers américains] s'occupera de questions non contentieuses, remplissant le rôle de nos notaires, [anciens] conseillers juridiques, ou conseillers fiscaux français... »

8 Ce caractère du « Civil Law Notary » en Floride est établi par l'ensemble des textes de la loi 118.10(1)(a) ("Authentic act"), (b) (« Civil law notary ») (2) et (3).

9 Voir le rapport de la Commission Spéciale sur les Relations avec les Notaires Anglo-saxons Américains, du 20 au 22 novembre 2001, Porto Alegre, au Brésil.

date du document est pourvue par le règlement.¹⁰ La présomption de légalité est pourvue dans le texte adopté en Floride¹¹. L'obligation pour le Civil Law Notary en Floride de conserver les actes et des les répertoire se trouve dans la loi, alors que les détails du répertoire sont précisés par le règlement.¹²

Il incombe au CLN en Floride de vérifier l'identité, la capacité, et, sous-entendu dans le cadre de la détermination de la capacité, la validité des pouvoirs des parties, le cas échéant.¹³ Vu le double-caractère de « juriste » en tant que notaire et avocat, le CLN en Floride interprète la volonté des intéressés et l'adapte aux prescriptions légales, dans le respect constant de la loi, lors de la rédaction des actes, ainsi que la présentation d'un projet. Il suit que le « Civil Law Notary » contrôle la légalité des actes, et il est libre d'accepter ou de refuser tout projet à lui présenté, tout en s'assurant que la volonté exprimée par les parties en sa présence a été librement formulée, sans égard au support sur lequel ces actes notariés seraient rédigés. En fait, le CLN en Floride aura l'obligation, le plus souvent, d'introduire, en accord avec les parties, bien sûr, afin d'assurer la sécurité juridique de l'acte, les modifications qu'il juge pertinentes, car exigées par la loi en Floride.¹⁴

A part cette condition, le Civil Law Notary en Floride reste le seul maître de la rédaction de ses actes, mais les parties à un acte notarié ont le droit toujours d'obtenir des copies de l'original déposé chez le notaire¹⁵, ayant la même valeur que l'original. Le CLN en Floride peut délivrer des copies aux personnes qui ont un intérêt légitime, ou légal selon la rédaction du règlement, a en connaître le contenu. L'intervention notariale du Civil Law Notary en Floride s'étend aussi à la légalisation des signatures apposées par des particuliers sur des documents sous seing privé¹⁶, ainsi qu'à la certification de la conformité des copies à leurs originaux¹⁷, et toutes sortes d'activités prévues par la législation en Floride¹⁸.

Visiblement, nous, en Floride, souhaitons que les actes

notariés reçus par des CLN en Floride soient reconnus dans tous les États où nos actes peuvent avoir effet¹⁹, d'y produire les mêmes effets probants, exécutoires et constitutifs de droits et obligations que dans l'État de la Floride. Le règlement en Floride impose l'obligation de modifier tout acte authentique avec une légende qui informe que la nature de l'acte est celle d'un acte authentique, dont l'autorisation est conférée par un officier public nommé par un état²⁰.

L'Organisation Notariale

La nature des États-Unis, du point de vue juridique et constitutionnel et l'autonomie des différents états de la fédération américaine, est telle que ce n'est pas la loi nationale, sinon la

loi étatique qui détermine la sphère de compétence de chaque notaire. La loi de chaque État, aux États-Unis d'Amérique, déterminerait, éventuellement, les conditions d'accès à la profession notariale et l'exercice de la fonction publique notariale.

La législation en Floride a établi, à cet effet, les épreuves ou examens considérés nécessaires de satisfaire l'exigence que les candidats aient la maîtrise en droit et la qualification juridique. De cette façon, elle met la profession de notaire à la portée d'un nombre très élevé de candidats parmi les attorneys activement inscrits. Bien que la loi ne prescrive de manière précise le lieu d'implantation de chaque office notarial, elle garantit l'accès au notariat de par la faculté du Civil Law Notary d'exercer son rôle sur tout le territoire de l'état. L'évolution de la profession de Civil Law Notary en Floride a créé sa propre répartition « équitable » à travers le territoire de l'État de la Floride.

Les CLN en Floride appartiennent, obligatoirement, à un organe collégial. Cet organe, le Barreau de la Floride surveille la conduite de tous les lawyers inscrits, y compris les Civil Law Notaries. Leurs poursuites restent sous le contrôle de la Cour Suprême, qui détermine finalement toute sanction contre les professionnels du droit qui soient portés devant



Casado del Alisal
"Le serment des députés aux Cortès"

10 Lois de la Floride, Section 118.10(1)(a) et Règle 1N-6.001 (6)(b)(6), Code Administratif de la Floride, respectivement.

11 Lois de la Floride, Section 118.10(3).

12 Lois de la Floride, Section 118.10(1)(c) et (4) ; Règle 1N-6.001 (8), Code Administratif de la Floride

13 Lois de la Floride, Section 118.10(1)(a).

14 Voir, par exemple, Règle 1N-6.001(6)(b)(5) qui impose aux CLN en Floride la rédaction dans tout acte authentique d'un texte explicatif de la nature de l'acte authentique en Floride, et priant l'acceptation réciproque des actes authentiques provenant des CLN en Floride.

15 Le Civil Law Notary n'est pas tenu, strictement, à répertorier l'original, le règlement admettant que le CLN peut conserver une copie de l'acte, de laquelle il pourra éventuellement délivrer des copies. Règle 1N-6.001 (8)(b), Code Administratif de la Floride.

16 Lois de la Floride, 118.10(7)

17 Voir, ensemble, Règle 1N-6.001(8)(b) et (d), Code Administratif de la Floride.

18 Voir, Lois de la Floride 118.10(7); Règle 1N-6.001(7)(a) et (b), Code Administratif de la Floride.

19 Les exceptions prévues par la législation sont les juridictions qui n'ont pas de relations diplomatiques avec les États-Unis, les pays terroristes, ou si commerce avec la juridiction est interdite par la législation de 1917 portant sur le commerce avec des états ennemis.

20 Les efforts des Civil Law Notaries ont donné des fruits. L'auteur a reçu un acte de donation, rendu obligatoire pour faire un don à la République Française d'un tableau pour la résidence consulaire. L'acte a été reconnu par le Ministère de des affaires étrangères de la coopération et de la francophonie de la République, ayant publié au Journal Officiel, Numéro 132 du 8 juin 2002, page 10211, l'Arrêté du 23 mai 2002 portant acceptation d'une donation.

les organes et les procédures disciplinaires. Les CLN en Floride sont assujettis à une autre couche disciplinaire, pas par un organe collégial, mais par la même autorité qui l'a nommé à son office notarial : le Département d'État de l'État de la Floride. Ce service statuera sur toute violation du règlement du Civil Law Notary, et s'oblige à en informer l'organe collégial de toute dénonciation contre un Civil Law Notary.

En plus des organes disciplinaires, il existe un organisme composé exclusivement de Civil Law Notaries et qui assume la représentation du notariat, tant au niveau de l'État de la Floride, mais aussi visant à regrouper le Notariat de différents états des États-Unis qui adopte une législation reconstituant la figure du notaire latin. Cet organisme, la National Association of Civil Law Notaries (NACLN) (l'association nationale de civil law notaries), a été fondé et maintient son siège en Floride, que l'auteur considère, pour des raisons soulevées au-dessus (voir note 5, au-dessus, par exemple), la juridiction aux États-Unis qui a visé la reconstitution la plus fidèle du notariat latin, mêmes dans les limites de ses fortes traditions anglo-américaines.

La force de son autorité dans le monde notarial aux USA est soulignée par la confiance reposée par le Département de l'État de la Floride dans la NACLN pour organiser les formations, voire d'administrer les épreuves requises pour chaque avocat-juriste qui désire atteindre la profession de Civil Law Notary. Elle sert aussi de guide au développement du notariat embryonnaire en Floride, et veille au maintien de pratiques adaptées, mais très proches, et souvent inspirées, des principes fondamentaux du système du notariat du type latin, tels que l'Union Internationale du Notariat les a définis.



Auteur inconnu. "La Justice"

La Déontologie Notariale

Il est clair, tout d'abord, que le choix du Civil Law Notary en Floride reste entièrement au gré de la ou des parties. Le CLN en Floride est tenu au respect des règles déontologiques de sa profession sur le plan national, c'est-à-dire, dans les limites des lois de la Floride et le règlement professionnel, ainsi que les lois fédérales des États-Unis dans la mesure qu'elles soient applicables. Le CLN en Floride, de par sa formation, respecte la déontologie internationale notariale, aussi, dans la mesure qu'elle soit applicable.

On a fait mention déjà au-dessus que les CLN en Floride sont assujettis à deux régimes disciplinaires, d'abord par le

barreau, organe collégial auquel tout avocat doit appartenir, et en même temps par la même autorité qui l'a nommé à son office notarial : le Département d'État de l'État de la Floride. Ce service statuera sur toute violation du règlement du Civil Law Notary, et s'oblige à en informer le Barreau de la Floride de toute dénonciation contre un Civil Law Notary.

Ce sont, donc, deux régimes en parallèle qui fonctionnent indépendamment; le CLN en Floride qui se trouve en violation des obligations professionnelles peut être discipliné par les deux. De par ce double régime de discipline professionnelle, le CLN en Floride est tenu à la loyauté et à l'intégrité envers ceux qui sollicitent ses services, envers l'État (le Département d'État de l'État de la Floride), et envers ses confrères, tant au Barreau, mais aussi ses confrères auprès de la NACLN.

Le Civil Law Notary en Floride est tenu au secret professionnel, dont le développement juridique et jurisprudentiel a eu lieu dans un cadre du secret professionnel des avocats, avec les exceptions sorties de cette évolution. Or, la prestation d'une assistance adéquate à l'égard d'une partie qui se trouve en état d'infériorité par rapport à une autre devient délicate dès le moment où le besoin de la prestation d'une telle assistance relève d'une matière qui peut rapidement dégénérer à un dossier contentieux.

Par exemple, on voit souvent dans les juridictions «civilistes» que le notaire peut paisiblement régler une succession au sein de son cabinet. Mais, dès le moment que le règlement de cette succession ne soit plus paisible, il est, le plus souvent, porté devant une juridiction judiciaire, et hors les mains du notaire.

Ce même principe serait applicable pour le Civil Law Notary en Floride de la manière suivante : les parties peuvent donner leur accord pour que le Civil Law Notary s'exprime de façon impartiale afin de parvenir à l'équilibre nécessaire à la conclusion d'un contrat équitable, même par la prestation d'une assistance adéquate à l'égard d'une partie se trouvant en état d'infériorité. Si le Civil Law Notary en Floride arrive, pourtant, à la détermination que l'affaire prenne une allure vers le contentieux, son intervention doit cesser.

21 Véase al Informe de la Comisión Especial de Relaciones con los Notariados Anglo-sajones Americanos, 20-22 de Noviembre de 2001, Porto Alegre, Brasil.



CONCLUSION

Cet examen du Civil Law Notary révèle que celui-ci mérite la reconnaissance de « notaire latin », surtout selon les principes fondamentaux approuvés par l'Assemblée des Notariats membres de l'Union Internationale du Notariat Latin à Rome, en Italie, le 8 novembre 2005.

De plus, le Civil Law Notary est une réalité, fort d'un effectif d'une centaine de professionnels à travers le territoire de l'état de la Floride.

Ils reçoivent leurs actes et font des échanges avec leur confrères d'outremer, car les Civil Law Notaries en Floride, avant tout, se voient dotés d'un office notarial leur permettant, notamment, de combler les lacunes qui existent, juridiquement, entre la Floride, et les juridictions avec lesquelles ses résidents ont des affaires: en Amérique du Sud, l'Amérique Centrale, l'Europe.

Ce sont des pays largement civilistes, et ce sont des juridictions où le notaire latin prédomine. Voilà une vision de l'avenir du Civil Law Notary en Floride.

Miami, le 26 septembre 2011.



Gavin Hamilton
"Le Serment de Brutus"

3



Prof. Dr. Luc Weyts

MODERNIZACIÓN Y AVANCE DEL SISTEMA NOTARIAL MIRANDO LO QUE EXISTE EN LOS PAISES VECINOS : MODELO EUROPEO CON SUS DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS







Prof. Dr. Luc Weyts. Notario Universidad Catolica de Lovaina (K.U.Leuven) Bélgica

MODERNIZACIÓN Y AVANCE DEL SISTEMA NOTARIAL MIRANDO LO QUE EXISTE EN LOS PAISES VECINOS : MODELO EUROPEO CON SUS DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS



1. Me hice la promesa de presentar una pequeña conferencia en el congreso de los Asuntos Americanos del Notariado Latino, tenido en Cochabamba en Bolivia en octubre 2011 con este tema: "Modernización y avance del sistema notarial mirando lo que existe en los países vecinos: modelo europeo con sus directivas y reglamentos". Sé que ustedes tienen un notariado con mucha tradición, fundado en los principios de la ley francesa dicha Ventôse, redactada por los cuatro famosos juristas de Napoleon, como en Francia y la mayoría de los países europeos, americanos, africanos y algunos de Asia, 82 en total en este momento. Pero su sistema notarial como el de nosotros necesita seguramente una modernización.

Para adaptarse de una manera eficaz a las nuevas demandas de la sociedad, es una absoluta necesidad observar lo que se pasa en los países vecinos. Un gran paso adelante en el derecho, y también en la materia notarial, lo podemos hacer solamente, cuando nos comprometemos a mirar encima de las fronteras¹. Encontramos más que antes, transacciones entre los países circundantes. Estas operaciones comerciales y otras requieren al máximo una armonización de los diferentes sistemas jurídicos.

En ninguna parte del mundo podría realizarse esto, con más facilidad que en este continente de América del Sur, América Central y México, gracias a la existencia del mismo idioma, de la misma cultura y de casi la misma mentalidad².

En Europa hemos obtenido en mayor o menor medida un comienzo de tal armonización³. Con mi exposición trataré de esbozar una imagen que muestra, en que materias hemos ya realizado una unificación. Estos avances podrían servir como modelo de referencia en vuestros países.

2. Europa es un continente fascinante, con muchas culturas, con muchos idiomas, en que inicialmente todos los países funcionaron independientemente. Pero actualmente gracias a la existencia de la Unión Europea, existe un creciente intercambio entre los distintos pueblos, los matrimonios entre nacionalidades mixtas son más frecuentes y además se da una mayor colaboración profesional transfronteriza.

Dicha creciente unificación de Europa ha conllevado a muchas ventajas para el consumidor: sobre todo precios más baratos y sistemas jurídicos paralelos. Esto fue necesario debido al creciente número de relaciones comerciales entre los distintos países miembros.

Sin embargo, también ha conllevado desventajas, más posiciones dominantes de algunas grandes empresas por fusiones, más criminalidad como por ejemplo el blanqueo de dinero por la desaparición del control por la aduana a las fronteras, la pérdida de la propia cultura a causa de la globalización, etcétera.

Se pide al notario europeo que colabore en dicha unificación de Europa, en plena evolución, y ello en distintos terrenos, que me gustaría repasar con ustedes. Respecto a dicha evolución, durante los últimos diez años siempre hacia un resumen para la Unión del Notariado Latino, como miembro del consejo Permanente de la Unión.

3. Dicha unificación del derecho en Europa empezó esencialmente con el derecho de sociedades, con las llamadas directivas europeas.

Las directivas europeas reflejan principios mínimos, que los legisladores nacionales deben implementar en su sistema jurídico. Las distintas directivas europeas han uniformizado considerablemente las dos formas de sociedades más utiliza-

1 L. WEYTS, Le Notaire latin et ses perspectives d'avenir, en, L'Europe des consommateurs et le notariat, Verviers, Fed. Roy. Not. Bel., 1994, 33 es. G. JATIB DE CABULI, Es posible el Mercosur?, Not.Int. 1999, 189.

3 L. WEYTS, L'Europeanisation, une entreprise positive pour une bonne Globalisation, Not.Int. 2001, 147

das, es decir la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, en toda Europa, entre otras cosas por lo que se refiere a la manera de la publicidad de las escrituras y nombramientos, la representación hacia terceros⁴, la protección del capital⁵, el buen gobierno dentro de la sociedad (indicado con el término inglés *corporate governance*), las fusiones y divisiones de sociedades⁶.

Pero Europa también tiene reglamentos europeos, que son una especie de leyes marco que como tal, son inmediata y directamente aplicables en los Estados miembros europeos. Así se creó una forma de sociedad europea, la "Societas Europea" en latín, según el modelo de la sociedad anónima⁷. Esta forma de sociedad debe hacer posible una colaboración transfronteriza entre las distintas sociedades de distinta nacionalidad. Hace poco obtuvimos seguidamente la sociedad cooperativa europea.

Muy recientemente se hizo la pregunta si también se necesitaría crear una sociedad de responsabilidad limitada europea para las pequeñas y medianas empresas (fue una propuesta de Francia)⁸. El 48% (cuarenta y ocho por ciento) es partidario de este tipo de sociedad, porque también empiezan a colaborar. Además, Europa consta por más del 95% (noventa y cinco por ciento) de tales pequeñas sociedades. Tenemos ya este tipo de sociedad, pero no estamos seguros de que este instrumento jurídico tenga éxito en el futuro. Estas sociedades europeas facilitan las fusiones transfronterizas y también el traslado del domicilio de la sociedad a otro Estado miembro.

Para colaborar juntos, las sociedades pueden concurrir en una agrupación por interés común⁹. Pero Europa es recelosa con respecto a las grandes fusiones, y reacciona ante los abusos por una posición demasiado dominante de una empresa. Por lo tanto, recientemente trata de apoyar a las pequeñas y medianas empresas dentro de lo posible con las formalidades de constitución y luego intenta simplificarlas dentro de lo posible. Existe también la posibilidad constituir una sociedad de responsabilidad limitada con un capital de 1 euro para empezar las actividades con la obligación aumentar esta cifra des-

pues de algunos años, como esta posibilidad existe en los países anglo-saxones (*limited company*)¹⁰. Este sistema facilita a los empresarios jóvenes acabar con una sociedad para su negocio. Finalmente, esperamos obtener un día un registro europeo comercial en que podemos encontrar los datos necesarios de una empresa extranjera por lo cual tenemos que redactar una escritura como notario¹¹.

4. En el terreno del derecho judicial, Europa ha sido muy activa por la promulgación de reglamentos¹², Bruselas I (uno)¹³ y Bruselas II (dos)¹⁴, que permiten que no sólo las sentencias, sino también las escrituras notariales puedan ejecutarse en otro país europeo. Ciertamente, mediante un llamado "exequatur" a conceder por el juez del país en que una determinada obligación o sanción debe cumplirse.

Recientemente, gracias al reglamento Roma I (uno), el cobro de una suma de dinero, incluso a base de una escritura notarial, es posible sin dicha formalidad del *exequatur*, por el llamado "título ejecutivo europeo", que un notario puede entregar directamente, sin la intervención de un tribunal¹⁵.

Finalmente se quiere llegar a una circulación completamente libre dentro de Europa de todas las escrituras notariales, que por todas partes adquieren valor probatorio y fuerza ejecutiva en cualquier terreno.

Asimismo, se quiere estimular en el viejo continente dentro de lo posible la

mediación (*mediation*) en disputas en lugar de dirigirse al tribunal. Puesto que el notario es el mediador por excelencia, es sobre todo a él que le corresponde este terreno de mediación.

5. En el terreno del derecho de contratos, el legislador europeo ha intervenido en el terreno de los préstamos, que se pueden contraer libremente donde quiera en Europa, con la posibilidad para el consumidor de revocar todavía su consentimiento dentro de los 7 (siete) días. Afortunadamente dicha posibilidad no se ha declarado aplicable a los préstamos hipotecarios contraídos ante notario¹⁶.

Estamos también en la espera de una euro hipoteca, que permitirá obtener una hipoteca en cualquier país en Europa para ga-



Banderas de los países de la Unión

4 Dir. Eur. del 9 marzo 1968, J.O.; 14 marzo, 1968.

5 Dir. Eur. del 13 diciembre 1976, J.O. 31 enero 1977.

6 Dir. Eur. del 9 octubre 1978, J.O. 20 octubre 1978 y 17 diciembre 1982, J.O. 31 diciembre 1982.

7 Regl. Eur. del 8 octubre 2001, J.O. 10 noviembre 2001.

8 T.VAN DUUREN y E. VERMEULEN, *Société Privée Européenne – a European Private Company*, Not.Int. 2001, 83.

9 Y. GUYON y G. COQUEREAU, *Le groupement d'intérêt économique*, Paris, Dalloz, 1973, 10.

10 C. VAN DER ELST, *Biedt de S-BVBA een afdoend antwoord op de Britse limited*, T.R.V. 2009, 495; para más informaciones: <http://www.companies-house.gov.uk>.

11 V.MEYERS, *A European commercial register*, Not.Int. 1999, 151.

12 E. VAN HOVE, *Le règlement européen du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, ainsi que l'exécution des actes authentiques, Rev. Not. 2001, 274.

13 Regl. Bruselas I 22 diciembre 2000, J.O. 16 enero 2001.

14 Regl. Bruselas II 29 mayo 2000, J.O. 30 junio 2000.; B.HOHL y H.LETELLIER, *La Convention de Bruxelles II*, Not.Int.1999,126.

15 Regl. Eur. 21 enero 2005; F. BOUCKAERT, *Notarieel Internationaal Privaatrecht*, Mechelen (B), Kluwer, 2009, 14.

16 Dir. Eur. 9 enero 2001; C.CHADELAT, *Le nouveau droit des contrats et la protection des consommateurs*, Not.Int. 1998, 90; E.NUÑEZ, *Le droit de rétractation et la fonction notariale*, Not.Int. 2005, 272.

17 T.WACHTER, *La garantie de crédit frontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne*, Not. Int. 1999, 174.

rantizar un préstamo, firmado ante un notario en un país¹⁷.

Existe una directiva sobre la publicidad tramposa y compa-
rada en las negociaciones de la venta de casas y terrenos¹⁸,
una prohibiendo las cláusulas abusivas¹⁹ y el uso durante las
construcciones de productos defectuosos²⁰. También hay una
directiva europea relativa a la firma electrónica en contratos
desmaterializados, lo que también es importante para las es-
crituras notariales en el futuro²¹. En Francia la primera escri-
tura notarial electrónica fue recibida por un notario hace dos
años en el mes de octubre.

Por último, en Europa existe la idea de hacer un código eu-
ropeo uniforme del derecho de contratos²². Sin embargo, este
código se podrá realizar solamente en un futuro lejano.

6. En el terreno del derecho de familia el legislador europeo
intervino sobre todo en materia de divorcios, con el derecho
de visita de los hijos de padres
separados y el cobro de la pen-
sión alimenticia en el extran-
jero. Esta concierne a los
notarios en países donde tam-
bién se encargan de divorcios
de mutuo acuerdo. También se
está creando una red europea
para el registro de testamentos
para que un notario sepa muy
rápido si en algún lugar en Eu-
ropa se ha depositado un testa-
mento del difunto (tratado de
Basel en Suiza)²³.

En general las herencias inter-
nacionales ocupan un lugar preponderante en la práctica del
derecho internacional privado. La organización de la trans-
misión del patrimonio sucesorio implicó una elección entre
distintas instituciones jurídicas. Esta es una tarea muy difícil
para el notario. Una armonización en esta materia se necesi-
tará seguramente en un futuro²⁴.

7. En el terreno del derecho penal, Europa ya tiene su tercera
directiva en materia de blanqueo de dinero²⁵. Ahora también
el dinero que sirve para apoyar el terrorismo se tiene en el
punto de mira. Incluso en caso de simple presunción, el no-
tario debe avisar al servicio especial. Los datos también ten-
drían que pasarse entre los países europeos.
Por otra parte, los peligros de la cibercriminalidad están en

el foco de atención.

8. Respecto al propio estatuto de los notarios, se teme en Eu-
ropa que se vaya a suprimir el requerimiento de nacionalidad
para ser notario en un determinado país. Se teme que las ofi-
cinas anglosajonas vayan a inundar el viejo continente y ha-
cerles la competencia a las notarias existentes. Hasta la fecha,
Europa está de acuerdo con que se trate de un cargo público,
y que, por lo tanto, constituya todavía una profesión prote-
gida nacionalmente²⁶. Sin embargo, tarde o temprano se su-
primirá dicho requisito de nacionalidad, y una persona podrá
ser notario en otro país a condición de que su diploma y ha-
bilidades profesionales sean reconocidos. Un expediente
sobre la cuestión de la nacionalidad fue introducido ante la
Corte Europea, ubicada en Luxemburgo, y el resultado de
esta sentencia fue recientemente que los notarios pueden ins-
talarse libre en cualquier país y que el requisito de la nacio-
nalidad no pertenece a la autoridad pública de Europa (art.

45 CE)²⁷. Claro que el candi-
dato extranjero deba cumplir a
todos requisitos que la ley na-
cional de un país exige, quizás
un examen por ejemplo des-
pués de la práctica como existe
en España, Italia y Bélgica.

Además de eso estamos redac-
tando un Código Europeo de
Deontología Notarial, que re-
glará los comportamientos
entre los notarios (*the rules of
good behavior*)²⁸



Luxemburgo

9. Como se dan cuenta, Eu-
ropa no es sólo un continente fascinante. En muchos terre-
nos del derecho se trabaja para llegar a una armonización, y
el notariado se integra plenamente en dicho proceso. Quizás
un día vuestro continente siga este ejemplo, respetando las
características de cada país.

No estamos a favor de una globalización entera de los siste-
mas notariales en el mundo. Una mundialización provoca -
se dice- un cierto temor entre la gente. Provoca más
individualismo, crece un mundo más impersonal. La perso-
nas se encontrarán más a través la pantalla de su ordenador.
Los contactos humanos disminuirán. La eficacia reinará. Este
tipo de un mundo no lo queremos. No nos gusta entrar en
el mundo del escritor A. HUXLEY con su "Brave New

18 Dir. Eur. 10 septiembre 1984, J.O. 19 septiembre 1984 y Dir. Eur. 6 octubre.

19 Dir. Eur. 5 abril 1993, J.O. 21 abril 1993 ; C.CHADELAT, o.c., 88

20 Dir. Eur. 13 diciembre 1999, J.O. 19 enero 2000.

21 W.B. KENNAIR, The concept and development of the Cybernotary, NotInt.1996, 121; V. y L. WEYTS, Du notaire classique au notaire électronique, Not.Int. 1996, 113; T.BARASSI, The cybernotary, Not.Int. 1996, 105; S.ERBER-FALLER, Electronic legal transactions and digital signatures in Germany, Not.Int. 1998, 47

22 Libro Verde de la Comisión Europea del 10/12/2010. J.A.MARQUEZ GONZA-
LEZ, Formación de los contratos. Buscando reglas uniformes, Not.Int. 2004, 99

23 L.WEYTS, Central Register for Wills. A successful European Experiment, Not.Int. 2001, 16

24 Existe el Tratado de la Haya del 1 agosto 1989, solamente firmado por Los Países Bajos, Luxemburgo, Suiza y Argentina. M.REVILLARD, La preparation d'une suc-
cession internationale, Not.Int. 1996, 52

25. M.VOLMER, Blanqueo de dinero - Repercusiones del nuevo proyecto de direc-
tiva, Not.Int. 2000, 107

26 Art. 52, 7 Tratado Europeo.

27 Sentencia de la Corte Superior dde Luxemburgo del 24 de mayo 2011 C-47 /08.

28 H.WEHRENS, Information sur le Code Européen de Déontologie Notariale -
CEDENO, Not.Int. 1996, 52

Word” y su imagen de “Big Brother”. Nuestros clientes buscan en cambio contactos personales, buscan entre ellos la paz y el equilibrio.

El notario latino tiene en general cuenta de todo eso, de todos los datos específicos de cada persona, familia, empresa, región, cultura, etc. El notario es así la persona que puede dar de esta manera las seguridades necesarias, no solamente jurídicas, en un mundo más problemático que antes, otorgando sus escrituras con más profesionalismo y dando consejos más adecuados a sus clientes, ayudando así a las personas de distintas clases sociales, en imparcialidad entera.²⁹

Es así que nuestros notariados latinos, que existen en cuatro continentes de nuestro mundo, de Ushuaia hasta el Norte de Canadá, de *Lünerburger Heide* en el Norte de Alemania hasta el río de Congo en África, del Norte de Japón hasta el Sur de Indonesia, tienen todos un tronco común. Pero no son iguales en cada país.

Esto no significa que no tengamos que buscar una armonización mínima en algunas materias. Estoy convencido que un tal unificación dará un progreso positivo a nuestras sistemas nacionales del notariado y seguramente también al notariado Boliviano, que deseo un futuro con mucha suerte.

Cochabamba. Oct 2011

²⁹ W.BAUMANN, Die öffentlichen und sozialen Funktionen der Notariate in den Ländern der Europäischen Union, Not.Int. 1996, 11

4



14º CONGRESO MUNDIAL
DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA
Lyon - 19 / 23 de julio de 2011

LAS SOLIDARIDADES ENTRE GENERACIONES
TALLER Nº 1 EL NIÑO MENOR



Ganiou Adechy

SOLIDARIDADES FAMILIARES Y NUEVAS FORMAS
DE VIDA FAMILIAR EN ÁFRICA
EL CASO DE BENÍN



Sandro Botticelli
"Virgen con el Niño y Ángel"





Ganiou Adechy. Doctor en Derecho - Escribano de Cotonou - Benín

SOLIDARIDADES FAMILIARES Y NUEVAS FORMAS DE VIDA FAMILIAR EN ÁFRICA EL CASO DE BENÍN



Señoras y Señores Congresistas
Honorables Invitados,
Señoras y Señores,

Antes que nada, quiero transmitirles las disculpas del Esc. Jean-Paul DECORPS, Presidente de la U I N L quien, ocupado con muy importantes compromisos de su puesto, me solicitó que lo represente, les comunique que lamenta sinceramente no poder participar de vuestro Congreso y sobre todo, les agradece que hayan tenido la voluntad de asociar a la Unión Internacional del Notariado, vuestras ponencias dedicadas este año a un tema predilecto de la actividad notarial «SOLIDARIDADES ENTRE GENERACIONES» del cual debo presentarles uno de los subtemas, cuyo título es: «SOLIDARIDADES FAMILIARES Y NUEVAS FORMAS DE VIDA FAMILIARES EN ÁFRICA»

Base de cualquier organización social, lugar destacado de aprendizaje, la familia es también y sobre todo el marco privilegiado de expresión de las solidaridades entre las generaciones.

En cuanto al niño, antes que nada es el fruto del amor entre dos personas. Es lo que expresaba Victor HUGO, al escribir hace caso dos siglos «CUANDO EL NIÑO APARECE, EL CÍRCULO FAMILIAR APLAUDE A LOS GRITOS».

En efecto, el nacimiento de un hijo es un momento de alegría, felicidad y esperanza para sus padres, y su familia. Pero el niño encarna también el porvenir de su familia, su raza, su país e incluso de la humanidad. En tal concepto, ocupa un lugar privilegiado en la cadena y el recambio generacional. Es el vector más directo de transmisión de los valores entre las personas que se van sucediendo en el seno familiar y en la sociedad en su totalidad.

De allí, es fácil entender por qué, en todo tiempo y lugar, el niño ya desde su primera sonrisa en la vida, se ve rodeado de atenciones y cuidados especiales. Una vez aclarado esto, voy a presentar mi ponencia en dos partes:

I – El niño menor en las relaciones familiares.

II – El niño menor en las relaciones sociales.

I – EL NIÑO MENOR EN LAS RELACIONES FAMILIARES

En las relaciones del niño con su familia, la solidaridad entre generaciones se sustenta en la necesidad de preservar el acervo familiar del cual se considera al niño actual como el continuador. Desde ese punto de vista, esta solidaridad surge como un asunto netamente privado entre los miembros de una misma familia, que deberán ir turnarse a medida que vaya pasando el tiempo.

En Benín, las relaciones familiares se rigen por la ley n° 2002-7 del 7 de Junio de 2002 sobre el CÓDIGO DE LAS PERSONAS Y LA FAMILIA.

De acuerdo con el artículo 1° in fine de dicho código, «ampliamente inspirado en el código civil francés», «se le reconoce el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al niño desde su concepción» con la condición que naturalmente nazca con vida y sea viable.

De allí resulta que el niño de corta edad (o simplemente concebido) goza de los mismos derechos que un adulto.

El primero de esos derechos que le corresponde al niño es recibir los elementos de su identificación, o sea, un nombre que le es personal y permite distinguirlo respecto otras personas que comparten o puedan compartir el mismo apellido que el suyo, considerando que este último es común para todos los miembros de una misma familia. El código beninés

de las personas y la familia brinda al niño la posibilidad de usar los apellidos paterno, materno o ambos. Esta disposición es una mini revolución respecto de las normas surgidas de las tradiciones ancestrales y de la antigua legislación que imponían la patria potestad y, por vía de consecuencia, la atribución obligatoria del apellido del padre al hijo. El nuevo código beninés de las personas y la familia prefirió, a la patria potestad ejercida por el padre, la patria potestad compartida, que se ejerce en forma conjunta tanto por el padre como por la madre, o por uno de éstos solamente en caso de monoparentalidad. Esta noción de patria potestad compartida es muy importante, puesto que es la que permite a los padres (o a uno solo de los progenitores, llegado el caso) ejercer su deber de representación, educación etc... con relación al hijo menor que, aún cuando goza de los derechos, todavía no puede ejercerlos solo, teniendo en cuenta justamente su escasa edad, que lo hace vulnerable frente a los adultos e impone a dichos padres la obligación de protegerlo, principalmente brindándole casa, alimentos y atención médica, educación etc... como mínimo mientras sea menor de edad.

En África en general y en Benín en particular, el hijo es un ser que llega para fortalecer la cadena que une de manera indisoluble a los muertos, los vivos y los niños por nacer. En consecuencia, el tratamiento que se le otorga mientras es menor de edad recae tanto en sus padres *stricto sensu* como en la familia en el sentido amplio, que incluye a los ascendientes y los parientes colaterales de todos los grados. Tradicionalmente, cuando la situación del menor exige la intervención de uno de sus padres, -ausente- cualquier miembro de su familia deberá ocuparse de él sin reclamo alguno en compensación. Esta concepción de la solidaridad tuvo y tiene en la actualidad un papel importante en la integración de los niños de crianza (como en el pasado los niños esclavos) en el seno de la familia de recepción.

Aún en la actualidad en algunas familias beninesas, muchos de esos niños criados desde pequeños fueron absorbidos de esa manera y llevan el mismo apellido que los hijos biológicos de aquellos que los criaron, con los mismos derechos sucesorios. Efectivamente, el niño menor no es solamente el continuador del apellido y de los valores de la familia, tiene derecho a recibir los bienes dejados por los padres una vez que estos hayan fallecido. Desde ese punto de vista, al menor y al adulto se los trata de la misma manera por las costumbres ancestrales y el código de las personas y la familia.

Sin embargo, cuando el código otorga un derecho igual a los niños independientemente de su edad y sexo, en la partición de los bienes sucesorios, en algunas costumbres, todavía existe discriminación en perjuicio de las niñas que sólo reciben la mitad de las partes reservadas a los varones o, en el peor de los casos se las excluye por completo de la partición. Es obvio que semejante discriminación queda prohibida en el código, pero esto sigue vigente, sobre todo, en los pueblos, sencillamente porque en dichos pueblos, la partición sucesoria

se realiza fuera de cualquier marco legal con intervención de un seudoconsejo de familia, pero que actúa en la mayoría de los casos respetando las voluntades expresadas por el causante antes de su muerte. Naturalmente, en caso de impugnación ante el juez, éste restablece la igualdad entre los herederos aplicando estrictamente la ley. Puede observarse que, a pesar de proclamar y afirmar formalmente el goce de los derechos reconocidos al menor, éste siempre permanecerá expuesto a las contingencias de la existencia.

Los peligros que afectan al menor adquirieron formas nuevas y múltiples. Las dificultades económicas endémicas de los países africanos, el desempleo permanente de los padres, el subempleo, el aumento de la cantidad de madres solteras, sumergen a los padres en la miseria y esto los lleva a abandonar sus obligaciones relacionadas con los hijos; y, a raíz de esta situación, éstos serán presa fácil para delitos de cualquier tipo.

Efectivamente, en la actualidad y en la historia, abundan los ejemplos de niños privados de atención o abandonados por sus propios padres, víctimas de torturas, tráfico de esclavitud, violaciones, trabajos forzosos, pedofilia, prostitución precoz, etc.. que echan a perder la solidaridad familiar que le sirve al niño para poder crecer. Todo esto obliga al Estado a aumentar su intervención en pos de la protección y la defensa de los derechos del niño.

II - EL NIÑO MENOR EN LAS RELACIONES SOCIALES

El niño menor no es sólo la prolongación del apellido y los bienes de sus padres, también es el consumidor, el contribuyente, el soldado, el estadista del mañana. En consecuencia, tanto a los padres y a la familia, como a la Colectividad pública, que alberga en muchos aspectos legítimas expectativas en él, le interesa un desarrollo armonioso y equilibrado de aquel que, de alguna manera, tendrá un papel para actuar en la evolución de la Nación.

Desde ese momento, se entiende que el Estado adopte políticas de promoción, protección y defensa de los derechos del niño.

En esa perspectiva, en Benín, en forma paralela a las escuelas privadas, existen escuelas públicas en las que todos los niños en edad escolar, pueden acceder a que se le brinde enseñanza más o menos gratuita, a hospitales, a centros de aprendizaje, a un centro de protección de la infancia y adolescencia, constituidos y administrados por el Estado.

Una Institución privada autorizada por el Estado, conocida bajo la denominación de «SOS ENFANTS ABANDONNES» [SOS NIÑOS ABANDONADOS] recoge a niños sin familia y desamparados, de cualquier nacionalidad y origen. A estos niños se les proporciona alojamiento, alimentos, atención y escolaridad en forma gratuita, o contra una pequeña contribución pecuniaria de los parientes que, aunque tengan

dificultades, cuenten con un ingreso mínimo.

Además, el Estado beninés participa de los esfuerzos de la Comunidad internacional, destinados a fortalecer la protección y los derechos de los niños menores.

De esa manera, los sucesivos gobiernos benineses suscribieron y ratificaron varias convenciones internacionales que se completaron con una legislación nacional bastante abundante que abarca todos los aspectos de la vida de los niños de corta edad.



Sandro Botticelli
"Virgen de la granada"
(detalle)

A/ PRINCIPALES CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL NIÑO FIRMADAS Y RATIFICADAS POR BENÍN.

- Convención contra la delincuencia organizada transnacional
- Protocolo adicional de la convención contra la delincuencia organizada transnacional
- Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos;
- Convención n° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso;
- Convención n° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo;
- Convención n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil;
- Convención sobre los derechos del niño;
- Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;
- Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en conflictos armados;
- Carta africana de los derechos y bienestar del Niño.

B/ LEGISLACIÓN BENINESA EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO;

La legislación beninesa es bastante importante en esta materia y alcanza los siguientes ámbitos:

a) EDUCACIÓN

- Ley n° 2003/7 del 11 de Noviembre de 2003 modificada por la ley n° 2005-33 del 29 de Agosto de 2005 respecto de la orientación de la Educación nacional;

b) PROTECCIÓN DEL NIÑO

- Decreto del 19 de Abril de 1898 sobre las penas aplicables a los autores de golpes y lesiones y a la privación voluntaria de alimentos o de atención médica infligidos a un niño que haya cumplido 15 años de edad;
- Decreto del 19 de noviembre de 1947 sobre las penas aplica-

bles a los autores de consumación del matrimonio celebrado según la costumbre local entre ciudadanos que hayan mantenido su condición particular o acusados de tentativa de acto s sexual con una persona de menos de 13 años de edad;

- Ley n° 2006-4 del 5 de Abril de 2006 que determina las condiciones de traslado de los menores y la represión de la trata de niños;
- Decreto n° 95 – 91 del 24 de junio de 1995 que determina las modalidades de emisión de autorizaciones administrativas de salida del territorio nacional de los menores de 18 años de edad;
- Ley n° 2003 – 03 del 3 de marzo de 2003 que reprime la práctica de las mutilaciones genitales femeninas en Benín;
- Ley 2006 – 19 del 5 de Septiembre de 2006 que determina la pena a aplicar a los autores de acoso sexual y la protección de las víctimas en la República de Benín;
- Decreto Ministerial n° 2003 – 16 que determina las sanciones a aplicar a los autores de violencias sexuales en las escuelas y establecimientos de enseñanza;

c) TRABAJO INFANTIL

- Extractos del código del trabajo (Ley n° 98 – 004 del 27 de enero de 1998)
- Decreto Ministerial n° 132 que define los trabajos y categorías de empresas que pueden ser realizado por la mujer, la mujer embarazada y los jóvenes.

d) SALUD INFANTIL

- Ley n° 2005 – 3& del 5 de Abril de 2006 sobre prevención, apoyo y control del VIH /SIDA en la República de Benín.

e) INSTITUCIÓN DE LOS SERVICIOS DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- Decreto n° 99 – 559 del 22 de noviembre de 1999 para la constitución de una comisión nacional de los derechos del niño;

Todas estas normas convencionales, legislativas y reglamentarias fueron objeto de una recopilación estructurada en «EL CÓDIGO DEL NIÑO EN BENÍN» y publicada por el Ministerio Beninés de Justicia, Legislación y Derechos Humanos y que se completa con EL CÓDIGO DE LAS PERSONAS Y LA FAMILIA.



CONCLUSION

La solidaridad entre generaciones que tiene al niño menor como uno de sus engranajes esenciales, es, en Benín, para la familia tanto una necesidad como una realidad.

En la mayoría de los casos, las distintas personas (padre, madre, padres legítimos, adoptivos o naturales) que deben hacerse cargo de los menores cumplen normalmente con sus obligaciones respecto de los niños que están a su cargo o de los cuales son los autores.

El Estado hizo grandes esfuerzos para democratizar el acceso a la enseñanza y a la atención de salud primaria de los niños más carenciados, y para fortalecer los derechos y la protección de los niños etc..

Pero en un país como Benín en donde la población cuenta con más del 60 % de jóvenes menores de 20 años de edad, estas medidas representan unas pocas gotas de agua en el Océano.

A la enseñanza le siguen faltando cruelmente recursos humanos, materiales y financieros suficientes, infraestructuras apropiadas y adaptadas, el sistema de salud está completamente degradado.

Las depravaciones de las costumbres provocadas por la urbanización y el éxodo rural, el abandono de la familia-matriz a favor de la familia nuclear, llevaron a que la solidaridad familiar africana tradicional se hiciera más laxa, con consecuencias dramáticas, al aumento de la cantidad de niños en situación de calle, a la delincuencia juvenil, etc...

Tanto en Benín como en otros países de África, la solidaridad intergeneracional ya no es lo que era, ni lo que debe ser: abandonó el foro, desgastada por presiones de todo tipo...

A pesar de la buena voluntad que se muestra, a los poderes públicos les cuesta encontrar soluciones y, sobre todo, medios para construir «un futuro prometedor» para los niños y la juventud actual, que no tienen referentes, que están librados a su propia suerte y, en consecuencia, son presa fácil de delincuentes y mercaderes de ilusiones de todo tipo.

¡Todo eso hace que el futuro del país sea muy sombrío!
¿QUÉ SE PUEDE HACER?



5



14º CONGRESO MUNDIAL
DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA
Lyon - 19 / 23 de julio de 2011

LAS SOLIDARIDADES ENTRE GENERACIONES
TEMA Nº 2 EL NIÑO ADULTO



Jean-Célestin Zoure

SOLIDARIDAD HACIA EL NIÑO ADULTO EN ÁFRICA,
ENTRE REALIDAD SOCIAL Y EFECTIVIDAD
LEGISLATIVA O REGLAMENTARIA



Sandro Botticelli
"Alegoría de La Primavera"





Jean-Célestin Zoure. Presidente de la Comisión de Temas y Congresos de la Unión Internacional del Notariado

SOLIDARIDAD HACIA EL NIÑO ADULTO EN ÁFRICA, ENTRE REALIDAD SOCIAL Y EFECTIVIDAD LEGISLATIVA O REGLAMENTARIA



INTRODUCCIÓN

La familia

Esta es una realidad humana y social que no es fácil definir. La familia es ante todo un grupo humano; un grupo natural, que es a la vez dependiente e independiente de la voluntad; La sabiduría popular dice que se elige a los amigos pero uno no elige a sus padres.

- Dependiente de la voluntad por alianza entre el hombre y la mujer, entre el padre y la madre que se elijen, dependiente de la voluntad para los hijos que decidieron engendrar y los que eventualmente no engendraron pero decidieron adoptar,
- Independiente para el hijo fruto de una unión en la que es extranjero.

La familia es también un grupo social, construido por emoción e intereses que engendra un reflejo de búsqueda de uno por el otro, de encuentro, de ganas de estar juntos y en comunidad.

- La emoción se traduce por una relación sentimental y por una identificación a ese grupo
- El interés se traduce por una continuación de la dependencia física primaria bajo la forma de una interdependencia de uno al otro, de apoyo recíproco, de solidaridad.

En efecto, el niño desde antes de nacer, aunque es una persona humana, es para sus padres como un tesoro; lo ven llegar al mundo como su prolongación, lo toman a su cargo, lo mantienen, lo educan hasta que toman consciencia de su personalidad. Afectivamente es todo para ellos y ellos todo para él. El es su gloria, su felicidad.

Pero la vida de pareja, al margen de su lado jardín hecho de belleza, de felicidad y gloria tiene su lado de cargas y finanzas. Estas cargas y finanzas, en presencia de hijos engendrados, se tornan complejas.

La obligación natural de amamantar al niño de pecho, ves-

tirlo, cuidarlo será cada vez más compleja a medida que crezca, en su adolescencia, a la edad adulta; esta obligación podrá estar en piloto, cuando el niño sea adulto y pueda satisfacer sus necesidades por sus propios medios pero nunca va a apagarse.

Esta obligación natural se encuentra en el derecho y está organizada de la siguiente forma:

- Obligación de manutención que los padres, por el matrimonio o por el hecho de engendrar a un hijo contraen en forma conjunta, y se transforman en obligados solidarios.
 - Obligación de alimentos que los une a los hijos entre ellos aún cuando no hayan elegido al otro como hermano.
- Si bien el derecho civil de las personas y de la familia es la ubicación de la materia, otras ramas del derecho, de manera paralela lo toman en cuenta como el derecho de las prestaciones sociales y el derecho fiscal.



*Francisco de Goya
"La familia de Carlos IV"*

En consecuencia, puede reflexionarse sobre la cuestión de la solidaridad hacia el hijo mayor siguiendo tres hipótesis en su vida:

- En el momento de acceder a la autonomía a la edad mayor, pero en búsqueda de empleo
- En el momento en que ya adulto surge un accidente en su vida como la desocupación o la enfermedad
- En la situación o por el hecho de una discapacidad, y no puede ser más autónomo.

África, subsahariana especialmente es un continente de solidaridad, fórmula primaria de la seguridad social.

La familia y los padres son allí una realidad social aún real y muy fuerte que se impone al individuo, desde su nacimiento a su bautismo, desde su compromiso a su casamiento, desde sus funerales al reparto de su sucesión. Podría decirse que,

fuera de la familia en África no hay salvación. Ninguna salvación porque la familia es la primera prestataria de la seguridad social, el primer proveedor de la seguridad. Esta familia, fundada en los lazos de sangre que remonta al ancestro común y al casamiento, es tan grande que puede distinguirse:

- La familia potencial
- La familia operativa

La primera se extiende vertical y horizontalmente al infinito, la segunda que se limita al grado o a la consciencia del parentesco es tan vivaz, que crea primero moralmente y luego jurídicamente un deber y una obligación de solidaridad. Si el derecho consuetudinario jerarquiza círculos concéntricos de solidaridad, condensándose a medida que se acerca al individuo, el derecho escrito en cuanto a él, al hablar de obligaciones de solidaridad, indica los grados de parentesco que permiten circunscribir el círculo cuya obligación puede sancionarse por medio de una acción judicial.



Jan Van Eyck
"EL Matrimonio Arnolfi"

2.1. ACCESO A LA AUTONOMÍA DEL JOVEN MAYOR Y DEBER DE FAMILIA.

Actualmente, el hijo llega muy a menudo a la mayoría permaneciendo económicamente dependiente de su familia aunque desde el punto de vista de del manejo de su persona física sea jurídicamente capaz

- Ya sea porque no terminó sus estudios o su formación profesional.
- Ya sea porque está buscando un empleo.

Desde el punto de vista del manejo de su persona física, es jurídicamente capaz, su voluntad es autónoma, aunque no haya logrado una independencia económica.

En derecho civil, el niño sigue siendo acreedor de la obligación de alimentos frente a sus progenitores o a sus padres adoptivos, en línea directa en primer grado que lo alojan, lo alimentan, lo cuidan y lo visten.

En término prosaico, el niño en esta situación permanece a cargo de sus progenitores como para sus parientes en línea colateral, especialmente para sus hermanos y hermanas.

¿Qué puede pedir a sus padres?

Según el artículo 680 del Código de las personas y de la familia en Burkina Faso, el hijo mayor que se encuentra en esa situación puede reclamar a sus padres, todo lo que sea necesario para su vida, especialmente alimentos, vivienda, ropa, los costos por enfermedad.

Para obtener su independencia económica, ¿puede pedir que le cubran su establecimiento social o profesional?

El legislador no es explícito sobre este tema pero podría considerarse que la obligación instaurada por este artículo no se extiende a lo que no sea necesario para.... su supervivencia. ¿A quién puede solicitarlos?

Según el artículo 685 del mismo código, puede reclamarlo a sus parientes en línea directa sin límite de grado y a parientes en línea colateral, a sus hermanos y hermanas carnales, consanguíneos, o uterinos así como a sus descendientes.

Este artículo delimita la familia operativa, jurídicamente deudora, en el seno de una familia potencial, elástica, moralmente deudora.

Indica que los ascendientes en segundo grado deben cumplir con esta obligación hacia el hijo adulto; pero ¿están obligados junto con los ascendientes de primer grado al mantenimiento de ese hijo o, en la medida en qué sean incapaces de hacerlo?

En el silencio de la ley, parece más indicado como en la práctica consuetudinaria, que la obligación de los abuelos sea supletoria a la de los progenitores, cuando éstos sean incapaces de hacerlo.

¿Cuál es la forma en que puede cumplirse esta obligación?

Esta obligación puede cumplirse en especial asumiendo en forma directa al hijo acreedor en la misma vivienda que a sus padres o por medio del pago de una pensión alimentaria.

El cumplimiento de esta obligación alimentaria puede provocar una diferencia de trato entre el hijo que está obligado a recurrir a ésta y los otros; ¿se crea una desigualdad corregible en la partición sucesoria, bajo forma de colación o facultad de reducción? Considerada como una obligación legal y no como una liberalidad no puede reducirse ni colacionarse. Si bien el derecho civil organiza esta obligación alimentaria que es una carga financiera y social, ¿qué sucede con el derecho fiscal y con el derecho de las prestaciones sociales?

En África, el derecho de las prestaciones sociales está aún en sus comienzos; la prestación usual consiste en subsidios familiares.

En derecho de Burkina Faso, un subsidio familiar se otorga solamente a los trabajadores empleados del sector público y privado. Se toma en cuenta una cantidad limitada de hijos menores hasta la edad de 17 años si el hijo está aún en edad escolar.

En derecho fiscal, la base impositiva para el impuesto al sueldo goza de una reducción cuando se trata de seis hijos a cargo y el hijo mayor sólo se toma en cuenta hasta los

25 años.

Esta consideración sólo es válida para el impuesto a los sueldos y omite a los otros contribuyentes respecto del impuesto a las ganancias de las actividades liberales y comerciales, mientras que las obligaciones de solidaridad familiar pesan también sobre ellos.

2.2. CUANDO SE TOMA A CARGO AL HIJO ADULTO, VÍCTIMA DE ACCIDENTES DE VIDA.

El hijo adulto puede ser víctima de un accidente en el transcurso de su vida; puede perder su empleo, puede terminar enfermo.

Su autonomía jurídica sigue intacta, mientras que sus capacidades mentales no se vean afectadas, pero financieramente se torna dependiente.

■ Pueden encararse dos situaciones:

La del hijo social y profesionalmente establecido, es decir que haya constituido un hogar y tenga un empleo que perdió

■ más tarde,

La del hijo no establecido

a) En la primera hipótesis el hijo social y profesionalmente establecido tiene quizás una situación de pareja, estando ya casado. En consecuencia, tiene una obligación alimentaria con su cónyuge. ¿A esta obligación debe agregar la de alimentos respecto de sus padres de sangre?

El artículo 691 del Código de las Personas y de la Familia en Burkina permite, que en caso de pluralidad de deudores, el acreedor alimentario puede formular su reclamo al más solvente ¿el hijo casado puede elegir entre accionar contra sus padres de sangre y éstos podrían accionar contra su cónyuge? o en forma inversa el cónyuge que cumple con la obligación alimentaria, ¿puede accionar contra los padres de sangre? O ¿es necesario considerar que se trata de una fuente de obligación separada?

El legislador de Burkina no estableció jerarquías entre los obligados alimentarios, por afinidad, ascendientes o colaterales. Podría encontrarse una solución remitiéndose al derecho francés del que se inspira que dispone que « en el deber de ayuda que pesa sobre los cónyuges prima la obligación alimentaria que se desprende del parentesco ». ¿Porqué en esta misma línea de ideas uno no podría hacer valer la obligación alimentaria que se desprende del deber de manutención de los ascendientes en línea directa, sobre los otros obligados alimentarios y sólo quedarse con los obligados colaterales?

Queda la cuestión de la acción recursoria del obligado que pagó sobre los obligados concurrentes. ¿Con qué criterio y en qué proporción sus codeudores pueden llegar a contribuir?

En su informe, el 95 congreso de los escribanos de Francia

cuyo tema era « mañana la familia », informaba que el juez puede designar al escribano para confeccionar balances patrimoniales de los codeudores lo que permitiría fijar una retro contribución para la obligación alimentaria de manera más justa y equitativa.

b) En la segunda hipótesis el hijo que no fundó socialmente un hogar no debe cumplir con la obligación de ayuda y asistencia que resulta de los efectos del matrimonio. Los únicos obligados alimentarios son sus ascendientes y colaterales.

La solidaridad familiar que tiene un costo por ser una carga, ¿tiene un tratamiento específico en derecho fiscal y en derecho de las prestaciones sociales?

El derecho fiscal de Burkina no acompaña al derecho civil en su impulso de solidaridad; no prevé ninguna contrapartida.

2.3. CUANDO SE HACE CARGO DEL HIJO ADULTO DISCAPACITADO NO AUTÓNOMO.

El hijo adulto que pierde su autonomía por el hecho de una discapacidad debe recibir la solidaridad de su familia.

No puede tener más autonomía física ni autonomía financiera.

El derecho civil toma en cuenta cada una de sus situaciones y a veces también lo hace el derecho social y fiscal.

a) El hijo adulto que perdió la autonomía física.

Es incapaz de actuar por sí mismo y por lo tanto es vulnerable, o peor aún no tiene voluntad autónoma producto de una alteración mental. Este hijo puede estar casado o ser soltero; en ambos casos la ley civil organiza su protección por medio de protección judicial, tutela o curatela.

b) El hijo adulto por una incapacidad perdió además de la autonomía física, la autonomía financiera.

En el plano del derecho civil debe recibir la obligación alimentaria en virtud de la obligación de ayuda y asistencia entre cónyuges en virtud de la obligación alimentaria entre padres.

Esta carga social conoce un tratamiento fiscal dentro de los límites previstos por la ley.

El derecho fiscal de Burkina, por ejemplo, toma en cuenta, para la fiscalidad de los empleados solamente, las cargas relacionadas con el mantenimiento de un hijo inválido cualquiera sea la edad.



CONCLUSION

Para concluir, habrán comprobado que se mencionaron en los propósitos, las disposiciones de la ley mientras que no lo han sido las de la jurisprudencia.

Esto se debe a que la solidaridad familiar en África, especialmente hacia el niño en dificultad, depende sobre todo de una obligación ética por parte de sus ascendientes como de sus colaterales.

Asimismo es indecente para un niño que estando en dificultad se tornó incapaz de ser útil para sus padres, de emplazarlos ante una jurisdicción para hacer valer sus derechos alimentarios.

Sin embargo, el viento del desarrollo al soplar del norte hacia el sur, al traer nuevas tecnologías, nuevos modos de vida, hacen que los juristas del sur estén atentos respecto de la situación de solidaridad familiar.



6



14º CONGRESO MUNDIAL DE LA
ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA
Lyon - 19 / 23 de julio de 2011

LAS SOLIDARIDADES ENTRE GENERACIONES

TALLER 3.3 - EL TEMA DE LA LEGÍTIMA



Carlo Alberto Marcoz

DONACIONES Y LEGÍTIMA:
RELACIONES Y PROBLEMAS EN ITALIA



Jan Van Eyck
"Adoración del Cordero Místico" (detalle)





Carlo Alberto Marcoz. Unión Internacional del Notariado - Escribano de Turín, Italia.

DONACIONES Y LEGÍTIMA: RELACIONES Y PROBLEMAS EN ITALIA



LA DONACIÓN

Según el Código Civil italiano (art. 769), la donación es el contrato por el cual para una liberalidad, una parte enriquece a la otra parte, disponiendo a su favor de un derecho o asumiendo una obligación respecto de la otra parte.

Dicho contrato puede tener como objeto cualquier bien que pertenezca al donante, excluyéndose expresamente cualquier bien futuro.

La donación puede realizarse por instrumento público, por lo tanto con intervención del escribano, para garantizar una exacta y plena comprensión por parte del donante de la importancia y los efectos del contrato y asimismo para otorgar certeza sobre la identidad de las partes, la identificación de los bienes y la legalidad del contrato; respecto de los inmuebles, se requiere aún más la intervención del escribano, para que el instrumento pueda transcribirse a los Registros de la propiedad, con la certeza de la inscripción de datos verificada por un profesional.

En consecuencia, se trata de un instrumento muy flexible, que permite la transmisión de la riqueza entre dos personas, según la voluntad del donante. Particularmente, en lo que se refiere a nuestro tema, la donación puede ser el instrumento ideal para la transmisión intergeneracional de los bienes (en particular los inmuebles).

Puede pensarse, por ejemplo, el caso de un abuelo que quiera donar una vivienda a su joven nieto, para que éste pueda irse a vivir por su cuenta; como en Italia el precio de los inmuebles es muy elevado, puede tratarse efectivamente de la única posibilidad que tenga un joven para ser propietario de un inmueble y poder comenzar una vida independiente.

Por otra parte, se trata también de un recurso bastante válido desde el punto de vista impositivo, puesto que el acto de donación está sujeto al "impuesto de sucesión y donación" (decreto legislativo n° 346 del 31 de octubre de 1990) que prevé gastos poco elevados, sobre todo en el caso de donación o sucesión a favor de los parientes en línea directa, los hermanos o las personas discapacitadas, según el siguiente esquema:

BENEFICIARIO	FRANQUICIA	IMPUESTO
Cónyuges y parientes en línea directa	€ 1.000.000 para cada beneficiario	4% Respecto del excedente para cada beneficiario
Hermanos y hermanas	€ 100.000 para cada beneficiario	6% Respecto del excedente para cada beneficiario
Parientes hasta el cuarto grado - Parientes por afinidad en línea directa o en línea colateral hasta el tercer grado	Ninguna	6%
Otras personas	Ninguna	8%
Discapacitados reconocidos como graves según la ley n° 104 5/2/1992	€ 1.500.000	Cuota-parte correspondiente al vínculo de parentesco

Pero este instrumento no es tan fácil de utilizar: efectivamente el sistema de la legítima en Italia está aún muy estrictamente regulado y se extiende tanto que incluye también en su materia todos los bienes que el difunto dejó en herencia o de los cuales dispuso en vida, por medio de la donación.

La garantía que la ley reconoce a los "herederos legítimos", es decir a aquellos que en todos los casos tienen derecho a una parte del adelanto de herencia, podría impedir concretamente que una persona disponga como lo entienda de sus bienes por vía de la donación.

LA LEGÍTIMA

La libertad de disponer por testamento y por donación en principio no tiene límites; pero la ley garantiza «cuotas-partes» de herencia (la legítima) a algunos miembros de la familia: el cónyuge supérstite, los descendientes y, en caso de ausencia

de descendientes, los ascendientes del de cujus (art. 536 y siguientes del Código Civil).

La institución de la legítima se aplica pues en Italia, de la misma manera, a los bienes que pertenecen al difunto en el momento de su muerte y a los bienes que fueron objeto de donaciones en vida.

Si el de cujus, la persona fallecida, deja en el momento de su muerte a un hijo - o a un descendiente de un hijo prefallecido - (pero no hay cónyuge), la legítima corresponde a la mitad de la sucesión. Si deja varios hijos (pero no hay cónyuge), la legítima será de las dos terceras partes de la herencia (repartidas entre estos por partes iguales).

Cuando el «de cujus» deja a un cónyuge supérstite (sin hijos), la legítima es la mitad de la herencia. Cuando deja a su cónyuge y a un hijo, la legítima será una tercera parte de la sucesión para cada uno. Si el cónyuge supérstite concurre con varios hijos, la legítima del cónyuge es una cuarta parte de la sucesión y la parte de los hijos es la mitad (repartida entre ellos en partes iguales). En ausencia de hijos, la legítima del cónyuge supérstite es la mitad y la de los ascendientes es una cuarta parte.

Si el «de cujus» sólo deja ascendientes, la legítima de éstos es una tercera parte de la sucesión.

Aunque concorra con otros herederos, al cónyuge supérstite le corresponde además, los derechos a la vivienda en el hogar familiar y al uso de los muebles que se encuentren allí (art. 540, párrafo 2, del Código Civil).

Para determinar la parte de la que podía disponer el difunto, ya sea por testamento, o por donación durante su vida, debe constituirse una masa con todos los bienes que pertenecían al difunto en el momento de su muerte (previa deducción de las deudas); se agregan a ésta los bienes en forma ficticia que fueron objeto de donación durante su vida (art. 556 del Código Civil); respecto de esta masa se calcula la parte disponible del patrimonio y las partes reservadas a los herederos legítimos.

El artículo 549 du Código Civil prohíbe al testador imponer las cargas y condiciones a la parte que corresponda a los herederos legítimos. Sería nula y en consecuencia sin el menor efecto cualquier limitación impuesta en forma deliberada por el testador para reducir cuantitativamente esta parte.

Por otra parte, el heredero legítimo perjudicado o que haya sido omitido en las disposiciones testamentarias o en las donaciones puede ejercer la acción de reducción.

Esta acción, que prescribe a los diez años de la fecha de muerte, consiste en hacer declarar, a favor del heredero legí-

timo que actúa, la ineficacia de las disposiciones que comprometen a la legítima (arts. 553 y siguientes del Código Civil). El heredero legítimo que solicita la reducción debe imputar previamente a su parte de la legítima las donaciones y las otras atribuciones hereditarias que se le hayan efectuado, salvo que hayan sido exoneradas en forma expresa (art. 564, párrafo 2, du Código Civil).

La tutela del heredero legítimo tiene tanta importancia que en efecto este último goza del derecho de reclamar los bienes incluso antes terceros adquirentes, con reserva, de la usucapión para cada bien (art. 563 del Código Civil). Sin embargo, el tercero adquirente cuenta con la posibilidad de conservar el bien indemnizando en efectivo si lo solicita así el heredero. Esta acción prescribe también a los diez años luego de la muerte.

Como consecuencia de esta disposición los bienes objeto de donación tienen a veces una dificultad de circulación hasta la definición de la sucesión de la persona que hizo la donación; en efecto, es necesario ser prudente en la compra de un bien que fue objeto de una donación, aunque haya habido ventas sucesivas luego de la donación, considerando esta acción; por ello los bancos casi nunca aceptan tomar como garantía hipotecaria bienes que fueron objeto de una donación. En el caso de la demanda de reduc-

ción respecto de inmuebles, está debe inscribirse en el Registro de Hipotecas; si la demanda se inscribió más de diez años después del fallecimiento, no puede perjudicar los derechos de terceros que hayan adquirido a título oneroso por un acto transcritos antes de la transcripción de la demanda de reducción.

Por las motivaciones ya indicadas, en consecuencia, la donación, que podría ser un instrumento eficaz para la transmisión de ciertos bienes dentro de la familia, y especialmente saltando una generación, podría convertirse en un problema para definir relaciones con los herederos del donante y para la circulación de bienes que son objeto de ésta.

Sin embargo, intervino una modificación importante en la materia por medio del decreto-ley del 14/3/2005 n° 35, convertido, luego de modificaciones en ley del 14/5/2005 n° 80, modificado luego por la ley del 28/12/2005 n° 263, que enmendó los artículos 561 y 563 del Código Civil: la acción de restitución de los bienes inmobiliarios efectuada contra los derechos habientes del donatario ya no puede realizarse al cabo de 20 años desde la transcripción de la donación.

Este plazo de 20 años se suspende en los casos en que el cónyuge y los padres en línea directa del donante notificaron y transcribieron a la dirección del donatario y de sus derechos



Jan Van Eyck. "El Padre"

habientes un acto extrajudicial de oposición a la donación.

El derecho del opositor es un derecho personal que prevé la renuncia. La oposición no tiene efecto si no se renueva al cabo de veinte años después de su transcripción.

Esta norma tiene como objetivo garantizar la circulación de bienes objeto de la donación luego de un cierto tiempo, imponiendo al heredero legítimo que se oponga a la donación si no considera que pierde el derecho de actuar intentando una acción de restitución luego de los veinte años arriba señalados.

De esta manera, el tiempo que transcurrió garantiza a los derechos habientes del donatario el carácter definitivo de la adquisición, como es el caso por otra parte para los adquirentes a non domino.

Este plazo de 20 años es quizás largo, sobre todo si se considera que normalmente el beneficiario de la donación quiere

o debe negociar los bienes que recibió en un plazo más breve, teniendo en cuenta las exigencias modernas y las costumbres de vida y de trabajo de hoy. Se espera que el legislador pueda reducir este plazo o incluso que esta acción de recuperación ante terceros adquirentes se modifique previendo simplemente un pago en efectivo sin ninguna otra posibilidad de recuperar los bienes (sobre todo los inmuebles).

Otra innovación importante en el derecho italiano sobre este tema, es la instrucción efectuada en 2006 del "pacto de familia", institución que permite la transmisión de una empresa o de una participación societaria a uno o varios descendientes del empresario, regulando también las relaciones con los otros herederos legítimos.

En consecuencia, en Italia las normas en materia de la legítima están hoy en discusión; quizás asistiremos a otras evoluciones en los próximos años.



Rafael
"Sagrada Familia de Nazaret"



Carlo Alberto Marcoz. Union Internationale du Notariat - Notaire à Turin, Italie

DONATIONS ET RESERVE HEREDITAIRE: RAPPORTS ET PROBLEMES EN ITALIE



LA DONATION

La donation est, pour le Code Civil italien (art. 769), le contrat avec lequel pour libéralité, une partie enrichit l'autre, en disposant en sa faveur d'un droit ou en assumant envers la même une obligation.

Ce contrat peut avoir comme objet n'importe quel bien de propriété du donateur, avec exclusion expresse de tout bien futur.

La donation doit être effectuée par acte authentique, donc avec l'intervention du notaire, afin de garantir une exacte et complète compréhension de la part du donateur de l'importance et des effets du contrat et aussi afin de donner certitude sur l'identité des parties, sur l'individuation des biens et sur la légalité du contrat; pour ce qui concerne les immeubles, l'intervention du notaire est encore demandée pour que l'acte puisse être transcrit dans les Registres fonciers, avec la certitude de l'insertion de données vérifiées par un professionnel.

Il s'agit donc d'un instrument très flexible, qui permet la transmission de la richesse entre deux sujets selon la volonté du donateur. En particulier, pour ce qui concerne notre thème, la donation peut être le véhicule idéal pour la transmission intergénérationnelle des biens (en particulier des immeubles).

On peut penser, par exemple, au cas d'un grand-père qui veut faire donation d'un logement à son jeune petit-fils, pour lui permettre de commencer à vivre tout seul; le prix des immeubles étant en Italie assez haut, il peut s'agir en effet de la seule possibilité pour un jeune de devenir propriétaire d'un immeuble et de pouvoir commencer une vie indépendante. En outre il s'agit aussi d'un moyen assez valable du point de vue des impôts, car l'acte de donation est sujet à "l'impôt de succession et donation" (décret législatif n° 346 du 31 octobre 1990) qui prévoit des frais assez légers, surtout dans le cas de donation ou de succession en faveur des parents en ligne directe, les frères ou les sujet porteurs d'handicaps, selon le schéma qui suit:

BENEFICIAIRE	FRANCHISE	IMPOT
Epoux et parents en ligne directe	€ 1.000.000 pour chaque bénéficiaire	4% sur l'excédant pour chaque bénéficiaire
Frères et sœurs	€ 100.000 pour chaque bénéficiaire	6% sur l'excédant pour chaque bénéficiaire
Parents jusqu'au quatrième degré - Parents par alliance en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au troisième degré	aucune	6%
Autres sujets	aucune	8%
Porteur de handicap reconnu grave en vertu loi n° 104 5/2/1992	€ 1.500.000	Quote-part correspondant au lien de parenté

Mais ce véhicule n'est pas si facile à utiliser: en effet le système de la réserve héréditaire en Italie est encore très fortement discipliné et allonge ses bras jusqu'à inclure dans sa discipline tous les biens que le défunt a laissé en hérité ou dont il a disposé de son vivant avec donation.

La garantie qui est reconnue par la loi aux "légitimaires", c'est-à-dire aux héritiers qui ont en tous cas droit à une partie de l'hoirie, risque d'empêcher en concret un sujet de disposer comme il veut par donation.

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

La liberté de disposer par testament et par donation est en principe sans limite; mais la loi garantit des «quotes-parts» d'héritage (la réserve héréditaire) à certains membres de la famille: le conjoint survivant, les descendants et, en cas d'absence de descendants, les ascendants du de cujus (art. 536 et suivants du Code Civil).

L'institution de la réserve héréditaire s'applique donc en Italie de la même façon aux biens qui appartiennent au défunt au moment de sa mort et aux biens qui ont été objets de donations pendant la vie.

Si le *de cujus*, la personne décédée, laisse au moment de sa mort un enfant – ou un descendant d'un enfant prédécédé – (mais pas d'époux), la réserve est de la moitié de la succession. S'il laisse plusieurs enfants (mais pas d'époux), la réserve sera des deux tiers de l'héritage (partagés entre eux à parts égales).

Lorsque le «*de cujus*» laisse un conjoint survivant (sans enfants), la réserve est de la moitié de l'héritage. Lorsqu'il laisse son époux et un enfant, la réserve sera d'un tiers de la succession à chacun. Si le conjoint survivant concourt avec plusieurs enfants, la réserve du conjoint est d'un quart de la succession et celle des enfants de moitié (partagée entre eux à parts égales). En l'absence d'enfants, la réserve du conjoint survivant est de la moitié et celle des ascendants d'un quart.

Si le «*de cujus*» ne laisse que des ascendants, leur réserve est d'un tiers de la succession.

En outre, au conjoint survivant sont réservés, même si celui-ci concourt avec d'autres successibles, les droits d'habitation sur le logement familial et l'usage des meubles qui s'y rattachaient (art. 540, alinéa 2, du Code Civil).

Pour déterminer la part dont le défunt pouvait donc disposer, soit par testament soit par donation de son vivant, on doit former une masse de tous les biens qui appartenaient au défunt au moment de sa mort (sous déduction des dettes); on y ajoute fictivement les biens qui ont été l'objet de donation pendant la vie (art. 556 du Code Civil); sur la base de cette masse on calcule la part disponible du patrimoine et les parts réservées aux réservataires.

L'article 549 du Code Civil interdit au testateur d'imposer des charges ou des conditions à la part revenant aux réservataires. Serait nulle, et donc sans le moindre effet, toute limitation délibérément imposée par le testateur afin de réduire quantitativement cette part.

D'autre part, le réservataire lésé ou omis dans les dispositions testamentaires ou dans les donations peut exercer l'action en réduction.

Cette action, qui se prescrit en dix ans à partir de la date de la mort, consiste à faire déclarer, en faveur du réservataire qui agit, l'inefficacité des dispositions qui compromettent la réserve (arts. 553 et suivants du Code Civil). Le réservataire qui demande la réduction doit auparavant imputer dans sa

part de réserve les donations et les autres attributions héréditaires qui lui ont été faites, sauf s'il en est expressément exempté (art. 564, alinéa 2, du Code Civil).

La tutelle du réservataire est si forte que ce dernier a en effet le droit de réclamer les biens mêmes auprès des tiers acquéreurs, sous réserve de l'usucapion pour chaque bien (art. 563 du Code Civil). Le tiers acquéreur a pourtant la possibilité de garder le bien en indemnisant en espèces l'héritier requérant. Cette action se prescrit aussi dix ans après la mort.

C'est en conséquence de cette disposition que les biens objets de donation souffrent parfois d'une difficulté de circulation jusqu'à la définition de la succession de la personne qui avait fait donation; en effet, il faut être prudent dans l'achat d'un

bien qui a été l'objet d'une donation, même s'il y a eu des ventes successives après la donation, en considération de cette action; c'est pourquoi les banques n'acceptent presque jamais de prendre en garantie hypothécaire des biens qui ont été l'objet d'une donation.

Dans le cas où la demande de réduction concerne des immeubles, elle doit être transcrite au Bureau de la Conservation des Hypothèques; si la demande est transcrite plus de

dix ans après le décès, elle ne peut léser les droits de tiers ayant acquis à titre onéreux par un acte transcrit avant la transcription de la demande de réduction.

Pour les motivations sus-indiquées donc, la donation, qui pourrait être un instrument efficace pour la transmission de certains biens à l'intérieur de la famille, et surtout en sautant une génération, risque de devenir un problème pour la définition des rapports avec les héritiers du donateur et pour la circulation des biens qui en sont objet.

Une modification importante en la matière a cependant été apportée par le décret-loi du 14/3/2005 n° 35, converti, après modifications, en la loi du 14/5/2005 n° 80, modifiée ensuite par la loi du 28/12/2005 n° 263, qui a amendé les articles 561 et 563 du Code Civil: l'action en restitution des biens immobiliers donne contre les ayants droit du donataire ne peut plus être entreprise au bout de 20 ans à dater de la transcription de la donation.

Ce terme de 20 ans est cependant suspendu dans le cas où le conjoint et les parents en ligne directe du donateur ont notifié et transcrit à l'adresse du donataire et de ses ayants droit un acte extrajudiciaire d'opposition à la donation. Le droit de l'opposant est un droit personnel prévoyant



Miguel Angel Bounarroti. "Sainte Famille"

renonciation. L'opposition devient sans effet si elle n'est pas renouvelée au bout de vingt ans à dater de sa transcription. Cette norme a comme but d'assurer la circulation des biens objet de la donation après un certain temps, imposant au réservataire la charge de faire opposition à la donation s'il n'entend pas perdre le droit d'agir en intentant une action en restitution une fois passés les vingt ans ci-dessus.

Ainsi, le temps qui s'est écoulé assure aux ayants droit du donataire le caractère définitif de l'acquisition, tout comme c'est d'ailleurs le cas pour les acquéreurs a non domino.

Ce délai de 20 ans est plutôt long, surtout si on considère que normalement le bénéficiaire de la donation veut ou doit négocier les biens qu'il a reçu dans un délai plus bref, compte tenu des exigences modernes et des habitudes de vie et de travail d'aujourd'hui. On espère donc que ce terme puisse

être réduit par législateur ou, encore, que cette action de récupération auprès des tiers acquéreurs soit modifiée en prévoyant tout simplement un paiement en espèce sans aucune possibilité de récupérer les biens (surtout les immeubles).

Une autre innovation importante dans le droit italien sur ce thème est l'introduction, qui a été faite en 2006 du "pacte de famille", institution qui permet la transmission d'une entreprise ou d'une participation sociétaire à un ou plusieurs descendants de l'entrepreneur, en réglant aussi les rapports avec les autres réservataires.

En Italie les règles en matière de réserve héréditaire sont donc aujourd'hui en discussion; peut être qu'on assistera à d'autres évolutions dans les années à venir.



El Greco
"Sainte Famille avec sainte Anne et saint Jean-Baptiste"

7



14º CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN
INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA

Lyon - 19 / 23 de julio de 2011

LAS SOLIDARIDADES ENTRE GENERACIONES



Luis Manuel Ramírez Perches

TUTOR DATIVO INCAPACIDAD



Francisco de Goya

“El sueño de la razón produce monstruos”





Luis Manuel Ramírez Perches - Notario Público 3 de Zapotlanejo, Jalisco

TUTOR DATIVO INCAPACIDAD

Relevancia de la función del Notario Público en el otorgamiento de instrumentos relativos a la elección de una muerte correcta, y/o a la designación de quien deberá disponer de mi persona y bienes para el caso de que quede incapaz de autogobernarme.



Quiero comenzar, primeramente, agradeciendo la invitación del Comité Organizador de esta XIV Conferencia de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia, a través de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado.

Segundo, haré un esfuerzo por dirigirme a ustedes en francés, pido disculpa por cualquier error en la pronunciación, y les pido que de haber preguntas, me permitan contestarlas en inglés.

El tema de ocuparse de nombrar una persona que pueda gobernar sobre su estado de salud o bienes, ha sido tema de estudio desde hace ya algunos años. Aquí mismo en Francia, el mandato de fin de vida, contenido en la ley del 22 de abril de 2005 relativa a los derechos de los enfermos y al final de vida, tiene por objeto dejar claro que una persona tiene derecho a morir en la dignidad, si se sufre de una grave e incurable enfermedad.

En México, por la complejidad de nuestro sistema jurídico, donde tenemos leyes que por su materia son de carácter federal como la Ley General de Salud, y otras que por su materia, le corresponden a cada uno de los 32 Estados libres y soberanos de México, en ejercicio de su soberanía, dictar leyes estatales como los Códigos Civiles, la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, y ha sido labor de que cada Estado se vaya ocupando de legislar sobre este tema, ya que todavía no existe una Ley Federal sobre Voluntad Anticipada a esta fecha.

En México, nuestros códigos civiles, tienen como forma natural de extinguir el mandato, entre otras, la interdicción del mandante o mandatario, y es por esto, que en el caso particular del Estado de Jalisco, de donde vengo, el Código Civil, no prevé el nombramiento de un “mandatario” para el caso

de que llegue la propia incapacidad, sino que fue reformado por el decreto 21700/LVII/06, para prever que sea el tutor dativo, el que pueda ser designado por persona mayor de edad, ante Notario Público, para el caso de que se le declare estado de incapacidad. Este tutor tendrá la obligación de desempeñar la tutela en los términos del instrumento público, y que en caso de que no constaren obligaciones ni forma de llevar la tutela en el propio instrumento, se estará a lo que dispone el Código Civil en el título de la Tutela.

En cuanto a la capacidad de nombrar un tutor para el caso de que una persona no pueda autogobernarse, en el Distrito Federal, el Código Civil, fue reformado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de mayo de 2007, y se establece respecto de la tutela cautelar, que toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en incapacidad legal o natural.

Aquí, es importante destacar, que al hacer el nombramiento del tutor dativo ante notario una persona puede ocuparse de que:

1.- El nombramiento únicamente surta efectos para el caso de la persona se encuentre en alguna incapacidad con motivo de alguna enfermedad física o mental, que le impida autogobernarse, en los actos de su vida diaria, incluyendo sobre todo el manejo de su persona, su salud, sus atenciones medicas y hospitalarias; sin descuidar el manejo de sus patrimonio y sus intereses, y para que se cumpla su voluntad respecto a su incapacidad, muerte y donación de órganos.

2.- Puede detallar entre otros, facultades y obligaciones para el tutor dativo, como:

- 2.1.- La contratación de cualesquier especialista en el ramo de la psicología y/o psiquiatría para su atención mental;
- 2.2.- La contratación de los médicos designados previamente que deberán tratarlo para padecimientos físicos;
- 2.3.- La contratación de los servicios de rehabilitación, estudios clínicos, incluyendo cualquier tipo de cuidados que este encaminado a recuperar su salud.
- 2.4.- La obligación de internarlo en clínica privada autorizando la enajenación de sus bienes, si fuere necesaria para cubrir estos gastos;
- 2.5.- La obligación de suministrar los medicamentos para suprimir o aliviar el dolor;
- 2.6.- La capacidad de impedir la visita de las personas que considere que no son de su agrado;
- 2.7.- La forma de actuar para el caso de que padezca alguna enfermedad irreversible, estado vegetativo crónico o pérdida de sus facultades mentales, tal como:
 - 2.7.1.- No prolongar inútilmente su vida de manera artificial mediante técnicas de soporte vital, ventilación mecánica y/o alimentación artificial, cirugías heroicas o tratamientos complementarios con el propósito de prolongar su vida.
 - 2.7.2.- En caso de ser mujer la otorgante, prever que para el caso de estar embarazada:
 - 2.7.2.1.- Que se le deberá de mantener con vida hasta que el niño nazca, si existiese la posibilidad real de lograrse el niño.
 - 2.7.2.2.- En el supuesto de que se tenga la disyuntiva de la vida de la otorgante o la del niño, hacer clara la elección sobre cual vida será prioritaria, dejando a un lado cualquier consideración moral, ética o religiosa.
 - 2.7.3.- La autorización o prohibición al tutor a fin de que done la totalidad de su cuerpo, o únicamente órganos y tejidos.

3.- Definición de reglas a fin de administrar sus bienes y obligaciones familiares y profesionales, tales como:

- 3.1.- Tener la libre disposición de sus bienes a fin de cubrir mi enfermedad, que incluye de una manera global todos los servicios médicos, hospitalarios, de rehabilitación, estudios clínicos incluyendo cualquier tipo de cuidados que este encaminado a recuperar su salud.
- 3.2.- En caso de tener descendencia, el destinar parte de sus bienes a fin de proporcionarles alimentos, hasta que hayan terminado los estudios universitarios, teniendo como limite la existencia de recursos económicos, reiterando que la prioridad es su persona y su salud.
- 3.3.- Hacerse cargo de sus obligaciones en general y en especial, aquellas relativas a cumplimiento de

contratos con terceros, las fiscales y laborales o de cualquier otra índole, por lo que podrá contratar a profesionales en la materia a fin de que se encarguen de dichos asuntos.

4.- Relevar al tutor dativo del otorgamiento de cualesquier caución para desempeñar su cargo.

5.- Definir que la duración del cargo será por todo el tiempo que sea necesario para cumplir con su voluntad, o mientras me encuentre incapacitado hasta su recuperación o hasta su muerte.

En el caso de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (LVADF), publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008, su objeto es claro: “establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural”.

Haré una brevísima referencia a esta ley, ya que pongo a su disposición, la hiperliga donde puede descargarse un extraordinario artículo sobre la materia, desarrollado minuciosamente por el Notario Eduardo García Villegas, Académico, Doctor en Derecho, y autoridad como estudioso que es del presente tema, quien apunta con claridad que “siendo una ley de orden público e interés social, es aplicable a la voluntad anticipada de las personas en materia de “ortotanasia”, y no permite ni faculta bajo ninguna circunstancia la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida.”

García Villegas, destaca la definición de algunos conceptos entre muchos más, en el artículo tercero de la LVADF, tales como:

- a) Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta en forma libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica.
- b) Obstinación Terapéutica: utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal.
- c) Ortotanasia: significa muerte correcta. Distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios,

tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, procurando no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando los Cuidados Paliativos, las Medidas Mínimas Ordinarias y Tanatológicas, y en su caso la Sedación Controlada.

El artículo 7 de la referida ley señala quienes son quienes pueden otorgar el Documento de Voluntad Anticipada, y la fracción I del artículo 8, de la misma ley, señala que debe realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario; y el artículo 10 aclara que en caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Vo-

luntad Anticipada ante el personal de salud correspondiente y dos testigos.

La ley menciona que es necesaria la designación de un Representante, a efecto de que de cabal cumplimiento a su voluntad manifestada en el Documento.

La ley establece que el Notario verificará la identidad del otorgante, que el mismo se encuentra en su cabal juicio y libre de cualquier coacción, y redactará por escrito las cláusulas del documento, atendiendo a la expresión de voluntad clara y terminante del otorgante.



CONCLUSION

El Notario juega un papel importante en el otorgamiento de los documentos relativos a la designación de tutores que gobiernen sobre su persona y sus bienes para el caso de que pueda quedar incapacitado, y en el caso del otorgamiento de documento para elegir libremente respecto de si se desea o no el sometimiento a la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles.



Francisco de Goya
"El Amor y la Muerte"



Luis Manuel Ramírez Perches - Notario Público 3 de Zapotlanejo, Jalisco

GUARDIAN DATIVE DISABILITY

Relevance of the Public Notary role when granting instruments related to the election of a correct death, or when designating who will be in charge of my person and assets in the event that one becomes unable to self-govern.



I'd like to start, first, thanking the invitation of the Organization Committee of this XIV Conference of International Society of Family Law, through the American Affairs Commission of the International Union of Notaries. Second, I'll make an effort to address myself to you in French, I apologize for any mistake on the pronunciation, and I request that should there be any questions, that you allow me to answer them in English.

Taking care of appointing a person who can rule over someone's state of health and assets, has been a study subject for quite some years.

Here, in France, the end of life mandate, contained in the law of the 22 of April of 2005 related to the rights of the sick ones and the end of life, has as object stating clear the right one person has to die in dignity, if a grave or incurable disease is suffered.

In Mexico, because of the complexity of our legal system, where we have laws that because of their subject are federal such as the General Health Law, and others that because their subject, correspond to each one of the 32 free and sobering States of Mexico, in use of their sovereignty, dictate state laws such as the Civil Codes, the Anticipated Will Law for the Federal District, and it has been a job for each State to take care of this subject, because there does not exist one Federal Law that verses over this Anticipated Will at this time.

In Mexico, our civil codes, have as natural way to extinguish the mandate, among others, the interdiction of the grantor or the appointed one, and that's why on the specific case of Jalisco, where I come from, the Civil Code, does not cover

the issue of granting a mandate for the event that one becomes unable to self-govern, but it has been reformed by the decree 21700/LVII/07, to state that the dative tutor can be appointed by an adult, before the Public Notary, in the event that the state of being unable to self-govern is declared. This tutor shall have the obligation to fulfil the tutorship within the terms stated on the public instrument, and that in the event that such obligations or the way to carry on the tutorship aren't stated on the same instrument, it will need to be fulfilled according to the Tutorship title of the Civil Code.

Regarding the possibility of appointing a tutor for the event that one person becomes unable to self-govern, on the Federal District, the Civil Code was reformed by decree publish on the Federal District Official Gazette the 15 of May of 2007, and states regarding the caution tutorship, that all persons capable to grant Last Wills, can appoint caution tutor or tutors and their substitutes, who will take care of its being and, if needed, of its patrimony in prevision that one becomes unable to self-govern either legally or naturally.

Here is important to highlight, that when appointing the dative or tutor before the Public Notary, one person can take care that:

1.- The appointment only becomes effective on the event that one person faces some disability as result of any mental or physical disease that makes that person unable to self-govern, in the acts of his daily life including above other things the ruling of his being, his health, his medical and hospital care, without neglecting the management of his patrimony and his interests and that his will is fulfilled respect to his own disability, death or organ donation.

2.- He can detail among others, powers and obligations for the dative tutor, such as:

- 2.1.- Contracting any specialist on the fields of psychology or psychiatry to his mental care;
- 2.2.- Contracting the previously designated physicians who will treat his physical conditions;
- 2.3.- Contracting rehabilitation services, clinical studies, including any other kind of care that are intended to recover his health.
- 2.4.- The obligation to intern him in a private clinic authorizing the possibility to sell his assets, if needed to cover such expenses;
- 2.5.- Obligation to supply drugs needed to suppress or ease the pain;
- 2.6.- The possibility to deny the visit of persons that he deems that aren't liked by him;
- 2.7.- The way to act on the event he has any irreversible disease, chronic vegetative state or loss of his mental faculties, such as:
 - 2.7.1. Not to unnecessarily prolong his life artificially with vital support techniques, mechanical ventilation or/and artificial support, heroic surgeries or complementary treatments with the purpose of prolonging his life.
 - 2.7.2.- In the event that the grantor is a woman, foresee that in the event she is pregnant:
 - 2.7.2.1.- That she will be maintained with life until child is born, if there is a real possibility of the child to live.
 - 2.7.2.2.- In the event that a disjunctive between the life of the grantor or it's child to be born, make the clear choice over which life will be priority, leaving aside any moral, ethical or religious consideration.
 - 2.7.3.- The authorization or prohibition to the tutor to donate his whole body, or only organs and tissues.

3.- Definition of the guidelines to manage his assets, and familiar and professional obligations such as:

- 3.1.- Have the free management of his assets to cover my disease, including globally all medical hospital and rehabilitation care, clinical studies including any other kind of care intended to recover his health.
- 3.2.- In case of having offspring, to destine part of his assets to support them until they have finished university studies, having as limit the economic resources existence, reiterating that the priority is his being and his health.
- 3.3.- Taking care of his obligations, generally and specifically those related to the fulfilment of third party contracts, tax labour or any other kind of obligations, contracting professionals on such fields to deal with those obligations.

4.- Exempt the dative tutor to grant bail to play his duty.

5.- Define that the life of such duty will be for all time needed to fulfil his will, or meanwhile he is unable to self-govern, or till his death.

Regarding the Anticipated Will Law for the Federal District (AWLFD), published on the Federal District Official Gazette the 7 of January of 2008, it's purpose is clear: "establish and regulate standards, requirements and ways of fulfilment of anyone's will of with ability to exercise, with regard to the refusal to submit to media, treatments or medical procedures seeking to unnecessarily prolong his life, protecting the dignity of the person, at all times when accidental, medical reasons or force majeure, it is impossible to keep his life in a natural way".

I will make a really brief reference to this law, because I give you the hyperlink where an extraordinary paper on this subject can be downloaded, developed meticulously by the Notary Eduardo García Villegas, Academic, Doctor in Law, and authority as studious he is of this subject, who clearly states that "being a public order and social interest law, it is applicable to the anticipated will of people regarding "orthothanasia", and not allowing nor grants under any circumstance the realization of conducts that have as consequence the intentional shortening of life."

García Villegas, highlights the definition of some concepts, among much others, in the third article of the AWLFD, such as:

a) Anticipated Will Document: is the public document signed before a Notary, in which anyone with ability to exercise capacity and in full possession of their mental faculties, manifestes in a form free, conscious, serious, unequivocal and repeatedly not to undergo to media, treatments and/or medical procedures, enabling the medical obstinacy.

b) Therapeutic Obstinacy: unnecessary use of media, tools and medical methods, to keep alive a sick person on terminal stage.

c) Orthothanasia: means correct death. It distinguishes between curing and caring without causing death actively, directly or indirectly, avoiding the application of media, treatment and/or obstinate, disproportionate or useless medical procedures, trying to not undermine the dignity of the patient in terminal stage, giving the palliative care, the minimum ordinary and thanatological measures, and in case needed, the controlled sedation.

Article 7 of the aforementioned law says who are those who can grant anticipated will document, and section I of article

8 of the Law, notes that it should be written in personal way, free and in unequivocal manner before a Notary; and article 10 makes it clear that when a terminal stage patient is unable to go to the Notary, he can subscribe the anticipated will document before the staff health services and two witnesses.

The law mentions that the appointment of a representative, is necessary so that he fulfils in full compliance the will expressed in the document.

The law establishes that the notary shall verify the identity of the grantor, that he is capable and free of any coercion, and shall draw up in written the clauses of the document, in response to the clear and categorical will expression of the grantor.



CONCLUSION

The Notary plays an important role when granting documents related to the appointment of tutors who will govern over a person being and assets on the event that he can become unable to self-govern, and in the event of granting a document to freely choose respect if he wishes or not to subject himself to the application of media, treatments and/or obstinacy medical procedures, disproportionate or useless.



*Francisco de Goya
"Doctor Arrieta"*

8



Prof. Mario Ricca

IL NOTARIATO LATINO COME AGENZIA INTERCULTURALE: UN PERCORSO TRA DIRITTI UMANI E PRASSI GIURIDICHE QUOTIDIANE



*Leonardo da Vinci
“Embrione nel grembo”*





Prof. Mario Ricca

IL NOTARIATO LATINO COME AGENZIA INTERCULTURALE UN PERCORSO TRA DIRITTI UMANI E PRASSI GIURIDICHE QUOTIDIANE



I diritti umani sono concepiti nel segno dell'universalità. Ma di essa sono indice, indizio, non realtà effettiva, già consumata. Lungo il cammino della loro attuazione, le enunciazioni dei diritti umani incontrano la differenza. A far da ponte e diaframma tra universalità dei diritti e differenze socio-antropologiche vi è all'opera la cultura.

La relazione, inaggrabile, tra l'universale e il particolare, tra un umanesimo giuridicospopolita e le specificità culturali pone alcuni dilemmi lapidariamente sintetizzabili. Come è possibile realizzare l'universalità senza comprimere o mortificare le diversità? Come evitare che 'diritti umani' sia soltanto una formula riassuntiva, e talora mistificatoria, per affermare e camuffare la retorica del più forte, per gettare un cono d'ombra sulle minoranze e sulle loro matrici culturali? Infine, come operare perché con il tempo non si affermi un legalismo planetario solo di parte, che di genuinamente cosmopolita abbia solo la facciata?

Non si tratta ovviamente di quesiti puramente accademici. I conflitti che agitano il pianeta assumono ogni giorno di più una coloritura e uno sfondo di legittimazione di stampo culturale. E i diritti umani ne vengono investiti in modo molteplice e contraddittorio. Alle volte respinti come orma imperialista dell'Occidente, al contempo vengono utilizzati quale piattaforma di rivendicazione dell'autonomia culturale, della libertà di autodeterminazione e della sovranità dei popoli.

Elaborare una sintesi tra i diversi *usi dei diritti umani* conduce presto a concludere per l'ambigua valenza del loro utilizzo e delle loro rivendicazioni. Sapientemente impugnati, essi possono diventare un'arma a disposizione di entrambe le parti contendenti di qualsiasi conflitto. Ma, anziché dimostrarne l'inconsistenza, il loro essere solo vuoti enunciati – come pure alcuni vorrebbero – questa onnilateralità delle proclamazioni dei diritti mostra la loro potenzialità semantica, l'indiscutibile ed effettivamente universale rilievo da essi assunto nei confronti politici su scala planetaria. Esiste un terreno peculiare dove la *doppietta* dei diritti umani

si fa avvertire con particolare sintomaticità. È il circuito delle migrazioni. All'interno di esso si assiste quotidianamente a reiterate invocazioni della grammatica dei diritti non solo per opporsi al potere statale, ma anche per articolare le relazioni interpersonali, per proiettare su di esse la *voce* dell'appartenenza e della soggettività culturale.

L'esperienza migratoria catapulta gli individui all'interno di contesti di vita prima sconosciuti, quelli dei paesi di accoglienza. Al tempo stesso, fa irrompere nei territori nazionali persone che agiscono e comunicano secondo schemi mentali del tutto inediti. Questa circostanza spezza il legame profondo, e spesso silenzioso, che intreccia il diritto formale e le prassi sociali. Lo stesso legame che permette al diritto scritto di funzionare anche se i suoi destinatari non lo conoscono; e a questi di rispettare la legge (e di *non infrangerla*) pur senza conoscere dettagliatamente gli enunciati normativi. Si tratta di una sorta di miracolo comunicativo, figlio della storia delle singole comunità, del loro capitale culturale accumulato nel corso dei secoli. Per alcuni versi, potrebbe vedersi all'opera in esso una sorta di educazione giuridica di sfondo, la stessa che consente di dar senso alla formula, in sé quasi paradossale, *ignorantia legis non excusat*. Ma il comparire dell'Alterità, dei soggetti migranti, sul palcoscenico sociale altera questa condizione di sfondo, sciogliendo le cuciture, intessute di ovvietà culturali, di diritto e prassi, tra leggi e interessi, tra logica normativa e senso comune.

È in queste situazioni che il nesso tra diritti umani e prassi giuridiche acquista salienza e mostra, per molti versi, la radice delle ambiguità nell'uso e nella rivendicazione dei diritti. L'Altro, il migrante, che non condivide la cultura autoctona, si trova ad agire in un mondo ordinato secondo schemi di senso a lui ignoti. Armato sovente solo di una generica capacità di adattamento, egli è costretto quotidianamente a scontrarsi con modalità di azione e di pensiero che non comprende o avverte confusamente come distanti, incompatibili con le proprie. La sua condizione di subalternità, tuttavia, lo costringe spesso a subire, ma – ed è questo il punto –

senza capire bene perché. Ciò nonostante, accade talora che l'intesa comunicativa si raggiunge spesso sul piano delle pratiche. Ma si tratta comunque di transazioni *ad hoc*, non idonee a trasmettere a vasto raggio *istruzioni per l'uso dei rapporti sociali*, anima di una cittadinanza sociale effettiva. A fare da alfiere a queste esperienze di asimmetria culturale e spesso di vera e propria esclusione è il diritto nazionale. Gendarme onnipotente delle relazioni intersoggettive che scandiscono il quotidiano, esso viene avvertito dallo straniero come un nemico inconfondibile, pronto a dichiarare la partita vinta a favore degli autoctoni in modo inaspettato e spesso insospettabile. D'altronde, è esperienza comune tra chi opera per ragioni commerciali in paesi diversi dal proprio avvertire nel diritto locale una sorta di *terzo contraente nascosto*, pronto a sbucare dall'ombra d'improvviso per sconfessare quanto si era presunto nel confezionare e nel sottoscrivere una piattaforma negoziale. Il diritto, in questi casi, si fa matrice di conseguenze inaspettate e perciò avvertite come ingiuste. Promette insomma amare sorprese, piuttosto che garantire *certezza*.

Per i migranti, confrontarsi con il diritto dei paesi d'accoglienza rischia quindi di partorire una percezione di doppia estraneità. Così, non solo ci si scopre stranieri perché si proviene da altri paesi, ma ancor di più perché bisogna subire le leggi della nazione d'accoglienza senza riuscire a conoscerle mai abbastanza. D'altronde, per evitare questo esito, a nulla servirebbe la consultazione dei testi legislativi a uno straniero che non fosse attrezzato con conoscenze giuridiche specialistiche; esattamente come non servirebbe nel proprio paese a un italiano, a un francese o a un tedesco, che non fossero laureati in legge. Dalla lettura dei testi normativi eseguita con l'approccio del *fai da te* nascerebbero con molta probabilità ancora più problemi che dalla semplice ignoranza. Il punto, però, è che mentre per l'autoctono si tratta di una *dotta ignoranza*, in quanto nutrita dagli abiti sociali; per lo straniero entra invece in gioco una *doppia ignoranza*. All'interno del suo *non sapere* sono annidati abiti di comportamento estranei al *dialetto culturale* proprio delle società d'accoglienza, a sua volta solo indirettamente condensato negli enunciati dei corrispondenti ordinamenti giuridici.

Di fronte alla muraglia culturale e a quella tecnico-giuridica, al migrante non resta spesso altra strada per legittimare la propria differenza culturale se non quella di invocare i diritti umani. La *chance* residua, in una generale condizione di soccombenza, diviene quella di riuscire a iscrivere nella cornice semantica, nello spettro di significati degli enunciati dei diritti, i propri bisogni, interessi, finalità, le proprie parole e le proprie azioni, secondo il senso attribuito a esse all'interno del contesto culturale d'appartenenza. D'altra parte, la cultura è al fondo un'enciclopedia di saperi e prassi, che l'individuo apprende e poi reca con sé attraverso lo spazio e

il tempo. Essa è composta di relazioni tra segni, è intessuta da reti di senso, dove il significato di ogni parola o gesto dipende da quello di tutti gli altri. Ma *quali altri segni* includere in ogni contesto di senso dipende a sua volta dai fini, dai valori, dagli usi elaborati in ogni universo d'esistenza. A valicare le differenze poco giova la traduzione letterale, c.d. matrice per matrice. La stessa parola o lo stesso gesto possono avere nei diversi ambiti culturali significati del tutto differenti, talora persino opposti. Fenomeno, d'altra parte, che si verifica anche all'interno dei circuiti comunicativi nazionali, assolutamente non immuni dalla variazione fraseologica dei significati e dai conseguenti pericoli di fraintendimento. Su questo tappeto di differenze, invocare i diritti umani, allora, diviene una sorta di appello alla variazione del linguaggio, degli *standard* comunicativi, così da rendere le prassi legali sensibili, ricettive rispetto alle istanze della diversità culturale.

Un simile modo di intendere e utilizzare la risorsa dei 'diritti umani' radica però una sorta di conflitto di fondo tra diritto e diversità culturale. Ma non solo, perché tende a trasformare la generalità (e talora la voluta vaghezza) delle enunciazioni dei diritti in un *pass-partout*, buono a veicolare qualsiasi petizione di senso e perciò ogni possibile rivendicazione – talvolta persino le più opinabili e gratuite. La strada per la strumentalizzazione opportunistica dei diritti è insomma aperta. Il gioco complessivo, però, finisce per risolversi in un'ennesima sconfitta per il migrante. Ciò accade perché ogni contesto nazionale/culturale, ispirato alla tutela costituzionale dei diritti umani e/o fondamentali¹, tende a situare la loro attuazione e interpretazione all'interno dell'universo sociale e giuridico di riferimento. L'effetto finale è che ogni stato o circuito sovranazionale di attuazione dei diritti umani è sospinto a saldare e condensare il proprio diritto comune con le enunciazioni dei diritti, restituendone una lettura integrata e coordinata. D'altra parte, è questo il segno più tangibile dell'universalità dei diritti, consistente proprio nella loro capacità di *situarsi*, attraverso il tempo e lo spazio, e nel funzionare da specchio unico per i differenti contesti. Ed è così per la semplice ragione che *universalità* non è sinonimo di *identità*. L'*universale* è ciò che funziona come inesauribile serbatoio di senso, al quale possono attingere individui dei più diversi tempi e luoghi. Cosa ben diversa da un'inane dittatura dell'*identico*. Considerazione che vale tanto per gli oggetti quanto per le creazioni umane, per le opere d'arte come per il diritto.

L'interpretazione *situata* dei diritti umani, tuttavia, pone di fronte alle invocazioni operate dagli stranieri migranti un'ulteriore ostacolo. Questi rischiano di vedere le proprie istanze di tutela e riconoscimento rispedite al mittente, rigettate come inammissibili, non tanto perché astrattamente contraddittorie rispetto ai diritti umani, quanto piuttosto perché non commensurabili con le categorie del diritto comune di

¹ Sul rapporto tra diritto interculturale e diritti umani e/o fondamentali, cfr. M. Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari 2008.

ogni stato, a loro volta già iscritte attraverso le prassi interpretative nelle enunciazioni dei diritti. Più semplicemente, lo straniero può imbattersi nell'amara esperienza di vedere utilizzato contro di sé il diritto (comune) autoctono prospettato come incarnazione prototipica dei diritti umani. Ed è a quel punto che si innesca il conflitto tra l'appartenenza culturale e gli stessi diritti umani, declinati in chiave etnocentrica. La petizione di universalità intrinseca alle enunciazioni dei diritti a quel punto fa il resto, schiudendo i battenti al rigetto dell'Alterità e suggellando, in molti casi, l'inferiorità delle opzioni culturali avanzate dall'Altro.

I diritti umani verranno allora percepiti, in molti casi, come il vessillo del potere, l'arma mistificatoria del più sfacciato etnocentrismo, il gioco di prestigio linguistico per confondere identità e universalità, nel segno di una sorda logica di dominio e di subalternità culturale. Ma è storia dei nostri tempi. Questa conclusione è tuttavia conseguenza di una sofisticata combinazione di errori di prospettiva. Pietra angolare di essi è da considerarsi la mancanza di un'opera di traduzione interculturale attivata a livello di prassi giuridiche quotidiane. Ed è qui appunto che entra in gioco la funzione socio-istituzionale del notariato latino.

Nei paesi di *civil law* e in quelli che, in generale, adottano il modello professionale del c.d. notariato latino, cioè al contempo pubblico ufficiale e professionista al servizio degli interessi della clientela, l'attività notarile è impegnata costantemente in un'attività di traduzione e transazione tra gli interessi dei clienti e gli schemi di significato del sistema normativo. Il ponte tra generalità delle prescrizioni normative e obiettivi concreti degli individui è appunto assicurato dalla funzione di garanzia e assistenza incarnata dal notaio. La vita sociale prospetta situazioni infinitamente variate, connotate da un'imprevedibilità assolutamente oltre la portata di qualsiasi prognosi di effettività operata dal legislatore nel confezionare le proprie norme. A rendere funzionante il sistema, tessendo e ritessendo incessantemente le cuciture tra vita e diritto, sono i professionisti legali, e tra questi in particolare modo i notai. Chiunque, fra di essi, è chiamato a tradurre nel linguaggio e negli effetti normativi consentiti e predisposti dall'ordinamento le aspettative di tutela manifestate, raccontate dal cliente, dal soggetto di diritto. E si tratta di una traduzione in senso proprio, dal momento che nessun cliente - tranne poche eccezioni - espone al notaio le proprie richieste utilizzando il linguaggio giuridico, tantomeno indicando le norme da utilizzare per tutelare i propri interessi.

Piuttosto egli narrerà una storia di vita, spesso colma di allusioni, di sottintesi, di aspirazioni non esplicitate, talora di tensioni competitive o risentimenti inespressi (basti

pensare alle questioni attinenti la materia successoria). Per rispondere adeguatamente alle sue aspettative, proiettandole nel tempo attraverso lo spettro delle reazioni possibili dell'ordinamento, il notaio si trova sovente a dover fare una vera e propria opera di decifrazione, traduzione e riadattamento rispetto agli schemi normativi. Di volta in volta, egli verrà chiamato a operare in modo creativo, combinando e ricombinando gli indici semantici dell'ordinamento in modo da poter iscrivere il fatto nel diritto e il diritto nel fatto, nel segno della miglior tutela del cliente. Opera che diviene ancor più complessa, ovviamente, allorché i clienti siano plurimi o quando vi siano in gioco gli interessi convergenti/contrapposti delle parti di una transazione negoziale.

Fare il giurista pratico, insomma, non è assimilabile all'opera di un archivista, chiamato a collocare le richieste, gli input, in un casellario predeterminato di risposte. Il canale che conduce dal diritto alla vita sociale, e viceversa, è costellato di sentieri *inventati*, di soluzioni inedite, di ricomposizioni creative del tessuto normativo e attraverso esso dei rapporti sociali. Negli studi dei notai latini, chiamati tra l'altro a svolgere un'attività di garanzia in quanto pubblici ufficiali, il diritto vivente trova uno dei momenti salienti del suo ininterrotto riprodursi - così come testimoniato, d'altronde, da una tradizione che risale sino al medioevo.

Per interpretare il cliente, però, i notai usano la cultura comune a entrambi, la propria conoscenza di massima dell'immaginario sociale e individuale. Per di più lo fanno il più delle volte in modo irriflesso, inconsapevole. La cultura, in senso autentico, è l'insieme di conoscenze e abilità che si

sanno, ma non si sa di sapere. Sono talmente ovvie che non se ne ha coscienza. Sembrano naturali, e invece costituiscono gli occhiali attraverso i quali leggiamo e costruiamo la "natura". È grazie alla condivisione culturale di sfondo, che il notaio riesce a far parlare le parti mute delle narrazioni prodotte dai clienti e, al tempo stesso, ad articolare le parti mute delle leggi, ovvero quel che le norme non spiegano e non dicono, ma

danno per scontato. È all'incrocio tra questi due *domini del silenzio*, nel punto di contatto tra i corrispondenti discorsi taciti - i sottintesi del cliente e quelli della legge - che il notaio svolge la sua funzione più importante e cruciale. Lungo quella linea di frontiera egli esercita la sua responsabilità professionale, condensabile in un atteggiamento preciso e piuttosto idiomatizzato. Il notaio esperto raramente risponderà alle richieste del cliente con un secco 'no' o con un 'sì' senza mezzi termini. Piuttosto, egli potrà essere sorpreso a prodursi in un caratteristico '*vediamo*'. Ma quel *vediamo* non è altro se non la porta d'ingresso all'invenzione



Holbein. "Erasmus" (dettaglio)

giuridica, alla responsabilità professionale e a una funzione sociale insostituibile, vale a dire quella di laccio di sutura tra legge e mondo, tra la stabilità delle norme e l'imprevedibile fluttuare della storia attraverso l'innumerabile brulichio delle vicende personali.

A far da liquido di galleggiamento per questa navigazione sociale del diritto, dove il notaio è spesso chiamato a fare da timoniere, è però la cultura. Quella stessa cultura che su-pporta, sotto forma di educazione giuridica di sfondo, la retorica tutta illuminista del principio *ignorantia legis non excusat*.

Ma cosa accade, appunto, allorché questo *plafond* culturale si altera o viene a mancare? Il diritto continuerà a proiettare le sue parti mute sull'agire delle persone, ma queste a loro volta articoleranno un linguaggio ricco di sottintesi esotici, lontani dalle abitudini discorsive degli autoctoni. A peggiorare le cose concorre peraltro l'universale circostanza che vede la cultura all'opera come *sapere inconsapevole*, non oggettivato. Le conseguenze della di-simmetria culturale negli scambi comunicativi possono essere catastrofiche per la vita del diritto e rendersi foriere di cocenti ingiustizie. Non possedere la chiave per contestualizzare parole e gesti degli stranieri può condurre alle presunzioni più infondate. Il problema è che sulla base di quelle presunzioni verrà poi articolata la qualificazione giuridica e, di seguito, si attiveranno le reazioni dell'ordinamento sia a breve, sia a lungo termine. Si pensi, solo per fare un paio di esempi, al lessico e alla sintassi della buona fede contrattuale, che nel suo articolarsi richiede una conoscenza pressoché enciclopedica delle prassi comunicative diffuse nei diversi luoghi e tra differenti comunità; oppure alle questioni che coinvolgono interessi familiari, declinati secondo percorsi incredibilmente differenziati a seconda degli immaginari culturali.

Senza l'assistenza di qualcuno che possa intendere in chiave interculturale lo sfondo di senso delle richieste dello straniero, che sia in grado di tradurre nel proprio linguaggio e nella propria esperienza personale, ancor prima che professionale, i suoi bisogni e le sue aspettative, il diritto si troverà a produrre inevitabilmente reazioni *fuori tiro*. Per essere più precisi, potranno determinarsi vere e proprie eterogenesi di senso, dovute alla sovrapposizione del piano normativo e dei suoi effetti su situazioni di fatto male interpretate o erroneamente presunte a causa della proiezione sull'Altro e sul suo agire del modello culturale dell'italiano (o, in generale, dell'autoctono) medio. Lo straniero si troverà allora oscurato all'interno di un cono d'ombra culturale e cognitivo, a sua volta destinato a essere cementato dalla qualificazione e dalla irreggimentazione giuridica. Per questa via l'applicazione delle norme risulterà affetta, in molti casi, da un'insanabile inopportunità e, nelle ipotesi peggiori, da una fatale contraddizione tra i propri presupposti di legittimazione (anche di rango costituzionale) e le sue conseguenze sul piano della concreta effettività.

Senonché le implicazioni a vasto raggio di simili fallimenti e svarioni applicativi con il tempo sono inclini a commutarsi in un atteggiamento purtroppo assai diffuso tra gli stranieri. Il riferimento è alla loro sfiducia nei confronti delle istituzioni giuridiche dei paesi d'accoglienza, quindi al mancato uso degli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento e infine, implicazione di gran lunga più grave, alla consumazione delle proprie relazioni personali ed economiche all'interno dei circuiti etnici d'appartenenza, della galassia del c.d. *nero* o, ancora, tra le soffocanti spirali della devianza criminale. Insomma, lasciare che le corsie comunicative tra diritto e stranieri si ostruiscano getta i semi di problemi sociali dalle incalcolabili proporzioni, soprattutto sul medio-lungo periodo. D'altronde, l'esclusione degli stranieri dalla sfera pubblica, la stessa disciplinata dal diritto, non impedisce certo la loro capacità di azione, né di movimentazione di capitali. Queste attività avverranno comunque, ma celate da una coltre di oscurità, che renderà sostanzialmente impossibile il controllo sociale. Gettare lo sguardo oltre l'oggi, oltre il vantaggio competitivo che l'immediatezza sembra riservare agli autoctoni, a quelli *di casa*, significa intravedere gli effetti, le costrizioni e la futura forza socio-economica di quanto nel presente si cela nell'ombra della subalternità etnica. Per molti versi, però, si tratta di un futuro già in atto, che richiede dunque soluzioni da adottare con urgenza.

Formare i notai latini in modo da poter offrire agli stranieri un'assistenza analoga a quella assicurata ai connazionali, quindi un'assistenza informata a un approccio e a una conoscenza interculturali, costituirebbe un tassello assai importante verso l'integrazione sociale dei migranti e delle loro comunità. In questa direzione, il primo passo da compiere è quello di affiancare all'attività notarile una forma di consulenza antropologica, di tipo para-legale. Questa avrebbe il compito di dar voce alle parti mute, agli immaginari taciti di chi deve passare attraverso le forche caudine del diritto e ricorrere all'assistenza degli operatori del diritto. Se il notaio riuscisse a tradurre sul piano antropologico-culturale le istanze dei (potenziali) clienti, si schiuderebbero per la sua attività le potenzialità di *invenzione* e *creazione* giuridica che egli pone in campo, al più alto livello professionale, già con gli autoctoni. Questo perché evidenziare gli indici di senso delle richieste provenienti dagli stranieri significherebbe poter ricorrere a qualificazioni giuridiche alternative, alla creazione di combinazioni normative inedite. Ampliare il sapere socio-culturale del notaio, in sostanza, implicherebbe immediatamente un simmetrico potenziamento del suo sapere giuridico normativo e, quindi, della sua capacità di assistenza legale.

L'utilità sociale su scala planetaria di una formazione interculturale della classe notarile (latina) è incalcolabile. E ciò può predicarsi su una molteplicità di fronti. Innanzi tutto, favorirebbe il senso di coinvolgimento degli stranieri all'interno della cultura istituzionale degli stati d'accoglienza. In secondo luogo, contribuirebbe all'emersione dal *nero*, poiché

offrirebbe strumenti di tutela ai molti migranti sovente condannati ad essere succubi dei gruppi sociali dominanti. Ancora, in questa stessa direzione, favorirebbe le transazioni interculturali, quindi il dialogo tra autoctoni e stranieri, avvicinando l'orizzonte di una soggettività comune e condivisa. Quarto, alimenterebbe lo spostamento del flusso di relazioni interindividuali agite dagli stranieri verso la sfera pubblica, consentendone il controllo sociale e disincentivando il ricorso ai circuiti della devianza. Sesto, garantirebbe alla stessa professione notarile una domanda di servizi da parte di potenziali utenti attualmente irraggiungibili o alieni dal rapporto con il professionista legale. Settimo, renderebbe i notai *membrana osmotica tra le culture* e le corrispondenti comunità sociali, valorizzando al contempo il loro ruolo di garanti e trasformandoli in *agenti interculturali diffusi sul territorio, perciò in grado di agire in modo capillare, dal basso*.

La ricollocazione dell'attività notarile nel fuoco dei confronti interculturali non costituisce tuttavia un inedito storico. Al contrario, come si è accennato, rappresenterebbe il recupero alla coscienza civile e storica di un ruolo da essi ricoperto, anche in epoca medievale, al servizio dei diversi ceti sociali. Certo, non si trattava allora, né si tratterebbe adesso, di una missione gratuita; ma ciò nulla toglie alla sua importanza e alla peculiarità che ad essa regala proprio la struttura del notariato latino.

La funzione di agente interculturale, inoltre, porrebbe il notaio lungo l'asse di comunicazione tra diritti umani e diritto comune dei diversi paesi. Lavorare sul fronte della traduzione interculturale tra istanze di tutela provenienti dagli stranieri e istituti giuridici nazionali permetterebbe al notaio di elaborare equivalenze tra usi, costumi, modelli d'azione di differente matrice culturale. La modulazione di queste equivalenze potrebbe utilizzare come perno proprio i diritti umani, tramutandoli in una sorta di convertitore tra circuiti di esperienza giuridica e scongiurando il loro uso generico e strumentale.

A questo proposito va evidenziato come l'*uso interculturale del diritto* si distingua nettamente tanto dal diritto comparato, quanto dal diritto internazionale privato. Nel primo caso, lo studio dei sistemi giuridici è indirizzato a creare piattaforme teoriche o a potenziare le strategie normative dei legislatori statali, usufruendo delle esperienze maturate in altri paesi. Nel secondo, quello corrispondente al diritto internazionale privato, la conoscenza e l'analisi delle legislazioni estere giova a regolare le situazioni di conflitto, generate dall'intersecarsi degli effetti normativi prodotti dai differenti ordinamenti e veicolati dagli individui coinvolti in spostamenti transnazionali. Lo statuto e la funzione del *diritto interculturale* e dell'*uso interculturale* del diritto nazionale è del tutto diversa. Le persone che si rivolgono ai notai non sono *norme*. Esse in molti casi non conoscono nemmeno gli enunciati normativi del proprio paese d'origine. Inoltre, nella maggior parte delle situazioni vissute nei contesti migratori, quelle norme non

hanno alcuna rilevanza. Generalmente, allo straniero immigrato non importa che vengano applicate le leggi del proprio stato. Al contrario, suo interesse precipuo è poter dar voce alle istanze di fondo della sua educazione giuridica *folk*, le stesse che egli utilizza per declinare i suoi interessi, i suoi bisogni, in una parola, la propria soggettività. Ora, queste istanze e le corrispondenti categorie semantiche sono assai più plastiche delle enunciazioni normative. E la loro plasticità le rende assimilabili a dispositivi aperti, pronti a incorporare i vantaggi pratici offerti dai paesi d'arrivo ed anche dagli strumenti di tutela giuridica offerti dai loro ordinamenti. La propensione, la flessibilità interculturale di questi abiti di giudizio e di comportamento surclassa le caricaturali interpretazioni dell'appartenenza culturale restituite in chiave identitaria e spesso artatamente elaborate per generare scenari di conflitto del tutto alieni dagli effettivi e più diffusi interessi delle persone.

La cultura è uno strumento al servizio della personalità e non uno scafandro inossidabile ed eterno. Paradossalmente, il diritto, e in particolare quello di *civil law*, con le sue enunciazioni generali e astratte, è in grado di offrirsi come leva per la creatività culturale. Tutto sta nel saper sfruttare in senso inclusivo, rispetto alle differenze culturali, l'intrinseca generalità semantica e la connessa cifra universalistica connotata agli ideali di normazione e politica del diritto propri della tradizione di *civil law*. In quest'epoca di transnazionalizzazione dei rapporti economici e sociali, a svolgere il compito di transculturazione dei rapporti giuridici sono chiamati (tra gli altri) anche i notai e il loro più raffinato e idiomatizzato *sapere di giuristi pratici*.

Artefici, attraverso la loro opera giornaliera, di un immenso affresco sociale, con un'azione da *formiche* del quotidiano i *notai latini* del mondo potrebbero concorrere a elaborare le assi giuridiche indispensabili a una convivenza cosmopolita, una sorta di diritto comune in grado di incorporare i diritti umani dentro un codice delle prassi vitali scandite dal diritto dei contratti, dal diritto di famiglia, dal diritto successorio, etc. Seguendo questo percorso di risalita dal basso, a partire dalla *frontiera delle relazioni interpersonali quotidiane*, i notai latini distribuiti nelle diverse realtà planetarie potrebbero scongiurare l'uso etnocentrico dei diritti umani e il velenoso carico di logiche suprematiste o xenofobe che ad esso fa seguito. Al contrario, essi potrebbero lavorare per rendere i diritti umani vera e propria interfaccia pragmatica nella costruzione di una soggettività giuridica transnazionale: tale in quanto esito di processi interculturali gestiti e fatti maturare appunto *dal basso*, ascoltando le istanze concrete delle persone e dando voce alla loro creatività culturale di individui in grado di autodeterminarsi.

Creare questa alleanza tra base sociale transnazionale e categoria notarile attuerebbe una funzione storica di produzione/interpretazione del diritto, per alcuni versi avvicinabile a quella esercitata nell'antichità dal *praetor*

romano nell'edificazione dello *ius gentium*. Ma non solo. Dal punto di vista professionale, il notariato potrebbe dimostrare per questa via di riuscire a realizzare in simultanea il miglior interesse dei clienti e il miglior interesse dell'istituzione che rappresenta, coniugando funziona pubblica e professione privata, esattamente come previsto dall'ideale prescrittivo del notariato latino.

I discorsi teorici, soprattutto se innovativi, esigono però d'essere accompagnati da esemplificazioni pratiche, utili a mostrare il *know how*, il *come si fa*. A questo scopo potrebbe risultare utile fornire un esempio calibrato sui rapporti interculturali con il mondo cinese.

Nel diritto ereditario cinese non esiste un principio tassativo analogo alla *riserva o quota di legittima* prevista dal diritto italiano. Cercando di evitare il più possibile i tecnicismi, va precisato che la quota di legittima consiste in quella porzione di eredità di cui il testatore non può disporre a piacimento.

Secondo la legge, coniuge e figli hanno diritto a una porzione del patrimonio di chi muore. Le volontà testamentarie devono dunque tener conto di questo limite e del corrispondente diritto degli eredi c.d. legittimari. Il diritto italiano, a dire il vero, conosce alcune ipotesi di indegnità. Qualora ricorrano, l'erede legittimario è escluso dalla successione. Ma si tratta di casi tassativi ed estremamente ristretti². Di contro, gli eredi legittimari hanno uno straordinario strumento di tutela. Essi possono addirittura evitare che il testatore si liberi durante la sua vita di porzioni del proprio patrimonio, con l'effetto di escluderle dall'eredità. Lo strumento utilizzabile dal testatore potrebbe essere, ad esempio, la donazione a terzi, cioè a persone diverse dai legittimari. Se l'eventualità di verificasse, gli eredi hanno la possibilità di accettare l'eredità con beneficio d'inventario e promuovere la c.d. azione di riduzione ereditaria. Il suo effetto sarà la ricostituzione dell'asse ereditario nella consistenza originaria, antecedente cioè al depauperamento determinato dalla sottrazione delle parti donate. Il beneficiario della donazione, per contro, sarà costretto a restituire o rifondere quanto ricevuto.

Nel diritto cinese le cose stanno in modo diverso. Il testatore ha molta più libertà di movimento. In particolare, egli può diseredare i figli e destinare l'asse ereditario a chi si sia preso cura di lui, ad esempio durante la vecchiaia. A questo scopo, anzi, può persino stipulare un contratto di assistenza con terzi, impegnandosi a cedere a essi parti d'eredità in cambio di servizi³.

Supponiamo – si tratta di un *exemplum fictum*, che tuttavia è stato effettivamente ipotizzato dai notai italiani⁴ – che un cinese residente in Italia, magari in possesso della cittadinanza italiana⁵, si rechi dal notaio e chiedi di redigere testamento.

Si ipotizzi, ancora, che in quel frangente esprima al notaio l'intenzione di diseredare (parzialmente o totalmente) un proprio figlio e di voler destinare la sua porzione di eredità, in quanto legittimario, a una terza persona per ottenere da essa sostegno e assistenza durante i suoi ultimi anni di vita. Di fronte a questa richiesta, il notaio *non potrà far altro che rispondere: non si può fare, la legge italiana non lo consente*. E la partita potrebbe chiudersi lì. Il cinese, scontento della risposta, potrebbe a sua volta licenziarsi dal notaio e magari provvedere con un testamento olografo, cioè non redatto per atto pubblico, affidando l'esecuzione delle proprie ultime volontà alla propria comunità. Si badi, in questo caso nulla garantisce che il figlio diseredato non invochi un domani la riduzione ereditaria a proprio favore. L'eventualità realizzerebbe un conflitto endo-culturale, ma con effetti eso-culturali e interculturali. Il figlio, in sostanza, preferirebbe dismettere la propria identità e la lealtà rispetto alla cultura cinese e alle volontà paterne, preferendo valersi della tutela assicurata dalla cultura e dal diritto italiani. Porre l'accento su questa evenienza è assai importante, poiché mette in risalto il diritto di autorappresentare i propri codici culturali, quindi la possibilità per i membri di società multiculturali di scegliere a quali circuiti di valori aderire e, possibilmente, come transigerne gli aspetti. In breve, il conflitto tra genitori e figli esemplifica la necessità di evitare la reificazione culturale e, al contrario, quella di assicurare l'autodeterminazione dell'individuo circa le modalità del proprio posizionamento rispetto agli indici sia della cultura di origine, sia di quella d'approdo.

Di là da questa considerazione, c'è comunque da registrare per il cinese l'eventualità, e la possibilità, di ritrarsi dalla dimensione pubblica. Anziché intercettare le istituzioni e fruire delle relative garanzie, rivolgendosi al notaio e redigendo un testamento per atto pubblico, egli potrebbe muoversi nella sfera della libertà e tra i circuiti della propria comunità. Certo, si esporrebbe, come si è detto, alle possibili reazioni del figlio e dei figli. Tuttavia, è anche vero che la comunità etnica potrebbe porre in essere tutta una serie di azioni deterrenti o dissuasive nei confronti dei legittimari.

L'impossibilità di trovare *risonanza, rispecchiamento* per le proprie ragioni da parte dell'ordinamento e delle istituzioni, almeno nei paesi a costituzione democratico-liberale, in molti

² Cfr. art. 463, codice civile italiano, rubricato 'Casi d'indegnità'.

³ Cfr. art. 35, legge delle successioni cinese, emanata nel 1985. È opportuno segnalare che la possibilità di stipulare patti successori incontra un ulteriore divieto nel nostro ordinamento.

⁴ Il caso è stato affrontato nel corso di un convegno organizzato dal Centro interculturale del Comune di Torino, da titolo 'Il nostro diritto e le culture degli altri'. In quell'occasione i notai si sono limitati a un'analisi comparatistica, volta a sottolineare l'incompatibilità tra l'art. 35 della legge cinese sulle successioni e il sistema successorio

dettato dall'ordinamento italiano.

⁵ Escludo dall'esemplificazione il caso di un cinese, cioè attualmente in possesso della cittadinanza cinese, che invochi quale legge regolatrice della successione il diritto ereditario cinese. In quest'eventualità entrerebbero in gioco le regole del diritto internazionale privato e i limiti di ordine pubblico relativi all'ingresso delle norme straniere nel nostro ordinamento. Si tratta di un'eventualità in grado di dar luogo a questioni tecnico-giuridiche piuttosto complesse, peraltro non esemplificative dei profili teorici affrontati nel testo.

casi non impedisce di muoversi liberamente. Non sempre ciò che non riceve tutela è perciò stesso vietato. Le barriere e le strategie di coesione comunitaria possono allora fare molto perché il diritto rimanga sostanzialmente inattivo. In altre parole, riferendosi al caso formulato, se gli eredi non impugneranno le disposizioni del testatore, non chiederanno l'azione di riduzione, e così via, non accadrà assolutamente nulla. L'ordinamento appresta i mezzi di garanzia, ma sono gli individui a doverli attivare. Sottolineare l'esistenza di questo spazio grigio, generato dai rapporti e dalla forbice tra autorità e libertà, è estremamente importante nella riflessione sui processi di integrazione interculturale.

Nella zona grigia tra autorità e libertà possono inserirsi le dinamiche di potere, tutt'altro che innocue, interne alle comunità culturali. La loro intransigenza, talvolta, è un riflesso della dialettica tra culture, tra gruppi dominanti e gruppi minoritari, tra autoctoni e immigrati. Ma la libertà di movimento per le culture e le loro comunità può anche convertirsi sul piano sociale in una tenaglia – fatta di pressioni psicologiche e condizionamenti materiali – capace di stritolare l'autodeterminazione *interculturale* dell'individuo. Che in alcuni casi questi reagisca, invocando il sostegno dell'ordinamento del paese d'accoglienza, è un'eventualità che andrebbe ben considerata soprattutto dagli antropologi culturali e da quanti difendono in modo acritico e assolutistico l'intangibilità dell'integrità culturale, il nitore e l'intransigibilità delle differenze, e indirizzano indiscutibili e simmetriche accuse alla latente e pervasiva oppressione del diritto moderno e delle sue declinazioni generalizzanti.

Le opposizioni, le tenaglie culturali nascono però anche dall'incapacità di ascoltare e di farsi ascoltare dal diritto, obbligandolo, in qualche modo, a mettere in moto le sue potenzialità autotrasformative e aperte alla transazione interculturale. Per tornare al notaio che riceve il cinese, non è da escludere pregiudizialmente e *a priori* la possibilità di esemplificare un diverso esito della vicenda, in grado di mettere insieme tutela giuridica e riconoscimento della specificità culturale. Ciò a cui il notaio dice «no», vestendosi della voce dell'ordinamento, è la richiesta così come prospettata dal cliente cinese⁶. Di essa, però, egli non conosce lo sfondo di senso o quantomeno, fermandosi all'apparenza morfologica, non scorge il contesto assiologico complessivo. D'altronde, anche la vigente legge sulle successioni del 1985 rappresenta per la Cina un cambio di passo rispetto all'esperienza precedente e recupera alcuni aspetti di rilievo della cultura e della tradizione confuciana.

Uno dei tratti salienti dell'universo etico disegnato da Confucio e dai suoi discepoli concerne la pietà filiale e il rispetto

degli antenati e degli anziani. Nella cultura cinese classica, l'abbandono del genitore da parte dei figli rappresentava una grave colpa morale. Ogni figlio ha il dovere di occuparsi dei propri genitori, soprattutto se malati. Questo tratto, così caratteristico del mondo morale cinese, trova rispecchiamento nell'elencazione delle cause di indegnità a succedere previste dalla legge successoria del 1985. Tranne poche varianti, questo elenco riproduce le medesime cause d'indegnità predisposte dall'art. 463 del codice civile italiano. È sintomatico, però, che in esso compaia un'ipotesi non rinvenibile nella nostra normativa. Si tratta del caso di abbandono, cioè di mancanza di cure. In sostanza, il figlio che abbia abbandonato i genitori diviene indegno a succedere o, se si vuole, non merita l'eredità. L'ombra di Confucio e dei suoi insegnamenti si è proiettata insomma anche sulla legislazione della Repubblica popolare.

Se il notaio facesse parlare questa parte muta dell'etica confuciana, probabilmente si renderebbe conto delle ragioni che inducono il suo cliente cinese a voler favorire un terzo.

Alla base, non vi è la volontà assoluto o fine a se stessa di privare il figlio dell'eredità, ma quella di assicurarsi l'assistenza che il figlio dovrebbe fornirgli e che psicologicamente e culturalmente il genitore si aspetta da lui. In fondo, al cinese medio non importa affatto di dar seguito in Italia all'art. 35 della legge successoria del proprio paese. Con ogni probabilità, neanche le conosce. Egli tiene piuttosto a rendere giustizia a chi si è occupato di lui, a mostrare la sua riconoscenza, a remunerarne i servizi. È questo sfondo di senso, questa cifra della propria esperienza etica e dei propri abiti culturali, l'oggetto della possibile richiesta di riconoscimento e la causa dell'eventuale, conseguente distanziamento, individuale e comunitario, dei cinesi dalla sfera pubblica e giuridico-istituzionale italiana. Se la ricezione dell'art. 35 della legge cinese nel diritto italiano è attualmente inattuabile, analoga sorte non è detto che debba incombere però anche sulla cifra culturale, sulla chiave assiologica che lo supporta. Questa è assai più flessibile e può trovare un ponte sia nei valori di fondo dell'ordinamento italiano, veicolata dalle *risonanze contestuali e interculturali* tra gli universi etici orbitanti attorno al fenomeno successorio in ciascuno dei due paesi. A far da veicolo al generarsi di simili risonanze è la creazione di un'equivalenza metaforica, il trasceglimento di un terreno comune tra domini diversi del linguaggio e dell'esperienza. Sulla

base di questo *ground* prenderà forma un terzo dominio, all'interno del quale ciascuno dei quelli originari guadagnerà e perderà qualcosa, proprio come in una transazione.



⁶ Un'esemplificazione di questo atteggiamento può rintracciarsi in un saggio breve, ma assai limpido ed esplicativo anche per chi non sia un tecnico del diritto, elaborato dall'avv. A. MARRA, L'accordo di sostentamento e legato nell'ordinamento giuridico cinese, tedesco e italiano, consultabile all'indirizzo www.diritto.net/il.foro.civile/182/3669.html

Ora, che nel mondo cinese la dimensione comunitaria sia l'architrate anche della struttura familiare, oltre che della società nel suo complesso, non è certo un arcano segreto. Nel caso specifico, essa viene trasferita, con le sue implicazioni solidaristiche, nel rapporto con il terzo o con gli enti che si occupino del sostentamento e dell'assistenza agli anziani. Il *vecchio* destina il suo asse ereditario a chi si accolla il dovere di solidarietà sociale e comunitaria nei suoi confronti. Lo stesso dovere che dovrebbe essere assolto dai figli, per tradizione culturale e per aspettativa psico-sociale.

Chi può negare che il medesimo problema sussista anche nel contesto socio-culturale italiano? Fino a che punto può negarsi che l'impegno di molte associazioni ed enti, in favore degli anziani meno abbienti, risponda a un'esigenza di solidarietà sociale assai sentita e spesso tradita e disillusa? Certo, esiste anche il rischio che i vecchi bisognosi di assistenza e di affetto vengano strumentalizzati per convenienza. D'altronde, la storia del vecchietto che, morendo, lascia tutto all'ente religioso o alla domestica, è un classico, un *topos* giuridico e, direi, quasi un'icona idiomatica delle controversie giudiziarie in materia ereditaria. Ma questo fatto, statisticamente accertabile, non sconfessa la riconoscibilità culturale e la traducibilità delle istanze del cinese, semmai conferisce a esse plausibilità, producendo appunto quella *riso- nanza interculturale*, quella autotrasformazione riflessiva della cultura e dell'ordine giuridico del paese d'accoglienza sin qui indicate. Analogo discorso, peraltro, può farsi nella direzione inversa, in favore delle ragioni del figlio (del) cinese che impugnas- se le eventuali determinazioni del padre.

Ma il notaio, cosa potrebbe fare di concretamente interculturale? Innanzi tutto, andrebbe assistito da chi sia in grado di fornirgli indicazioni circa lo sfondo culturale dell'universo cinese, da chi possa dare la parola alle sue parti mute.

Secondariamente, entrato in possesso dei dati, non dovrebbe far nulla di più rispetto a quanto i giuristi, soprattutto i pratici e i professionisti, hanno sempre fatto nell'adattare i segni, gli schemi del diritto scritto alle situazioni sociali e agli interessi dei loro assistiti. Egli dovrebbe cioè *usare* il diritto incrementando il suo potenziale di senso attraverso il contatto semiotico con le parti mute dell'agire sociale, considerato sia nei suoi profili materiali, sia in quelli simbolico-immaginari. Vengo però al dunque. Colto l'aspetto solidaristico e assistenziale posto a corona delle richieste del cliente cinese, il notaio potrebbe pescare nel bacino delle norme successorie italiane, guidato da uno scandaglio assiologico-metaforico. Così equipaggiato, potrebbe tentare di trovare una soluzione che possa quantomeno *venire incontro* alle intenzioni e alle finalità del cinese. Per quanto possa apparire improbabile, esiste nel codice civile italiano una

combinazione di norme utilizzabili allo scopo. Si tratta dell'art. 770 e dell'art. 809. Il primo comma dell'art. 770 stabilisce che è da considerarsi una donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. Questo tipo di elargizioni ricadrebbero quindi nell'azione di riduzione al pari di tutte le altre donazioni. Ma, al secondo comma, è stabilito che *non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi* (c.vi miei). Le due ipotesi parrebbero in parte sovrapporsi, ma non è così. Le elargizioni per riconoscenza o per meriti non corrispondono alle liberalità offerte per servizi resi. Per capirsi, se uno mi salva la vita e io gli faccio un dono, si ricade nel primo comma; analogamente, se qualcuno compie un'impresa e, per ammirazione, gli faccio un omaggio. Viceversa, se qualcuno rende servigi a me, testatore, oppure se rende servizi sociali concreti, perseguendo fini che io condivido e supporto, ci si ritrova nell'ambito del secondo comma. Il mio dare è effettuato in vista di un fine e di un valore che mi vede interessato in via personale. Argomento che varrebbe, con peculiare corrispondenza, per la solidarietà e l'assistenza nei confronti degli anziani. Con formula efficace, potrebbe dirsi che questo tipo di liberalità integra un *dare etico*, corrispondente al sentire sociale, a un codice assiologico riconosciuto, ancor più a un costume, a un *ethos comunitario*⁷.

Perché è importante distinguere tra le due parti dell'art. 770? Perché questa disposizione, rubricata '*donazione remuneratoria*' e peraltro del tutto periferica nel complessivo impianto codicistico sull'eredità, improvvisamente sembra rivestirsi di una consistente, quanto inattesa valenza antropologica e interculturale? Effettuare un riferimento preciso all'art. 770 è cruciale alle ragioni dell'interculturalità perché l'art. 809, primo comma, del codice civile stabilisce che tutte le liberalità soggiacciono alle norme riguardanti le donazioni, comprese quelle relative alla riduzione ereditaria ad integrazione della quota dovuta ai legittimari. Tutte le liberalità, tranne quelle indicate dall'art. 809, secondo comma. In questa parte dell'articolo è previsto che rimangano escluse dall'analogia con le donazioni, tra le altre, le liberalità previste dal secondo comma dell'art. 770: cioè le elargizioni fatte in occasioni di servizi resi o comunque in conformità agli usi.

Queste disposizioni possono venire incontro al cinese. Fermo restando che egli può destinare al terzo o all'ente di assistenza che si occupi di lui tutta la quota disponibile dell'eredità, esiste la possibilità di integrare ulteriormente questa porzione del suo asse ereditario. Usufruendo delle previsioni di cui agli artt. 770 e 809, il cliente cinese potrebbe qualificare come donazione remuneratoria per servigi resi un'ulteriore massa patrimoniale. Magari, il notaio consiglierà al suo assistito di non ridurre a zero la quota di legittima, di moderare ragio-

⁷ Cfr., per le possibili proiezioni pragmatiche e i profili tecnico-giuridici di questa formula, A. FUCCILLO, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, Torino 2008.

nevolmente e in ragione dei servizi effettivamente forniti l'ammontare della liberalità diretta al terzo. Con una buona disponibilità a transigere e negoziare, cinese, notaio e ordinamento italiano potrebbero trovare un punto di incontro interculturale, uno dispositivo di convivenza e interpenetrazione tra indici culturali. Non solo il notaio, che verrebbe pagato per la sua prestazione professionale, ma anche l'ordinamento italiano e il cinese avrebbero da guadagnarci. In particolare, il cinese, come singolo straniero, ne trarrebbe un vantaggio in termini sia di tutela istituzionale dei suoi interessi, sia in ordine alla possibilità di iscrivere la sua *differenza* culturale nello specchio dell'uguaglianza giuridica e sociale assicurata dall'ordinamento italiano. L'ordinamento, come istituzione pubblica, acquisirebbe la possibilità di aggregare, integrare e, in fondo, anche controllare le attività economiche di chi, *allogato*, vive sul territorio statale.

La soluzione proposta va considerata però soltanto come un'ipotesi. Nell'incontro e nel confronto interculturale è indispensabile ascoltare la voce dei protagonisti, degli attori sociali. In questo consiste tanto la creatività, quanto la politicità del diritto di *autorappresentazione culturale* o identitaria.

Può anche darsi che il cinese non accetti compromessi, che preferisca rimanere chiuso nel suo circuito comunitario *collaterale e subalterno*. L'adattamento, peraltro, può non riguardare soltanto l'ordinamento italiano o l'importo da destinare alla donazione remuneratoria. Lo sfondo culturale cinese intercetta quello italiano. Nel *medium* della solidarietà trovano composizione istanze individualiste, di ispirazione occidentale, e istanze comunitarie, più affini alla mentalità orientale – ma preferirei non indulgere in simili classificazioni a dire il vero piuttosto generiche e per questo pericolosamente vicine allo stereotipo. È vero anche, però, che il genitore cinese, immigrato in Italia, deve confrontarsi con un nuovo contesto. Accanto ai doveri dei figli, alla loro pietà filiale, ci sono da calcolare anche quelli dei genitori. Il loro parametro sarà l'ambiente sociale destinato a ospitare la crescita e l'inserimento dei figli. E si tratta, certo, di un ambiente marcato da indici d'individualismo, di competizione sociale, dove le reti familiari contano meno e l'età pre-lavorativa è consistentemente più alta rispetto a quella mediamente diffusa anche nella Cina contemporanea. Il *ground* metaforico posto alla base della traduzione interculturale sorge da una metamorfosi incrociata. La risonanza interculturale e l'impegno alla coerenza nell'interpretare i propri abiti e valori sono di tipo trasformativo, consistono cioè in una metamorfosi convergente dei saperi culturali. Solo dall'incrociarsi delle

prospettive e dal loro contaminarsi può prender forma la base semantica produzione di un'equivalenza inedita, perciò creativa, idonea a generare a sua volta un *mondo terzo*, interculturale. Ma per raggiungere simili traguardi è necessario impegnarsi. E l'impegno costa fatica, sacrificio e rinunce.

Anche se in vista di un guadagno, le rinunce si presentano comunque come tali, almeno nell'immediato. Ci si può rifiutare di farle. Ma questo fa parte del gioco.

L'interculturalità è una possibilità, non una strada obbligata o naturalisticamente necessitata. Comunque, non è nemmeno da escludere che la via della transazione venga seguita, accettata da entrambe le parti. La soluzione pratica escogitata *ad hoc* rappresenta in ogni caso solo un mezzo. Da esso possono comunque scaturire ulteriori implicazioni, prima di tutto sul piano categoriale. Sono infinite le derivazioni analogiche e semantiche che potrebbero derivarne. Esse possono investire il rapporto tra solidarietà e individualismo. In fondo, il modello cinese, traslocato semioticamente e spazialmente nel contesto italiano, sollecita un'autoriflessione del sistema giuridico e assiologico autoctono. Esso rende sensibile e mette in moto il *tasto* della solidarietà intergenerazionale. Alcune conseguenze critiche della relazione tra un'impostazione in chiave individualista del vivere sociale e le esigenze di una popolazione sempre più

longeva potrebbero essere in qualche modo rese visibili, trasfigurate in un *tema* di immediata rilevanza giuridica e istituzionale. Dal contatto tra le *parti mute* dei rispettivi sistemi culturali, veicolati dagli individui attraverso le loro istanze personali, può emergere una ricategorizzazione progressiva dell'equilibrio tra individualismo e solidarietà, tra individuo e comunità, sullo sfondo della dinamica di trasmissione intergenerazionale della ricchezza. La portata di una simile riflessione raggiunge profondità politiche e antropologiche formidabili. Non importa qui



Leonardo da Vinci. "Madonna Benois"

scandagliarle nella loro straordinaria complessità. Serve invece sottolineare come questo esito incarni il prender corpo di una *terza via*, di un *mondo terzo*, quale frutto del processo di traduzione/transazione interculturale. Nel consentire la trasposizione metaforica, la *base*, il *ground* della metafora, si trasforma a sua volta, inaugurando una sequenza potenzialmente infinita di autotrasformazioni. Gli esempi riportati adesso sono solo due scampoli di un'intera, immensa enciclopedia di interfacce interculturali a sfondo giuridico potenzialmente proponibili. Ma, appunto, proponibili, non da imporre. Elaborare un lessico giuridico interculturale è operazione che pertiene al campo delle possibilità e della genuina creatività, non degli imperativi e



Copsita SXV. Autore sconosciuto

tantomeno delle generalizzazioni essenzializzanti. La batteria di chiavi interculturali può investire tutti gli aspetti dell'esperienza giuridica, così come la grammatica del vivere e del convivere quotidiani. Ma si tratterà in ogni caso di schemi propulsivi, di specchi concavi su cui riflettere il caleidoscopico brulichio della vita sociale, delle intersezioni multiculturali e delle situazioni di comunicazione/contaminazione culturale che potranno derivarne. Situazioni e intersezioni che innanzi tutto avrebbero comunque i singoli individui, e i loro cervelli, come propri motori semiotici.

Incamminarsi verso la creazione di professionalità interculturali all'interno dei circuiti del notariato latino implica ovviamente uno sforzo di formazione. Ma esso non integra soltanto un aggravio – uno sforzo in più – nell'acquisizione di competenze professionali da parte dei singoli notai. Come si è anticipato, lungo il solco dell'interculturalità, il miglior interesse del notaio e quello del cliente straniero finirebbero per coincidere. Questa sovrapposizione, del resto, sarebbe un immediato riflesso della posizione di *terzietà* alla quale è tenuto il notaio funzionario pubblico. A differenza dell'avvocato, egli è infatti chiamato a farsi tutore dei valori dell'ordinamento. Valori che però sono da interpretare in sintonia con i diritti umani e con la loro cifra universalistica.

Nel giro stretto del suo rapporto professionale, in sostanza, al notaio è richiesto di farsi agente terzo, sia tra l'ordina-

mento nazionale e il mondo, sia tra le parti eventuali di relazioni che vedano coinvolte persone di differente etnia. Armato *solo* della sua bravura, egli dovrà evitare, quindi, che le rigidità degli enunciati normativi e degli usi interpretativi autoctoni finiscano per far collassare il sistema giuridico nazionale su stesso, manifestando una sua tragica inadattabilità alle questioni poste dai flussi migratori contemporanei. Trovare le soluzioni più accomodanti, idonee a catalizzare gli interessi e le richieste di tutela giuridica tanto degli autoctoni, quanto degli stranieri di differente estrazione culturale, rappresenta la via principe per includere nella professione notarile una funzione creativa nell'elaborazione di una ormai indispensabile civiltà del diritto cosmopolita. Terzietà e creatività, del resto, non possono che incedere appaiate, a rischio di veder altrimenti trasformare l'*inventiva* in mero opportunismo o peggio in furbizia tattica. In questo senso il notariato latino offre il modello maggiormente garantista e più affidabile, anche – e direi soprattutto oggi – di fronte alle sfide della società multiculturale.

In chiusura una notazione di sintesi, che vuole suonare anche come un auspicio. Sviluppare nel notariato latino una diffusa abilità a imbastire e promuovere transazioni interculturali a base giuridica ha come fine ultimo quello di favorire la fruibilità degli strumenti di tutela da parte degli stranieri e, insieme, degli autoctoni che con essi entrino in contatto.

Dimostrare pragmaticamente e in modo effettivo, concreto, responsivo ai bisogni delle persone, che il diritto può dovunque farsi strumento di integrazione tra le culture e piattaforma flessibile per la costruzione di solidi rapporti di convivenza vuol dire restituire al diritto stesso una funzione antropoietica, cioè di formazione umana. Che questa spinta possa venire dalle professioni giuridiche, e in primo luogo da quella notarile, costituisce un fattore di libertà, di civilizzazione reciproca e interculturale attraverso la libertà. Questo perché le negoziazioni interculturali promosse e promuovibili dai notai assumono in modo enormemente amplificato, anche dal punto di vista politico, la medesima valenza anti-processuale, di prevenzione dei conflitti, da sempre riconosciuta al notariato latino. Con l'aggiunta che nell'ambito delle relazioni tra culture, prevenire i conflitti significa innanzi tutto saperli riconoscere e, quindi, essere in grado di dissolverli, più che risolverli: vale a dire impedire che essi germoglino. Ma diserbare il terreno dalla gramigna dell'odio etnico, delle contrapposizioni identitarie, è la ricetta centrale, la regola prima di una grammatica della convivenza pacifica e libera tra e dentro gli stati. Che tutto possa iniziare, in silenziosa simultaneità, negli studi dei notai (latini) disseminati per il pianeta rappresenta una affascinante possibilità, ma al tempo stesso, in quanto possibilità a portata di mano, anche un imperativo etico globale.

Mario Ricca

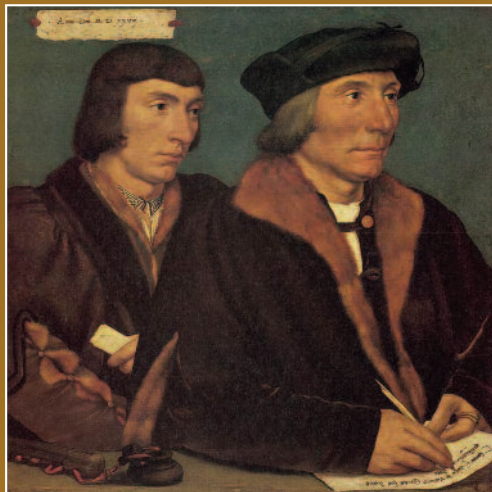
9



Pierre Becqué

INFORME DE SÍNTESES
CONSEJO GENERAL DE VARSOVIA
28 DE MAYO DE 2011

“EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS NOTARIALES”



Hans Holbein

“Retrato doble de Sir Thomas Godsalve y su hijo Juan





Pierre Becqué

CONSEJO GENERAL DE VARSOVIA - 28 de Mayo de 2011 “EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS NOTARIALES”



INFORME DE SÍNTESIS



El Consejo General de la UINL, reunido en Varsovia los días 27 y 28 de mayo de 2011 ha tratado como tema de debate “La Evolución de las Competencias notariales”.

¿Por qué razones el Consejo de Dirección de París había elegido este tema?

Si es fácil constatar que la profesión notarial está organizada globalmente en los países miembros de la Unión sobre la base de principios idénticos, todo indica en cambio que las competencias asignadas a los distintos notariados varían sensiblemente de un continente a otro y de un país a otro.

En consecuencia se juzgó interesante hacer un análisis que sea al mismo tiempo dinámico y prospectivo, estudiando la evolución - extensión o restricción- de las competencias notariales en los últimos años.

Es interesante, no solamente que cada notariado tome conciencia del lugar que ocupa en la evolución de la sociedad de su país (¿no es humanamente comprensible que cada uno tenga, con o sin razón, la sensación de no ocupar en la sociedad el lugar que merece?), sino también nos parece que dicho estudio puede ser políticamente útil: constatar que algunos notariados se ven asignar, de hecho o de derecho, nuevos campos de competencia, puede inspirar positivamente a otros notariados, o mejor aún a las autoridades públicas y a los legisladores de otros países. Al contrario, constatar que algunos notariados se vieron obligados a retirar una u otra actividad, podría permitir a los notariados concernidos cuestionarse y tratar de explicar las razones objetivas que pueden motivar lo acontecido y a los demás notariados anticipar los riesgos de una situación idéntica.

La reunión de Varsovia hizo que los participantes oyeran la intervención de notarios de todos los continentes, presen-

tando los informes elaborados país por país.

Está claro que dichos informes se refieren a países muy diferentes entre sí:

- países ricos y países en desarrollo
- países con un Estado fuerte o con un Estado débil,
- países con notariados de tradición y países con notariados más jóvenes.

Cabe recordar que, cualquiera que sea el tipo de país estudiado, el notariado no ha nacido de una generación espontánea: es el fruto de su historia. Tiene un cuerpo vivo, que tiene que adaptarse a la evolución de la sociedad civil, so pena de que primero se reduzca, para luego desaparecer.

Sabemos que desgraciadamente los notariados de algunos países miembros de la Unión corren hoy mayores riesgos.

¿Entonces veamos cuáles son las características principales de la evolución social de estos últimos veinte años que afectan a la actividad notarial, positiva o negativamente?

Algunos ponentes las mencionaron:

- el desarrollo de las nuevas tecnologías,
- las nuevas formas de vida familiar: multiplicación de los divorcios, de parejas homo o heterosexuales que viven con o sin normas contractuales, familias recompuestas....
- la movilidad creciente de las personas, con la consecuente intensificación de las cuestiones transfronterizas vinculadas tanto a dichas personas como a sus bienes,
- el desarrollo mundial de las relaciones económicas y comerciales, con paralelamente un riesgo creciente de las operaciones dudosas tales como el blanqueo de dinero,
- el envejecimiento de la población y en consecuencia una toma de conciencia mayor de las dificultades vinculadas a la enfermedad o a la incapacidad de los ancianos,

- la judicialización de las relaciones,
- la necesidad creciente de asesoramiento.

Todas estas evoluciones se hacen en un contexto donde el desarrollo a veces excesivo de la defensa del consumidor paraliza la eficacia, pero paralelamente con la exigencia de la seguridad jurídica en las relaciones jurídicas y del menor coste de las prestaciones.

Pensamos que estas simples constataciones pueden compararse en todos nuestros países.

¿Ante esta evolución de la sociedad, cómo reaccionaron los notariados? De los informes, en su mayoría alentadores, todo indica que los notariados casi siempre consiguieron adaptarse a las modificaciones de la sociedad.

Reanudemos rápidamente algunos temas esenciales:

- Nuevas tecnologías (1º)
- Derecho de la familia y sucesiones (2º)
- Derecho de negocios y sociedades (3º)
- Derecho inmobiliario (4º)
- Jurisdicción voluntaria (5º)

1º) Nuevas tecnologías

Es posible afirmar que muchos notariados conocieron en los cinco continentes, ciertamente según modalidades diferentes, el reconocimiento de la escritura notarial electrónica.

Pero lo que nos parece más importante, es el hecho de que gracias a la experiencia adquirida por los notarios en este ámbito, se han desarrollado en numerosos países vínculos privilegiados con los servicios del Estado: catastro, impuestos, registros de la propiedad y de comercio, bancos...

Estos nuevos vínculos mejoraron la prestación del servicio destinado a los ciudadanos y originaron el reconocimiento de nuevas competencias para el notariado.

Citaremos dos ejemplos:

- En Francia, la existencia desde hace ya muchos años de ficheros de referencia de los valores inmobiliarios, abastecidos en todo el territorio por todos los notarios, hizo que el legislador, en la reciente reforma de las profesiones jurídicas y judiciales, asignara oficialmente un nuevo papel al notariado: “difundir la información relativa a la transferencia de inmuebles a título oneroso”.
- En Bulgaria, el trabajo importante efectuado por el notariado en materia de nuevas tecnologías hizo que la ley reconociera únicamente al notario el acceso individual a la base de datos nacional “Registro Nacional de Documentos de Identificación Búlgaros”, registro que agrupa todos los documentos de identificación informatizados, con el fin de mejorar la seguridad de las transacciones civiles.

Es también en virtud de estos conocimientos y peritaje que se asignó a numerosos notariados llevar los registros de testamentos.

2º) Derecho de familia y sucesiones

Es uno de los ámbitos tradicionales de la actividad notarial, que ha conocido sociológicamente cambios radicales vinculados por una parte con las nuevas estructuras familiares, por otra parte al aumento de la esperanza de vida de la población. Los notariados supieron adaptarse también en este ámbito.

- Recordemos en primer lugar que la competencia exclusiva del notario para el establecimiento de contratos matrimoniales entre cónyuges, antes o durante el matrimonio, uso tradicional en numerosos países, se extendió a algunos países que sólo conocían un único régimen matrimonial y/o ignoraban la mutabilidad: Rusia, Rumania, Bulgaria por ejemplo. Algunos notariados hasta pueden establecer matrimonios civiles como funcionarios de estado-civil (Quebec, Colombia por ejemplo).

- La extensión de esta competencia se refiere también al derecho sucesorio, ya reconocida como competencia exclusiva en muchos países. Es el caso de Croacia, de Polonia desde 2009, y a partir del 1 de julio de 2011 de Macedonia. Es efectiva para notariados de todos los continentes.

Pero más allá de estos campos de actividad que podríamos calificar como clásicos, hay que tener en cuenta que muchos notariados supieron seguir la evolución social:

- Teniendo en cuenta por ejemplo el envejecimiento de la población, numerosos legisladores instituyeron mandatos de protección futura, permitiendo a cada uno organizar su futura posible incapacidad. Estos mandatos, cada vez más numerosos, no son siempre obligatoriamente notariales, pero podemos constatar que los clientes se dirigen mayoritariamente al notario para obtener asesoramiento.

Cabe notar que en Alemania y Austria, estos mandatos se notifican a la Cámara de Notarios, que en Francia el mandato notarial solamente permite al mandatario efectuar actos de disposición.

Parece ser que el notariado de Quebec se ha pronunciado en este ámbito, declarándose oficialmente favorable para que una persona pueda autorizar por escritura pública la utilización de la eutanasia pasiva. Es obviamente un ámbito delicado y amplio de intervención del notario, tanto en su calidad de asesoramiento como de redactor de la escritura.

- Constatando, sin distinción de países, la multiplicación de los divorcios y también que la mayoría de ellos puede regularse de manera consensual, en numerosos países se solicitó a los notariados (o ellos mismos solicitaron) la intervención

en este ámbito.

En Francia, eso causó un conflicto entre abogados y notarios y en consecuencia no tuvo seguimiento. En todo caso la intervención del notario en materia de divorcio se ha reconocido en numerosos países: Guatemala, Honduras, Haití, Brasil, Letonia, Rumania, Quebec...

Pareciera éste un ámbito natural de la extensión de actividades para el notario, cuyos conocimientos y peritaje en materia son reconocidos, pero se trata de un tema políticamente delicado, ya que atañe el principal campo de actividades de los abogados.

- La multiplicación de las uniones de hecho es quizás una de las consecuencias de la multiplicación de los divorcios. Ya sea que se refieran o no a personas de diferente sexo, plantean numerosos problemas jurídicos: esto llevó a la instauración, en numerosas legislaciones, de parejas de hecho registradas, ámbito en el cual el notariado no siempre está concernido exclusivamente: las dificultades vinculadas por una parte con el patrimonio de las parejas y por otra con la disolución de la unión inter vivos o por mortis causa, deben inducir a los notarios a interesarse en estas nuevas situaciones, quizá más de lo que hacen actualmente.

- En fin, cabe indicar, en el marco del derecho de familia, una evolución contradictoria en materia de adopción: algunos notariados ya tienen, o adquirieron recientemente, una competencia reservada en materia de consentimiento a la adopción (es el caso de Francia y Quebec). Otros al contrario la perdieron: Guatemala, Rumania...

3º) Derecho de negocios y de sociedades

Es también un ámbito en el que los notarios desempeñan un papel importante. La mayoría de los países en efecto había asignado al notario una competencia reservada para la constitución de sociedades.

Sin embargo, a la lectura de los distintos informes, se nota una evolución contradictoria:

- Algunos países perdieron recientemente esta competencia reservada: Rumania, Eslovenia, Hungría, Argentina (en una provincia), Colombia, y de una cierta manera Polonia. Se trata de un movimiento preocupante.

- Por el contrario, gracias al Tratado de la OHADA, los notarios africanos se vieron reconocer un ineludible papel en el ámbito de las sociedades comerciales (aunque esta situación hoy parece puesta en entredicho).

4º) Derecho inmobiliario

Es otro ámbito esencial de la actividad notarial, aunque demasiados países todavía conocen la posibilidad de proceder

a ventas inmobiliarias por documento privado y, en todo caso, parece que en muchos de estos países, el público se dirige preferiblemente al notario para sus operaciones de adquisición inmobiliaria.

- Tenemos buenas noticias sobre este tema: la ley de reforma del notariado de Rusia prevé la competencia reservada a los notarios para las transferencias, la ley de Serbia, que acaba de adoptarse, lo mismo; la ley cubana modifica también las normas en materia de transmisiones inmobiliarias en buen sentido.

Otras señales muestran asimismo una evolución positiva: el notario será el único competente en materia de copropiedad de los inmuebles construidos en el Camerún, así como en Argentina. A los notariados marroquí y argelino se les atribuyó una competencia reservada en materia de ventas en plano, se encarga a los notarios de Eslovenia las ventas en las subastas inmobiliarias. Por supuesto los notarios africanos tienen un papel ineludible en materia de transferencias inmobiliarias y recientemente en el ámbito de la titulación de la tenencia de la tierra.

Parece ser que en materia de derecho inmobiliario la evolución sea más bien favorable.

- No es el caso en materia hipotecaria, ámbito en el cual vemos que se produce en numerosos países una evolución negativa: cada vez más a menudo los bancos establecen sus propios actos de préstamos hipotecarios (Polonia, Rumania, Rusia por ejemplo) o los encargan a abogados-notarios asalariados por los establecimientos bancarios (Costa Rica).

5º) Jurisdicción voluntaria

Terminaremos este análisis con un campo de actividades relativamente nuevo, pero que parece sumamente abierto, en particular, en los notariados relativamente tradicionales: la actividad en la prevención de los conflictos. Este ámbito, a nuestro modo de ver, no puede sino desarrollarse, tanto es inherente a la cultura notarial como a la vez a la voluntad de los ciudadanos, siempre preocupados de evitar el pleito y su coste (se dice en Francia que “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”) al igual que la voluntad de los poderes públicos, deseosos de desatascar los tribunales.

En numerosos países el legislador pensó pasar a sede notarial una variedad de asuntos no contenciosos, complementario de los tribunales.

Por ello numerosas leyes reconocen al notario la calidad de árbitro o de mediador y conciliador, y ello tanto en materia civil y familiar como comercial (Quebec, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Cuba, Puerto Rico, Colombia, Hungría, Eslovaquia, Letonia, Estonia, Austria....)



CONCLUSIÓN

Tras el análisis sistemático de la evolución de las competencias notariales todo indica que el balance es globalmente positivo.

Contrariamente a la intuición pesimista que tenemos generalmente, el campo de las actividades notariales en el mundo no se ha reducido: sin duda se perdieron unas u otras competencias, pero fueron compensadas con otras y el campo de extensión sigue siendo inmenso.

Pero ello supone varias condiciones:

- El notariado sólo existirá si responde a una utilidad social. Competencia reservada no debe significar privilegio, sino al contrario competencia merecida. El notario tiene que formarse rigurosamente y mantener su formación, también tiene que estar atento al público, ser disponible y adecuarse a la sociedad en la que vive y trabaja.
- El notariado tiene que ser reconocido y respetado en su función tanto por los ciudadanos como por las autoridades públicas: demasiados ejemplos muestran las dificultades que se originan cuando ya no es así.

Un ámbito en el cual el notariado puede comprobar su determinación al lado del Estado, es la de la lucha contra el blanqueo de dinero, del que casi la totalidad de las leyes notariales trata hoy: esto supone por supuesto transparencia y ética. Aunque es necesario como contrapartida que las autoridades públicas proporcionen a los notariados los medios

para colaborar, en particular, confiriéndoles la competencia reservada en las transferencias inmobiliarias, directas o indirectas (venta o cesión de títulos de sociedades), el vector más utilizado en materia de blanqueo.

- Si es necesario, cabe poner en entredicho comportamientos habituales o incluso rutinarios. El notario no tiene que temer más el hecho de dar asesoramiento independientemente de la redacción de una escritura. A la lectura de los informes es sorprendente constatar que a menudo el notariado obtuvo nuevas competencias, demostrando sus conocimientos y peritaje en uno u otro ámbito.

No hay que temer tampoco las evoluciones de la sociedad y seguir siendo de manera demasiado conservadora reticentes a los cambios: es mejor anticiparlos que sufrirlos.

Trataremos con todos los ponentes, después del constate e inventario realizados en esta primera etapa, de reflexionar en una segunda etapa sobre las razones que originaron esta evolución de las competencias notariales. En fin, será necesario, en una tercera etapa, tratar de proponer a los distintos notariados una estrategia para hacer frente a las evoluciones negativas de las competencias notariales y favorecer en cambio el desarrollo de aquellas positivas. El tema merece sin duda alguna un estudio complementario.

Varsovia, 28 de mayo de 2011

Pierre Becqué



Hans Holbein. "El Retrato de Dirk Tybis" (detalle)



Pierre Becqué

CONSEIL GENERAL DE VARSOVIE 28 MAI 2011 « EVOLUTION DES COMPETENCES NOTARIALES »



RAPPORT DE SYNTHÈSE



Le Conseil Général de l'UINL, tenu à Varsovie les 27 et 28 mai 2011 avait retenu comme thème de débat « L'Evolution des Compétences notariales ».

Pour quelles raisons ce thème avait-il été choisi par le Conseil de Direction de Paris ?

S'il est facile de constater que la profession notariale est dans les pays membres de l'Union globalement organisée sur des principes identiques, il apparaît en revanche que les compétences attribuées aux différents notariats varient sensiblement d'un continent à l'autre et d'un pays à l'autre. Il est donc apparu intéressant de faire une analyse tout à la fois dynamique et prospective en étudiant l'évolution-extension ou restriction- des compétences notariales durant les dernières années.

Non seulement il est intéressant pour chaque notariat de prendre conscience de sa place dans l'évolution de la société de son pays (n'est-il pas humainement compréhensible que chacun ait, à tort ou à raison, le sentiment de ne pas avoir dans la société la place qu'il mérite ?), mais encore il nous semble qu'une telle étude peut être politiquement utile : constater que certains notariats se voient attribuer, en droit ou en fait, de nouveaux champs de compétences, peut inspirer positivement d'autres notariats, ou mieux encore les pouvoirs publics et les législateurs d'autres pays. Constater au contraire que certains notariats se sont vu retirer telle ou telle activité, peut permettre pour les notariats concernés de se remettre en question et de tenter d'expliquer les raisons objectives de ce retrait, et pour les autres notariats d'anticiper les risques d'une situation identique.

Cette réunion de Varsovie a donc permis aux participants d'entendre l'intervention de notaires de tous les continents, présentant des rapports établis pays par pays.

Il est évident que ces rapports concernent des pays très

différents les uns des autres :

- pays riches et pays en développement
- pays avec des états forts ou des états faibles,
- pays avec des notariats anciens et pays avec des notariats plus jeunes.

Il faut rappeler que, quel que soit le type de pays étudié, le notariat n'y est pas né d'une génération spontanée : il est le fruit de son histoire. Mais il est un corps vivant, qui doit s'adapter à l'évolution de la société civile, sous peine de se voir d'abord réduire, puis disparaître.

Nous savons que les notariats de quelques pays membres de l'Union sont malheureusement confrontés aujourd'hui même à ces risques majeurs.

Alors voyons quelles sont les caractéristiques principales de l'évolution sociale de ces vingt dernières années qui affectent l'activité notariale, positivement ou négativement ?

Certains rapporteurs les ont évoquées :

- le développement des nouvelles technologies
- les nouvelles formes de vie familiale : multiplication des divorces, des couples homo ou hétérosexuels vivant avec ou sans règles contractuelles, familles recomposées....
- la mobilité grandissante des personnes, avec comme conséquence l'intensification des questions transfrontalières liées tant aux dites personnes qu'à leurs biens,
- le développement mondial des relations économiques et commerciales, avec en parallèle un risque grandissant des opérations douteuses telles que le blanchiment d'argent
- le vieillissement de la population, et donc la prise de conscience plus grande des difficultés liées à la maladie ou à l'incapacité des personnes âgées.
- la judiciarisation des relations
- le besoin croissant de conseil

Toutes ces évolutions se font dans un contexte où le développement parfois excessif du consumérisme paralyse l'efficacité, mais avec parallèlement l'exigence à la fois de la sécurité juridique dans les relations juridiques et du moindre coût des prestations.

Nous pensons que ces constats simples peuvent être partagés dans tous nos pays.

Face à cette évolution de la société, comment ont réagi les notariats ? A l'écoute des rapports majoritairement plutôt rassurants que nous avons entendus, il apparaît que les notariats ont, la plupart du temps, réussi à s'adapter aux modifications de la société.

Reprenons rapidement quelques thèmes essentiels :

- Nouvelles technologies (1°)
- Droit de la famille et des successions (2°)
- Droit des Affaires et de sociétés (3°)
- Droit immobilier (4°)
- Juridiction gracieuse (5°)

1°) Nouvelles technologies

Il est possible de dire que beaucoup de notariats, sur les cinq continents, ont connu, certes selon des modalités différentes, la reconnaissance de l'acte notarié électronique.

Mais ce qui nous paraît le plus important, c'est le fait que grâce à l'expertise acquise par les notaires dans ce domaine, des liens privilégiés se sont développés, dans de nombreux pays, avec les services de l'Etat : cadastre, impôts, registres de publicité foncière et de commerce, banques....

Ces liens nouveaux ont amélioré la prestation de service rendue aux citoyens, et ont pu amener à la reconnaissance de compétences nouvelles pour le notariat.

Nous citerons deux exemples :

- en France, l'existence depuis de nombreuses années déjà de fichiers de références des valeurs immobilières, alimentés sur tout le territoire par tous les notaires, ont conduit le législateur, dans la réforme récente des professions juridiques et judiciaires, à attribuer officiellement un rôle nouveau au notariat : « diffuser les informations relatives aux mutations d'immeubles à titre onéreux ».

- en Bulgarie, le travail important effectué par le notariat en matière de nouvelles technologies a permis que la loi reconnaisse au seul notaire l'accès individuel à la base de données nationale « Registre National des pièces d'identité bulgares », registre regroupant toutes les pièces d'identité informatisées, en vue d'améliorer la sécurité des transactions civiles.

C'est également en raison de cette expertise que de nombreux notariats se sont vu attribuer la tenue des registres des testaments.

2°) Le droit de la famille et des successions

C'est l'un des domaines traditionnels de l'activité notariale, qui a connu sociologiquement de grands bouleversements liés d'une part aux nouvelles structures familiales, d'autre part à l'augmentation de l'espérance de vie de la population. Les notariats, ont su, dans ce domaine aussi, s'adapter.

- rappelons tout d'abord que la compétence exclusive du notaire pour l'établissement des contrats de mariage entre époux, avant ou pendant le mariage, ancienne dans de nombreux pays, a été étendue à certains pays qui ne connaissaient qu'un régime matrimonial unique et/ou ignoraient la mutabilité : Russie, Roumanie, Bulgarie par exemple. Certains notariats peuvent même désormais établir les mariages civils comme des officiers d'état-civil (Québec, Colombie par exemple).

- l'extension de cette compétence concerne aussi le droit des successions, pour lequel une compétence exclusive était déjà reconnue dans beaucoup de pays. C'est le cas de la Croatie, de la Pologne depuis 2009, et à partir du 1er juillet 2011 de la Macédoine. Elle est effective pour des notariats de tous les continents.

Mais au-delà de ces champs d'activité que nous pourrions qualifier de classiques, il est à noter que les notariats, pour beaucoup d'entre eux, ont su suivre l'évolution sociale :

- tenant compte par exemple du vieillissement de la population, de nombreux législateurs ont institué des mandats de protection future, permettant à chacun d'organiser sa future éventuelle incapacité. Ces mandats, de plus en plus nombreux, ne sont pas toujours obligatoirement notariés, mais nous pouvons constater que les clients s'adressent majoritairement au notaire pour obtenir conseil.

Notons qu'en Allemagne et en Autriche, ces mandats sont notifiés à la Chambre des Notaires, qu'en France le mandat notarié est seul à permettre au mandataire d'effectuer des actes de disposition.

Il semble que le notariat québécois ait pris en ce domaine une position en pointe, en se déclarant officiellement favorable à ce qu'une personne puisse autoriser par acte authentique l'utilisation de l'euthanasie passive. C'est évidemment un domaine délicat et large d'intervention du notaire, tant en qualité de conseil que de rédacteur d'acte.

- constatant, tous pays confondus, la multiplication des divorces, mais aussi que la majorité d'entre eux peut se régler de manière consensuelle, les notariats ont été sollicités (ou ont eux-mêmes sollicité) dans de nombreux pays, pour intervenir dans ce domaine.

En France, cela a provoqué un conflit entre avocats et notaires et n'a donc pas connu de suite. Mais l'intervention

du notaire en matière de divorce a été reconnue dans de nombreux pays : Guatemala, Honduras, Haïti, Brésil, Lettonie, Roumanie, Québec...

Il semble que ce soit un domaine naturel d'extension d'activités pour le notaire, dont l'expertise est reconnue en la matière, mais il s'agit d'un sujet politiquement délicat, car il attaque de front un champ d'activités majeur des avocats.

- la multiplication des unions de fait est peut-être l'une des conséquences de la multiplication des divorces. Qu'elles concernent des personnes de sexe différent ou non, elles posent de nombreux problèmes juridiques : cela a abouti à la mise en place, dans de nombreuses législations, de partenariats enregistrés, dans lesquels le notariat n'est pas toujours exclusivement concerné : mais les difficultés liées d'une part au patrimoine des partenaires, d'autre part à la dissolution du partenariat entre vifs ou par décès, doivent amener les notaires à s'intéresser, peut-être plus qu'ils ne le font aujourd'hui, à ces situations nouvelles.

- il nous faut signaler enfin, dans le cadre du droit de la famille, une évolution contradictoire en matière d'adoption : certains notariats ont déjà, ou ont acquis récemment, une compétence réservée en matière de consentement à adoption (c'est le cas de la France et du Québec). D'autres au contraire l'ont perdu : Guatemala, Roumanie...

3°) Droit des affaires et des sociétés

C'est également là un domaine dans lequel les notaires jouent un rôle important. La plupart des pays avaient en effet attribué au notaire une compétence réservée pour la constitution de sociétés.

Il apparaît cependant, à la lecture des différents rapports, une évolution contradictoire :

- certains pays ont récemment perdu cette compétence réservée : Roumanie, Slovaquie, Hongrie, Argentine (dans une province), Colombie, et d'une certaine façon la Pologne. C'est donc un mouvement inquiétant.

- par contre, grâce au Traité de l'OHADA, les notaires africains se sont vu reconnaître un rôle incontournable dans ce domaine des sociétés commerciales (même si cette situation paraît aujourd'hui remise en cause).

4°) Droit immobilier

C'est un autre domaine essentiel de l'activité notariale, même si trop de pays connaissent encore la possibilité de procéder à des ventes immobilières par acte sous seing privé, et même si, semble-t-il, dans nombre de ces pays, le public s'adresse de préférence au notaire pour ses opérations d'acquisition immobilière.

- nous avons sur ce sujet de bonnes nouvelles : la loi de réforme du notariat de Russie prévoit la compétence réservée aux notaires pour les mutations, la loi de Serbie, qui vient d'être adoptée, en fait de même ; la loi cubaine modifie aussi les règles en matière de transmissions immobilières dans le bon sens.

D'autres signes montrent également une évolution positive : le notaire sera seul compétent en matière de copropriété des immeubles bâtis au Cameroun, de même qu'en Argentine. Les notariats marocains et algériens se sont vu reconnaître une compétence réservée en matière de vente sur plan, les notaires de Slovaquie sont désormais chargés des ventes immobilières aux enchères. Bien entendu les notaires africains ont un rôle incontournable en matière de mutations immobilières et depuis récemment dans le domaine du titrement foncier.

Il semble donc bien qu'en matière de droit immobilier l'évolution soit plutôt favorable.

- ce n'est pas le cas en matière hypothécaire, domaine dans lequel on voit se développer dans de nombreux pays une évolution négative : les banques établissent elles-mêmes de plus en plus souvent leurs actes de prêts hypothécaires (Pologne, Roumanie, Russie par exemple) ou le font faire par des avocats-notaires salariés des seuls établissements bancaires (Costa-Rica).

5°) Juridiction gracieuse

Nous terminerons cette analyse par un champ d'activités relativement nouveau, mais qui paraît extrêmement ouvert, notamment dans les notariats relativement anciens : l'activité dans la prévention des conflits. Ce domaine ne peut, selon nous, que se développer, tant il est inhérent à la culture notariale, mais aussi tant il rejoint à la fois la volonté des citoyens, toujours soucieux d'éviter le procès et son coût (on dit en France qu'« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »), et la volonté des pouvoirs publics, désireux de leur côté de désengorger les tribunaux.

Dans de nombreux pays le législateur a rappelé que le notariat doit s'inscrire dans la perspective de justice amiable, complémentaire des tribunaux.

C'est ainsi que de nombreuses lois reconnaissent au notaire la qualité d'arbitre ou de médiateur et de conciliateur, et cela tant en matière civile et familiale que commerciale (Québec, El Salvador, Haïti, Guatemala, Honduras, Cuba, Porto-Rico, Colombie, Hongrie, Slovaquie, Lettonie, Estonie, Autriche...)



CONCLUSIÓN

Il apparait donc, à l'analyse systématique de l'évolution des compétences notariales, que le bilan est globalement positif.

Contrairement à l'intuition pessimiste que nous avons généralement, le champ des activités notariales dans le monde ne s'est pas restreint : certes quelques compétences ont été perdues ici ou là, mais elles ont été compensées par d'autres, et le champ d'extension demeure immense.

Mais cela suppose plusieurs conditions :

- le notariat n'existera que s'il répond à une utilité sociale. Compétence réservée ne doit pas signifier privilège, mais au contraire compétence méritée. Le notaire doit donc être rigoureusement formé et le rester, et il doit aussi être à l'écoute du public, disponible, et en adéquation avec la société dans laquelle il vit et travaille.

- le notariat doit être reconnu et respecté dans sa fonction tant des citoyens que des pouvoirs publics : trop d'exemples montrent les difficultés qui apparaissent lorsque ce n'est plus le cas.

Il est un domaine dans lequel le notariat peut prouver sa détermination aux côtés de l'Etat, c'est celui de la lutte contre le blanchiment d'argent, dont quasiment la totalité des lois notariales traite aujourd'hui : cela suppose bien entendu transparence et éthique. Mais il faut en contrepartie que les pouvoirs publics donnent aux notariats les moyens de collaborer, notamment en leur conférant la compétence

réservée pour les transferts immobiliers, directs ou indirects (vente ou cession de titres de sociétés), vecteur le plus utilisé en matière de blanchiment.

- il faut accepter, si cela est nécessaire, de remettre en cause des comportements habituels voire routiniers. Le notaire ne doit plus craindre de faire du conseil de façon indépendante de la rédaction d'un acte. Il est frappant à la lecture des rapports, de constater que c'est souvent en démontrant son expertise dans tel ou tel domaine, que le notariat a obtenu de nouvelles compétences.

Il ne faut pas craindre non plus les évolutions de la société et demeurer de façon trop conservatrice réticents aux changements : mieux vaut les anticiper que les subir.

Nous essaierons avec tous les rapporteurs, après le constat et l'inventaire réalisés dans cette première étape, de réfléchir dans une deuxième étape aux raisons qui ont amené à cette évolution des compétences notariales. Il faudra enfin, dans une troisième étape, tenter de proposer aux différents notariats une stratégie pour faire face aux évolutions négatives des compétences notariales et favoriser leur développement positif. Le sujet mérite sans aucun doute ce travail complémentaire.

Varsovie le 28 mai 2011

Pierre Becqué



Dürer. "Mains"



Pierre Becqué

GENERAL COUNCIL IN WARSAW 28 MAY 2011 “DEVELOPMENT OF NOTARIAL DUTIES”



SUMMARY REPORT



The UINL General Council, held in Warsaw on 27th and 28th May 2011, had accepted “Development of notarial duties” as the theme for the debate.

Why did the Steering Committee in Paris choose this theme? While it may be acknowledged easily that the notarial profession is based on identical principles throughout the member countries of the Union, it seems that the duties assigned to the different notariats vary considerably from continent to continent and from country to country.

Therefore, it seemed interesting to engage in a dynamic and prospective analysis, by studying the development (growth or restriction) of notarial duties over the past years.

Not only is it interesting for each notariat to gain awareness of its place in the development of society in its respective country (is it not humanly understandable that everyone has, either wrongly or rightly, the feeling of not occupying the place they deserve in society?), but we also felt that such a study might be useful from a policy perspective too: acknowledging that some notariats have been attributed some new fields of competence, in law or fact, may favourably inspire other notariats, or even public authorities and legislators in other countries. Acknowledging, on the other hand, that some notariats have been deprived of this or the other activity, may help the notariats in question take a new look at themselves and try to explain the objective reasons for being deprived of this or the other activity and may help other notariats anticipate the risk of being faced with an identical situation.

This meeting in Warsaw has therefore allowed participants to listen to the contributions of notaries from all the continents, presenting reports country by country.

It is only too clear that these reports concern very different countries:

- rich countries and developing countries
- countries with strong or weak states,
- countries with long-standing notariats and countries with young notariats.

It is important to bear in mind that, regardless of the type of country studied, the notariat has not been established spontaneously: it is the product of its history. However, it is a living organism that has to adapt to the development of civil society, otherwise it runs the risk of shrinking and eventually disappearing.

We know that notariats in some member countries of the Union are unfortunately faced with these major risks even today.

So what are the main features of the social developments that have occurred over the past twenty years and that have affected the activities of notaries, either positively or negatively? Certain speakers mentioned them:

- the development of new technologies;
- new forms of family life: rise in divorces, homosexual or heterosexual couples living in or out of wedlock, blended families....;
- the growing mobility of people, the consequence of which is the increase in cross-border issues tied both to people and their assets;
- the worldwide development of economic and commercial relations with, in parallel, the growing risk of doubtful transactions, such as money laundering;
- ageing population, and thus greater awareness of the difficulties tied to the diseases and disability of the elderly;
- the judicialization of relations;
- the growing need for advice.

All these developments have occurred in a context where the sometimes excessive growth of consumerism has paralysed effectiveness, but in parallel has led to the need for legal certainty in legal relations and the lowest possible cost of services.

We believe that these simple acknowledgements may be shared by all our respective countries.

Given these developments in society, how did notariats react? Listening to the reports, most of which were rather reassuring, it seems that in most cases, notariats have succeeded in adapting to the changes in society.

Let us briefly revert to some of the key themes:

- New technologies (1°)
- Family law and the law of succession (2°)
- Business and corporate law (3°)
- Property law (4°)
- Non-contentious proceedings (5°)

1°) New technologies

It may be held that many notariats, across the five continents, have obtained recognition of the electronic notarised act, albeit in different ways.

However, what seems more important to us is that, thanks to the expertise acquired by notaries in this field, privileged links with State services have been established in numerous countries: land registry, inland revenue, property publicity and business registers, banks....

These new links have helped improve the delivery of services to citizens and have led to the recognition of new duties for the notariat.

We will mention two examples:

- in France, the existence, for many years, of reference files on immovable property, which notaries throughout the country have contributed to, have led the law-maker, in the recent reform of legal and judicial professions, to officially attribute a new role to the notariat: “to disseminate information on the transfer of property against payment of a fee”.
- in Bulgaria, the important work accomplished by the notariat in the field of new technologies has led to the fact that the law establishes that only notaries have individual access to the national database known as the “National Register of Bulgarian identity papers”, which groups all electronic identity papers in order to improve the security of civil transactions.

As a result of the expertise acquired, several notariats have been assigned the duty of keeping registers of wills.

2°) Family law and the law of succession

This is one of the traditional areas of notarial activity which has undergone radical change from a sociological viewpoint due, on the one hand, to new family structures and, on the other, to the increased life expectancy of the population. In this area too, notariats have succeeded in adapting.

- let us recall, first of all, that the exclusive competence of the notary in the drafting of marriage contracts between spouses, either prior to or in the course of marriage, which is long-standing in numerous countries, has been extended to countries where there was only one matrimonial regime and/or it was not possible to change regime, such as Russia, Romania and Bulgaria. Certain notariats can now even establish civil marriages, like registration officials (Quebec, Colombia, for example).

- the extension of duties also concerns the law of succession for which exclusive competence had already been recognised in many countries. This is the case of Croatia, Poland since 2009, and as of 1st July 2011 Macedonia. It is in effect for notariats in all continents.

However, besides these fields of activity which we may define traditional, it is worth noting that many notariats have been able to adapt to social developments:

- taking the ageing population into account, for example, numerous legislators have introduced future protection mandates, allowing everyone to organise their future contingent disability. These increasingly numerous mandates are not always notarised mandatorily, but we have acknowledged that clients turn to notaries mostly in order to get advice.

Furthermore, in Germany and Austria, these mandates are notified to the Chamber of Notaries, while in France only a notarised mandate can allow proxies to carry out acts of disposition.

It seems that, in this area, the Notariat in Quebec has taken a pioneering position, by declaring officially that it is in favour of the idea that a person may authorise the use of passive euthanasia by means of an authentic act. This is clearly a delicate domain where there is significant room for the intervention of notaries, both in providing advice and in drafting acts.

- acknowledging, in all countries taken together, the sharp rise in divorces, but also that most of them can be settled by mutual consent, in numerous countries notariats have been urged (or have urged) to intervene in this domain.

In France, this has led to a conflict between lawyers and notaries and therefore has come to nothing. However, the intervention of notaries in the field of divorce has been

recognised in many countries: Guatemala, Honduras, Haiti, Brazil, Latvia, Romania, Quebec...

It seems to be a natural domain for the extension of the activities of notaries, the expertise of whom is acknowledged in this field, but it is a politically delicate matter, since it attacks from the front a major field of activity of lawyers.

- the sharp increase in civil unions is perhaps one of the consequences of the sharp rise in divorces. Whether they concern persons of opposite sexes or not, they raise numerous legal issues: this has led to the introduction, in many legislations, of registered partnerships, where notaries are not always involved exclusively: but the difficulties tied, on the one hand, to the assets of partners and, on the other, to the dissolution of partnerships among the living or following death, should encourage notaries to take perhaps a greater interest in these new situations, compared to what they are doing today.

- lastly, in the field of family law, it is worth noting the contradictory developments in the field of adoptions: some notariats already had or have recently acquired reserved competence in the field of consent to adoption (this is the case of France and Quebec), while others have lost it: Guatemala, Romania...

3°) Business and corporate law

This too is a field where notaries play an important role. Most countries had actually attributed reserved competence to notaries regarding the incorporation of companies. However, when reading the various reports, there seem to be contradictory developments:

- some countries have recently lost this reserved competence: Romania, Slovenia, Hungary, Argentina (one province), Colombia, and to some extent Poland.

This is a disquieting trend.

- on the other hand, thanks to the OHADA Treaty, African notaries have been assigned a primary role in the field of trading companies (even though, today, it seems that this situation is being challenged).

4°) Property law

This is another essential domain of notarial activity, even though in too many countries it is possible to proceed to the sale of property by means of a private agreement and, even though, in many of these countries, it seems that clients preferably rely on notaries for these property purchase transactions.

- to this regard, we have some good news: the law reforming the notariat of Russia establishes that competence for the transfer of property is reserved to notaries, the recently enacted law in Serbia does the same; the Cuban law also amends the rules relating to the transfer of property in a positive way.

There are other signs of positive developments: the notary will be the sole person competent in the field of joint ownership of property in Cameroon and Argentina. The Moroccan and Algerian notariats have been given reserved competence in the field of the purchase of property in the process of being erected, while notaries in Slovenia are now in charge of the sale by auction of property. Of course, African notaries play a key role in the transfer of property and, more recently, in land titling.

It therefore seems that developments are more favourable in the field of property.

- the same cannot be said of mortgage loans, a domain where there have been negative developments in numerous countries: more and more often, banks draw up their own mortgage loan acts (Poland, Romania and Russia, for example) or have this done by lawyer-notaries salaried by the same banks (Costa-Rica).

5°) Non-contentious proceedings

We will end this analysis by examining a relatively new field which, however, seems to be very open, especially in relatively long-standing notariats: conflict prevention activity. In our view, this domain can only grow, as it is inherent in our notarial culture, but also linked to the will of citizens, always eager to avoid trials and their costs (in France we say that “a bad arrangement is worth more than a good trial”), and the will of public authorities, eager to reduce the workload of courts.

In many countries, legislators have recalled that the notariat falls within the framework of amicable settlements, complementary to courts.

As a result, many laws recognise the notary as an arbitrator, mediator or conciliator in civil, family law and commercial law matters (Quebec, El Salvador, Haiti, Guatemala, Honduras, Cuba, Puerto-Rico, Colombia, Hungary, Slovakia, Latvia, Estonia, Austria....)



CONCLUSIÓN

After the systematic analysis of the developments in notarial duties, it seems that overall the situation is positive.

Contrary to the pessimistic intuition that we have generally, the field of notarial activities across the world has not been restricted: admittedly, some duties have been lost here and there, but they have been offset by others and the field of activity remains vast.

However, this implies a number of conditions :

- the notariat will only exist if it proves to be socially useful. Reserved competence should not mean privilege, but rather deserved competence. Therefore, notaries have to be adequately trained and keep on being adequately trained and have to listen to clients, be willing to help and adapt to the society where they live and work.
- the notariat should be recognised and respected in its function both by citizens and public authorities alike: too many examples have highlighted the difficulties that occur when this is no longer the case.

There is a domain where the notariat may prove its determination, side by side with the State, namely the fight against money laundering, which all notarial laws deal with today: this, of course, implies transparency and ethics. However, in return, public authorities should give notariats the means to collaborate, especially by giving them reserved competence in the field of the direct or indirect transfer of

property (sale or transfer of company shares), the means used most commonly to launder money.

- if necessary, we will have to accept reconsidering some habitual or even routine behaviour. Notaries should no longer fear providing advice independently from the drafting of acts. When reading the reports, it is striking to acknowledge that often by proving its expertise in a given field, the notariat has obtained new duties.

We should no longer fear the developments that occur in society and avoid being too conservative and reluctant to change: it is far better to anticipate change rather than put up with it.

After our acknowledgments and after having taken stock of the situation in this first stage, together with our rapporteurs, we will try to think about the reasons underlying these developments in notarial duties in the second stage. Then, in the course of the third stage, we will try to put forward a strategy to the various notariats, in order to deal with the negative developments in notarial functions and favour their positive outcome.

The subject undoubtedly requires additional work.

Warsaw, 28th May 2011

Pierre Becqué



Hans Holbein. "Erasmus"

10



RECOMENDACIONES ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA DE NOTARIADOS MIEMBROS

(PRIMERA SESIÓN ORDINARIA DE LA LEGISLATURA 2011-2013)

CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIA, 2 Y 3 DE DICIEMBRE DE 2011







PRIMERA SESIÓN ORDINARIA DE LA LEGISLATURA 2011-2013

RECOMENDACIONES ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA DE NOTARIADOS MIEMBROS



CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIA

2 y 3 de Diciembre de 2011



1) Relativas a las estructuras

A/ Obligar a los notarios a participar en las reuniones profesionales y a abonar una cuota

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales exigir de sus autoridades públicas que las leyes notariales, establecidas o modificadas, hagan obligatoria:

- la adhesión de todos los notarios a la estructura nacional existente o creada, para que sea plenamente representativa,
- el pago de una cuota con el fin de que esta estructura posea los medios de acción indispensables para su eficacia.

B/ Comunicar

La Asamblea General de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales organizar regularmente campañas de comunicación, confiándolas a profesionales competentes, destinadas tanto a los medios de comunicación como al público, con el fin de dar a conocer el papel del notariado y su contribución esencial a la armonía social, la paz jurídica, la lucha contra la pobreza y el apoyo al desarrollo sostenible.

C/ Crear una estructura de reflexión y de propuesta jurídica

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos nacionales crear en su seno una Comisión o un Instituto de estudios jurídicos, integrados por notarios y otros profesionales del derecho, elegidos por su competencia y encargados también de dar a conocer a las autoridades públicas la posición del notariado ante los proyectos de evolución legislativa, y transmitir a las autoridades públicas las propuestas de reforma legislativa que les parezcan convenientes.

D/ Desarrollar los contactos con el mundo judicial

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales desarrollar los contactos con el mundo judicial que comparte con el notariado la delegación de la autoridad pública, a fin de dar a conocer en particular la función notarial en la prevención de conflictos y su colaboración y participación al servicio de la Justicia del Estado.

2) Relativas a los notarios

A/ Imponer una formación inicial y continua

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales organizar un sistema muy riguroso de formación, tanto en el acceso a la profesión como durante el ejercicio profesional, con la obligación de formación continua anual, sancionada disciplinariamente en caso de incumplimiento. Por ello se recomienda a este propósito desarrollar las relaciones con la Universidad para determinar las modalidades más eficaces para la formación de los notarios.

B/ Crear un Código de Deontología

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales velar por la instauración de un Código de deontología exigente y muy amplio, que se refiera tanto al comportamiento privado como profesional de los notarios, y organizar, en el marco de inspecciones anuales, controles regulares y profundizados del respeto de las normas que contiene, so pena de sanciones disciplinarias.

C/ Respetar la obligación de imparcialidad e independencia

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales hacer hincapié, tanto en la formación como en los Códigos de Deontología establecidos, en la obligación de independencia y de imparcialidad de los notarios que es la contrapartida indispensable de la delegación del poder público que el Estado les otorga.

D/ Respetar la obligación de instrumentar

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales, así como a los distintos órganos encargados de la disciplina, velar por el estricto respeto de la obligación de instrumentar con el fin de evitar que cada notario pueda elegir libremente el marco de sus intervenciones o por razones filosóficas, o por razones financieras.

3) Relativas a las competencias notariales

A/ Desarrollar las nuevas tecnologías

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales favorecer a través de la formación y eventualmente de incentivos financieros, la competencia de los notarios en materia de nuevas tecnologías y su indispensable equipamiento material, con el fin de favorecer el desarrollo de relaciones privilegiadas y seguras entre sí y con los servicios del Estado, tales como servicios fiscales, catastro, registros de propiedad y otros registros públicos.

B/ Adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales orientar la formación de los notarios sobre materias que forman parte del campo de actividad natural de los notarios, como el de-

recho de la familia, pero técnicamente nuevas, como mandatos en caso de incapacidad futura, procedimientos de divorcio amistoso, parejas de hecho registradas, con el fin de permitir que los notarios ofrezcan a los ciudadanos su competencia y un servicio especializado, adaptado a las evoluciones de la sociedad.

C/ Acercarse al mundo bancario

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales desarrollar relaciones privilegiadas con el mundo económico, y más particularmente con el mundo bancario, con el fin de demostrarles la utilidad y la seguridad vinculadas a las garantías reales, permitiendo el desarrollo del crédito sin riesgo, tanto en favor de los particulares como de las empresas.

D/ Desarrollar y mostrar la plusvalía aportada por el notario

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales hacer hincapié en la formación tanto inicial como continua, en la plusvalía aportada en toda la actividad del notario, a la vez, por su papel de asesoramiento de las partes que se añade a la simple redacción de la escritura y por la seguridad vinculada

al control sistemático de legalidad de las operaciones en las cuales interviene. Les recomienda favorecer este valor añadido, en particular, en las acciones de comunicación dirigidas a los ciudadanos.

E/ Acercarse al mundo de la empresa

La Asamblea general de Notariados miembros de la UINL recomienda a los Colegios y/o Consejos Nacionales desarrollar relaciones privilegiadas con el mundo económico y, en particular, con el mundo de la empresa, con el fin de demostrar el interés de la intervención del notario en la constitución y vida de las

sociedades, como herramienta de seguridad jurídica entre las partes, y también como herramienta de lucha contra el blanqueo de dinero y la corrupción en los negocios.



Rembrandt
“El ministro de Cornelius Claesz
Menonita Anslo”





PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE LA LÉGISLATURE 2011-2013

RECOMMANDATIONS ADOPTÉES PAR L'ASSEMBLÉE DES NOTARIATS MEMBRES



CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIE,
les 2 et 3 Décembre 2011



1) Relatives aux structures

A/ Obliger les notaires à participer aux réunions professionnelles et à régler une cotisation

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres et/ou aux Conseils Nationaux d'exiger de leurs pouvoirs publics que les lois notariales, mises en place ou modifiées, rendent obligatoires :

- l'adhésion de tous les notaires à la structure nationale existante ou créée, afin qu'elle soit pleinement représentative,
- le règlement d'une cotisation afin que cette structure possède les moyens d'action indispensables à son efficacité.

B/ Communiquer

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres et/ou aux Conseils nationaux d'organiser régulièrement, en les confiant à professionnels compétents, des campagnes de communication visant tant les médias que le grand public, afin de faire connaître le rôle du notariat et sa contribution essentielle à l'harmonie sociale, la paix juridique, la lutte contre la pauvreté et l'aide au développement durable.

C/ Créer une structure de réflexion et de proposition juridiques

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres et/ou aux Conseils nationaux de créer en leur sein une Commission ou un Institut d'études juridiques, composés de notaires et d'autres professionnels du droit, choisis pour leur compétence et chargés à la fois de faire connaître aux pouvoirs publics les positions du notariat

face aux projets d'évolution législative, et de transmettre aux pouvoirs publics les propositions de réforme législatives qui leur paraissent souhaitables.

D/ Développer les contacts avec le monde judiciaire

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres et/ou aux Conseils nationaux de développer les contacts avec le monde judiciaire qui partage avec le notariat la délégation de l'autorité publique afin de lui faire connaître en particulier le rôle essentiel du notaire dans la prévention des conflits et sa participation au service de la justice de l'Etat.

2) Relatives aux notaires

A/ Imposer une formation initiale et continue

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils Nationaux d'organiser un système très rigoureux de formation, tant lors de l'accès à la profession que pendant l'exercice professionnel, avec obligation de formation continue annuelle, sanctionnée disciplinairement en cas de non-respect. Elle leur recommande à ce sujet de développer les liens avec l'Université pour déterminer les modalités les plus efficaces de cette formation des notaires.

B/ Créer un Code de Déontologie

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils Nationaux de veiller à la mise en place d'un Code de déontologie exigeant et très large, concernant tant le comportement privé que professionnel des notaires, et

d'organiser dans le cadre d'inspections annuelles des contrôles réguliers et approfondis du respect des règles qu'il contient, sous peine de sanctions disciplinaires.

C/ Respecter l'obligation d'impartialité et d'indépendance

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils Nationaux d'insister, tant dans la formation que dans les Codes de Déontologie mis en place, sur l'obligation d'impartialité et d'indépendance des notaires qui sont la contrepartie indispensable de la délégation de puissance publique qui leur est attribuée par l'Etat.

D/ Respecter l'obligation d'instrumenter

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres et/ou aux Conseils nationaux, ainsi qu'aux divers organes chargés de la discipline, de veiller au strict respect de l'obligation d'instrumenter afin d'éviter que chaque notaire puisse librement choisir le cadre de ses interventions soit pour des raisons philosophiques, soit pour des raisons financières.



Rembrandt
"Harmenszoon Van Rijn"

nationaux d'axer la formation des notaires sur des matières faisant partie du champ d'activité naturel des notaires, tel le droit de la famille, mais techniquement nouvelles, telles que mandats en cas de futures incapacités, procédures de divorce amiables, partenariats enregistrés, afin de permettre aux notaires d'offrir aux citoyens leur compétence et un service spécialisé, adaptés aux évolutions de la société.

C/ Se rapprocher du monde bancaire

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils nationaux de développer des liens privilégiés avec le monde économique, et plus particulièrement le monde bancaire, afin de leur démontrer l'utilité et la sécurité liés aux garanties réelles, permettant le développement du crédit sans risque, aussi bien au profit des particuliers que des entreprises.

D/ Développer et montrer la plus-value apportée par le notaire

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils nationaux d'insister dans la formation tant initiale que continue, sur la plus-value apportée dans toute l'activité du notaire, à la fois par son rôle de conseil des parties s'ajoutant à la seule rédaction de l'acte, et par la sécurité liée au contrôle systématique de légalité des opérations dans lesquelles il intervient. Elle leur recommande de privilégier cette valeur ajoutée notamment dans les actions de communication à l'égard des citoyens.

E/ Se rapprocher du monde de l'entreprise

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils nationaux de développer des liens privilégiés avec le monde économique et notamment le monde de l'entreprise, afin de démontrer l'intérêt de l'intervention du notaire dans la constitution et la vie des sociétés, en tant qu'outil de sécurité juridique entre les parties, mais aussi en tant qu'outil de lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption dans les affaires.

3) Relatives aux compétences notariales

A/ Développer les nouvelles technologies

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils nationaux de favoriser par la formation et éventuellement des incitations financières, la compétence des notaires en matière de nouvelles technologies et leur indispensable équipement matériel, afin de favoriser le développement de liens privilégiés et sécurisés entre eux et avec les services de l'Etat tels que services fiscaux, cadastre, registres fonciers et autres registres publics.

B/ S'adapter aux nouveaux besoins de la société

L'Assemblée Générale des Notariats membres de l'UINL recommande aux Chambres Nationales et/ou aux Conseils





1ST ORDINARY SESSION OF THE 2011-2013 LEGISLATURE

RECOMMENDATIONS ADOPTED BY THE GENERAL MEETING OF MEMBER NOTARIATS



CARTAGENA DE INDIAS, COLOMBIA,
on 2nd and 3rd December 2011



1) Regarding organisations

A/ Oblige the notaries to participate in the professional meetings and to pay a fee

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils demand from public authorities that the notarial laws, either in force or amended, make the following compulsory:

- membership of existing or newly set up national organisations compulsory for all notaries, so that the latter may be fully representative
- payment of a fee in order that these organisations have all the necessary means of action to be efficient.

B/ Communication

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that, through competent professionals Chambers and/or National Councils organise communication campaigns regularly addressed to both the media and the public at large, in order to make the role played by notaries and their key contribution to social harmony, judicial peace known, the fight against poverty and the support to sustainable development.

C/ Setting up of a legal studies organisation

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that each Chamber and/or National Council set up a Commission or Institute of Legal Studies, formed by notaries and other law practitioners chosen for their competence, in charge of making the stances of the notariat regarding proposed legislative developments known to public authorities and forwarding to the latter any proposals for legislative reforms deemed appropriate.

D/ Judicial relations

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that each Chamber and/or National Council develop the contacts with the judicial world, which shares with the notariats the delegation of public authority, to let them know particularly the effect of the notarial function in the prevention of conflicts as well as the collaboration and participation of notaries at the service of Justice.

2) Regarding notaries

A/ Setting up an initial and a continued training system

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils set up an extremely rigorous vocational training system, both at the time of entry into the profession and whilst in office, with the duty to take part in yearly continued training. Failure to do so will imply disciplinary sanctions. For this purpose, it is recommended that relationships be developed with Universities to determine the most effective ways for the formation of notaries.

B/ Creating a Deontology Code

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils oversee the implementation of a demanding and very broad Deontology Code, concerning both the private and the professional behaviours of notaries, and organise, within the framework of yearly inspections, regular and thorough audits to check compliance with its rules, under penalty of disciplinary sanctions.

C/ Duty of impartiality and independence

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that, both in vocational training and in the Deontology Code adopted, Chambers and/or National Councils insist on the duty of independence and impartiality of notaries which are the essential qualities offered in return for the public authority delegated to them by States.

D/ Compliance with the duty to draw up acts

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils, as well as other bodies in charge of discipline, oversee strict compliance with the duty to draw up acts, in order to prevent notaries from freely choosing specific fields of action, either for philosophical or financial reasons.

3) Regarding notarial duties

A/ Develop the new technologies

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that, through training and possibly financial incentives, Chambers and/or National Councils foster the competence of notaries in the field of new technologies and related essential material equipment, in order to favour the development of privileged and secure ties between them and State services, such as tax services, cadastres, land registers and other public registers.

B/ Adaptation to developments in society

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils base the training of notaries on topics that fall within the natural field of activity of notaries, such as family law, but which are technically new, such as

mandates in case of future incapacity, divorce by mutual consent and registered partnerships, so that notaries will be able to offer citizens their competence and a specialised service adapted to developments in society.

C/ Privileged ties with the banking sector

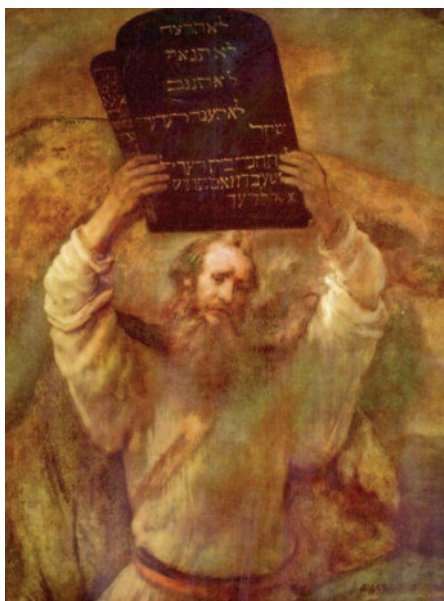
The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils establish privileged ties with the economic world, especially the banking sector, in order to underscore the utility and security of collateral that enables the development of risk-free credit, to the benefit of private individuals and enterprises.

D/ Developing and underscoring the added value given by the notary

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that in initial and continued training, Chambers and/or National Councils insist on the added value of the activities of notaries as a whole, given their role of advisors to the parties added to the mere drafting of acts, and the security they offer as a result of the systematic checking of the legality of the transactions in which they are involved. It recommends that they underscore this added value, especially in communication actions addressed to citizens.

E/ Privileged ties with the business sector

The General Meeting of Member Notariats of UINL recommends that Chambers and/or National Councils develop privileged ties with the economic world, especially businesses, in order to underline the interest in involving notaries in the incorporation and life of companies, as a tool of legal certainty among the parties, but also as a tool to fight money laundering and corruption in business.



Rembrandt
"Moses and the Tablets of the Law"

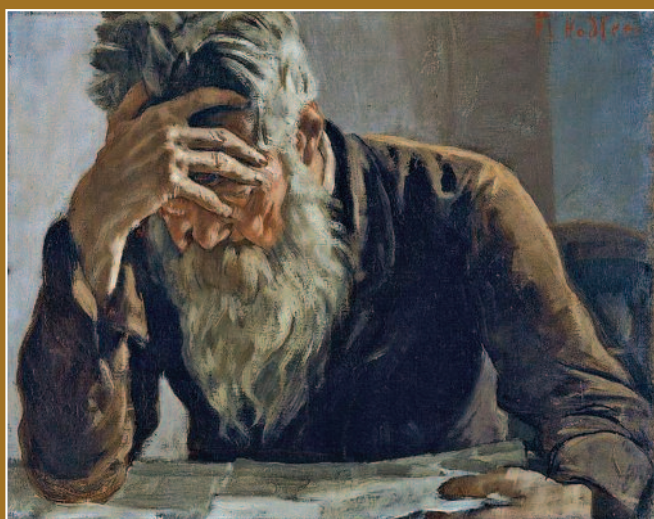


11



Michel Merlotti
Presidente de la CCNI

EL PAPEL DEL COLEGIO DE NOTARIOS



Ferdinand Hodler
“El Lector”





Michel Merlotti - Presidente de la CCNI

EL PAPEL DEL COLEGIO DE NOTARIOS



Introducción

La palabra “Cámara”, que se traduce fácilmente en muchas lenguas sin perder su sentido (Chamber, Kammer, Camera, Camara, Palata), sin embargo supone significados diferentes, dependiendo del país donde se utiliza. Sin embargo, en América y España se utilizan generalmente las palabras *Colegio*, *Consejo*, *Asociación* o *Unión*. Para facilitar la comprensión del presente texto de ahora en adelante se utilizará la palabra “*Colegio*”.

En sentido estricto, el “*Colegio*” es de una cierta manera el Consejo de administración de un grupo más amplio de personas, que podríamos denominar corporación o compañía. Este significado restringido demuestra que siempre las profesiones “nobles”, como las de los constructores o también las de los científicos, médicos, abogados, notarios por supuesto, optaron por una organización corporativa estricta, encargada de hacer reinar el orden y la disciplina entre sus miembros.

En sentido amplio, poco a poco, hoy en numerosos países, el *Colegio* a veces ha prevalecido sobre el concepto de compañía profesional y significa pues “conjunto de los representantes de la misma profesión”; este *Colegio* que entonces no es más un órgano en el sentido visto anteriormente, se provee a su vez de órganos para garantizar su funcionamiento.

Por analogía, los *Colegios* pueden ser nacionales o regionales, según la dimensión del país y la dificultad de su topografía. En el curso de esta exposición, privilegio el sentido amplio, que mejor se adapta a la situación de la mayoría de los miembros de la Unión internacional de Notarios.

Estatuto Jurídico

El *Colegio* de notarios es, idealmente, una persona jurídica de derecho público, con estatuto particular, que no depende, sobre algunos puntos, de la voluntad de aquéllos que incluso la integran: así pues, no podría ser disuelto por un voto de sus miembros, ni por una decisión unilateral del Ministro de Justicia, excepto en el caso extremo que un Estado decidiera privarse pura y simplemente de su cuerpo notarial.

Este estatuto particular, de derecho público, no es realizable por todas partes. Por lo tanto, lo que es necesario evitar a toda costa es la asimilación del *Colegio* a una empresa comercial, o empresarial, de derecho puramente privado. El *Colegio* está dotado con un sello del Estado, que destaca su carácter oficial y que lo distingue de cualquier otra empresa.

En cualquier caso, el *Colegio* no tiene objeto de lucro, aunque puede desarrollar actividades remuneradas para realizar sus objetivos.

Otro elemento fundamental es la pertenencia obligatoria de todo notario en calidad de miembro, a los efectos que, por ejemplo, una dimisión sólo se produzca para eximirse de sanciones.

Composición del *Colegio*

Como acabamos de verlo, todos los notarios constituyen el *Colegio*. Aquellos que siguen cursos de pasantía de notarios sin embargo pueden asociarse en los trabajos del *Colegio*, en

particular, en el ámbito de la formación, pero sin tener ni derechos ni obligaciones.

Los órganos del *Colegio* son los siguientes:

- una Asamblea general, compuesta de todos los notarios en ejercicio y que ejerce el poder legislativo y reglamentario
- un Comité, o Consejo de administración
- Comisiones encargadas de tareas específicas

La Asamblea general es el órgano supremo, que dicta las tareas a realizar para cumplir los objetivos asignados al *Colegio*. Elige los órganos del *Colegio*, se pronuncia sobre la calidad de la ejecución de las tareas conferidas, aprueba las acciones realizadas por los órganos que eligió.

En principio, la participación de los notarios es obligatoria, sin embargo se admite generalmente la representación de un ausente por otro notario. Esto implica naturalmente un control suplementario de los poderes conferidos. Los *Colegios* nacionales que agrupan a número muy elevado de notarios deben organizarse de manera descentralizada, ya que no podemos imaginar una asamblea que reúne millares de notarios. En esta hipótesis, se crean los *Colegios* regionales, *Colegios* que designarán a continuación delegados, que formarán la Asamblea general del *Colegio* nacional.

El Consejo de administración, o Comité de dirección, o Mesa directiva, se encargan de las tareas ejecutivas. Su composición varía de un notariado miembro a otro, pero hay que considerar como regla general un mínimo de 5 miembros para los pequeños notariados, de 15 o más para los grandes notariados.

El Presidente de este Consejo de administración/Mesa directiva es al mismo tiempo el Presidente del *Colegio*.

El Consejo desempeña todas las tareas que le son asignadas por los estatutos y por las decisiones de la Asamblea. Vamos a volver de nuevo sobre este tema.

El Presidente del *Colegio*, como los otros miembros de los órganos ejecutivos, son en principio notarios en ejercicio, que no ejercen sus funciones asociativas a título profesional. Generalmente, no son asalariados por su trabajo, pero pueden en cambio recibir, total o parcialmente, la cobertura de sus gastos.

Las Comisiones, por fin, que agrupan hasta uno o más miembros del Consejo, junto con otros notarios, tienen tareas más específicas, por ejemplo la Comisión de inspección de las notarías, la Comisión disciplinaria, la Comisión de auditoría, etc.

"La respuesta en principio debe ser afirmativa en la medida en que todos los miembros de la corporación han sido investidos de responsabilidad colegial y confraternal que asegure la permanencia de la profesión y su reputación de excelencia".

Aporto aquí una precisión importante: las elecciones a los puestos ejecutivos se organizarán con sufragio secreto, para evitar los juegos de influencia y garantizar un desarrollo lo más democrático posible de las operaciones. Una cuestión interesante es la de saber si se puede obligar a un notario a

aceptar un cargo, si no era oficialmente candidato. La respuesta de principio debe ser afirmativa, en la medida en que se invierte a los todos los miembros de una sociedad de una responsabilidad colegial y confraternal de garantizar la perpetuidad de la profesión y su reputación de excelencia. Adaptaciones son posibles en algunos casos, en particular, si la persona elegida ya ejerció durante varios años cargos ejecutivos, o si está por jubilarse, o si tiene problemas de salud.

Las Misiones del *Colegio*

Consisten en garantizar que

- los notarios realicen sus deberes profesionales a conciencia y según la ética
- en la medida de lo posible, se armonicen las tareas desempeñadas por los notarios, es decir que la manera de ejercer la función notarial, de redactar la escritura pública, tenga una base, un enfoque, armonizado
- los candidatos notarios tengan un esquema de organización determinado, que tanto la formación de los futuros notarios como la capacitación permanente de los notarios ya en ejercicio, sea eficaz, de buena calidad y obligatoria (so pena de sanción disciplinaria).

El *Colegio* y sus órganos tienen distintos medios de realizar las misiones asignadas:

a- El *Colegio* es el que representa exclusivamente a los notarios en su conjunto, tanto a nivel interno, a nivel nacional (relaciones con el MOJ, el poder político en general, el poder judicial, los medios interesados véase la población en general) como a nivel internacional.

b- El *Colegio* emite regularmente recomendaciones a sus miembros, para garantizar el mejor servicio notarial posible (el servicio notarial es un servicio público, subrayémoslo) y para garantizar una evolución armoniosa de la profesión, al refugio de los cambios políticos o derivas populistas; vela también por la adaptación de la profesión a las nuevas tecnologías.

c- El *Colegio* adopta un código de ética, obligatorio para todos los miembros, sin ninguna excepción, sobre la base del cual se impone el respeto estricto de las normas deontológicas. Quisiera aquí abrir un paréntesis para precisar la terminología: la ética, es la ciencia de la moral, la definición de los comportamientos moralmente aceptables. La deontología, es la aplicación de la ética en forma de obligaciones a las que cada notario debe someterse.

d- El *Colegio* organizará una estructura disciplinaria, generalmente una comisión ad hoc, llamada Comité o Comisión de disciplina, encargada de llevar a cabo los procedimientos disciplinarios, que se inician tanto sobre la base de comproba-

ciones hechas en curso de inspección como por denuncia de clientes, colegas, Autoridades, y de imponer las sanciones previstas, quedando entendido que las sanciones más graves, suspensión de larga duración o destitución son de competencia del Ministerio de Justicia. (No me detendré aquí sobre la necesidad de respetar y de prever las vías de recurso ante los tribunales ordinarios).

e- En fin, el *Colegio* organizará las inspecciones técnicas y financieras de las notarías. Estas inspecciones deben realizarse en un lapso muy regular, sin eximirse a través de medio alguno, a un ritmo fijado por la ley notarial o por ejecuciones (legislación secundaria). Existen dos clases de inspecciones: la inspección anunciada, que es la norma, y la inspección específica, inesperada, que se produce cuando el *Colegio* recibe una denuncia que parece fundada o cuando tiene fundamentos para dudar de la manera de proceder de un notario.

La inspección es bicéfala y presenta dos perfiles:

- a) una función didáctica, participa en la armonización de la práctica profesional;
- b) una función disciplinaria, destacada por las sanciones que pueden imponerse al notario que incurre en falta.

La inspección financiera de la notaría es también una competencia tradicional del *Colegio*, cuyo objetivo es asegurarse

de la solvencia de los notarios y sobre todo de su capacidad de devolver sin demora toda suma de dinero que pertenezca a un cliente.

f. Para terminar, sin pretender que mi lista sea exhaustiva, añadiré que el *Colegio* puede y hasta debe incluso desempeñar un papel en el archivo de los documentos notariales y el acceso a los archivos, la creación y la llevanza de un registro de las disposiciones mortis causa (registro de los testamentos), la gestión de los servidores IT.

Los Medios Financieros del *Colegio*

Para cumplir correctamente sus misiones, el *Colegio* debe dotarse con medios financieros apropiados. Sobre todo, la financiación del *Colegio* se basa en las contribuciones obligatorias de los miembros. La contribución puede ser fija o basarse en un porcentaje de los ingresos del notario. Se puede abonar anual, trimestral o incluso mensualmente. (La percepción sobre la base del volumen de negocios implica la instauración de medios de control).

En sus estatutos, el *Colegio* podrá prever otras fuentes de financiación, como la aceptación de subvenciones o herencias, o, quizá sobre una base más realista, la realización de beneficios por actividades de edición, publicaciones o venta de material (por ejemplo los registros notariales).



CONCLUSIONES

De este vistazo de todo lo que cubre el concepto de Colegio notarial, quisiera destacar una vez más algunas líneas de fuerza, algunos principios para los que no existe concesión alguna:

- I. La pertenencia obligatoria de todos los notarios al órgano colegial, por lo tanto al Colegio de Notarios.
- II. La formación obligatoria de los notarios
- III. La importancia y la necesidad de examinar el trabajo de los notarios
- IV. La aprobación de un código de ética y el respeto de una estricta deontología
- V. La instauración de un poder u órgano disciplinario

Septiembre 2011





Michel Merlotti - Président de la CCNI

LE ROLE DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES



Introduction

Le mot "Chambre", qui se traduit facilement dans beaucoup de langues sans perdre son sens (Chamber, Kammer, Camera, Camara, Palata), revêt toutefois des significations différentes, selon le pays où il est utilisé.

Au sens étroit, la Chambre est en quelque sorte le Conseil d'administration, voire le Conseil de discipline, d'un groupe plus large de personnes, qu'on peut appeler corporation ou compagnie. (Par exemple La Compagnie de Paris, née en 1301). Cette signification restreinte démontre que de tout temps les professions "nobles", telles que celles des bâtisseurs ou encore celles des savants, médecins, avocats, notaires bien sûr, ont opté pour une organisation corporative stricte, chargée notamment de faire régner l'ordre et la discipline parmi ses membres.

Au sens large, peu à peu, mais aujourd'hui dans de nombreux pays, la Chambre a parfois écrasé la notion de compagnie professionnelle et signifie donc simplement "ensemble des représentants de la même profession"; cette Chambre qui n'est alors plus un organe au sens vu précédemment, est à son tour munie d'organes pour assurer son fonctionnement. Les Chambres peuvent être nationales ou régionales, selon la grandeur du pays et la difficulté de sa topographie.

Dans le cours de cet exposé, je privilégie le sens large, mieux adapté à la situation de la majorité des membres de l'Union internationale des Notaires.

Statut Juridique

La Chambre des notaires est, dans l'idéal, une personne juridique de droit public, au statut particulier, qui échappe donc, sur certains points, à la volonté de ceux-là même qui la composent: ainsi, elle ne saurait être dissoute par un vote de ses membres, ni par une décision unilatérale du Ministre de la Justice, sauf cas extrême où un Etat déciderait de se priver purement et simplement de son corps notarial. (Cette hypothèse soulèverait la question de l'indemnisation des droits acquis, pour les notaires en exercice).

Ce statut particulier, de droit public, n'est pas réalisable partout. Ce qu'il faut alors éviter à tout prix est l'assimilation de la Chambre à une entreprise commerciale, ou entrepreneuriale, de droit purement privé. La Chambre est dotée d'un sceau d'Etat, qui souligne son caractère officiel et qui la distingue de toute autre entreprise.

En tout état de cause, la Chambre n'a pas un but lucratif, même si elle peut développer des activités rémunérées pour réaliser ses buts.

Autre élément fondamental : l'appartenance obligatoire à la Chambre de tout notaire en qualité de membre, afin que, par exemple, une démission ne soit donnée uniquement pour échapper à des sanctions.

Composition de la Chambre

Comme nous venons de le voir, tous les notaires constituent la Chambre. Les stagiaires notaires peuvent cependant être associés aux travaux de la Chambre, notamment dans le

domaine de la formation, mais sans avoir ni droits ni obligations.

Les organes de la Chambre sont les suivants:

- une Assemblée générale, composée de tous les notaires en exercice et qui exerce le pouvoir législatif et réglementaire
- un Comité, ou Conseil d'administration
- des Commissions chargées de tâches spécifiques

L'Assemblée générale est l'organe suprême, qui dicte les tâches à accomplir pour remplir les buts assignés à la Chambre. Elle élit les organes de la Chambre, se prononce sur la qualité de l'exécution des tâches conférées, approuve les actions menées par les organes qu'elle a élus.

En principe, la participation des notaires est obligatoire, néanmoins la représentation d'un absent par un autre notaire est généralement admise. Ceci implique naturellement un contrôle supplémentaire des pouvoirs conférés. Les Chambres nationales qui regroupent de très nombreux notaires doivent être organisées de manière décentralisée, car on imagine mal une assemblée réunissant des milliers de notaires. Dans cette hypothèse, des Chambres régionales sont créées, Chambres qui désigneront ensuite des délégués, qui formeront l'Assemblée générale de la Chambre nationale.

Le Conseil d'administration, ou Comité de direction, ou Bureau, est chargé des tâches exécutives. Sa composition varie d'un notariat membre à l'autre, mais un minimum de 5 membres pour les petits notariats, de 15 ou davantage pour les grands notariats est une règle à retenir.

Le Président de ce Conseil d'administration / Bureau est en même temps le président de la Chambre.

Le Conseil remplit toutes les tâches qui lui sont assignées par les statuts et par les décisions de l'Assemblée. Nous allons revenir sur ce sujet.

Le Président de la Chambre, comme les autres membres des organes exécutifs, sont en principe des notaires en exercice, qui donc ne remplissent pas leurs fonctions associatives à titre professionnel. Généralement, ils ne sont pas salariés pour leur travail, mais ils peuvent en revanche recevoir, en tout ou partie, la couverture de leurs frais.

Les Commissions, enfin, qui regroupent parfois un ou plusieurs membres du Conseil, aux côtés d'autres notaires, ont des tâches plus spécifiques, citons par exemple la Commission d'inspection des études, la Commission disciplinaire, la Commission d'audit, etc.

J'apporte ici une précision importante: les élections aux postes exécutifs seront organisées à bulletins secrets, pour éviter les jeux d'influence et garantir un déroulement aussi démocratique que possible des opérations. Une question intéressante est celle de savoir si on peut contraindre un notaire d'accepter une charge, même s'il n'était pas officiellement candidat. La réponse de principe doit être affirmative, dans la mesure où tous les membres d'une corporation sont investis d'une responsabilité collégiale et

confraternelle d'assurer la pérennité de la profession et sa réputation d'excellence. Des aménagements sont possibles dans certains cas, notamment si la personne élue a déjà exercé pendant plusieurs années des charges exécutives, ou si elle est à l'aube de la retraite, ou si sa santé est déficiente.

Les Missions de la Chambre

Elles consistent à s'assurer que

- les notaires exécutent leurs devoirs professionnels consciencieusement et selon l'éthique
- les tâches remplies par les notaires sont autant que possible harmonisées, c'est-à-dire que la manière d'exercer la profession notariale, de dresser l'acte authentique, repose sur une base, une approche, harmonisée
- l'encadrement des stagiaires est assuré, que l'organisation de la formation des futurs notaires, comme la formation continue des notaires déjà en exercice, est efficace, de bonne qualité et rendue obligatoire (avec menace de sanction disciplinaire).

La Chambre et ses organes ont différents moyens de réaliser les missions assignées:

a. c'est la Chambre qui représente exclusivement l'ensemble des notaires, que ce soit sur le plan interne, sur le plan national (relations avec le MOJ, le pouvoir politique en général, le pouvoir judiciaire, les milieux intéressés voire la population en général) ou sur le plan international.

b. la Chambre émet régulièrement des recommandations à ses membres, pour assurer le meilleur service notarial possible (le service notarial est un service public, soulignons-le) et pour garantir une évolution harmonieuse de la profession, à l'abri des changements politiques ou des dérives populistes; elle veille aussi à l'adaptation de la profession aux nouvelles technologies.

c. la Chambre adopte un code d'éthique, obligatoire pour tous les membres, sans aucune exception, sur la base duquel elle va imposer le respect strict des règles déontologiques. J'aimerais ici ouvrir une parenthèse pour préciser la terminologie: l'éthique, c'est la science de la morale, la définition des comportements moralement acceptables. La déontologie, c'est l'application de l'éthique sous forme d'obligations auxquelles chaque notaire doit se soumettre.

d. la Chambre organisera une structure disciplinaire, généralement une commission ad hoc, appelée Comité ou Commission de discipline, chargée de mener à bien les procédures disciplinaires, qui s'ouvrent tant sur les constatations faites en cours d'inspection que sur plainte de clients, de confrères, d'Autorités et d'infliger les sanctions prévues, étant entendu que les sanctions les plus graves,

suspension de longue durée ou destitution sont de la compétence du Ministère de la Justice. (Je ne m'allongerai pas ici sur la nécessité de respecter le droit d'être entendu et de prévoir des voies de recours auprès des tribunaux ordinaires).

e. enfin, la Chambre organisera les inspections techniques et financières des études notariales. Ces inspections doivent avoir lieu très régulièrement, sans moyen d'y échapper, à un rythme fixé soit par la loi notariale, soit par des mesures d'exécutions (législation secondaire). Il y a deux sortes d'inspections: l'inspection annoncée, qui est la règle, et l'inspection ponctuelle, inopinée, qui intervient lorsque la Chambre a reçu une plainte qui paraît fondée ou lorsqu'elle a des raisons de douter de la manière de travailler d'un notaire.

L'inspection est bicipite, elle présente deux visages:

- a) une fonction didactique : elle participe à l'harmonisation de la pratique professionnelle;
- b) une fonction disciplinaire, soulignée par les sanctions qui peuvent être infligées au notaire en faute.

L'inspection financière de l'Etude notariale est aussi une compétence traditionnelle de la Chambre, dont le but est de s'assurer de la solvabilité des notaires et surtout de leur

capacité de restituer sans délai toute somme d'argent appartenant à un client.

f. pour terminer, sans prétendre que ma liste est exhaustive, j'ajouterai que la Chambre peut et même doit jouer un rôle dans l'archivage des documents notariaux et l'accès aux archives, la création et la tenue d'un registre des dispositions à cause de mort (registre des testaments), la gestion des serveurs IT.

Les Moyens Financiers de la Chambre

Pour remplir correctement ses missions, la Chambre doit se doter de moyens financiers appropriés. Avant tout, le financement de la Chambre repose sur les contributions obligatoires des membres. La contribution peut être forfaitaire ou être basée sur un pourcentage des recettes du notaire. Elle est payable annuellement, trimestriellement ou même mensuellement. (La perception sur base du chiffre d'affaires implique la mise en place de moyens de contrôle). Dans ses statuts, la Chambre pourra prévoir d'autres sources de financement, comme l'acceptation de dons ou d'héritages, ou, peut-être sur un registre plus réaliste, la réalisation de profits par des activités d'édition, de publications ou de vente de matériel (par exemple les registres notariaux).



CONCLUSIONS

De ce survol de tout ce que recouvre la notion de Chambre notariale, j'aimerais souligner une fois encore quelques lignes de force, quelques principes sur lesquels il n'y a pas de concessions possibles:

- I. L'appartenance obligatoire de tous les notaires à l'organe collégial, donc à la Chambre des Notaires.
- II. La formation obligatoire des notaires
- III. L'importance et la nécessité d'inspecter le travail des notaires
- IV. L'adoption d'un code d'éthique et le respect d'une stricte déontologie
- V. La mise en place d'un pouvoir disciplinaire

Septembre 2011





Michel Merlotti - President of CCNI

ROLE OF THE CHAMBER OF NOTARIES



Introduction

The term "Chamber", which translates easily into many languages without losing its meaning (Chambre, Kammer, Camera, Camara, Palata), takes on different meanings, however, depending on the country where it is used.

In the strict meaning of the term, a Chamber is in some ways a Board of Directors or a Disciplinary Committee, of a larger group of people, which one might call guild or society (like the "Compagnie de Paris" established in 1301, for example). This narrower meaning is evidence of the fact that since time immemorial, "noble" professions, such as builders, scholars, physicians, lawyers and notaries, of course, have opted for a strictly guild-like organisation, in charge of assuring order and discipline among its members.

In the broad meaning of the term, over the years and in many countries today, the Chamber has sometimes replaced the notion of society of professionals and means simply "a group of representatives of the same profession"; this Chamber, which is no longer a body in the above-mentioned sense, has its own bodies to assure its running.

Chambers may be either national or regional, depending on the size of the country and the difficulties inherent in its topography.

In this paper, I will focus on the broad meaning of the term better adapted to the situation in most of the member countries of the International Union of Notaries.

Legal Status

Ideally, the Chamber of Notaries is a legal entity governed by public law, having a special status which, with regard to some points, goes beyond the will of its members: it cannot be dissolved by a vote of its members, nor by a unilateral decision of the Minister of Justice, excluding extreme cases when the State simply decides to do without its notarial body. (This hypothesis would raise the issue of indemnifying practising notaries for their acquired rights).

This special status, governed by public law, is not achievable everywhere. However, what has to be avoided at all costs is equating a Chamber with a commercial enterprise or business governed by private law only.

The Chamber has the State seal which underscores its official nature and distinguishes it from any other enterprise.

In any case, the Chamber is a non-profit-making organisation, even if it may develop remunerated activities to achieve its goals.

Another fundamental aspect: all notaries are required to become members of the Chamber, so that, for example, a notary cannot resign merely to avoid sanctions.

Composition of the Chamber

As mentioned earlier, all notaries are members of the Chamber. However, trainee notaries may be associated with

the works of the Chamber, especially in the field of training, but without having any rights or duties.

The bodies of the Chamber include the following:

- a General meeting, formed by all practising notaries, exercising legislative and regulatory power
- a Committee or Board of Directors
- Commissions in charge of specific tasks

The General Meeting is the supreme body which establishes the tasks that need to be performed in order to fulfil the goals assigned to the Chamber. It elects the bodies of the Chamber, expresses its opinion regarding the quality of the performance of assigned tasks and approves the actions undertaken by the bodies it elects.

In principle, the participation of notaries is compulsory, however representation of an absent notary by another notary is generally admitted. This, of course, implies the additional need to check powers of attorney. National chambers grouping a large number of notaries have to be organised in a decentralised manner, as it is rather difficult to imagine a general meeting with thousands of notaries attending. In this case, regional chambers are set up which appoint delegates who will form the General Meeting of the national Chamber.

The Board of Directors, or Steering Committee or Bureau, is in charge of executive duties. Its composition varies from one member notariat to another, but a minimum of 5 members for small notariats and of 15 or more for large notariats is the rule.

The Chairman of this Board of Directors/Bureau is also the president of the Chamber.

The Board fulfils all the duties assigned to it either by the Statutes or through the decisions of the General Meeting. I will come back to this topic later on.

The President of the Chamber and all the other members of executive bodies are, in principle, practising notaries who therefore do not fulfil their chamber-related duties in their capacity of professionals. Generally, they are not paid for their work, but may however receive coverage for their expenses, either fully or in part.

Lastly, the Commissions, sometimes grouping one or more Board members, as well as other notaries, have more specific tasks, such as the Commission for inspections at practices, the Disciplinary Commission, the Audit Commission, etc.

I would like to clarify something important: elections to executive posts will be organised by secret ballot, to avoid undue influence and assure they are held in the most democratic possible way. An interesting question is to understand whether a notary can be forced to accept an office, even he was not officially a candidate for it.

In principle, the answer should be in the affirmative, to the extent to which all the members of an association have been invested with collective and fraternal responsibility of assuring the continuity of the profession and its excellent

reputation. Some adjustments are possible in some cases, especially if the person elected has already held executive posts for many years, or if he or she is nearing retirement or if his or her health is poor.

Missions of the Chamber

These consist in making sure that:

- notaries fulfil their professional duties conscientiously and according to ethics;
- the tasks fulfilled by notaries are harmonised insofar as possible, that is to say that the way the notarial profession is exercised and an authentic act is drawn up are based on a harmonised approach or basis;
- the training of trainees is assured, the organisation of the vocational training of future notaries and the continued training of practising notaries is efficient, of good quality and compulsory (failure will entail disciplinary sanctions).

The Chamber and its bodies have various ways of fulfilling the missions assigned to them:

a. the Chamber alone represents all notaries, be it internally, at national level (relations with the MOJ, the political authorities in general, the judiciary, the milieus concerned, i.e. the population at large) or at international level.

b. the Chamber issues recommendations to its members regularly, to assure the best possible notarial service (it is worth stressing that the notarial service is a public service) and to guarantee the harmonious development of the profession, regardless of political changes or populist drifts; it also oversees the adaptation of the profession to new technologies.

c. the Chamber adopts a code of ethics, compulsory for all its members, without exceptions, on the basis of which it will impose strict compliance with deontological rules. To this regard, I would like to open a parenthesis to clarify the terminology: ethics is the science of moral standards, the definition of morally acceptable behaviour; while deontology is the application of ethics in the form of duties which every notary has to be subject to.

d. the Chamber sets up a disciplinary organ, generally an ad hoc commission, known as Disciplinary Committee or Commission, in charge of seeing disciplinary procedures through, initiated either following inspections or complaints lodged by clients, fellow colleagues or authorities and of inflicting sanctions, although more serious sanctions, such as long-term suspension or dismissal can only be adopted by the Ministry of Justice. (I will not dwell here on the need to respect the right to be heard and provide for the opportunity of taking action before ordinary courts).

e. lastly, the Chamber organises technical and financial inspections at notarial practices. These inspections have to be carried out very regularly, without any opportunity of dodging them, at intervals fixed both by the notarial law and enforcement measures (secondary legislation). There are two kinds of inspections: announced inspections, which are the rule, and selected, unannounced inspections performed when a Chamber receives a complaint that seems to be well-grounded or when it has reason to raise doubts as to a notary's way of working.

Inspections pursue two functions, there are two sides to inspections:

- a) a didactic one: they help harmonise professional practice;
- b) a disciplinary one, involving sanctions that may be applied to notaries at fault.

Financial inspections at notarial practices are also one of the standard duties of a Chamber, the aim of which is to check the solvency of notaries and, above all, their ability to pay back any sum belonging to a client without delay.

f. In conclusion, without expecting my list to be exhaustive, I would add that the Chamber may and even has to play a role in storing notarial documents, assuring access to archives, creating and keeping a register of wills and managing IT servers.

Financial means of the Chamber

To fulfil its missions appropriately, a Chamber must have adequate financial means. First of all, a Chamber needs to be funded through the compulsory fees paid by its members. The membership fee may be either lump-sum or based on percentage of the proceeds of notaries. It may be paid on an annual, quarterly or monthly basis. (Fees based on turnover imply putting in place audit mechanisms).

In its statutes, a Chamber may provide for other sources of funding, such as accepting donations or inheritances, or, perhaps more realistically, making profits through publishing activities, publications or the sale of materials (e.g. notarial registers).



CONCLUSIONS

In this overview of the notion of notarial Chamber, I would like to, once again, underscore some major features, some principles regarding which no concessions can be made:

- I. Compulsory membership of a collective organ for all notaries,
i.e. a Chamber of Notaries.
- II. Compulsory vocational training of notaries
- III. Importance and need to inspect the work of notaries
- IV. Adoption of a code of ethics and strict compliance with deontology
- V. Setting up of a disciplinary body

September 2011



12



XXIII^e CONGRES DES NOTAIRES D'AFRIQUE

26 Octobre 2011

LA PRATIQUE NOTARIALE EN AFRIQUE : ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES



RAPPORT NATIONAL DE L'ASSOCIATION DES NOTAIRES DE L'ILE MAURICE

Rapporteur national : Me Ashvin Krishna Dwarka

Co-rapporteur : Me Jérôme Koenig



Alain Manesson Mallet. 1683

Carte de l'Ancien Empire de Fès (Afrique du Nord)





Rapporteur national : Me Ashwin Krishna Dwarka

Co-rapporteur : Me Jérôme Koenig

LA PRATIQUE NOTARIALE EN AFRIQUE : ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES



INTRODUCTION

« *Lex est quod notamus* » : ce que nous écrivons fait loi.



Cette devise est la nôtre depuis 1270, lorsque Saint-Louis créa au Châtelet de Paris les 60 premiers notaires royaux, qui eux-mêmes perpétuaient une tradition remontant aux tabellions de l'Empire romain, voire aux scribes de l'Égypte antique¹.

Or après bientôt huit siècles d'application ininterrompue, force est de constater que cette devise tend à sombrer dans l'oubli.

Oubliée d'abord des divers acteurs de la société, allant du législateur aux professionnels d'autres secteurs, en passant par les citoyens en général, qui souvent font fi de la solennité et de l'importance des droits issus de l'acte authentique. Il en est ainsi du législateur mauricien qui, d'un trait de plume, confère à des sûretés constatées par un simple acte sous seing privé établi par un établissement financier un caractère exécutoire égal à celui de l'acte authentique ; du « consultant » qui se targue de prodiguer un conseil patrimonial à ses clients pour leur éviter d'encourir des frais chez un notaire, alors même que les honoraires payés à ce non-juriste dépassent de loin le barème notarial ; et du citoyen qui, sacrifiant sa propre sécurité juridique, répond aux sirènes de

certains « professionnels » qui ne sont pas astreints au même devoir de discrétion et de réserve que les notaires.

Oubliée ensuite de nos confrères praticiens du droit, avocats et avoués, qui parfois se trompent de cible, en attaquant le soi-disant privilège que constitue la fonction notariale, tout en occultant l'existence de leur monopole quant à la plaidoirie pour autrui, et pire encore, en divisant ainsi la fraternité juridique que nous constituons avec eux, ce qui ouvre la porte à des assauts collectifs à l'encontre des professions juridiques.

Oubliée enfin par certains de nos propres confrères notaires, qui pour certains se sont rendus coupables de malversations qui ont rejailli sur l'ensemble de la profession, ternissant considérablement son image.

La grande majorité des notaires qui accomplissent leur travail avec brio reçoivent rarement des félicitations publiques, alors qu'il suffit d'un seul notaire indélicat pour que les journaux le rapportent en première page.

Depuis peu, toutefois, comme le notariat français avant lui, le notariat mauricien s'est ressaisi – à temps, espérons-nous – d'une part pour consolider son assise sur le plan national,

¹ Ainsi que l'atteste un papyrus exposé au Louvre en 2002, constatant un testament rédigé en 1145/1144 avant JC par une « dame Naunakhte », privilégiant cinq de ses enfants, et en déshéritant trois autres qui l'avaient négligée dans ses vieux jours.

Au verso du document figurait la signature du mari et celle des enfants acceptant le testament. (Source : http://www.monassier.com/affiche_perso.php?page=2256)

au moyen d'une réorganisation de la profession initiée avec la nouvelle loi sur le notariat de 2008, et d'autre part, pour s'engager dans une coopération internationale accrue, notamment en obtenant son adhésion à l'Union Internationale du Notariat Latin.

La tenue du XXIII^{ème} Congrès des Notaires d'Afrique à l'Île Maurice s'inscrit donc dans la logique du renouveau du notariat mauricien.

Si le déroulement de ce Congrès ne peut être que bénéfique pour le notariat mauricien (et de manière plus large, l'Île Maurice), il convient de souligner le statut particulier de notre pays au regard du droit comparé et, partant, son intérêt en tant que laboratoire juridique pour le reste du continent africain.

Pays de droit mixte par excellence, héritier d'un Code Napoléon laissé quasiment-intact à l'issue d'un siècle et demi de présence britannique, l'Île Maurice fait mentir la traditionnelle opposition entre droit anglo-saxon et droit d'inspiration romano-germanique. Ses notaires, héritiers directs des notaires du Roi de France, se doivent nécessairement de posséder des compétences dans les deux systèmes, tout en étant capables de passer de l'un à l'autre dans le cadre d'une même transaction, en évitant par ailleurs de générer dans le cadre de leur rédaction ou de leurs conseils, une quelconque friction entre ces deux facettes du droit mauricien.

Les environnements historique, juridique et commercial dans lesquels s'exerce la profession notariale à l'Île Maurice sont présentés au Congrès en première partie de notre rapport. Dans une seconde partie, nous braquerons notre regard sur l'horizon du notariat mauricien, où, bien entendu, nous ne manquerons pas d'apercevoir l'Afrique.



Code Napoléon

A la lumière de ce qui précède, nous avons organisé notre rapport selon les axes suivants :

I. LE CHOC DES IDÉOLOGIES EN DROIT MAURICIEN : DES DIFFICULTÉS ISSUES D'UN SYSTÈME JURIDIQUE MIXTE

II. LE NOTARIAT ET LE DROIT CIVIL MAURICIEN : DE LA RÉSILIENCE DANS UN ENVIRONNEMENT SOUVENT HOSTILE

I. LE CHOC DES IDEOLOGIES EN DROIT MAURICIEN : DES DIFFICULTES ISSUES D'UN SYSTEME MIXTE

1. Le notariat mauricien: survivance anachronique ou moteur de la modernisation ?

Nous l'indiquions en incipit, l'Île Maurice jouit d'une certaine notoriété dans la sphère comparatiste de par son bijuridisme – voire son multijuridisme, si l'on considère que la coexistence des droits français et anglais a donné lieu à l'émergence d'un droit propre à l'Île Maurice, et qu'en outre, l'Angleterre nous a légué ce système de droit parallèle qu'est l'*Equity*.

Cette mixité juridique procède de l'histoire coloniale mauricienne. Découverte par les Arabes, visitée ensuite par les portugais, l'Île Maurice est réellement colonisée pour la première fois par les Hollandais qui l'abandonnent volontairement en 1710. S'ensuit en 1715 la prise de possession de l'Île par les Français qui toutefois ne commencent à s'y installer vraiment qu'en 1721.

C'est lors de cette période française que le notariat fait son apparition à Maurice – alors dénommée Isle de France.

En effet, le premier notaire de l'Île fut Maître Dussart de la Salle, qui exerçait auparavant à Paris. Il arriva à l'Isle de France le 8 avril 1730 à bord du "Mars" et fut nommé le 4 mai 1730. Avant ce dernier, le rôle du notaire en Isle de France était tenu par des greffiers².

A cette époque, les notaires sont encore régis par la loi dite de "Ventôse".

En 1810, l'Isle de France est prise par les Anglais et devient colonie britannique, rebaptisée *Mauritius*. Toutefois, l'Article 8 du traité de capitulation signé à l'issue de cette opération militaire prévoit notamment que les habitants de l'Île, qui sont autorisés à y demeurer, conservent, entre autres, leurs lois et coutumes. Comme les notaires français, qui se sont vu attribuer le sceau de l'Etat par le roi Henri IV en 1597, le notaire mauricien est le seul professionnel libéral habilité, en sa qualité d'officier public et ministériel, à utiliser les armoiries de l'Etat.

C'est ainsi que se perpétue à Maurice le notariat de droit latin, notre notariat, qui, sous cette influence britannique, se trouve régie à partir de 1942 par une loi spécifique dite "Notaries Act". Cette loi, bien que rédigée en langue anglaise, est directement inspirée des règles et principes français sur le notariat ainsi qu'en témoigne le "numerus clausus" et la tarification des émoluments qu'elle prévoit entre autres.

L'Île Maurice accède à l'indépendance en 1968, mais conserve des liens importants avec la Grande-Bretagne, car elle a toujours pour chef d'Etat la Reine d'Angleterre (qui est

² Ces derniers étaient au nombre de trois, dont le premier fut le Gouverneur de l'Île, Didier de St Martin, en 1724.

dépourvue en cette capacité de pouvoirs exécutif ou législatif – lesquels sont dévolus à un Gouvernement et un Parlement locaux). Sur le plan judiciaire, la juridiction d'appel ultime est judiciaire le Conseil Privé de la Reine³.

Enfin, en 1992, l'Île Maurice devient une république et a désormais pour chef d'Etat un Président. La plus haute instance judiciaire demeure toutefois le Conseil Privé de la Reine et la République de Maurice n'a jamais cessé, depuis son indépendance, de faire partie du Commonwealth.

Au fil de cette évolution historique, les premiers notaires français furent remplacés par des confrères natifs de l'Île et le notariat mauricien représente aujourd'hui presque 60 notaires qui sont depuis 2008 régis par une version modernisée et actualisée du *Notaries Act* (« loi sur les notaires »)⁴, qui repose toujours sur les principes constitutifs du socle originel de la loi française sur le notariat (la célèbre « loi de Ventôse »)⁵. Les dispositions de cette nouvelle loi sont en cohérence avec les conditions d'adhésion à l'Union Internationale du Notariat Latin, et nous avons eu l'honneur et le privilège de rejoindre cette instance l'an dernier en tant que 77^{ème} membre.

Outre le *Notaries Act*, le notariat mauricien est régi par la loi cadre sur les praticiens du droit, dite *Law Practitioners Act*, mais également par les dispositions du Code Civil Mauricien sur l'acte authentique (notamment en tant que preuve) et le titre exécutoire.

Citons enfin le récent Code de déontologie des notaires de l'Île Maurice⁶, approuvé par l'association des notaires de l'Île Maurice réunis en assemblée générale le mardi 24 février 2009, et pose les principes de déontologie, les règles de discipline et les procédures d'inspection applicables aux notaires mauriciens.

Ce Code de déontologie, comporte d'ailleurs une définition précise de la fonction notariale à Maurice, contenue en son Titre 1^{er}:

« Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des copies exécutoires et des copies authentiques. »⁷

Cet article ajoute que le notaire est « l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit et le conseil des personnes, des entreprises et des collectivités ; il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle. Il assume ce service public dans le cadre d'une activité libérale. »

L'Article 3 du Code de déontologie comporte un rappel de

la caractéristique distinctive de la profession notariale : « *L'Etat, en le nommant, lui délègue une parcelle de la puissance publique: le pouvoir de conférer l'authenticité.* »

En somme, le notaire mauricien est un notaire latin au sens traditionnel du terme, ainsi qu'en atteste d'ailleurs notre admission à l'UINL.

Et comme le notaire latin dans tant d'autres pays, le notaire mauricien a longtemps souffert d'un problème d'image. Bien que nous ne disposions pas de données empiriques sur la perception de la profession notariale à Maurice, les notaires constatent que dans l'ensemble, les vieilles antiennes alignées à l'encontre du notariat français reviennent souvent dans les conversations : il y est question d'un prétendu monopole qu'il faudrait briser, d'un système archaïque, d'une corporation fermée au nombre de membres limité – et ce, bien que le *numerus clausus* légal fixé à 100 soit, à l'heure actuelle, loin d'être atteint⁸.

Or le notariat français a su réagir à temps, notamment à travers des campagnes, de communication et de promotion de la profession. Le slogan employé lors de l'une de ces campagnes, « *mon notaire rend mes projets plus sûrs* », avait laissé une empreinte durable et positive dans l'esprit du public français.

De même, le notariat mauricien s'est engagé dans une phase de renouveau de la profession, notamment par le biais de colloques et de conférences internationales, destinées entre autres à mettre à jour les connaissances juridiques des praticiens, le tout afin d'assurer un meilleur service aux sujets de droit.

Le notaire a toute son utilité et nous devons, les premiers, en être conscients et convaincus. C'est la base sur laquelle tout travail de communication devra se construire. Nous ne devons jamais, par habitude ou par complaisance, perdre de vue que le notaire est un officier public reconnu et désigné par l'État. À ce titre, il a le pouvoir de conférer le caractère d'authenticité aux actes qu'il reçoit, lesquels font alors foi, devant les tribunaux, de leur contenu, de l'exactitude de la date et des signatures apposées, sans qu'il soit nécessaire d'en faire la preuve⁹. L'original de l'acte notarié¹⁰ est conservé par le notaire en son étude, à l'abri des pertes et des destructions, de sorte qu'il est toujours possible aux parties de le retracer et d'en obtenir des copies conformes et authentiques.

Juriste qualifié, le notaire fait en sorte que les conventions établies par les parties dans l'acte notarié soient conformes à

³ Judicial Committee of the Privy Council

⁴ De manière assez paradoxale, notre profession est régie par un texte de loi rédigé en langue... anglaise.

⁵ Loi du 25 Ventôse an XI (16 mars 1803)

⁶ Texte en langue française téléchargeable sur le site internet de l'Association des Notaires de l'Île Maurice, plus particulièrement à l'adresse suivante :

<http://www.notaires.mu/organisation/deontologie>

⁷ Cet Article fait écho à la définition contenue en langue anglaise au *Notaries Act*, laquelle dispose notamment que le notaire a le statut d'officier ministériel, investi du pouvoir de conférer aux actes le caractère d'authenticité attaché aux documents d'une autorité publique, et astreint à une obligation d'impartialité et d'indépendance, et de

loyauté et d'intégrité envers l'Etat, ses clients, et les autres praticiens du droit. Il est en outre expressément habilité à exercer une activité de conseil en tant que « *counselor* »

⁸ À ce propos, signalons que les conditions d'accès à la profession sont particulièrement exigeantes, et qu'un niveau de connaissances tant théoriques que pratiques est requis de l'aspirant à la fonction notariale, ce qui se traduit par un taux de réussite peu élevé aux examens annuels. Il convient en outre de noter que l'examen d'admission à la profession d'avocat est également réputé pour être considérablement difficile et rigoureux, ce qui est tout à l'honneur du Barreau mauricien.

⁹ Articles 1319 et 1320 du Code Civil Mauricien.

¹⁰ Aussi appelé la « minute » à Maurice.

la loi. Spécialiste du droit préventif, il rédige les conventions avec précision et clarté, de manière à diminuer les problèmes d'interprétation et les procès.

Loin de constituer le vestige d'un passé révolu, le notaire répond, comme il l'a fait depuis des siècles, à un besoin fondamental de l'individu vivant en société : celui de la sécurité juridique et de la garantie de ses droits.

Dans un pays où le foncier représente, par culture, tradition et raison économique, l'investissement patrimonial par excellence, le notaire¹¹ est le garant de la sécurité du contrat d'acquisition immobilière, et ce, moyennant des émoluments tout à fait raisonnables, issus d'un barème légal dégressif, de 2% à 0,5%. En pratique, ce barème n'ayant pas été ajusté depuis longtemps, une grande partie des transactions immobilières est facturée à moins d'un pour cent, ce qui reste relativement modeste¹² à l'aune des 2 à 4 pour cent réclamés par les agents et courtiers immobiliers.

Dans ce même pays où la principale préoccupation de la majorité de la population reste l'avenir de ses enfants, le droit des successions demeure une branche importante de l'activité notariale – laquelle tend à se développer de plus en plus vers la planification successorale, à mesure que nos clients réfléchissent en amont aux conséquences futures de leurs actes juridiques présents.

Enfin, dans ce pays qui n'a pas (encore) été contaminé par la *litigation culture*, ou culture du contentieux, à l'américaine, le notaire est appelé à jouer un rôle croissant en tant que médiateur, arbitre et pourvoyeur d'un certain équilibre contractuel.

Ainsi que nous le verrons plus loin dans le corps du présent Rapport, le notariat a été capable, à l'image du droit dont il est issu, de faire preuve de résilience et d'adaptabilité, pour répondre avec succès aux attentes d'une société toujours en mutation.

2. De la relation symbiotique entre le droit civil et le notariat

A Maurice, plus qu'ailleurs, le notariat latin et le droit civil sont unis par une relation d'interdépendance quasi-symbiotique.

En d'autres mots, si le droit civil venait à disparaître du paysage juridique mauricien, le notaire suivrait très certainement. Il ne fait aucun doute que si le Code Napoléon avait été abrogé dans la nouvelle colonie britannique en 1810, ceux qui exercent aujourd'hui la profession notariale à Maurice seraient des *solicitors*.

Héritage de la période française, donc, le notariat a survécu, à l'instar du Code Napoléon, à un siècle et demi de présence britannique. Praticien par excellence du droit civil, le notaire

mauricien est inséparable de son Code.

Pourtant, le notariat mauricien a failli connaître des heures sombres en 2005, lors de la publication d'un rapport intitulé « *Draft Final Report of Land Management Scrutiny Mission* », établi par de prétendus « experts » australiens à la demande de l'Etat mauricien dans le cadre de l'introduction envisagée d'un cadastre foncier.

Ce rapport, rédigé de toute évidence par des techniciens entièrement dépourvus de bagage juridique, proposait des voies de réforme législative en démontrant une parfaite absence de réflexion quant aux conséquences dramatiques des propositions avancées.

Pour commencer, méconnaissant un monument législatif deux fois centenaire, ces consultants australiens proposaient que « *l'ensemble des lois relatives à l'immobilier soient refondues, et qu'un programme de rédaction soit mis en œuvre pour moderniser et intégrer la législation immobilière de Maurice* »¹³.

La section 3 du rapport présentait leurs suggestions de réforme législative en des termes relativement généraux et apparemment anodins. Cependant, une lecture plus approfondie de leurs propositions faisait apparaître nombre de lacunes en termes de validité juridique, ainsi qu'un impact désastreux sur la sécurité juridique des transactions.

Premièrement, sous prétexte que notre système était « coûteux », « obscur » et « incertain », ils envisageaient tout simplement de transposer dans notre pays le système Australien appelé *Torrens* registration system – sorte d'ersatz de cadastre dont les lacunes ont été amplement mises en évidence dans la littérature juridique¹⁴. Nos lois ne se prêtant pas à ce genre de transposition, il n'y avait qu'à bousculer tout le droit civil mauricien pour que cela passe ! Peu importait également que la notion de propriété fût absolue en droit civil, contrairement au droit anglais où le concept de « *title* » n'est que relatif (on n'est propriétaire, selon le *common law*, que dans la mesure où aucun tiers n'est capable de prouver qu'il détient un « *better title* », un droit de propriété mieux établi).

Deuxièmement, dans le cadre de leur transposition forcée du droit australien à Maurice, ils ouvraient grand la porte à des concepts inconnus en droit civil et en droit mauricien : *exit* la copropriété, qui n'avait « *pas été modernisée depuis des décennies* », ce régime serait remplacé par les « *strata* » (la propriété en strates).

Or il est utile de relever qu'au début des années 2000, le Royaume-Uni s'est inspiré de la copropriété française – et absolument pas du « *strata title* » australien – pour instaurer un nouveau régime de *commonhold ownership*. Le fait que le pays d'origine du *common law* ait lui-même choisi de s'inspirer du droit civil plutôt que du droit australien (pourtant *a priori* plus proche) pour se moderniser en disait long sur l'espèce de *dumping* juridique dont l'Ile Maurice a failli être la cible.

¹¹ Avec l'assistance du géomètre-expert (ou arpenteur), dont le rôle est primordial en l'absence d'un cadastre foncier fiable.

¹² Notamment au regard de la responsabilité endossée par le notaire dans le cadre de l'authentification de la transaction immobilière.

¹³ Page 15 du rapport : « *that the complete suite of land laws be reviewed and a redrafting program be developed to modernise and integrate the land legislation for Mauritius* »

¹⁴ Voir notamment : http://www.adeq.org/RESSOURCES/propriete_sans_cadastre.pdf

Par ailleurs, ces pseudo-consultants Australiens avaient également une aversion manifeste pour la propriété trentenaire. Ils proposaient d'appliquer plutôt le « *curtain principle* », ou « principe du rideau », en vertu duquel seule compte la dernière transaction opérée sur un bien. Cette dernière transaction « tire le rideau », pour ainsi dire, sur toutes les transactions antérieures, et remédie d'un tour de passe-passe à n'importe quel vice affectant le titre antérieur. Peu importe qu'une vente soit frauduleuse : le rideau est tiré, la pièce est jouée.

Naturellement, une personne lésée par une transaction frauduleuse serait prompte à rechercher un dédommagement, et ne saurait se contenter de l'application d'un « principe du rideau », aussi magique fût-il dans l'imagination d'experts australiens. Ces derniers ont au moins eu le mérite de le reconnaître, mais la solution qu'ils préconisaient était encore plus fantaisiste et irréalisable. Il s'agissait d'appliquer un principe d'assurance (« *insurance principle* ») : si quelqu'un était lésé par le rideau tiré sur une transaction immobilière, alors... l'Etat s'engagerait à compenser cette personne financièrement.

Voilà qui ne constituait ni plus ni moins qu'une véritable prime à la fraude – ainsi que le reconnaît d'ailleurs un article juridique australien : « *Le système Torrens permet à un faux en écriture enregistré de transférer la propriété d'un terrain à l'acquéreur* »¹⁵. En outre, rien n'étant dit sur le financement de cette assurance, on pouvait raisonnablement prévoir que cela se ferait par le biais d'une nouvelle taxe, laquelle aurait, *in fine*, constitué une forme subvention collective à la malhonnêteté individuelle.

Enfin, si l'on pouvait se divertir de la fumisterie qui se dégageait des propositions que nous avons exposées plus haut, il faut néanmoins rappeler l'attaque virulente dont les notaires avaient été la cible.

D'une part, la réforme envisagée les touchait par une sorte d'effet domino: l'acte notarié ne devait plus faire foi d'une mutation immobilière ni du droit de propriété, car seul l'enregistrement et la publication de l'acte auraient valeur de titre absolu, et ce même si l'opération en question était entachée de fraude. Si l'acte notarié était privé de son utilité, le devoir incombant au notaire d'assurer l'efficacité de ses actes perdait tout son sens, et par extension, le notaire tombait dans l'obsolescence en ce qui concernait les opérations foncières.

D'autre part, les notaires étaient directement visés dans ce rapport par des propos d'une mauvaise foi caractérisée, à la limite de l'insulte : « *les Actes établis par les Notaires comportent un grand nombre de mots et de phrases inutiles (qui reflètent en*

générale le style particulier de chaque Notaire) qui n'apportent rien à la transaction (mais qui relèvent plus de l'approche choisie par le Notaire) »¹⁶.

Pour pallier cet accès de logorrhée notariale, le remède était simple : « *L'introduction de formulaires imposés ou normalisés pour les Notaires (un format ne dépassant pas 2 pages en traitement de texte) reposant sur l'utilisation du nouvel identifiant de Lot ou de Plan pour décrire le terrain, au lieu de la description technique verbeuse du rapport d'arpentage, appuyé par le plan de situation, pour accélérer le traitement routinier des Actes (plutôt que de continuer à utiliser ces documents verbeux).* »¹⁷

Les déclarations des parties ? les modalités de paiement du prix ? la situation hypothécaire ? la passation des risques ? les garanties de constructibilité et de jouissance consenties à l'acquéreur ? Rien d'autre que des *unnecessary words*: du remplissage... Uniformisation et standardisation – voire anonymisation – devenaient les maîtres-mots du régime foncier.

Naturellement, les notaires mauriciens ont répondu avec la plus grande fermeté à ces attaques – au prix, cependant, de nombreuses semaines de travail perdues et de moyens humains et financiers considérables engagés dans la recherche d'arguments susceptibles de faire comprendre aux autorités mauriciennes le danger que représentait pour les citoyens de ce pays les propositions abracadabrantes formulées dans le rapport australien : d'un côté, les mauriciens perdaient la sécurité et la certitude juridiques attachées aux actes authentiques, et de l'autre, ils devaient supporter un nouvel impôt destiné à compenser l'insécurité juridique ainsi introduite dans leur système foncier.

Saluons ici la sage réaction de nos décideurs, qui ont remis au plus profond d'un obscur tiroir ce rapport qui n'aurait jamais dû voir le jour¹⁸.

Le notaire mauricien demeure donc un acteur incontournable de l'immobilier, qui revêt à Maurice une importance particulière en tant qu'investissement patrimonial. Historiquement, l'immobilier constitue une valeur refuge, un investissement sûr, et de fait, il est exceptionnel qu'un actif immobilier se dévalorise.

A cet égard, le notaire est amené à endosser un rôle prépondérant, en tant que garant de la sécurité de l'investissement immobilier, souvent réalisé avec les économies d'une vie de labeur.

L'autre pan majeur du droit civil sur lequel repose la pratique notariale mauricienne est bien évidemment le droit de la famille et des successions : du conseil sur le régime matrimonial¹⁹ jusqu'au testament²⁰, de l'acte de notoriété jusqu'au partage successoral, le notaire reste intimement lié

¹⁵ www.fig.net/figun/sessions/session4/wallace.pdf: « *The Torrens system allows a registered forgery to pass ownership in the land to the acquirer.* »

¹⁶ « *The Deeds prepared by the Notaries contain a great deal of unnecessary words and sentences (usually reflecting each particular Public Notaries style) which add nothing to the transaction (but more to the Public Notaries approach)* », en page 73 de la version électronique du rapport.

¹⁷ « *Introducing prescribed or standardised forms for Public Notaries (no more than 2 page word processing template) using the new Lot or Plan identifier to describe the land, instead of the wordy*

technical description of the survey, supported by site plan, to expedite the routine processing of Deeds » (rather than retaining these wordy documents) », au 4.5.3 du rapport.

¹⁸ Signalons cependant que la mise en œuvre d'un cadastre mauricien est en cours, avec une collaboration accrue des notaires, cette fois.

¹⁹ Le contrat de mariage restant assez rare en pratique à Maurice.

²⁰ Voir très souvent le conseil (gratuit) quant à l'inutilité d'un testament lorsque le client indique qu'il souhaite simplement assurer l'égalité entre ses héritiers.

aux étapes majeures de la vie civile. Signalons cependant l'approche de plus en plus agressive, en la matière, de cabinets de conseil (non composés de juristes) divers et variés, qui s'aventurent à proposer de prétendues solutions patrimoniales et successorales, souvent à des clients dont la situation ne justifie même pas l'établissement d'un simple testament. A ceux-là, le prestataire de services ira même jusqu'à recommander la constitution d'un trust testamentaire, alors même que la loi mauricienne, bien qu'ayant adopté le trust au sein de son Code Civil, dispose expressément qu'un trust constitué par un testateur mauricien et résidant à Maurice ne saurait empiéter sur la réserve héréditaire. La meilleure réponse que pourra apporter le notariat mauricien à ce genre d'agissement réside dans une qualité de conseil patrimonial irréprochable, et dans la dissémination des principes de base du droit successoral mauricien auprès du grand public, afin que nos citoyens puissent au moins résister aux tentatives les plus grossières de leur vendre un montage inutile et coûteux.

Pour terminer sur la pratique notariale dans l'environnement juridique mauricien, il convient de faire état de la relation en dents de scie qui existe entre les notaires et la Conservation des hypothèques sur le plan fiscal. En effet, ce sont les notaires qui, lorsqu'ils reçoivent des actes en la forme authentique, sont chargés de percevoir auprès des parties les droits et taxes dus selon nos principales lois sur l'enregistrement²¹, pour les reverser ensuite à l'Administration lors de la soumission de l'acte à la formalité de publicité. Or il arrive qu'au moment de l'enregistrement de l'acte, les fonctionnaires de la Conservation des Hypothèques adoptent une interprétation de la loi fiscale divergente de celle appliquée par le notaire, qui se voit alors contraint soit d'aller réclamer aux clients un montant additionnel à ce titre (ce qui entraîne les protestations que l'on peut imaginer), ou, si les clients sont injoignables, de prélever sur ses propres deniers²² les sommes requises pour permettre un enregistrement dans les délais légaux en attendant un remboursement par les assujettis. Par ailleurs, le risque de divergence d'interprétation fiscale entre des notaires, praticiens du droit expérimentés, et des fonctionnaires dont le domaine de spécialisation est tout autre, rejaillit négativement sur l'image du pays lorsque des clients étrangers en font les frais.

Les demandes répétées de la Chambre pour que l'Etat délègue auprès des services de la Conservation des Hypothèques un juriste ou un avocat du Parquet sont hélas restées lettre morte jusqu'à présent.

En cela, l'Etat fait montre d'une attitude plutôt cavalière

envers les délégataires de sa propre puissance publique, qui interviennent en outre en première ligne dans la collecte des recettes fiscales immobilières pour le compte de l'Etat. Or il ne faudrait pas oublier qu'une transaction constatée par acte notarié ne laisse pratiquement aucune possibilité de dissimulation fiscale, contrairement à l'acte sous seing privé qui peut contenir de multiples énonciations constitutives d'éléments imposables sans que le moindre sou ne soit reversé à l'Administration à ce titre. Il est donc pour le moins malvenu que les notaires fassent les frais de leur volonté à assister l'Etat dans la collecte de ses revenus fiscaux.

La multiplication d'épisodes où l'Administration a manifesté un excès de zèle dans l'application de la loi fiscale conduit les contribuables à se tourner vers l'acte sous seing privé, « à l'anglaise » porteur d'un moindre niveau de sécurité juridique certes, mais surtout non-générateur d'obligations fiscales.

3. « Doing Business » : *when the World Bank does not mean business*²³

Les rapports « Doing Business », qui ne sont plus à présenter, sont devenus la bête

noire des pays de droit civil, et par extension, celle des notaires, perçus comme un obstacle supplémentaire à la fluidité des transactions économiques et commerciales. En privilégiant des indices artificiels destinés à favoriser la « rapidité dans les affaires » au détriment (si ce n'est au mépris) de la sécurité juridique, ces rapports contribuent à propager une théorie selon laquelle l'attractivité économique d'un Etat dépend simplement de quelques cases cochées sur un formulaire de sondage. Peu importe que les opérations conclues avec une facilité déconcertante s'avèrent, à moyen ou long terme, désastreuses sur le plan de la certitude et de la prévisibilité juridiques, et qu'elles génèrent un contentieux abondant : seul compte le résultat immédiat.

Transposé au marché immobilier, cela reviendrait à permettre à un acheteur de s'implanter rapidement sur le terrain d'un vendeur, avant même d'avoir vérifié la qualité du titre de propriété de ce dernier. Une revendication ultérieure émanant d'un tiers, tout comme un litige fondé sur une servitude non-révlée, serait sans incidence sur « l'efficience » à court terme de la transaction.

Il est regrettable d'avoir à constater que l'effroyable et dévastateur éclatement de la bulle des *subprimes* aura eu au moins un mérite, celui de démontrer de manière tangible et irréfutable les limites et les dérives d'un modèle reposant sur une doctrine de « laissez-faire » débridée.

Ainsi que le rappelait Me Jean-Paul Decorps, l'actuel président de l'Union Internationale du Notariat Latin, lors



Dürer
"Charles V et son banquier"

²¹ La loi sur les droits de mutation immobilière (*Land Duties & Taxes Act*) et la loi sur l'enregistrement (*Registration Duty Act*).

²² Et non pas sur le compte clients, évidemment !

²³ « Quand la Banque Mondiale ne veut pas faire des affaires »

de son dernier passage à l'Ile Maurice : « *[Le notaire est] tout d'abord un juriste au service de ses concitoyens. A Maurice, il est nommé par le gouvernement et exerce avec trois missions bien précises: s'assurer de la sécurité juridique des contrats qu'il reçoit, cette sécurité est aujourd'hui un mot clé de tout notre environnement. Il revêt un aspect particulier aujourd'hui avec ce qui se passe dans l'affaire des sub primes. Il n'y avait personne aux Etats-Unis, où l'affaire a commencé, pour conseiller à un emprunteur de ne pas s'endetter au-delà de ses moyens et pour conseiller aux banquiers accordant des hypothèques de vérifier si l'emprunteur était bien unique propriétaire de ses biens. On a établi que plus de 25% des difficultés liées à la crise du sub prime relevait de vice de procédures.* »

Par une sorte de triste ironie, c'est le notariat, longtemps accusé d'archaïsme, qui fait aujourd'hui le constat du caractère suranné des méthodes employées par les acteurs de la finance mondiale partisans extrêmes du libéralisme anglo-saxon.

A nos contempteurs qui nous accuseraient de faire le lit des partisans d'une sorte de doctrine néo-marxiste, nous répondrions que nous ne souhaitons guère basculer dans l'autre extrême. Il est toutefois légitime de se poser la question suivante : que vaut la richesse accaparée par une infime minorité, non pas par le biais de relations contractuelles librement négociées de gré à gré, mais au moyen de manœuvres quasi- ou effectivement dolosives, constitutives d'atteintes à l'intégrité du consentement de l'une des parties ? L'exemple le plus criant étant la souscription massive par des emprunteurs américains aux prêts dits « *subprime* », au taux d'intérêt initial proche de zéro (ce qui les rendait particulièrement attractifs), sans que leur attention n'ait été suffisamment attirée sur le caractère variable et imprévisible de ce taux. La contamination de l'économie mondiale qui en a résulté n'a guère épargné les banquiers, pourtant à l'origine des ces prêts affranchis de contraintes réglementaires et procédurales.

La vie en société commande nécessairement une protection légale accessible à l'ensemble des citoyens car, ainsi que l'ont démontré les événements récents, les crises économiques et sociales issues d'une absence de contraintes réglementaires ne ciblent pas leurs victimes, mais frappent de manière indistincte toutes les couches sociales. Dans ce contexte, les mots écrits par Portalis dans son Discours Préliminaire au Code civil français en deviennent lourds de sens : « *les lois doivent être faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois* ». Encore moins pour celles du marché, serions-nous tentés d'ajouter. De manière plus concrète, nous pouvons

examiner le classement issu du Rapport « *Doing Business* » de l'année 2011.

L'Ile Maurice se situe en 23^{ème} position du classement général pour 2011, devant la France, qui occupe la 29^{ème} position, mais évidemment loin derrière les Etats Unis (4^{ème}) et le Royaume-Uni (7^{ème}). Pour la cinquième année consécutive, Singapour, championne de la réforme²⁴, occupe la première place du tableau.

Une lecture détaillée du classement selon des domaines spécifiques conduit toutefois à des résultats surprenants, si ce n'est ubuesques. Il suffit pour s'en convaincre de se pencher sur le classement relatif à la facilité d'enregistrer les transactions immobilières (*Registering property*).

La France, berceau de la publicité foncière et du cadastre dès l'avènement du Code civil (alors même que l'Angleterre a attendu 1925 pour entamer l'esquisse d'un système d'enregistrement immobilier), se voit affublée d'un bonnet d'âne en obtenant la 149^{ème} place. L'Ile Maurice, où le système de publicité foncière encore embryonnaire de 1810 avait été jugé suffisamment performant par les Anglais pour qu'ils le maintiennent dans l'Ile²⁵, écope également d'une note sévère, étant classée 67^{ème} dans ce domaine.

Or la réputation de rapidité et de fiabilité de la publicité foncière en France n'est plus à faire. Quant à l'Ile Maurice, sa Conservation des Hypothèques²⁶ est capable de délivrer une mention d'enregistrement dans un délai de 4 jours à compter de la soumission d'un acte constatant une mutation immobilière, même complexe²⁷. Cette mention permet donc au notaire de délivrer aux parties une copie exécutoire (expédition) dans un délai extrêmement rapide suivant la signature de l'acte notarié.

A l'inverse, on observe que selon la Banque Mondiale, le haut du pavé en la matière est tenu par des pays d'Europe de l'Est, ainsi que l'Arabie Saoudite et les Emirats Arabes Unis. La rigueur du processus d'enregistrement à la française constituerait donc un obstacle économique majeur, auquel il faudrait préférer la facilité qui prévaut aux Emirats Arabes Unis, quitte à alimenter la bulle immobilière spéculative que l'on a vu grossir démesurément à Dubaï.

Cependant, il faut garder à l'esprit que les critères choisis par la Banque Mondiale déforment et faussent la réalité économique²⁸. En effet, s'agissant de l'enregistrement des transactions immobilières, la Banque Mondiale comptabilise le temps que met l'original d'un titre de propriété à revenir de la Conservation des Hypothèques.

A Maurice, il suffit au notaire d'obtenir la mention d'enregistrement de son acte pour en délivrer une expédition,

²⁴ Comme si le simple fait de « réformer », indépendamment de la mesure des résultats concrets des réformes concernées, était une qualité économique en soi.

²⁵ Et ce en dépit de l'absence totale de système de publicité foncière ou d'enregistrement immobilier dans leur propre pays à l'époque.

²⁶ Registrar-General's department

²⁷ En dépit des différends qui opposent fréquemment la profession notariale au Conservateur des Hypothèques sur le plan fiscal, il convient de reconnaître que ce département administratif a réussi le tour de force de maintenir depuis deux siècles un registre foncier exhaustif et globalement fiable, basée sur un fonctionnement

mécanique et cartésien qui ne laisse guère de place à l'erreur, et ce en dépit de l'absence de cadastre à Maurice.

²⁸ De manière plus inquiétante, le rapport 2004 affirmait que « *une réglementation accrue est généralement associée à une plus grande inefficacité au niveau des institutions publiques, et à plus de chômage, de corruption, et à moins de productivité et d'investissement, sans engendrer une meilleure qualité de biens privés ou publics* » (notre traduction), ainsi que le citait un article intitulé « *Is law an economic contest ? French reactions to the Doing Business World Bank Reports and the Economic Analysis of the Law* » publié sous l'égide de la faculté de droit de l'Université de Georgetown.

qui constitue un titre de propriété exécutoire, dans les 4 jours à compter de la signature de l'acte dans le meilleur des cas. La minute restée à la Conservation des Hypothèques pendant quelque temps encore (une semaine, un mois, six mois, peu importe) demeure toujours sous la garde de l'Etat, et il n'est nul besoin de l'avoir en main pour justifier de la propriété d'un bien : la copie exécutoire a pleine valeur à cet égard.

En ignorant purement et simplement le titre constaté par la copie exécutoire établie par un officier ministériel, et en se focalisant sur la date de retour physique de l'acte original en l'Etude du notaire, la Banque Mondiale fait preuve dans le meilleur des cas d'un manque déplorable de rigueur dans son analyse scientifique, et dans le pire des cas d'une malhonnêteté intellectuelle inacceptable.

Une lecture des résultats obtenus en matière d'obtention d'un crédit (*Getting credit*) est également édifiante. Le Royaume-Uni caracole en tête du classement ex aequo avec la Malaisie et l'Afrique du Sud, et juste après on retrouve les Etats-Unis, et entre autres la... Lettonie et l'Arménie. A *contrario*, les établissements financiers français et mauriciens font figure d'affreux pingres, ces pays étant respectivement classés 48^{ème} et 78^{ème} dans ce domaine.

Ce que le rapport Doing Business se garde bien de dire, c'est que les banques mauriciennes n'ont pas été affectées par la crise des *subprimes*, et que l'économie française n'a été touchée que par ricochet. A l'inverse, au moins deux des prétendus « bon élèves » de la Banque Mondiale sont précisément les pays à l'origine de cette crise dont les effets se font encore ressentir aujourd'hui, et qui risque de perdurer longtemps.

De ces résultats absurdes, nous pourrions dégager la règle suivante : le spéculateur guidé par le profit facile et immédiat a tout intérêt à se fier au rapport Doing Business ; en revanche, l'homme d'affaires avisé, le conseil d'administration prudent, guidé par le souci de pérennité de son entreprise et de ses investissements ferait mieux de se tourner vers les mauvais élèves de ce classement – les quelques jours qu'il « sacrifiera » pour se sécuriser en début de transaction lui vaudront un retour au centuple à long terme²⁹.

Il est utile de se référer ici à un outil développé à l'origine par des universitaires américains : l'analyse économique du droit. Cette discipline, qui étudie l'efficacité des règles juridiques, a vu le jour au début des années soixante, sous la plume de Ronald Coase, prix Nobel d'économie, et par la suite de Richard Posner, devenu depuis juge fédéral américain. On cite également l'Université de Chicago au nombre des fondateurs et promoteurs de la discipline.

Pour en comprendre la finalité, prenons l'exemple suivant.

Imaginons que la peine de mort, applicable à l'homicide volontaire, soit étendue au vol à main armée. La sanction marginale supplémentaire encourue par le voleur qui tuera sa victime sera alors nulle (en d'autres mots, le voleur sera exécuté de toute manière, qu'il ait tué sa victime ou non). La conséquence en serait une incitation au meurtre pour les voleurs. A l'inverse, si le voleur sait qu'il encourra une peine considérablement réduite s'il se contente de s'approprier un bien matériel, il s'abstiendra d'une atteinte à la vie humaine. Le lien entre l'économie et le droit est donc la l'établissement d'incitations par la loi, dont les conséquences peuvent être plus ou moins efficaces.

Un autre exemple parlant démontre l'incapacité d'une règle juridique à atteindre un but économique recherché : imaginons que, dans le but de redistribuer le revenu des propriétaires vers les locataires, l'Etat impose des normes minimales (salubrité, surface minimale, durée du bail, performance énergétique, etc.) dans le cadre de baux résidentiels. L'analyse économique montre en fait que les coûts ainsi imposés aux propriétaires entraîneront une hausse des loyers, avec des conditions de location plus onéreuses (garanties, cautions, etc.). Les locataires qui louaient les logements visés par la loi devront alors payer un loyer plus élevé, ou se tourner vers un logement de catégorie inférieure. La loi aura nui à ceux que la redistribution était censée aider. Dans la même veine, la Banque Mondiale garde le silence sur un élément important de la facilité à faire des affaires : les principes issus de l'analyse économique du droit démontrent de manière irréfutable la valeur économique tangible de la sécurité juridique.

Dans deux ouvrages collectifs rédigés notamment par des universitaires, des avocats et des notaires français³⁰, l'Association Henri Capitant a sévèrement critiqué la méthodologie boiteuse employée par les auteurs des rapports Doing Business, en rappelant que le droit civil français procède essentiellement d'une vision humaniste, selon laquelle la loi est avant tout destinée à assurer la protection de la paix sociale et de la volonté et la liberté des citoyens. Cet apport qualitatif du droit, pourtant générateur de valeur, est largement ignoré par les thuriféraires du tout-quantitatif. S'il suffisait, pour conclure des transactions, de s'assurer de la rapidité de signature des conventions, le monde se transformerait en un gigantesque marché à la criée, un peu à la manière de ces halles à poissons où les contrats de vente se forment en « topant là ».

La loi est l'inéluctable pendant de la nature humaine : tant que les hommes seront incapables de s'auto-discipliner pour respecter d'eux-mêmes une parole donnée, le cadre législatif perdurera pour remplir cette fonction.

Saluons enfin le travail accompli par la Fondation pour le

²⁹ Pour une critique de la méthodologie contestable employée par la Banque Mondiale dans le cadre de l'élaboration de ses rapports « Doing Business », voir : http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/la_tribune_raynouard_130109.pdf

³⁰ Dont l'un intitulé : « Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports Doing Business »

Droit Continental, organisme français à but non lucratif, dont la devise est « *Pour un équilibre juridique mondial* », et ayant notamment pour objectifs³¹:

- Faire valoir au plan international les qualités des droits écrits et codifiés dans le souci de maintenir un équilibre entre les systèmes juridiques, en se fondant sur une recherche innovante, de qualité et sur une large politique de diffusion,
- Établir une solidarité entre les juristes de droit continental pour mener des actions communes de promotion de ce droit, Mettre en œuvre une stratégie d'influence juridique au plan international dans l'intérêt des entreprises du droit continental,
- Valoriser, au plan international, l'expertise des professions du droit,
- Renforcer et développer la présence internationale des acteurs du droit,
- Contribuer, par la formation, à l'ouverture internationale des juristes de droit continental.

En réaction aux indices purement économiques véhiculés par les instances financières internationales telles que la Banque Mondiale, la Fondation a développé un indice particulier, dénommé « **Index de la Sécurité Juridique** ». Partant du constat selon lequel la sécurité juridique est souvent ignorée dans le cadre d'études tendant à établir des classifications des pays suivant la qualité et l'efficacité de leur système de droit, alors même qu'elle constitue un élément essentiel à ce qui fait la qualité d'un système de droit, la Fondation a élaboré un Index de la Sécurité Juridique pour mesurer le degré de sécurité juridique relatif aux différents systèmes nationaux, sans a priori sur leur origine, en se basant sur trois indicateurs principaux qui sont la prévisibilité, la stabilité et la garantie.

Il est prévu que cet index serve à une étude menée sur les pays du G20 dans un premier temps, avant que la formule ne soit étendue sur une base mondiale. A cet effet, la Fondation a annoncé sa volonté de travailler en partenariat avec des « universitaires et praticiens étrangers », et à rechercher l'appui d'une grande organisation internationale. Il serait donc opportun que la Chambre des Notaires de cette Ile, tout comme la Commission des Affaires Africaines, se rapprochent des représentants de ladite Fondation afin de faire valoir l'importance du notariat en sa qualité d'acteur incontournable de la sécurité juridique.

S XIV
Auteur Inconnu



4. Notariat et avocature : des finalités divergentes en dépit d'une assise commune

S'il est admis qu'« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », le notaire ne saurait se satisfaire de cet adage, et se consacre, lui, à la recherche du « bon arrangement ». Le notariat procède avant tout d'une recherche de l'accord des parties, voire du compromis.

Ce devoir d'impartialité du notaire s'avère souvent difficile à appréhender pour certains clients, qui s'imaginent que, tel l'avocat, le notaire doit – ou va – nécessairement prendre fait et cause pour une partie, au détriment de l'autre. Dans notre expérience cependant, ces mêmes clients, une fois convaincus que cette impartialité n'est pas illusoire, font preuve d'une fidélité sans faille à leur notaire.

Astreint au devoir d'assurer l'efficacité de ses actes, le notaire est à ce titre soumis à une obligation de résultat³². Le manquement à cette obligation engage sa responsabilité (et bientôt celle de ses confrères, lorsque sera mise en œuvre la garantie collective envisagée par la Chambre des Notaires de l'Ile Maurice).

Quant à son devoir de conseil impartial dans le cadre de la rédaction d'actes, il est absolu, et ne souffre aucune exception, même lorsque l'une des parties à l'acte qu'il doit recevoir possède elle-même des compétences juridiques, ou lorsqu'elle est assistée d'un autre conseiller (avocat, voire même notaire)³³. Le notaire ne peut alors se contenter de protéger uniquement l'autre partie au contrat, en laissant aux compétences personnelles ou au conseiller de la première le soin de veiller à ses intérêts³⁴.

L'avocat a pour vocation première d'intervenir en matière de conflit. Il assiste son client dans les différentes phases de la procédure, d'autre part il possède le monopole de la plaidoirie devant certaines juridictions. La complexité grandissante de la procédure et la technicité des contentieux tendent à accroître considérablement le rôle d'assistance de l'avocat, et ce même dans les litiges les plus quotidiens.

Par ailleurs, à l'image des cabinets d'avocats-conseils anglo-saxons qui ont essaimé à travers le monde, de plus en plus d'avocats délaissent les tribunaux pour se consacrer à une activité de conseil, principalement en droit des affaires – plusieurs de ces avocats aspirant d'ailleurs à rejoindre une *law firm* (ou société professionnelle d'avocats), gage de stabilité et sécurité financière.

Pourtant, notariat et avocature partagent une assise commune : la pratique du droit. Ainsi, lors de la dernière cérémonie de prestation de serment des nouveaux avocats admis au Barreau mauricien, l'

³¹http://www.fondation-droitcontinental.org/jcms/c_5215/portlet-contenu-mise-en-avant-la-fondation

³²Et non de moyens, contrairement à l'avocat, qui ne garantit pas, en matière de contentieux, un jugement en faveur de son client.

³³Cass. 1e civ., 18 juin 1996, JCP N 1996, p. 1728 –, qui serait néanmoins très probablement suivie à Maurice en cas de contentieux portant sur ce point.

³⁴Selon une autre jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 1e civ., 18 juin 2002, Defrénois 2002, art. 37-644, obs. J.-L. Aubert), si la responsabilité du notaire n'est pas écartée en présence d'un autre conseiller, elle se trouve du moins atténuée.

*Attorney-General*³⁵ déclarait que « l'honnêteté, l'intégrité, la compassion et l'altruisme sont les fondements de la profession juridique », et que l'avocature était « une profession noble, savante et honorable » : ces propos, rapportés au notariat, ne perdraient rien de leur pertinence.

Il est toutefois assez rare que ce socle commun soit mis en avant. Au contraire, notaires et avocats sont le plus souvent engagés dans une espèce de querelle intestine, de laquelle aucune de ces professions ne sort indemne.

Même si notre notariat n'a jamais subi d'attaque collective et organisée de la part du Barreau mauricien, il est utile d'examiner l'épisode dit de la « Commission Darrois », intervenu dans un passé récent en France, et qui avait déclenché une véritable guerre ouverte entre avocats et notaires.

Le 30 juin 2008, le Président de la République française confiait à un avocat, Maître Jean-Michel Darrois, la mission de présider une « Commission de réflexion tendant à réformer la profession d'avocat », dont l'objectif avéré était la création d'une grande profession du droit, définie « comme intégrant au sein de la profession d'avocat un certain nombre de professions juridiques réglementées (avoués, avocats aux conseils, notaires, administrateurs et mandataires judiciaires, etc.), la nouvelle profession exerçant sur l'ensemble du marché du droit »³⁶.

Les arguments juridiques ne manquent pas pour condamner cette démarche de prétendue simplification, qui aurait vu fusionner l'ensemble des professions juridiques (en réalité par absorption des autres professions dans celle d'avocat). Toutefois, nous avons trouvé bien plus explicite et frappante une argumentation de simple bon sens, publiée par Robert Solé dans l'édition du 22 septembre 2008 du journal *Le Monde* :

« Les avantages de telles simplifications sont pourtant évidents. Nous pourrions nous contenter de cinq ou six métiers bien typés, au lieu d'un éparpillement absurde. Pourquoi pas une grande profession de la santé ? Un soignant polyvalent serait, à la fois, anesthésiste, kinésithérapeute, dentiste, accoucheur... Une grande profession de l'artisanat éviterait d'avoir affaire à trente-six spécialistes : on s'adresserait à la même personne, qui ferait plombier, jardinier, ramoneur, chauffagiste, coiffeur... Et pourquoi pas une grande profession du service public ? Nous aurions un animal politique unique, formé par l'ENA, qui serait à la fois comédien, acrobate et prestidigitateur. »

En poussant cette logique jusqu'à sa conclusion, nous pourrions également arguer qu'il n'est pas nécessaire de réglementer l'accès à la profession d'avocat. En effet, selon la fameuse maxime, « nul n'est censé ignorer la loi » : il s'ensuit que tout citoyen détient automatiquement les connaissances nécessaires à l'exercice du droit. Par conséquent, n'importe

quel rhéteur pourrait s'arroger le droit de paraître en Cour vêtu de la robe d'avocat.

A cet égard, un rappel d'un épisode de l'Histoire de France s'impose : juste après la Révolution, une assemblée Constituante a voté l'abolition de l'ordre des avocats³⁷. Les motifs invoqués pour justifier cette mesure étaient les suivants : « Toute partie aura le droit de plaider sa cause elle-même, si elle le juge convenable et afin que le ministère des avocats soit aussi libre qu'il doit l'être, les avocats cesseront de former une corporation ou un ordre, et tout citoyen ayant fait les études et subi les examens nécessaires, pourra exercer cette profession : il ne sera plus tenu de répondre de sa conduite qu'à la loi »³⁸.

En fin de compte, après de longs mois consacrés à des effets de manche sur l'absorption des notaires dans une grande profession du droit, la Commission Darrois a soumis en mars 2009 son rapport, dorénavant pudiquement intitulé « **Rapport sur les professions du droit** », et qui reconnaît d'une part que « c'est de façon unanime que la création d'une profession unique du droit a été rejetée », et d'autre part qu'il « n'est pas apparu opportun de s'affranchir du contrôle très strict de l'Etat sur les actes authentiques »

Du propre aveu des auteurs du rapport de la Commission Darrois, les professions du droit ont leur spécificité, nous avons la nôtre. Il ne s'agit pas de protéger notre pré carré, ni de défendre un quelconque privilège. Si la profession d'avocat est réglementée, c'est avant tout pour la protection de nos concitoyens : assurer à n'importe quel justiciable que celui qui va le représenter possède les meilleures aptitudes possibles à cet égard.

Il en va de même pour la profession notariale : l'admission à la profession implique une vérification de la capacité de l'aspirant à remplir les fonctions précises qui en sont le corollaire, telles que le devoir de conseil impartial et les aptitudes rédactionnelles.

Quant au *numerus clausus*, il découle nécessairement de la délégation de pouvoir étatique, laquelle intervient à titre *intuitu personae* : l'autorité publique déléguée ne saurait faire l'objet d'une démultiplication incontrôlée, et il serait absurde de remettre en cause la délégation de pouvoir de l'Etat sur le fondement d'une quelconque atteinte au droit de la concurrence.

Enfin, de par le fait de porter sur la place publique certaines frictions entre nos deux professions, matérialisées par certaines paroles hostiles – le notariat souffre de telle ou telle lacune, les avocats sont affligés de tel ou tel défaut – on finit par instiller dans l'esprit du citoyen que l'une et l'autre de ces professions sont dépourvues de qualités.

Et nous créons ainsi un vide que s'empresseront de combler des professions concurrentes, ainsi que nous le verrons plus loin.

³⁵ Notre équivalent du Ministre de la Justice.

³⁶ http://cnb.avocat.fr/Grande-profession-du-Droit-Commission-Darrois_a336.html

³⁷ Loi des 16 août et 2 septembre 1790 ; toutefois le Décret impérial du 14 décembre

1810 devait rétablir le Barreau.

³⁸ Rapport du député Bergasse, in *Histoire des avocats en France*, Bernard Sur, Ed. Dalloz, 1997

5. Les praticiens du chiffre, sous-marins de la pratique juridique

Selon une définition communément admise³⁹, le comptable est un praticien de la comptabilité, cette discipline consistant en la mesure, la divulgation ou la fourniture de certitudes quant aux informations financières permettant aux gérants, aux investisseurs, à l'Administration fiscale et à d'autres parties de prendre des décisions quant à la répartition de ressources.

Pourtant, de plus en plus de comptables outrepassent leur domaine de compétence défini, pour prodiguer des conseils « juridiques » et rédiger des contrats.

Ce genre d'agissement pose un premier problème, qui est celui de l'exercice illégal d'une profession juridique. En effet, l'article 16 de la loi sur les praticiens du droit (« *Law Practitioners Act* ») précitée dispose⁴⁰ que « Nul autre qu'un praticien du droit ne pourra [...] (c) moyennant une quelconque rétribution ou rémunération, rédiger ou établir un affidavit, un acte de vente, un bail⁴¹, un acte de transfert de propriété, un acte de cession, un compromis ou tout autre document sous seing privé, mémoire ou conclusions, ou tout autre acte judiciaire ou extrajudiciaire ; (d) moyennant une quelconque rétribution ou rémunération, prodiguer un conseil juridique à quiconque ».

La sanction d'une infraction à la disposition susvisée peut-être redoutable : jusqu'à 100.000 roupies d'amende et jusqu'à 2 ans d'emprisonnement⁴². Pourtant, celle-ci ne semble guère dissuader les cohortes de comptables, de gérants de société de gestion offshore et autres « consultants » d'établir et de faire signer, entre autres, des formulaires de cession d'actions (*share transfer forms*) de sociétés anonymes (*limited companies*).

Or un *share transfer form* est constitutif d'un contrat de cession de parts de capital social, et à ce titre, ne devrait être rédigé que par un praticien du droit.

Il est opportun d'attirer l'attention ici sur une certaine (ir) responsabilité du législateur : l'emphase croissante, voire excessive, qui est mise sur les aspects fiscaux de certaines opérations juridiques finit par donner au comptable une importance disproportionnée. Les parties se focalisent sur l'aspect fiscal/comptable d'une transaction, dont les effets sont plus immédiatement visibles, et délaissent les aspects juridiques (plus fondamentaux, et porteurs de conséquences potentiellement bien plus lourdes) de leurs conventions.

Confrontés à cette disposition du *Law Practitioners Act*, certains comptables arguent que si en effet, ils établissent des documents prohibés, le second critère de l'interdiction, à

savoir la perception d'une rémunération ou d'une rétribution à cet égard, n'est pas rempli. Selon leur argumentation, ils fournissent un service comptable moyennant le paiement d'honoraires, et ce n'est qu'ensuite, à titre accessoire et gratuit, qu'ils établissent un document de cession de parts sociales, ou prodiguent un conseil en matière de planification successorale.

En supposant un instant que l'on admette ce raisonnement, pour fallacieux qu'il soit, il déclencherait néanmoins un épineux problème fiscal pour celui qui fournit ces services juridiques, fût-ce à titre gratuit : en effet, de tels services sont assujettis à la TVA, et il n'est pas exclu que l'Administration cherche à récupérer cette taxe sur la valeur notionnelle de toute prestation ainsi fournie.

Enfin, en cas d'erreur ou d'omission dans le conseil donné par un comptable, sa responsabilité professionnelle risquerait d'être engagée. Or l'assurance de responsabilité civile professionnelle du comptable ne peut, par définition, couvrir l'exercice du droit. Le praticien du chiffre confronté à une action en responsabilité civile professionnelle sur le fondement d'un conseil juridique devrait alors très probablement en supporter personnellement les conséquences financières.

Si l'on considère que la pratique du droit par des non-juristes empiète aussi bien sur le domaine d'intervention du notaire que celui de l'avocat, il serait souhaitable que les praticiens du droit agissent conjointement pour faire respecter le *Law Practitioners Act*.

II. NOTARIAT ET DROIT CIVIL MAURICIENS : DE LA RESILIENCE DANS UN ENVIRONNEMENT HOSTILE

1. La notion de résilience illustrée par le droit civil mauricien

Dans un article paru le 18 mars 2004 dans La Tribune (quotidien économique français), Xavier de Roux écrivait : « Le Code civil crée d'abord la sécurité juridique, il sait s'adapter aux évolutions de la société. Facile à lire, clair dans ses énoncés, il est par nature même d'essence démocratique. La méthode qu'il utilise, non seulement a fait ses preuves, mais devrait rester pour le législateur un modèle. [...] Il doit rester pour le juriste et pour longtemps l'outil privilégié ».

³⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Accountant>

⁴⁰ « (1) Unauthorised practices. No person, other than a law practitioner, shall - (a) hold himself out to be, or to be qualified to perform any of the functions of, a law practitioner; (b) permit his name to be so used as to suggest that he is, or is qualified to perform any of the functions of, a law practitioner; (c) for any fee or reward, draft or prepare an affidavit, deed of sale, lease, conveyance, transfer, compromise or any other document under private signature, plaint or pleading, or any other judicial or extra judicial document; (d) for any fee or reward, give legal advice to any person; (e) for any fee or reward, find clients for a law practitioner; »

⁴¹ Cf. les agents immobiliers qui font signer des baux sous seing privé par leurs clients, contre rémunération.

⁴² Article 23 : « Any person who wilfully contravenes this Act or any regulations made under it shall commit an offence and shall, on conviction, be liable to a fine not exceeding 100,000 rupees and to imprisonment not exceeding 2 years. »

On ne saurait mieux résumer le rôle du Code Civil Mauricien.

Ayant conservé la structure tripartite de son pendant français, notre Code Civil a néanmoins absorbé un nombre significatif de réformes, notamment à partir de la seconde moitié du 20^e siècle, dans des domaines aussi variés que le droit des régimes matrimoniaux et des successions, la copropriété, le droit de la vente d'immeubles à construire (dont la vente en l'état futur d'achèvement), les baux à construction, les contrats d'assurance, la publicité foncière, etc.

Certaines de ces réformes ont été moins heureuses que d'autres, tant en termes de pureté du droit civil que d'impact sur la profession notariale. Ainsi, sous l'influence d'un lobby issu du secteur de la banque et des assurances, le législateur a introduit dans le Code Civil, par la loi n° 8 de 1983, des dispositions régissant les sûretés fixes et flottantes ("*Fixed and Floating Charges*"), la première catégorie étant strictement équivalente à l'hypothèque, la seconde ayant valeur de gage immobilier général. Ces dispositions n'exigent pas la forme notariée pour le titre constatant ces sûretés (contrairement à l'hypothèque, qui doit être consentie pardevant notaire), ce qui permet aux banques de faire signer des actes sous seing privé par leurs clients à cet effet, en même temps que la souscription au prêt⁴³.

Outre l'unilatéralisme, voire le caractère léonin, de ces contrats, on imagine aisément que le niveau d'information du client signataire est loin d'être aussi élevé que celui qu'il aurait reçu de la part d'un notaire (ce qui n'est pas sans rappeler les circonstances ayant donné lieu à la crise des *subprimes* aux Etats Unis).

Or cette modification législative comportait un autre aspect beaucoup plus troublant pour la profession notariale : elle a introduit un Article 2202-7 dans le Code Civil Mauricien, qui dispose que le titre constituant une sûreté fixe ou flottante « aura le même effet qu'un acte authentique et sera directement exécutoire ».

Nonobstant le souhait des banques ayant amené le législateur à produire ce texte de loi, même si l'on admet que ces titres soient dispensés d'exequatur, ils ne sauraient avoir valeur d'acte authentique. Selon l'analyse figurant au célèbre arrêt *Unibank* du 17 juin 1999, rendu par la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE), l'authenticité procède de l'intervention de la puissance publique et doit porter sur le contenu même de l'acte (ce que fait le notaire lorsqu'il éclaire les parties sur la portée de leurs conventions en donnant lecture de l'acte avant signature). Or un établissement financier est dépourvu de la délégation de puissance publique nécessaire à l'authenticité de ses actes, et par ailleurs, il n'éclaire pas ses cocontractants sur l'étendue de

leurs engagements avec le même degré d'indépendance et d'impartialité que celui incombant au notaire.

Toutefois cette réforme législative a laissé intacte les traditionnelles sûretés réelles immobilières issues du Code Civil : ainsi l'hypothèque, le privilège et l'antichrèse perdurent, et ces sûretés, octroyés par acte authentique, peuvent constituer des rouages importants et fiables dans le cadre d'opérations de financement structuré, car une créance titrisée présentera un attrait accru vis-à-vis d'un investisseur si elle est garantie par une sûreté réelle incontestable, constatée par acte authentique.

Une autre modification législative illustre la surprenante adaptabilité de notre Code Civil : l'introduction de la fiducie dans notre droit positif, bien avant l'introduction du contrat fiduciaire en France. Mieux encore, notre fiducie est un véritable *trust* de droit anglo-saxon, contrairement à la fiducie française, qui n'est qu'une forme particulière de contrat.

Pour comprendre la distinction, il est utile procéder à un examen des origines historiques du *trust*, qui démontre la nécessité d'un cadre juridique particulier, essentiel à son existence : celui de l'*Equity*.

L'exemple le plus parlant de l'émergence du *trust* est celui du chevalier partant guerroyer en Terre Sainte à l'époque des Croisades. Avant son départ, le chevalier transférait le titre de propriété de son domaine à un ami de confiance pour le compte de sa femme et de ses enfants, à charge cependant pour l'ami de le lui restituer lors de son retour éventuel, ou à défaut de le remettre à ses enfants à leur majorité.

Or il arrivait que l'« ami » refusât ensuite de transférer les biens aux bénéficiaires ou de les restituer au chevalier. Les tribunaux de l'ordre commun ne pouvaient ordonner une telle restitution, car en droit strict, l'ami était en effet devenu plein propriétaire de ces biens. Les tribunaux de la Chancellerie développèrent alors l'*Equity*, un système de droit parallèle qui reconnaissait que, en dépit de la propriété en droit détenue par l'ami, la propriété en équité – ou en conscience⁴⁴ – revenait au chevalier ou à ses femme et enfants.

Le *trust* était né.

Au sens moderne du terme, le *trust* est généralement défini comme un mécanisme⁴⁵ juridique par lequel une personne dénommée « constituant », transfère la propriété d'un bien à une autre, le trustee, à charge pour ce dernier de le gérer et éventuellement de le distribuer à un ou plusieurs bénéficiaires. Le trustee détient alors la propriété *juridique* des biens mis en *trust*, alors que le bénéficiaire est réputé en avoir la propriété *équitable*.

Le mot « *trust* » signifie littéralement « confiance », laquelle constitue le pilier principal de l'institution trustale, et les

⁴³ Il est permis de s'interroger sur la licéité de ces pratiques au regard de l'Article 18 de la loi précitée dite *Law Practitioners Act*, qui impose à tout auteur (étant un praticien du droit) d'un document de le signer et de le dater. En pratique, ces mentions n'apparaissent pas dans les actes de sûreté que font signer les banques.

⁴⁴ Soulignant ainsi l'élément moral sous-jacent au *trust*.

⁴⁵ Cf. Frédéric Michel, *Trust et (in)transmissibilité du patrimoine: de la psychose à la fascination*, Gazette du Palais, no. 128/32, 11 mai 2000, p.18-21.

devoirs incombant au trustee en sont le reflet : interdiction de se placer en situation de conflit d'intérêt, obligation de loyauté et d'impartialité, obligation de conservation des biens trustaux. Ces devoirs sont dits « fiduciaires⁴⁶ », terme qui désigne une relation d'ordre quasi-moral, dotée cependant d'effets juridiques réels.

Le trust dédouble le droit de propriété, alors que le droit civil n'en admet que le démembrement (l'exemple classique étant la division du droit de propriété en nue-propriété et en usufruit), et la propriété juridique détenue par le trustee – propriété absolue au sens de l'Article 544 du Code civil – se trouve restreinte par des règles non-écrites issues de maximes d'*Equity*.

Attendu que cette limitation des droits de propriétaire apparent du trustee découle de ses obligations fiduciaires, il est patent que le trust ne saurait exister hors de l'*Equity*.

Or l'*Equity* fait partie intégrante du droit mauricien, ainsi qu'en témoigne la Charte Judiciaire de 1851, texte fondateur de la Cour Suprême de cette Ile, qui dispose expressément que celle-ci aura la qualité de juridiction d'*Equity*, titulaire de tous pouvoirs d'application de principes équitables en cas de lacunes du droit positif mauricien⁴⁷.

C'est cette coexistence de trois systèmes juridiques qui nous a permis d'incorporer les dispositions suivantes à notre Code:

« Est appelée fiducie - ou trust - l'ensemble de droits et d'obligations dont fait l'objet un patrimoine (le "bien fiduciaire") qui est affecté dans l'intérêt des bénéficiaires ou dans un but déterminé, et qu'une personne (le "fiduciaire") s'oblige à détenir, gérer et administrer suivant cette affectation. » (Art. 1100-1)

« Le bien fiduciaire formé de biens et de droits transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. » (Art. 1100-2)

Soulignons toutefois que l'introduction du *trust* dans notre Code Civil n'a aucunement affecté les principes fondamentaux du droit des successions, attendu que le *trust* ne peut être utilisé pour contourner la réserve héréditaire dans le cadre purement mauricien. Nonobstant cette interdiction, de plus en plus de notaires sont approchés par leurs clients pour constituer des trusts *inter vivos* ou testamentaires, dans un souci d'optimisation de leur planification patrimoniale.

N'en déplaise aux économistes de la Banque Mondiale, qui se plaisent à aggraver le clivage entre le droit anglo-saxon et le droit civil, le bijuridisme mauricien ne souffre pas d'une dichotomie entre ces systèmes de droit, mais témoigne au contraire d'une surprenante complémentarité entre eux.

Ainsi coexistent en droit mauricien les sociétés civiles régies par les articles 1832 et suivants du Code Civil et les *limited companies* (l'équivalent anglo-saxon de la société anonyme)

régies par la loi dite *Companies Act*, calquée sur les législations les plus modernes des pays du Commonwealth.

De même, notre Code de Commerce contient depuis longtemps des dispositions organisant les sociétés en commandite, alors qu'une réforme législative intervenue cette année a introduit dans notre droit les *limited partnerships* à l'américaine (qui ne sont finalement que l'exact équivalent de la société en commandite). A ce titre, les notaires, forts de leur longue expérience en matière de sociétés en commandite, seront appelés à jouer un rôle primordial dans l'établissement de statuts de *limited partnerships*, et ce même si le législateur n'a pas cru bon d'imposer la forme authentique en la matière. Il s'agit donc là d'un domaine où ce sera la compétence, plutôt que le monopole, qui permettra au notariat d'attirer une clientèle nouvelle.

Nous indiquions plus haut que notre cour d'appel ultime reste le Comité Judiciaire du Conseil Privé de la Reine (*Privy Council*), manifestation du particularisme de notre jurisprudence. En effet, les jugements émis par les tribunaux mauriciens s'inspirent du modèle anglo-saxon, et peuvent comporter des références étendues à des décisions de justice précédentes, non seulement issues des juridictions mauriciennes, mais également des cours du Commonwealth dès lors qu'il s'agit d'appliquer une loi d'origine anglo-saxonne (en matière de *companies*, par exemple) ou des tribunaux français dans des affaires régies par le Code Civil. Les décisions de la Cour suprême de Maurice citent alors abondamment des arrêts de Cour de cassation et même des extraits de doctrine juridique française, notamment issue d'œuvres collectives telles que le Répertoire Dalloz ou le Juris-Classeur Civil ou Notarial.

Mieux encore, lors de pourvois auprès du *Privy Council*, les hauts magistrats anglais (Law Lords) sont fréquemment amenés à appliquer le droit civil napoléonien !

Nous l'avons vu, le droit civil mauricien reste un droit vivant, en perpétuelle adaptation, ouvert à des influences étrangères, mais soucieux de conserver ses racines historiques. On pourrait en dire autant du notariat mauricien.



Rafael. "L'École d'Athènes"

⁴⁶ En anglais : « fiduciary duties »

⁴⁷ « The said Supreme Court shall be a Court of Equity, and is hereby invested with power, authority, and jurisdiction to administer justice, and to do all acts for the due execution of such

equitable jurisdiction in all cases where no legal remedy is provided by the written law of Mauritius », réitéré par la loi dite Courts Act.

2. La coopération internationale comme outil d'évolution du notariat mauricien

Le notariat mauricien a toujours manifesté une exposition marquée à l'international, ne serait-ce que de par la nature protéiforme du droit qu'il est amené à exercer.

Dans un passé récent, toutefois, cette ouverture à l'international s'est structurée, le signe le plus manifeste en étant notre adhésion à l'Union Internationale du Notariat Latin. Dans un monde multipolaire, le nombrilisme n'est plus de mise, et la coopération transfrontalière devient une condition *sine qua non* de la continuité de l'existence de notre profession.

A ce titre, l'OHADA offre, au niveau africain, des perspectives de coopération particulièrement originales, pérennes et constructives.

Pour rappel, l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (en abrégé, OHADA) est une association panafricaine de normalisation juridique créée par le traité du 17 octobre 1993 à Port-Louis (île Maurice). Cette organisation regroupe 16 pays (les 14 pays de la Zone du franc CFA, plus les Comores et la Guinée Conakry) et elle reste ouverte à tout État du continent africain. La plus importante réalisation de l'OHADA est la signature d'actes uniformes, notamment sur les sûretés, les procédures collectives et l'arbitrage.

A l'instar du Code Civil Mauricien, le droit OHADA est un droit vivant ; citons l'exemple de l'avant-projet d'Acte Unique sur le droit des contrats, dont l'article 1/7 pose une interdiction de se contredire qui préfigure une forme d'*estoppel* de droit anglo-saxon « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage.* »

Par ailleurs, la fondation juridique commune – le droit d'inspiration napoléonienne – que nous partageons avec les pays dont le notariat est représenté au présent Congrès, nous épargnerait bien des difficultés rencontrées en Europe au niveau de la coopération internationale, où le droit anglais se heurte au droit continental dès qu'il s'agit de formuler une position juridique commune sur une question d'intérêt européen.

Si le notariat mauricien est en mesure d'intervenir en tant que passerelle entre l'Afrique OHADA et le monde des affaires anglo-saxon, il peut également se joindre aux efforts collectifs de formulation d'actes uniques de cette organisation.

A cet égard, deux propositions peuvent d'ores et déjà être formulées.

La première s'inspire du titre exécutoire européen pour les créances incontestées⁴⁸, qui a pour objet d'assurer, « *la libre circulation des décisions, des transactions judiciaires et des actes*

authentiques dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'État membre d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution ».

Son champ d'application est restreint aux créances incontestées et exclut expressément l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions; les faillites, concordats et autres procédures analogues; la sécurité sociale ainsi que l'arbitrage. L'UINL ayant déjà entamé un travail d'élaboration sur le titre exécutoire international, nous pourrions d'ores et déjà engager, en parallèle, une réflexion sur un titre exécutoire africain (valable – au moins dans un premier temps – exclusivement dans les États dotés d'un notariat d'inspiration française).

La seconde proposition s'inspire du thème communiqué pour l'établissement des rapports nationaux dans le cadre du présent Congrès, qui invitait à trouver des solutions pour rendre plus forte la profession notariale en Afrique. Forte de son expérience en matière d'application du trust (outil par excellence du droit des affaires et du droit patrimonial en *common law*) dans un environnement de droit civil, la profession notariale mauricienne pourrait collaborer avec ses homologues africains pour réfléchir à l'introduction d'institutions fiducimorphes dans le droit OHADA (ou dans certains droits nationaux africains). Si l'Afrique souhaite attirer des investisseurs issus du monde anglo-saxon, cet outil est incontournable, ainsi que l'a reconnu la France avec son adoption du contrat fiduciaire.

3. Le notariat du futur : consolidation et innovation

Sur le plan local, la profession notariale a le devoir de consolider ses domaines d'intervention traditionnels : les successions et le droit de la famille (où prime la notion de confiance), le droit des sociétés et des *companies* (où la compétence du notaire-conseil permettra au chef d'entreprise de s'engager dans une planification à long-terme, et où le rôle de médiateur impartial du notaire préviendra les litiges entre actionnaires), et le droit immobilier (où la garantie de sécurité juridique revêt une importance primordiale).

Au-delà de cette consolidation, le notaire mauricien se doit d'innover dans des domaines qui ont été accaparés par des cabinets de conseil et de *consulting* de toutes sortes.

En premier lieu, le conseil en matière dite *corporate* (droit des affaires et des sociétés). Il convient de replacer la création de sociétés dans leur véritable contexte, qui est celui de l'accord, et non du contentieux. Le contrat de société (que ce soit sous forme de statuts, de *memorandum and articles of association* ou de *constitution*) doit donner l'occasion au notaire de faire valoir ses compétences de juriste spécialiste, et de

⁴⁸ Il est organisé par le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées entré en vigueur le 21 octobre 2005.

promoteur de l'efficacité de ses actes. Cette efficacité, qui devrait dans l'idéal se traduire par une absence de litige entre les parties au contrat de société, contribuera par là-même à l'essor de l'entreprise concernée.

Mieux encore, le notaire peut s'engager dans le domaine des financements structurés, qui nécessitent des actes constitutifs de sûretés réelles conférant aux créanciers une garantie appropriée et inattaquable.

Enfin, il est logique que le notaire ait une présence accrue en matière de gestion internationale de patrimoine et de planification successorale offshore, ne serait-ce que pour remédier à certaines dérives constatées au niveau de *management companies* qui accaparent les clients étrangers en leur offrant un semblant de conseil patrimonial moyennant des honoraires exorbitants, sans avoir la moindre notion de droit international privé, et encore moins de fiscalité internationale. Un exemple concret de ce genre de dérive est issu du régime spécial dit IRS (*Integrated Resort Scheme*), destiné à organiser la vente de biens immobiliers de haut de gamme à des acquéreurs étrangers.

Dès le début des années 70, l'Île Maurice s'est dotée d'une législation d'ordre public visant à interdire l'acquisition ou la détention de biens immobiliers par des étrangers. Par exception à ce principe, un régime légal particulier a été institué durant la première moitié de la dernière décennie pour permettre la vente, à des acquéreurs étrangers, de biens répondant à certaines normes de standing au sein d'ensembles immobiliers de qualité, régis par un cahier des charges et un règlement de jouissance devant garantir cette qualité de manière pérenne.

L'acquéreur type de la villa IRS à Maurice est donc ce que l'on nomme en langage d'affaires un *high net-worth individual* (ou détenteur de grosse fortune), et constitue un client de choix pour les *management companies*, dont la vocation première est simplement d'administrer des sociétés offshore ou des trusts créés par des non-résidents. Or ces prestataires ont de plus en plus tendance à s'engager sur la voie du conseil patrimonial, voire juridique.

On le constate parfois par rapport aux transactions opérées sur les villas IRS. Là où le bien est détenu à travers une société de forme anonyme (*limited company*), le prestataire de services de *management* va conseiller à son client d'acquérir la holding plutôt que le bien immobilier. Tandis que la forme notariée est recherchée dans le cadre de transactions immobilières, une opération de cession d'actions se fait au moyen d'un simple formulaire sous seing privé, et permet en outre, si l'entité cédée est grevée d'un passif important, une économie substantielle de droits d'enregistrement.

Or si le barème notarial, qui aurait été applicable en cas d'acquisition directe du bien immobilier, aurait donné lieu à des émoluments d'environ 0,5 % du prix de vente, un

prestataire de *management* n'hésitera pas à facturer jusqu'à 5% de ce prix (soit dix fois plus qu'un notaire, pour une qualité de conseil que l'on hésite à imaginer...).

Relevons en outre que l'opération prônée par le prestataire de *management* démontre en général une absence totale de réflexion en termes de conflit de lois ou de fiscalité internationale.

Par exemple, un acquéreur issu d'un pays de droit civil connaissant l'institution de la réserve héréditaire pourrait avoir le souhait d'exclure son bien mauricien du champ d'application de sa loi nationale.

Une villa IRS étant généralement acquise à titre de résidence secondaire, il est plus que probable que le décès éventuel du propriétaire interviendra alors qu'il sera domicilié dans son pays d'origine, entraînant l'application de la loi du lieu de son dernier domicile pour régler sa succession mobilière à Maurice. Par conséquent, son bien mauricien, détenu à travers une *limited company* dont les actions représentent un patrimoine mobilier, sera partagé selon les règles successorales en vigueur dans son pays, contrairement à son souhait initial.

Pourtant ce même bien acquis en nom propre (en évitant l'interposition d'une *holding*), aurait donné au propriétaire la possibilité de se prévaloir de l'exception contenue à l'Article 1100-3 du Code Civil Mauricien, lequel permet à un constituant étranger non-domicilié à Maurice de créer un trust empiétant sur la réserve héréditaire⁴⁹.

Il ne s'agit là que d'une illustration élémentaire. Les exemples de conseil erroné donné aux clients sont légion, et il nous appartient de faire connaître à ces derniers l'étendue de nos compétences en la matière.

Un autre axe de développement de la profession notariale est l'arbitrage, l'Île Maurice s'étant récemment dotée d'une des lois les plus modernes dans le domaine de l'arbitrage international⁵⁰, et le notaire a vocation à intervenir tant dans le cadre de la rédaction des clauses compromissaires qu'en qualité d'arbitre, dans le prolongement naturel des qualités d'impartialité et d'indépendance dont il doit faire preuve dans l'exercice de son ministère.

Enfin, sur le plan technologique, en écho à nos confrères médiévaux qui se sont dotés de formulaires rédigés selon une méthodologie scientifique, contribuant ensuite à l'essor du notariat, et à nos confrères français, qui à l'occasion du 100^e congrès des notaires à Paris ont présenté l'acte authentique électronique, véritable révolution dans la forme des actes, nous devrions faire usage des balises déjà posées dans notre Code Civil.

En effet, l'Article 1317 du Code Civil Mauricien, qui définit l'acte authentique, dispose en son second alinéa que cet acte « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé conformément aux dispositions de l'*Electronic Transactions Act* ».

⁴⁹ Cela peut sembler paradoxal au vu de l'obligation de respecter la réserve héréditaire dans le cas de constituants mauriciens ou résidant à Maurice, mais cette exception avait pour but économique d'attirer une clientèle internationale qui se serait, à défaut, tour-

née vers les îles des Caraïbes pour y constituer leurs trusts.

⁵⁰ *The Mauritian International Arbitration Act 2008* (loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008)

La signature apposée par l'officier public doit, « lorsqu'elle est électronique, [consister] en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, conformément aux dispositions de l'Electronic Transactions Act ».

Il nous appartient à présent de mettre en œuvre cette disposition cadre, afin d'exploiter concrètement les possibilités que nous offre la technologie informatique. À l'ère de la communication instantanée, les clients nous regardent avec des yeux ronds, comme si nous étions prisonniers d'un siècle révolu, lorsque nous leur expliquons les délais engendrés par la simple obtention d'une procuration authentique à l'étranger (sans compter la procédure de l'Apostille ou de la légalisation, le cas échéant). Nous pouvons déjà imaginer, dans le futur, l'avènement d'accords de coopération avec les notariats étrangers (reposant sur des traités entre les nations concernées) afin de permettre l'établissement d'actes électroniques transfrontaliers.

4. La professionnalisation obligatoire du notariat

Le futur du notariat, présenté de manière si optimiste au II.3, risque de n'être qu'un vœu pieux si le notariat tombe dans la complaisance qui l'a rendu si vulnérable aux attaques mentionnées plus haut.

Notre profession ne peut se permettre de faire l'économie d'une autocritique et d'une analyse approfondie des mesures propres à pallier ses manquements, tant réels que simplement perçus.

Parmi les sources de vulnérabilité de la profession aux attaques et aux critiques, citons l'incompétence, le comportement contraire à la déontologie, voire la malhonnêteté⁵¹.

Les sessions de formation continue mises en œuvre depuis l'année dernière sous l'égide de la Chambre des notaires nous ont permis d'affiner nos compétences dans le cadre de séminaires animés par de prestigieux intervenants, notamment Mariel Revillard, Docteur en droit, auteur de la bible notariale sur le droit international privé.

Au regard de l'importance stratégique de revêt le clerk au sein d'une Etude de notaire, peut-être faudrait-il envisager des sessions de formation destinées spécifiquement à ces auxiliaires de la pratique notariale.

Les inspections inopinées menées par la Chambre au sein des Etudes depuis cette année constituent un autre moyen de garantir que les notaires mauriciens mettent à jour leurs compétences, et s'abstiennent de tout comportement contraire à la déontologie.

Notre profession – il est utile de le répéter – est particulière

dans la mesure où elle a vocation à être éminemment morale. Même si la froideur clinique de la doctrine utilitariste anglo-saxonne a érigé les lois du marché en Constitution mondiale, recouvrant d'une patine de désuétude la moralité et le droit naturel, il suffit de tourner notre regard vers l'occupation actuelle de Wall Street pour constater un besoin criant de moralisation du monde des affaires et du droit.

Loin de nous l'idée de prôner une espèce de socialo-communisme, issu d'une vision idéalisée d'un monde des affaires où le gentil banquier distribuerait sa prime de fin d'année aux chômeurs désargentés. Il ne s'agit certainement pas de tomber dans une autre forme d'extrême mais, fidèles à notre nature impartiale et indépendante, soucieux du bien-être de la société en générale, nous avons le devoir de garantir un certain niveau de moralité dans la vie contractuelle (ainsi que nous l'impose d'ailleurs notre Code de Déontologie).

Quant aux manquements les plus graves à la déontologie, ils doivent nécessairement faire l'objet de procédures disciplinaires, si ce n'est judiciaires. L'adoption de la nouvelle loi sur le notariat (2008) a restitué à la Chambre des Notaires des pouvoirs disciplinaires qu'elle avait perdus depuis trop longtemps, et nous avons eu le regrettable privilège de destituer un confrère cette année, un notaire destitué pour avoir détourné ses fonds clients. Tel autre a fait l'objet de procédures judiciaires intentées par la Chambre sur le fondement de diverses malversations.

Les procédures disciplinaires constituent un gage de sérieux qui redonne confiance à la société que notre profession a pour mission de servir, et nous avons l'heur d'avoir obtenu la bénédiction de l'ordre judiciaire dans notre entreprise de structuration de la profession. Cette structuration permettra également la mise en place, dans un avenir que nous souhaitons le plus proche possible, de la formidable solidarité notariale garantie par une assurance collective de la profession visant à réparer tout dommage causé au client par un des nôtres ainsi que la mise en place d'une caisse de garantie.

Rappelons enfin que nonobstant les regrettables exemples donnés plus haut, les clients ressortent dans l'ensemble satisfaits de nos études : nous en voulons pour preuve le nombre insignifiant de procédures diligentées à l'encontre de nos actes au regard du volume global du contentieux mauricien.

Ce n'est donc pas tant un dysfonctionnement systémique qui écorne l'image du notariat qu'un manque d'information quant à la fonction notariale. À ce titre, une fois la professionnalisation du notariat suffisamment engagée, nous pouvons envisager la mise en œuvre de campagnes de communication destinée aux membres du public, afin de les éclairer sur l'aide que peut leur apporter leur notaire.

⁵¹ Il convient de relever que dans un ouvrage anonyme datant de 1629, publié à Rouen et intitulé « Nouveau style et protocole des notaires », la rubrique « Instruction pour les notaires et les tabellions » posait déjà les critères indispensables à l'exercice de la profession notariale : « Premièrement les notaires doivent estre personnes discrettes, meures bien renommées,

de bonne vie et honneste conversation, peu parlans et bien entendans et escoutans ce qui est contracté devant eux ». Cette formule, traduite dans un français moderne et insérée dans un Code de déontologie notariale, serait d'une actualité frappante.



CONCLUSION

Il est permis de s'interroger sur l'opportunité de « conclure » un thème dont le second volet invite à un examen des perspectives d'*avenir* de la profession.

Nous prenons le parti de considérer que l'immense honneur qui a été conféré au notariat mauricien – et par extension, à notre pays tout entier – d'accueillir le Congrès annuel de la CAAF ne constitue pas un aboutissement, mais plutôt un commencement, annonciateur d'une nouvelle ère de coopération pan-africaine.

L'Ile Maurice est riche d'une expérience unique, fruit d'un brassage de systèmes juridiques multiples, historiquement jugés irréconciliables. Le notariat mauricien, pourtant issu d'une tradition purement civiliste, a démontré sa capacité à s'adapter et à survivre dans un environnement fortement soumis à l'influence anglo-saxonne, sans jamais renier ses racines latines.

Pour sa part, l'Afrique, longtemps laissée en marge du développement économique international, fait à présent l'objet de toutes sortes de convoitises générées par ses richesses naturelles et minérales. Ceux qui auparavant la délaissaient l'approchent maintenant avec des offres patelines, assorties de vœux de fraternité aussi peu crédibles qu'éphémères.

Qui, plus que l'Afrique, a maintenant besoin d'une protection juridique efficace, érigée en rempart contre les déséquilibres contractuels qu'engendrera un soudain afflux de capitaux étrangers ?

Sans vouloir nous lancer dans une généralisation hâtive, nous pouvons raisonnablement supposer que dans une négociation entre un humble propriétaire d'étendues de terrain aride ne générant aucun revenu agricole, et un géant de l'industrie minière, détenteur de ressources financières et juridiques quasi-illimitées, intéressé par l'exploitation du

tréfonds dudit terrain, c'est ce dernier qui fera pencher fortement la balance contractuelle en sa faveur⁵².

Ainsi, pour clore – et non conclure – notre rapport, nous voudrions exprimer la volonté de notre notariat, qui à n'en pas douter reflète celle de notre Etat, de partager avec nos confrères du grand continent africain la somme des connaissances accumulées à Maurice de par la pratique d'un multijuridisme déjà bicentenaire, et de servir de passerelle entre les droits anglo-saxon et napoléonien.

En retour, il ne fait aucun doute que l'Ile Maurice sortira grandie de ses échanges avec le(s) notariat(s) africain(s). Par exemple, les solutions dégagées par des pays de pur droit civil dans le domaine du commerce transfrontalier et des affaires internationales constitueront, à Maurice, un instrument précieux et un précédent opposable dans le cadre de la lutte contre l'imposition de formules anglo-saxonnes passepartout, prétendument indispensables au fonctionnement structurel de l'économie.

Cet échange, ce partage, serait le plus bel hommage que nous pourrions rendre aux notaires médiévaux qui, au lieu de garder jalousement le secret de leurs meilleures formules, ont choisi de disséminer leurs connaissances auprès de leurs confrères.

Le notaire, c'est l'Etat. Et l'Etat, c'est le peuple. En mettant ses compétences au service du peuple, le notaire devient le maillon qui referme cette boucle sociale et juridique qui sous-tend toute société fondée sur un modèle démocratique.

En conséquence, nous invitons chacun des notariats représentés au XXIII^{ème} Congrès des Notaires d'Afrique à réaffirmer solennellement le vœu collectif de la profession de servir son peuple, au nom de son Etat, comme elle l'a toujours fait, avec intelligence, rigueur, humilité, et discrétion.



⁵² Pour dissiper toute ambiguïté, nous ne faisons référence ici qu'à l'équilibre contractuel (et non financier) entre les parties. Il est légitime que les lois du marché dictent le prix d'acquisition du bien, aussi peu élevé soit-il ; il n'est pas admissible que

le contrat de concession du tréfonds contienne en outre des clauses exorbitantes en faveur du seul exploitant, au détriment du propriétaire.



EDICIÓN E IMPRESIÓN
JULIO DE 2012
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
BUENOS AIRES - ARGENTINA
