



7^{ème} Université du Notariat Mondial

Jean-Paul Decorps

ROME – 2/6 JUILLET 2018

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

Synthèse des travaux

Thierry VACHON – Directeur Scientifique

Pour cette législature le thème retenu par l'Union comme fil conducteur des travaux de notre université est celui de l'autonomie de la volonté dont l'étude se déroulera donc sur cette année et l'année prochaine.

Exemple parfait des courants d'idées qui forgent les traditions juridiques, ce concept trouve ses origines dans la réflexion philosophique, et constitue l'une des illustrations concrètes de la *Philosophie des Lumières* apparue dès le 17^{ème} siècle, avant d'être largement portée par les philosophes français du siècle suivant.

Ce courant de pensée, comme vous le savez tous, devait tout aussi bien influencer très largement les pères fondateurs de l'indépendance des Etats-Unis, que déboucher en 1789 sur la révolution française puis quelques années plus tard inspirer largement l'un des premiers grands « Code Civil » (connu comme le Code Napoléon) ;

Les grands concepts proposés par cette philosophie gouvernent encore aujourd'hui une grande partie de nos sociétés occidentales et trouve largement écho dans la définition même des droits humains à l'échelle mondiale.

Michel Grimaldi nous en a rappelé brièvement les principes majeurs : la notion d'individualité, les principes de droits naturels et sacrés, d'autodétermination de l'homme, de liberté individuelle ou bien encore de contrat social, qui apparaissent comme les éléments centraux et intangibles de toute réflexion.

Dans la sphère du Droit, ces idées philosophiques ont largement participé à développer le concept, qui nous intéresse ici, d'autonomie de la volonté, et ce à travers quelques grands principes fondateurs :

- L'existence de droits humains naturels qui doivent protéger l'individu et s'imposer aux législateurs ; les déclarations universelles des droits de l'homme, comme celles adoptées

depuis lors de l'indépendance américaine, de la révolution française, ou de la fondation des Nations Unies, en sont les applications vivantes ;

- Le concept de contrat social qui propose à l'individu d'accepter les contraintes nécessaires à une vie en collectivité, mais en consentant lui-même et de façon éclairée aux limites alors nécessaires à ses libertés individuelles ;
- L'importance de la volonté de l'homme qui est le composant essentiel de son consentement ou de son refus de former un contrat,
- La toute-puissance de cette volonté, qui suffira la plupart du temps à elle seule à former le contrat, alors envisagé comme véritable loi privée qui s'imposera avec rigueur aux parties ; et c'est ici le principe du consensualisme qui voit le jour et qui reste aujourd'hui largement répandu dans nos systèmes juridiques de tradition continentale.

Une vision s'impose alors immédiatement à nous : le principe de l'autonomie de la volonté irrigue en réalité la totalité des domaines du droit civil mais dans des solutions ou des limites qui sont loin d'être figées.

En effet, comme tout concept philosophique transversal, l'influence de ce principe dans nos législations a connu des succès divers, pénétrant très largement certaines branches de nos droits, ou restant au contraire largement limité, voire ignoré, dans certaines autres.

A partir de la fin des années soixante, et désormais de manière de plus en plus rapide, nos sociétés connaissent des évolutions dans lesquelles nous avons constaté ensemble que l'autonomie de la volonté a souvent été un concept central, pour ne pas dire un moteur puissant, des réformes législatives intervenues pour traduire ces évolutions sociétales.

Dès lors, pour nous, notaires, juristes de proximité au service de nos concitoyens, mais aussi officiers chargés d'une mission de service public, le choix de ce thème d'étude pour les travaux de notre université était évident tant il concerne de si nombreux secteurs de notre activité quotidienne.

L'accroissement des libertés individuelles, la reconnaissance des droits des minorités, ou bien encore le recul du rôle des états, sont autant de raisons qui donnent à l'autonomie de la volonté une importance croissante dans notre monde contemporain.

Nos débats, pendant ces quatre jours, nous ont fournis bien des exemples de ces évolutions, et je commencerai donc tout d'abord et naturellement par les résumer brièvement en les illustrant de quelques exemples.

Mais ces mêmes débats nous ont aussi permis de mettre en lumière les libertés toujours plus importantes accordées aux individus, source de décisions et de choix chaque jour plus nombreux, pour lesquels nos concitoyens ont certainement besoin d'être aidés, mais aussi et sans doute protégés ;

J'essaierai donc dans un second temps de souligner les raisons pour lesquelles notre fonction de notaire me semble particulièrement adaptée pour accompagner les profondes mutations juridiques de nos sociétés.

I - Evolutions du périmètre de l'autonomie de la volonté

Commençons donc par évoquer les évolutions du périmètre de l'autonomie.

En réalité je parle d'évolution, mais vous l'aurez noté tout au long de nos débats, je devrai immédiatement parler d'accroissement du périmètre de l'autonomie de la volonté.

Pour essayer de classer ces différentes extensions, je souhaite donc vous proposer d'aborder en premier les plus évidentes, que je qualifierai d'extensions directes dans la mesure où il s'agira de modification de législation autorisant des libertés nouvelles ou supprimant des interdictions, avant d'évoquer ensuite les extensions indirectes qui seront celles résultant de modifications de notre organisation juridique ou de l'ouverture de nos systèmes nationaux à la réception de droits étrangers.

A – Les évolutions directes

Comme je viens de la dire, certaines extensions du domaine de l'autonomie de la volonté résultent directement de législations nouvelles qui traduisent dans nos droits positifs les évolutions de nos sociétés.

Je retiendrai de nos débats de cette semaine quelques exemples liés à des libertés nouvellement accordées ou conquises, puis quelques exemples liés à la disparition de prohibition.

1 – L'extension des libertés individuelles

Pour commencer par les évolutions les plus marquantes, je voudrais retenir de la journée animée par Christina Armella :

Tous d'abord les évolutions des formes de couples, avec tout à la fois les libertés de plus en plus grande d'organiser la vie à deux (nous avons envisagé : unions de fait, partenariats enregistrés, mariage) et des évolutions de la notion même de « couples » puisque des législations de plus en plus nombreuses reconnaissent les couples homosexuels, à minima à travers des partenariats enregistrés, mais aussi fréquemment en leur ouvrant la possibilité du mariage ; nous avons même noté que certaines législations envisagent des formes de partenariats à trois ou quatre personnes

Mais je voudrais également retenir une extension encore plus révolutionnaire : celle permettant à l'individu de choisir le genre auquel il souhaite appartenir, et nos débats sur le changement de sexe furent sur cette question tout à fait passionnants.

Et bien sûr, je dois inscrire ici les libertés nouvelles autour de la procréation qu'il s'agisse de la procréation médicalement assistée ou de la gestation pour autrui.

Une observation toutefois à noter : ces évolutions concernent des pays dans lesquelles les législations évoluent désormais en totale indépendance par rapport aux croyances religieuses des citoyens.

Il n'en va évidemment pas de même dans les pays où la religion a encore une influence dominante dans l'organisation de la famille et dans le droit des personnes.

Pour examiner également les évolutions liées à l'allongement de la durée de nos vies et aux difficultés liées à l'âge, et de la première journée, animée par Christine MORIN, je voudrais retenir la reconnaissance de plus en plus grande des effets de la volonté dans l'organisation de la fin de vie, qu'il s'agisse :

- de l'organisation à l'avance de sa propre incapacité juridique,
- du refus de soins médicaux,
- du refus de l'acharnement thérapeutique,
- ou bien enfin de l'euthanasie, envisagée selon les cas comme un arrêt des soins ou comme un véritable suicide assisté.

2 – Le recul des prohibitions – Recul de l’Ordre Public

J’illustrerai bien sur cet autre courant de libéralisation à travers les travaux de la troisième journée animée par Michel GRIMALDI, et je retiendrai comme exemples :

- nos débats passionnants sur la réserve héréditaire qui apparaît aujourd’hui, notamment sous l’influence du droit de Common Law, de plus en plus controversée ;
- le constat fait ensemble que nos sociétés semblent vouloir privilégier de plus en plus la volonté du *De Cujus* pour la dévolution *Mortis Causa* de son patrimoine ;
- le recul des prohibitions du pacte successoral (notamment attributif) qui semble avoir les faveurs de plusieurs législations pour permettre, à travers des accords familiaux, le règlement anticipé des successions ; la volonté du défunt semblant ici également, dans certains cas, devoir être privilégiée pour régler le sort de ses biens à travers plusieurs générations.

B – Les évolutions indirectes

Au-delà de ces modifications directes des frontières de la liberté individuelle, l’accroissement du rôle de l’autonomie de la volonté dans nos droits pourra également être relevée à travers deux courants d’évolution qui traversent nos pays : le recul de l’implication directe de l’Etat d’une part, la mondialisation d’autre part.

1 - Le Recul de la présence directe de l’Etat : déjudiciarisation / contractualisation

Dans nombre de nos pays, nous constatons en effet que les Etats, j’entends ici les pouvoirs publics, s’interrogent sur leur rôle exact dans nos sociétés modernes, et réfléchissent sur leur degré d’implication dans un certain nombre de secteur du Droit.

J’illustrerai ici ce courant à travers deux exemples évoqués lors de notre deuxième journée :

Tout d’abord celui du mariage : pour constater que plusieurs pays permettent désormais sa célébration directement par le notaire, dont le rôle, traditionnellement attaché au choix du régime matrimonial, a trouvé pour le législateur une extension naturelle vers la célébration de cette union. Le notaire, par son statut, est alors envisagé ici comme une alternative au fonctionnaire public traditionnellement chargé par l’état chargé de la célébration des unions ; et après tout, cette alternative apparaît particulièrement adaptée lorsque le notaire est déjà chargé dans de nombreux pays d’authentifier les partenariats enregistrés, souvent envisagés comme substituts au mariage.

Pour continuer, je voudrais bien sûr évoquer l’exemple du divorce, pour lequel plusieurs pays ont fait le choix de substituer le notaire au juge dès lors, tout du moins, que la séparation des époux intervient par consentement mutuel et avec un accord complet sur les conséquences de cette séparation.

Dans ces hypothèses (mariage et divorce) ces évolutions législatives traduisent clairement un mouvement de « contractualisation » des relations au sein du couple ; le mariage n’est plus l’affaire de l’officier d’état civil, le divorce par consentement mutuel n’est plus l’affaire du juge ; ces deux institutions sont une simple affaire de contrat entre les époux ; un contrat qui ne sera toutefois pas

totalelement ordinaire car, en raison de ces effets (à l'égard des époux et à l'égard des tiers), l'intervention d'un officier public (le notaire) sera toujours requise.

2 – La mondialisation et la réception des droits étrangers

La globalisation des échanges économiques et la mobilité grandissante de personnes construisent jour après jour un monde de plus en plus globalisé, l'existence d'une économie mondiale désormais régie à l'échelle planétaire est certaine, néanmoins l'harmonisation nécessaire de nos droits pour faire face à cette mondialisation est loin d'être achevée et, pour l'instant, la complexification des situations juridiques est grandissante.

Nous ne sommes pas pour autant totalement nus au milieu d'un désert : des conventions internationales existent déjà, d'autres sont en cours de préparation, notamment par la Conférence de La Haye ; au sein de l'union Européenne des régulations spécifiques ont été élaborées pour une application uniforme sur son territoire ; au niveau des Nations Unies UNICITRAL travaille à l'unification des droits relatifs à l'activité économique.

Un élément central présent dans nombre de ces conventions est la place importante laissée à l'autonomie de la volonté ; en effet nombre de ces accords internationaux sont souvent conçus pour permettre la circulation et la reconnaissance des droits à travers une uniformisation des choix possibles, une uniformisation des modes d'expression de volonté, et la mise en place de solutions supplétives en l'absence de choix exprimés par les personnes concernées.

Mais, et pour finir la première partie de cette brève synthèse et l'inventaire des évolutions récentes du rôle de l'autonomie de la volonté dans nos droits, je voudrais évoquer un autre grand principe juridique qui nous est cher, celui selon lequel : à toute règle existe une exception ; et face au mouvement général de renforcement du rôle de la volonté dans la conclusion des contrats, il faut noter une exception notable, celle des règles édictées pour la protection du consommateur.

L'illustration de ces règles nous a été donné aujourd'hui même, durant cette quatrième journée consacrée au droit du patrimoine, durant laquelle Luc Weyts nous a présenté les différents mécanismes, comme le délai de réflexion ou le droit de rétractation, qui limitent l'efficacité immédiate de la volonté ;

Dans certains cas le consentement exprimé par l'individu ne pourra être valablement donné qu'après l'expiration d'une période obligatoire de réflexion pendant laquelle sa volonté sera privée d'effet ;

Dans d'autres cas le consentement donné immédiatement produira effet, mais pourra être retiré unilatéralement par son auteur, en le privant alors de tout effet.

II - Un rôle renforcé pour le Notaire

Je termine ainsi ce tour d'horizon, et en guise de conclusion à nos travaux, je voudrais aussi rapidement tirer un autre enseignement, qui concernera plus directement notre fonction de notaire, face à l'autonomie de la volonté.

Cet enseignement, je l'évoquerai après avoir rappelé le constat que nous avons fait ensemble.

A – Un constat simple : Plus de libertés = Plus de responsabilités

Ce constat est simple : le développement de l'autonomie de la volonté exige du citoyen qu'il effectue des choix de plus en plus nombreux, souvent au moyen de contrats qu'il devra signer avec des tiers, et qu'il assume alors l'ensemble des responsabilités qui en découleront.

Il s'agit aussi bien de possibilités nouvelles de choix, et je ne reviendrai pas sur ceux désormais ouverts en matière de fin de vie ou de genre, que de la mise en place de nouveaux contrats appelés à se substituer à des actes administratifs ou à des jugements, et je ne reviendrai pas sur la contractualisation du divorce sans juge.

Le citoyen se trouve de plus en plus souvent seul face à ces choix et à ces contrats : il va devoir s'interroger sur l'étendue et les conséquences de ses décisions, et une fois celles-ci arrêtées, il va devoir en sécuriser la mise en œuvre ; le rôle du notaire apparaît alors ici tout aussi naturel qu'indispensable.

B - Un rôle parfaitement adapté à ces nouveaux besoins

En effet, sa fonction fait du notaire l'interlocuteur privilégié du citoyen confronté à ses choix ou à ses décisions :

- Le notaire connaît la loi, son rôle est de l'expliquer au citoyen et d'informer ce dernier sur l'étendue des choix possibles et les conséquences qui en résulteront ; à cet égard, il n'est pas douteux que la mission de conseil du notaire sera probablement à l'avenir le rôle essentiel de sa fonction pour le citoyen ;
- Le notaire est également impartial, et cette qualité est indispensable dans les contrats de plus en plus nombreux dans le droit de la famille, notamment lorsque son intervention remplace celle du juge ; cette impartialité, entendue *largo sensu* sera également l'instrument de protection adapté lorsqu'il s'agira parfois de corriger un déséquilibre de situation qui pourrait exister dans la conclusion d'un contrat, en présence d'une partie plus vulnérable que l'autre par exemple.

Mais sa fonction en fait aussi un interlocuteur indispensable :

- Le notaire assure la sécurité des contrats ou des actes qu'il reçoit, et je ne reviendrai pas ici sur toutes les indéniables vertus attachées à l'acte authentique notarié, sur la sécurité juridique que cet acte confère aux conventions ainsi formalisées, et la meilleure circulation internationale de cette acte (notamment au sein de l'Union Européenne) ;
- Le notaire, par son intervention, contrôle la légalité des contrats ou des actes conclus, et, agissant comme officier public, il a toute l'autorité nécessaire pour que ces actes produisent les effets les plus larges et soient directement reçus et enregistrés dans tous les registres publics sans autre contrôle supplémentaire.

Une seule phrase conclura ce soir mon propos :

Le notaire est et sera le garant et le protecteur indispensable du citoyen et de l'Etat face au développement de l'autonomie de la volonté.

..... La suite de nos débats l'année prochaine à Buenos Aires et surtout soyons tous à Jakarta pour entendre nos conclusions finales