

Article

« Les notaires, le droit et société : la période 1789-1989 »

Alain Moreau

Les Cahiers de droit, vol. 42, n° 3, 2001, p. 461-476.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043653ar>

DOI: 10.7202/043653ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Les notaires, le droit et société : la période 1789-1989

Alain MOREAU*

	<i>Pages</i>
1 La période 1789-1804	462
2 L'évolution du droit depuis 1804	466
3 L'esquisse d'un bilan	470
4 Perspective et prospective	472

C'est toujours avec une émotion particulière qu'un Français intervient au Québec.

Mélange d'affectivité et peut être aussi de remords, cette sensation est le fruit d'une histoire qui, avant l'arrachement, nous a été commune, d'une culture qui le demeure et d'une attraction réciproque, spécifique et inaltérable, puisqu'elle a su jusqu'ici résister et vaincre tous les périls.

Pour le juriste, ce sentiment se double d'une considération toute particulière envers ses homologues québécois, qui ont su importer puis maintenir, en dépit de l'occupation et de la situation politique consécutive, l'esprit du droit romano-germanique, en même temps qu'ils y amalgamaient parfois certaines données issues de la common law, quitte à les franciser.

* Notaire et président de l'Institut international d'histoire du notariat, France.

Ces prolégomènes énoncés, il convient d'en venir à la réflexion souhaitée sur le développement du droit en France au cours des 150 dernières années et sur l'éventuelle contribution du notariat français à son progrès.

1 La période 1789-1804

La spécificité française, notion invoquée souventes fois mais bien réelle, contraint à remonter, en raison des événements historiques, non à 150 ans, mais aux années précédant 1789.

Alors et depuis le *xvi^e* siècle, le royaume, divisé très schématiquement en pays de droit écrit et de droit coutumier, était en réalité régi par 65 coutumes générales juxtaposées à environ 300 coutumes secondaires, contenant des dispositions locales dérogoires. Cette législation, fixée par sa rédaction au cours de la Renaissance, coexistait elle-même avec le droit canon qui régissait notamment le mariage et la filiation, mais aussi avec le droit romain, influent dans le domaine des contrats et obligations.

La cohérence intellectuelle du système était d'autant plus sujette à caution que, dans certains domaines, les biens de roture connaissaient un sort distinct des biens nobles, et que la publication écrite des coutumes, si elle avait eu pour résultat d'en stabiliser le contenu, avait aussi eu pour corollaire sa « rigidification », ce qui contredit l'expression de la coutume, en elle-même évolutive, en entravant tout mouvement.

Il était recouru en certains cas au droit romain comme supplétif, mais, nonobstant l'œuvre de certains glossateurs, par des interprétations divergentes, en faisant surtout une référence intellectuelle guidant le raisonnement des juristes.

Les questions particulières ou transitoires étaient tranchées au moyen d'édits ou de déclarations royales.

Il avait été tenté d'obvier à ces difficultés au moyen d'arrêts de règlement prononcés par les parlements, qui seront ensuite interdits par le *Code civil*.

La monarchie elle-même s'était souciée de la question et, sous l'impulsion de Louis XIV, avaient été promulguées de grandes ordonnances unifiant le droit sur des sujets précis : code Louis (procédure) en 1667, Ordonnance sur les eaux et forêts (1669), code Marchand (1670 : il deviendra le Code de commerce).

Louis XV avait suivi, à l'initiative du chancelier d'Aguesseau la même ligne de conduite par les ordonnances sur les donations (1731), sur les testaments (1735) et sur les substitutions (1747).

À cet amalgame disparate s'opposait une volonté ancienne de codifier. Elle puisait son inspiration loin dans le temps puisque le roi des Ostrogoths, Théodoric, déclarait déjà au VI^e siècle : « nous ne pouvons permettre que les Goths et les Romains vivent sous des lois distinctes alors que nous les unissons dans une même affection ». Comynnes sous Louis XI puis Colbert dans un mémoire de 1665 réclament une coutume générale et unique. D'Aguesseau en 1727 souhaitait « un seul corps de législation », ou « une espèce de code », mais l'état d'alors du royaume avait imposé une démarche prudente et par étapes que la révolution allait accélérer. La doctrine n'était pas absente de cette volonté, puisque depuis Domat (traité des lois civiles de 1689), bien des commentateurs avaient tenté une unification.

Ce qui s'appelle communément le « droit intermédiaire », lancé par la Révolution française de 1789 à 1804, allait procéder à une réforme fondamentale.

Les cahiers de doléances provenant de l'ensemble de la nation y incitaient les élus, qui avaient réclamé d'abord une réforme de la justice, mais aussi pour certains une unification du droit en employant parfois l'expression « Code civil », « Code national » ou « Code français ». Cette volonté de clarification s'opposait au galimatias judiciaire et juridique critiqué à l'instar de la pédanterie. Un cahier de doléances ne protestait-il pas contre ceux qui en appellent à « l'opinion d'un commentateur, d'un grec, d'un romain, d'un chinois » ?

L'influence notariale était loin d'être absente de cette manifestation de volonté. Ainsi, « selon les généralités du royaume les Notaires ont formé de 10 à plus de 50 % des rédacteurs ou inspireurs des revendications¹ ».

Cette exigence s'inspirait aussi d'exemples étrangers puisque depuis le milieu du XVIII^e siècle, la Bavière et le Piémont de même que l'archipel Maltais avaient adopté des codifications. Cependant, il s'agissait de textes répondant à des nécessités techniques immédiates, ce dont leur rédaction, parfois confuse et illogique, se ressentait fortement.

La nuit du 4 août, faisant suite à la grande peur et abolissant les privilèges, ne pouvait qu'accentuer cette démarche de rénovation du droit. C'est pourquoi une loi des 16-24 août 1790 stipulait ceci : « il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume ».

Cette décision s'accompagnait de diverses mesures tendant à « régénérer la Société », idée qui a toujours guidé au cours du temps et de l'espace les divers révolutionnaires, même si l'histoire a rétrospectivement prouvé

1. C. LECOMTE, *Gnomon* n° 67.

sa stérile vanité. C'est au nom de ces principes qu'était par exemple décrétée le 2 septembre 1790 la suppression de la profession des avocats qui « vivent des querelles des autres ».

En pratique, la Révolution devait connaître deux périodes.

Pendant la première, des textes d'un modernisme probablement trop avancé pour l'époque mais remarquable par son aspect prospectif étaient édictés : le mariage devenait un contrat de droit civil, l'administration commune par les époux des biens était prévue ; de même en était-il de l'égalité entre enfants naturels et légitimes. Cette clairvoyance s'assortissait d'autres dispositions proprement aberrantes. Ainsi, en 1793, une loi prévoyait d'appliquer les nouveaux principes de règlement des successions aux dossiers ouverts depuis 1789, ce qui était bien entendu irréalisable.

La seconde période devait en revenir à des concepts plus en adéquation avec la réalité socioéconomique du temps. Parallèlement, divers projets de code avaient été proposés, mais sans consistance véritable, essentiellement par Cambacères, éminent juriste, ainsi que par Jacqueminot ou d'autres. Leur rédaction se ressentait de l'état d'esprit existant au moment de leur présentation et les circonstances comme leur qualité rédactionnelle devaient les vouer à l'échec.

Simultanément, le notariat en tant qu'entité était lui-même constamment l'objet de projets de réforme. La seule qui vit le jour a été une loi des 1-20 et 29 septembre 1791, promulguée par Louis XVI le 6 octobre 1791. Elle contenait diverses dispositions constituant l'unification et une réforme de la profession notariale. Cependant, la teneur de certaines de ses dispositions mais surtout les circonstances ayant accompagné et suivi sa promulgation devaient la rendre inapplicable.

Divers facteurs circonstanciels compliquaient en effet la situation : organisation défectueuse des concours préconisés par ce texte, obligation pour être nommé notaire de fournir un certificat de civisme, et ainsi de suite.

Cette époque allait avoir une influence considérable sur le sort des quelque 16 000 à 18 000 notaires exerçant en France à la fin du XVIII^e siècle, ce qui, pour les 28 millions d'habitants du royaume, constituait un rapport de 1 notaire pour 1 500 habitants ou 0,06 p. 100 de la population exerçant le notariat. Il est à noter que ce ministère notarial s'accompagnait souvent d'un cumul de professions ensuite interdit par les dispositions des textes révolutionnaires, mais causé par la nécessité de vivre. De nombreux notaires de province ajoutaient en effet à leur fonction d'autres fonctions, constituant un apport économique indispensable, depuis celle de procureur fiscal (représentant du seigneur auprès de sa juridiction) jusqu'à, pour les

notaires seigneuriaux, des métiers divers et variés, parfois en inadéquation avec la dignité de la fonction notariale.

Dans ce « marécage juridique », les notaires avaient cependant tenu un rôle considérable, de même qu'ils continueraient à le faire, ce qu'allait prouver la suite des événements.

Il est courant en effet et presque commun de considérer que l'évolution du droit provient essentiellement de la doctrine et de la jurisprudence. Il est cependant une autre donnée souvent oubliée ou occultée, qui contribue au moins aussi puissamment que les deux précédentes à ce mouvement : la pratique et, au premier rang, la pratique notariale. Elle participe en effet quotidiennement à la progression de l'action juridique de même qu'à l'application immédiate et instantanée de celle-ci dans le domaine du concret.

C'est ainsi que dès l'Ancien Régime de nombreuses clauses d'actes notariés seront reprises par Pothier dans ses traités et que le *Code civil* dans le chapitre des contrats et obligations sera inspiré jusqu'à la phraséologie par les formules notariales dont celui-ci s'était fait le théoricien. Car la formule est libre, elle respecte souvent la jurisprudence mais parfois aussi s'en affranchit pour le plus grand bien du développement du droit. Elle découvre également à celui-ci des champs nouveaux pour répondre aux besoins exprimés par les citoyens, qui s'adressent au notaire pour lui demander de traduire en termes de droit et de mettre en adéquation avec la loi les volontés qu'ils expriment.

Les actes reçus dès avant la Révolution par les notaires français concernaient aussi bien le droit de la famille que le droit des biens, les mutations économiques et ce qu'il est convenu d'appeler maintenant l'« entreprise », puisqu'il existait en France « plus de 500 motifs de rendre visite à son notaire² ».

Bien mieux, plusieurs sortes d'actes étaient alors authentifiées par-devant notaire qui aujourd'hui ne nécessitent plus le concours de l'officier public : par exemple, des contrats d'apprentissage, de droit du travail, des devis et marchés, des commandes artistiques.

Au travers de cette activité dense et multiforme, les notaires avaient été amenés à créer des concepts de droit repris ensuite par la jurisprudence et la doctrine et entrés dans les mœurs.

2. JURGENS, *Gnomon*, n° 29, janvier 1983.

Toutefois, l'unification, tant désirée, attendait un réalisateur. Celui-ci devait être Bonaparte.

2 L'évolution du droit depuis 1804

L'unification du droit répondait à la volonté de Bonaparte d'attacher son nom à une grande œuvre législative : « ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil » déclarera-t-il plus tard à Sainte-Hélène.

Cette unification coïncidait avec la fin des crises politiques issue de la promulgation du consulat et répondait aux aspirations des citoyens ainsi satisfaites par le pouvoir, car, si la liberté politique sera parfois chichement mesurée aux Français sous le Premier Empire, la liberté civile ne leur sera aucunement contestée. Par ailleurs, la promulgation d'un corpus législatif se conjugait avec la réorganisation générale de l'État et des corps judiciaire et administratif voulue par le premier consul.

La mise en œuvre de la codification, instaurée là encore par le concours de Cambacères, devait être confiée à quatre éminents juristes : Portalis, Malville, Tronchet, ex-avocat de Louis XVI, et Bigot de Préameneu.

Issus géographiquement du nord et du sud du pays, tous modérés, ces juristes devaient avec le concours des juridictions, du Conseil d'État et la participation personnelle du premier consul, rédiger les textes conduisant à la promulgation par la loi du 30 Ventose XII du *Code Civil*, selon Portalis : « Loi pour tous ». Celui-ci avait été précédé par la promulgation le 16 mars 1803 (25 Ventose XI) de la loi dite « de Ventose » ; véritable Code du notariat français d'une remarquable rédaction, elle définissait aussi bien la fonction que l'accès à celle-ci, les catégories de notaires, fondues en un seul notariat national, les caractéristiques de l'instrument notarié par excellence qu'est l'acte authentique quant au fond et quant à la forme, la responsabilité des notaires, la discipline et la déontologie.

La perfection de sa rédaction devait lui valoir, malgré certaines lacunes qui conduiraient à édicter des textes complémentaires, de faire à l'instar du *Code civil* le tour du monde, par ses seules qualités intellectuelles.

Le Code lui-même constituait un ensemble clair et cohérent. Son article 1317 édictait que « l'acte authentique est celui qui a été reçu par l'Officier Public ayant droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises ». Lors de la discussion préliminaire, il avait été souhaité qu'il soit rédigé avec plus de précision. Mais était intervenu Regnaud de Saint Jean d'Angely qui avait rappelé que, l'agent d'application du droit civil qu'est le notaire ayant déjà été l'objet d'un texte l'année précédente, il était inutile d'ajouter quelque complément que ce soit. Elle

était d'ailleurs reprise de Pothier, qui donnait comme exemple d'officier public le notaire³.

Le corps notarial dans son entier allait avoir à faire face à un bouleversement de la pratique quotidienne du droit rarement rencontré au cours de l'histoire, issu du changement législatif radical intervenu, le *Code civil* étant suivi de l'ensemble de la codification (par exemple, le *Code de commerce*, le *Code de procédure pénale*). Il faudra à chaque notaire connaître non plus les règles de l'ancien droit, variables à de nombreux égards d'un lieu à l'autre, mais les codes. Il y aura lieu de tenir compte très rapidement de la jurisprudence et de la doctrine nouvelles. Pour aider la profession dans cette approche, de multiples outils devaient se créer : écoles de notariat, ouvrages de doctrine, presse professionnelle à vocation essentiellement technique.

Cet ensemble de facteurs est la preuve éclatante que le droit notarial constituait dès cette époque, comme sous l'ancienne monarchie, une branche autonome et au surplus très vivante de la science juridique.

Car le notariat d'alors allait remplir la mission, dans le domaine contractuel privé, de faciliter à ses contemporains l'accès au nouveau droit, en le façonnant pratiquement de manière qu'il devienne aisément utilisable par le commun des Français. Il est à observer au surplus que, pendant les premières années d'application de la codification, toute indication directive sera absente, et que ce sera aux notaires de faire face au mieux à cette vacuité pour y suppléer par la pratique. Celle-ci sera le plus sûr garant de la transition, et c'est par elle et par ses artisans quotidiens que sont les notaires que sera appliquée « en douceur », à l'ensemble de la France, la rénovation législative.

L'attitude professionnelle du corps notarial sera donc exempte de toute critique et exemplaire en ce qui concerne l'exercice de la fonction. Pourtant « le corps notarial n'avait pas toujours été ménagé, ni ses archives, par la Révolution⁴ ». Sur les plans personnel et politique, les individus seront comme tous les Français d'opinions diverses, et la Révolution aura permis de trouver des notaires royalistes, comme Charrier (sans omettre Cadoudal, clerk de notaire), et d'autre fervents républicains, tel Goupillaud de Fontenay, ou bonapartistes, par exemple Frochot.

3. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, 4^e partie, chapitre 1, Paris, Librairie de l'œuvre de Saint-Paul, 1883, p. 367.

4. A. MOREAU, *Les métamorphoses du scribe, Histoire du notariat français*, Paris, Éditions Socapress, 1989.

Notons que la codification ne sera pas un achèvement mais un commencement. Elle sera suivie, de 1804 à l'époque actuelle, de nombreuses ouvertures de chantiers législatifs et de la découverte de nouveaux champs du droit. Exemple parmi bien d'autres, le droit social objet de deux articles dans le Code de 1804 a donné lieu à ce jour à un code du travail complexe et formaliste.

Car le droit lui-même est en expansion continue, abordant de nouveaux secteurs, depuis l'environnement jusqu'à l'espace. Il se concrétise aussi par une judiciarisation ayant atteint un tel degré qu'elle conduit à la recherche de solutions de remplacement telles que la médiation et l'arbitrage.

Il en résulte, par la combinaison de divers facteurs, une précarité du droit, fille aussi de l'État spectacle, de l'action politique éparpillée, de la pression médiatique engendrant des changements législatifs et réglementaires circonstanciels rapides et résistant mal à la durée ; aussi parfois dans le domaine fiscal, de l'application anticipée de textes législatifs non encore votés par les représentants du peuple....

Sur le plan du droit pur, le *Code civil* a pendant 100 ans été considéré comme un monument quasi intouchable, en dépit de critiques feutrées et disparates, d'origine française ou étrangère, allant crescendo au fur et à mesure de l'écoulement du temps.

Ardentes et apparentes au long du xx^e siècle, ces critiques iront jusqu'à susciter, pour répondre à l'évolution sociale et économique, de grandes réformes, proposées essentiellement sous l'impulsion des gouvernements du général de Gaulle après 1958, mettant à jour la codification en de nombreux domaines.

Le notariat devait faire bénéficier cette évolution législative des améliorations qu'il avait apportées, mais aussi et surtout de certaines créations issues de sa pratique. Exemple, parmi d'autres, la vente d'immeubles à construire. Imaginée par le notariat en un secteur où n'existait aucun texte, elle devait faire l'objet d'actes authentifiés, relevant du droit contractuel pur. Le premier texte l'officialisant serait ensuite une loi fiscale appliquant à ce type d'actes la taxe à la valeur ajoutée, jusqu'à ce qu'il soit ajouté au *Code civil* les articles 1600-1-1 et suivants sous le titre : « Ventes d'immeubles à construire », reprise pure et simple de ce qu'avait élaboré la technique notariale.

Après comme avant 1789, la pratique notariale, dépourvue de l'autorité qui est l'attribut de la *Juris Dictio* et essentiellement concrétisée par la formule, a pour elle la multiplicité des situations auxquelles elle doit répondre et la généralisation de sa diffusion. Il en résulte un caractère

commun qui pourrait être dénommé l'usage. Celui-ci acquiert peu à peu force de règle. Cette dernière s'impose progressivement, et souventes fois, au législateur, donnant toute sa véracité à la formule de Portalis, car elle répond à la volonté des codificateurs de « lier les mœurs aux lois ». Ainsi, pratique notariale et législation s'additionnent pour répondre à l'évolution ayant engendré l'urbanisation, l'industrialisation, le développement économique et social, mais aussi pour respecter les conventions internationales qui se multiplient depuis ce siècle et, enfin, la naissance et l'évolution du concept européen.

Quant au corps notarial lui-même, il a suivi le sort de la nation de manières diverses. Il s'est d'abord numériquement réduit tout au long du XIX^e siècle, accompagnant la désertification de certains secteurs ruraux et l'urbanisation croissante. En 1900 on ne comptait plus, par suite de suppressions d'études essentiellement, que 9 000 notaires environ. Leur nombre tombait à 5 000 à peu près vers 1960 pour remonter actuellement à plus de 7 700, soit 1 notaire pour 7 800 habitants, ou 0,01 p. 100 de la population.

Cette recrudescence est due aux besoins des citoyens qu'il fallait satisfaire, ce à quoi la création des sociétés civiles professionnelles allait contribuer, de même que la création depuis 1962 par l'État d'un certain nombre de cabinets dans des secteurs urbanisés qui en étaient dépourvus auparavant.

Ce chiffre peut être comparé à celui du Québec, où il existerait 1 notaire pour 2 200 habitants environ, et la problématique de l'adéquation du nombre de notaires au regard des besoins des citoyens n'est pas sans susciter bien des interrogations.

L'activité notariale se traduit actuellement en France par 4 millions d'actes par an environ, la visite dans les cabinets de 15 millions de clients et une part du marché du droit de 45 p. 100 en diminution relative cependant par rapport à ce qu'elle était il y a une vingtaine d'années, la part dévolue à d'autres ayant augmenté. Cette évolution est due sans doute aussi à l'ouverture de nouveaux champs du droit desquels le notariat est absent : procédure en des domaines nouveaux, internationalisation, et autres.

La situation sociale du notaire, notable tout au long du XIX^e siècle et durant la première partie du XX^e siècle, devient peu à peu celle d'un prestataire de service, comme le sont celles d'autres professions qui lui sont comparables sur ce plan.

L'acte que le notaire élabore, soit l'acte authentique, conserve par ailleurs toutes ses qualités intrinsèques : force probante, force exécutoire et conservation.

Soulignons que l'exécution forcée, à l'instar de celle d'un jugement, de l'acte authentique est essentielle à son utilité et ne peut être dissociée de son caractère d'authenticité, pas plus que la force exécutoire d'un jugement ne peut être détachée de la qualité de celui-ci. Cette exécution revêt maintenant un caractère international, en Europe du moins, par suite des conventions dites de Bruxelles et de Lugano. Une telle situation pourrait éventuellement susciter une évolution des mentalités et des principes régissant, au Royaume-Uni du moins, le système dit de *common law*.

3 L'esquisse d'un bilan

De ce survol de l'histoire et du destin passé du notariat, est-il possible de tirer l'esquisse d'un bilan ? Avant de le tenter, il convient de s'entendre sur le sens des mots. Il est ici question en effet du développement du droit et de la justice.

Le terme « droit » a par lui-même diverses acceptions. En philosophie, il signifie ce qui est légitime et qui parfois s'oppose au fait ou à la force. Sur le plan moral, il a pour sens ce qu'il est possible d'attendre d'autrui, par opposition au sens du mot « devoir ». Pour l'action juridique elle-même, trois distinctions sont faites :

- le droit naturel, qui répond aux aspirations de l'individu ;
- le droit positif, issu de la sphère romano-germanique de la législation, éventuellement par les influences ayant conduit à la promulguer ; pour la *common law*, il s'agit du résultat de la coutume et du précédent ;
- le droit objectif, qui résulte de la loi, mais doit conduire au droit subjectif, répondant aux droits de la personne.

La justice peut, elle, être spéculative ou opérative. Le premier concept répond à celui de la philosophie, et elle caractérise alors ce qui est équitable, répondant à la notion morale de respect absolu des droits d'autrui.

Conçue comme une science juridique, vision plus concrète, la justice est le pouvoir de faire droit à chacun. Elle se distingue de l'équité, dont il est cependant souvent souhaité la rapprocher. Elle peut être commutative, selon la pensée de Grachus Babœuf : « À chacun la même chose » ou redistributive, selon l'idée de Karl Max : « À chacun selon son mérite ».

Si la justice conduit naturellement à l'équité, il y a lieu de se remémorer le sens de ce terme autre que celui, très particulier, qui a été imaginé par la doctrine juridique des pays de *common law*.

Notion purement philosophique et morale, l'équité est le respect des droits de chacun. Elle est tout naturellement un corollaire des droits de la

personne, qu'ils concernent l'être (vie privée, liberté d'opinion et d'expression, liberté de déplacement, droit à l'intimité s'il est lié au secret professionnel, protection contre l'intrusion informatique, droit au savoir et à la culture, droit du travail et au travail, droit au logement, droit d'organiser sa propre incapacité future et présomption d'innocence assortie du droit à la défense) ou l'avoir (personnalité juridique, droit de propriété, droits économiques, droit de transmettre à titre onéreux ou gratuit).

Le résultat de toutes ces composantes est-il un meilleur droit, une meilleure justice ? Le notariat y a-t-il contribué ?

Avant de tenter une réponse, il faut se remémorer, même s'ils sont bien connus, l'existence forte de plusieurs phénomènes contemporains.

Au premier rang d'entre eux, l'inflation des actes de procédure, tantôt civile tantôt pénale, aux causes multiples parmi lesquelles, peut-être et en partie, une influence anglo-saxonne. En face, les moyens mis en œuvre pendant longtemps pour y remédier, en France du moins, se sont révélés matériellement insuffisants.

S'y adjoint l'instabilité chronique de nombre de données considérées autrefois comme intangibles. Parmi elles se situe le concept de justice, devenue évolutive, parfois volatile et répondant à l'instabilité médiatisée d'événements ponctuels fragmentaires. Car, si comme l'a si bien exprimé Montesquieu, « le Juge est la bouche de la loi », celle-ci est devenue complexe et parfois fluctuante, comme la société et l'État le sont.

Au surplus, la notion d'équité peut devenir subjective et dépendre du sens qu'en a chacun, et la loi n'est plus toujours adaptée à la société, contrairement à la volonté qu'avaient les codificateurs au premier rang desquels figure Portalis.

La conséquence en est un nombre de situations de droit où des individus sont « hors la loi », au sens étymologique de cette expression, puisque, volontairement ou non, ils préfèrent, pour éviter toutes complications, se situer dans le domaine du non-droit.

De telles situations existent dans la sphère de droit privé autant qu'en d'autres.

Devant cette problématique, force nous est de constater que la justice est rendue du mieux possible.

Le notariat, quant à lui, a exercé et exerce toujours une sorte de justice d'amont, par la prévention des litiges qu'il désamorce avant leur naissance judiciaire ainsi que par la création, souvent *ex nihilo*, de solutions ensuite reprises par la jurisprudence et la législation pour améliorer le sort des citoyens.

Curieusement, en France, l'État (et notamment l'exécutif de l'État) hésite à confier au notariat des prérogatives supplémentaires qui contribueraient à conforter encore l'aide qu'il apporte tout en soulageant les juridictions contentieuses surencombrées. Cela est d'autant plus surprenant que dans une partie du territoire national (Alsace et Lorraine autrefois « annexées »), le notaire bénéficie de pouvoirs accrus qui lui permettent de contribuer d'importance à la bonne marche et au soulagement de l'institution judiciaire. Si une réflexion en ce domaine était menée à bien, la comparaison objective ne pourrait que conduire à généraliser le renforcement de ses attributions afin que la justice soit mieux rendue et le droit mieux appliqué.

Si tant est que le domaine du droit puisse s'apprécier en « parts de marché », notion purement économique qui, philosophiquement, se heurte violemment à sa conception même, mais qu'il faut bien tolérer, influence anglo-saxonne et *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) obligent, temporairement du moins, le notariat représente encore une portion importante.

Parfois son absence, eu égard à l'évolution et à l'émergence de nouveaux domaines d'application qui ne lui sont pas confiés, se justifie ou se comprend, parfois elle est préjudiciable aux citoyens et absolument anormale, et sans que pour autant les décideurs s'en soucient.

Par contre, l'acte que le notaire élabore, soit l'acte authentique, conserve toutes ses qualités intrinsèques.

L'avenir seul dressera un bilan certain, toute approche immédiate étant faussée par le défaut de distanciation. Elle est également altérée par la subjectivité d'opinion de chacun des analystes. Aussi neutre qu'il soit possible de l'être, il semble pourtant qu'une synthèse historique à long terme ne pourra que conduire ses auteurs à dégager nombre d'aspects positifs justifiant à eux seuls l'utilité sociale de la fonction.

Cette réflexion mène l'esprit droit à une approche de l'avenir.

4 Perspective et prospective

Là comme ailleurs, il convient de discerner le sens des termes.

La perspective est l'analyse à court terme. Selon Berger, qui en est à l'origine, elle consiste à « juger ce qu'aujourd'hui nous sommes à partir de l'avenir, au lieu de faire la démarche inverse, qui est la démarche courante qui consiste à décider de l'avenir d'après ce que nous sommes actuellement ». Elle ne peut porter que sur des concepts généraux, globaux, synthétiques et à long terme. Science humaine, elle est par essence floue, mais

non obscure. Au regard de ces notions, la réflexion ne peut aborder que quelques critères : rôle du langage, droit et non-droit, puis finalité du droit.

Devant ces données se situent les interrogations du notariat sur son propre devenir.

En ce qui concerne le rôle de la langue, il est à regretter l'heureuse époque où Rivarol obtenait un prix de l'Académie de Berlin pour avoir rédigé un « discours sur l'universalité de la langue française » (1784). Il attribuait celle-ci à sa clarté et à sa cohérence : « ce qui n'est pas clair n'est pas français ». Des notions dont l'avenir devait révéler qu'elles sont essentielles lui avaient sans doute, en partie du moins, échappé.

Ainsi en est-il de l'oubli que le rayonnement d'une langue est lié au nombre de personnes qui l'utilisent et à la puissance des nations dont elle est l'idiome.

Sur ces plans, la situation qui caractérisait son époque et la nôtre sont bien différentes, cela expliquant sans doute en grande partie l'évolution des influences linguistiques. Elle s'est opérée au détriment du français et, selon toute apparence immédiate, au bénéfice de l'anglais. Cependant, rien ne permet d'affirmer qu'il en sera de même dans 100 ou 200 ans, la situation n'étant nullement figée et d'autres candidats à l'universalité se présentant : l'espagnol (en progrès numérique), le chinois, l'hindi, pour ne nommer que ceux-là.

Par conséquent, c'est sur la seule qualité de la pensée juridique de même que sur l'abondance et la clarté des termes permettant de l'exprimer qu'il faut compter pour imposer une pensée, en droit comme ailleurs. Cela constitue une raison supplémentaire pour continuer à utiliser la langue française. Elle a été jusqu'à ce jour le véhicule d'expression d'illustres juristes. Le style du *Code civil* a constitué une démonstration concrète de l'exactitude du propos de Rivarol. Elle est aussi la langue des rédacteurs de la *Déclaration des droits de l'homme*. Ses vertus intrinsèques lui permettent de constituer un vecteur de la pensée, vaste et subtil à la fois.

L'évocation de la notion de droits de la personne ne peut que conduire au second point : la défense du droit contre la jungle. Le GATT ou l'Uruguay Round dont les actes finaux se sont signés en 1993 à Genève, les projets qui lui font suite, ne peuvent que susciter l'interpellation scandalisée des juristes de la sphère romano-germanique. Pour eux, il est inconcevable de rattacher le domaine du droit à celui des services, dans une éthique de nature essentiellement commerciale. Cela entraînerait diverses conséquences considérées comme très néfastes : la généralisation du contentieux et surtout le mercantilisme universel.

Sur ce dernier point, l'interrogation philosophique — élémentaire mais indispensable — conduit à devoir répondre à la question : tout peut-il se vendre ? Si tel est le cas, la notion même de droits de la personne est en grand péril. Si le droit est vendu ne sera-t-il pas possible ensuite (cela s'est déjà vu nombre de fois dans l'histoire) d'acheter des votes, puis d'acheter des corps ?

L'aspect pernicieux de cette démarche ne peut que se révéler avec éclat à qui réfléchit. Elle peut conduire à une résurgence du totalitarisme, et la pire, car elle serait sournoise.

Une telle assertion peut paraître fantasmatique. Elle ne l'est malheureusement pas. La lecture d'une revue française à grande diffusion, peu suspecte d'exagération de par la nature même du public auquel elle s'adresse, révèle que les États-Unis subventionnent l'importation de leur système juridique, de préférence à l'autre dans divers pays, et qu'à ce titre plus de 15 millions de dollars ont été investis dans les pays de l'Europe de l'Est, au Vietnam et au Rwanda⁵.

Par conséquent, le premier pas dans une direction néfaste aux droits de la personne est déjà fait, car c'est essentiellement par la conviction, la comparaison et la démonstration du caractère préférable d'un système qu'il faut justifier son adoption.

La finalité du droit est-elle en effet un mercantilisme universel ? Sinon, qu'est-elle ou que doit-elle être ?

Pour répondre, en ce qui concerne le notariat, il faut d'abord constater que le droit qui existe sous forme de lois générales se réalise semblablement en matière contractuelle qui en constitue l'une des applications. Celle-ci est de nature positive, par opposition au contentieux. Elle résulte de l'existence de la volonté manifestée selon les formes. Ces dernières contiennent et réalisent la volonté exprimée par l'être intellectuel avec lequel elle constitue un tout indissociable. Le processus conduisant à sa réalisation, pour être équilibré et garantir la certitude d'unité de plusieurs volontés indépendantes, ne peut être qu'arbitré, pondéré, constaté et authentifié par un tiers investi par l'État, dont la fonction doit avoir des caractéristiques similaires à celle d'un magistrat. Le titulaire de cette mission est le notaire. Il agit, il authentifie, dans le cadre du droit préventif par différenciation avec le droit curatif que constitue la common law.

Cette vision, sans doute idéale, ne dispense pas le notariat de s'interroger sur son devenir. Il le fait d'ailleurs en suivant plusieurs axes, complémentaires :

5. *L'Express*, 2 septembre 1999.

- le premier axe est celui de la modernisation, non du concept et du principe de l'authenticité qui sont intangibles, mais des modalités d'application. Il ne peut qu'accompagner en effet, quant à celles-ci, l'évolution galopante des technologies, sauf à dépérir ou mourir ;
- le second axe est l'extension de ses champs d'activité par l'abord de créneaux nouveaux.

Ce point en amène inéductablement un troisième : le notariat doit pour ce qui précède obtenir non seulement l'approbation mais d'abord convaincre intellectuellement et politiquement les pouvoirs publics — en France du moins — de la nécessité pour la société de son existence. Compte tenu des clivages, des idées et de la méconnaissance dont il est l'objet, cette dernière démarche n'est pas la moins ardue.

Toutefois, au-delà, son avenir est aussi tributaire des choix de société qui seront faits internationalement. Le notariat est en effet l'agent essentiel de prévention des litiges dans le domaine contractuel, contribuant par sa seule activité, et sans qu'il en coûte rien aux États dans lesquels existe un notariat, à une diminution du coût de l'administration de la justice et au désencombrement des juridictions contentieuses. Par exemple, aux États-Unis, le produit national brut (PNB) a été multiplié par 50 depuis 1930 ; le contentieux de la responsabilité, lui, a été multiplié par 300 pendant la même période. Et le coût de la justice dans les pays où il existe un notariat est inférieur de 1 à 4 ou à 6, à ce qu'il est là où il n'y en a pas.

Le même notariat protège par ailleurs les consommateurs par l'équilibre contractuel auquel il veille et constitue par le contrôle de légalité qu'il exerce l'un des agents de garantie de l'État de droit. Le Parlement européen l'a reconnu expressément par une résolution du 18 janvier 1994.

Dans les pays de common law mêmes, une interrogation récurrente existe sur l'éventuelle instauration, dont le processus reste à déterminer, de notaires au sens latin du terme, ou de personnages dont la fonction serait similaire.

Car in fine seuls comptent l'intérêt de la société et le choix entre deux systèmes de droit : consensuel ou conflictuel. Si le choix s'arrête sur le premier, l'utilité sociale du notariat et sa nécessité même ne sont pas discutables, ne serait-ce que parce qu'il exerce une justice d'amont. Elle est d'autant plus importante que, suivant Hegel, « une législation parfaite est impossible » et « le foisonnement de la législation n'approche pas d'une perfection positive⁶ ». Il en résulte la nécessaire existence de la transaction

6. G.W.F. HEGEL, *Le droit naturel*, coll. « Idées », Paris, Gallimard, 1972.

et du compromis qui ne peuvent se concevoir que par l'entremise d'un arbitrage. Cette démarche notariale est la réponse à la demande planétaire de sécurité et d'équité contractuelle, ainsi que le moyen de remédier au surencombrement en de nombreux pays de la justice, engendrant délais, coût et inégalité d'accès.

Le choix initial d'un autre type, passé une période semblant plier les êtres et l'économie à la seule fantaisie de la nation prépotente, provoquerait très vraisemblablement de grandes difficultés de nature multiple à l'échelle planétaire. Pour cela, il doit être récusé.

Cependant, il faut tenir compte de l'influence de l'histoire et de la culture des peuples relevant de l'un ou l'autre système. Si tel est le cas, peut-être une coexistence moins belliqueuse pourra-t-elle advenir, chacun pouvant prélever à l'autre ce qu'il y découvrira de positif et compatible avec son propre mode de pensée. Cela constituerait pour le notariat une donnée favorable.

L'authenticité notariale, facteur primordial du droit préventif, doit donc à l'avenir comme maintenant assurer l'équilibre contractuel et, partant, un secteur essentiel de la paix sociale.

Par suite, elle répond et répondra :

- à la définition thomiste, qui veut que tout ordre procède de l'harmonie que Dieu crée ;
- à la définition aristotélicienne, selon laquelle le droit est un juste rapport, reprise par l'adage romain célèbre : *Suum Cuique Tribuere*.

Chaque notaire doit ainsi faire sienne la phrase de Chevalier de Lorimier : « Mon seul but est d'être utile à ma Patrie. »