

FAMILLE

1106

Le notaire à l'heure des nouvelles mutations familiales

Sous l'influence croisée de révolutions tout à la fois démographiques, sociologiques et économiques, la famille et son droit ont connu, en ce début de XXI^e siècle, de nouvelles mutations, traduites en droit patrimonial par de nouvelles opportunités offertes aux parties et de nouvelles contraintes professionnelles imposées au notariat. L'office du notaire en est sorti sensiblement renouvelé, dans son devoir de conseil comme dans son devoir d'instrumenter.



Étude rédigée par :

Jérémy Houssier,
professeur à l'université de Reims
Champagne-Ardenne

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier plus important consacré aux travaux de l'ARNU Reims, édition 2021 : *JCP N 2022, n° 10, 1105 à 1111*.

1 - Étudiées dès 1975 à l'aune des « Réformes du droit de la famille »¹, réexaminées en 1998 au prisme du couple, de la filiation et de la parenté², puis en 2012, 2014, 2017 et 2019 sous le vocable des mutations de la famille et de son droit³, les évolutions de la cellule élémentaire de la société ne cessent d'interroger l'Université et le Notariat, les lançant à la recherche de son unité, de ses diverses identités et de ses liens sans cesse renouvelés avec les professionnels du droit chargés de l'accompagner.

Cet intérêt partagé pourrait laisser penser, à première vue, que tout aurait été dit en ce domaine, qu'il s'agisse des mutations attenantes à ses sources, à ses acteurs, à ses modèles⁴. « *Le notaire à l'heure des nouvelles mutations familiales* » composerait en ce

sens un sujet éprouvé⁵, si ce n'est épuisé. Mais ne serait-ce occulter l'originalité des évolutions constatées ces 20 dernières années ? Ne serait-ce passer sous silence l'originalité des nouvelles attributions et des nouvelles missions désormais confiées à la profession ? Assurément ! C'est pourquoi nous lancerons le pari que quelques enseignements pourront être tirés de l'analyse d'un tel sujet, d'apparence épuisé.

2 - **Contextualisation.** – Ces précisions posées, cette étude doit être précédée d'une brève présentation des mutations constatées au cours de ces 2 dernières décennies, pour tenter de brosser le portrait de la famille des années 2020, et du notaire chargé de l'accompagner. Car que de mutations observées en ces quelques années !

3 - **Démographiquement**, d'abord, la famille d'hier n'est plus tout à fait celle d'aujourd'hui, dans ses dimensions et sa composition. Entre les années 2000 et 2020, la fécondité des Françaises a ainsi diminué, passant de 1,89 à 1,81 enfant par femme, soit une réduction corrélative du nombre de naissances de l'ordre de 5,6 % sur la période étudiée⁶. Dans le même temps, la part des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation a plus que triplé : s'ils ne constituaient qu'un peu plus de 1 % des naissances en 2000, ces enfants en constituent désormais plus de 3,5 %, soit 1 enfant sur 30 né en France⁷. À l'autre extrémité du cycle de la vie, les mutations se sont aussi poursuivies, avec une hausse continue de l'espérance de vie. En l'espace de 20 ans, les femmes ont ainsi gagné près de 3 années d'espérance de vie et les hommes près de 5⁸, accentuant le vieillissement de la population française, laquelle

1 Réformes du droit de la famille, *Arch. phil. dr.* 1975, n° 20, p. 1 s.

2 I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* : Odile Jacob, 1998.

3 *Le droit patrimonial, Miroir des mutations familiales*, (dir.) E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, 2012, *La famille en mutation* : *Arch. phil. dr.* 2014, n° 57, p. 1 s. – Familles, solidarités, numérique, le notaire au cœur des mutations de la société, 113^e Congrès des notaires de France, 2017, spéc. p. 3 s. – S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille* : PUG, 2019. – A. Gogos-Gintrand et S. Moracchini-Zeidenberg (dir.), 2010-2020. *Une décennie de mutations du droit de la famille* : Dalloz, 2021.

4 *Sur ces trois thèmes*, V. spéc. A. Gogos-Gintrand et S. Moracchini-Zeidenberg (dir.), 2010-2020. *Une décennie de mutations du droit de la famille* : Dalloz, 2021.

5 V. très récemment, H. Bosse-Platière et B. Traveley, *L'évolution du rôle du notaire au cours de la décennie passée*, in A. Gogos-Gintrand et S. Moracchini-Zeidenberg (dir.), 2010-2020. *Une décennie de mutations du droit de la famille* : Dalloz, 2021, p. 97 s.

6 HCFEA, *Panorama des familles d'aujourd'hui*, 28 sept. 2021, p. 15.

7 E. de La Rochebrochard, *1 enfant sur 30 conçu par assistance médicale à la procréation en France* : *Population & Sociétés*, n° 556, juin 2018.

8 Insee, « *Espérance de vie à divers âges. Données annuelles de 1994 à 2021* », *Chiffres-clés*, 18 janv. 2022.

comptabilisait en 2000 environ 20 % de plus de 60 ans contre près de 27 % désormais, et 1,5 million de personnes en situation de dépendance⁹, dont 730 000 majeurs protégés, en majorité de sexe féminin¹⁰. Mais la France vieillissant, le nombre de morts a lui aussi et, inéluctablement, continué de croître, passant de 531 000 décès annuels en 2000 à plus de 658 000 en 2020, soit une progression de l'ordre de 23 % (certes alimentée par la pandémie cette année-ci)¹¹.

4 - Sociologiquement, ensuite, la famille française a là encore poursuivi sa mue, voyant le célibat progresser de 5 points en 20 ans¹², et le mariage poursuivre sa décrue consécutive au pic de l'an 2000, en passant de plus de 305 000 unions célébrées cette année-là à moins de 220 000 en 2019 (et même 154 600 en 2020, année du grand confinement)¹³. À l'inverse, le Pacs a connu un véritable boom, avec 22 200 unions enregistrées en 2000, contre près de 198 000 en 2019, soit une progression de près de 800 % en 20 ans¹⁴ ! Pour autant, les couples mariés constituent encore plus de 70 % des couples cohabitants, et les couples vivant avec leurs enfants communs représentent 66 % du total des familles¹⁵, même si le nombre de naissances hors mariage a poursuivi sa progression en gagnant 20 points en 20 ans (de 43 % à 63 %)¹⁶, et même si les familles monoparentales sont passées, pendant ce laps de temps, de 16 à 25 % du total des familles avec enfants, là où les familles recomposées se sont stabilisées aux alentours de 9 % de ce total¹⁷.

5 - Économiquement, encore, des mutations familiales ont là aussi été observées. Ainsi, la composition du patrimoine des Français a fortement évolué à la faveur d'une diminution de la détention de valeurs mobilières de près de 6 points, pour une augmentation du taux de souscription d'assurances-vie de plus de 10 points¹⁸. C'est ainsi qu'en 2020, 39 % des ménages hexagonaux détenaient une assurance-vie : un record. En termes professionnels, le travail des femmes de 15 à 64 ans a poursuivi sa hausse pour flirter avec un taux d'activité proche des 70 % en 2020, là où celui des hommes

s'est stabilisé sous la barre des 80 %¹⁹, ces évolutions éclairant notamment la croissance des patrimoines détenus « *en propre* » par les membres des couples, de plus en plus importants²⁰.

6 - Juridiquement, enfin, le droit a naturellement contribué à ces mutations, parfois en les suivant, parfois en les précédant, mais souvent en revisitant les cadres de la famille des années 2000. Car en 20 ans, que de réformes accomplies là aussi, que l'on pense à celle du divorce avec les lois du 26 mai 2004 et du 18 novembre 2016, à celle de la filiation avec l'ordonnance du 4 juillet 2005 et la loi du 16 janvier 2009, à la réforme des successions et des libéralités des 3 décembre 2001 et 23 juin 2006, ou plus révolutionnairement, aux lois de 1999 créant le Pacs, de 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, et de 2021 ouvrant la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes non mariées, autant de réformes ayant d'ailleurs confié au notaire de nouvelles attributions.

7 - Problématisation. – En ces 2 dernières décennies, la famille française aura donc connu d'indéniables mutations (démographiques, sociologiques, économiques et juridiques), que le notaire aura inlassablement accompagnées, parfois avec engouement, parfois avec accablement. Mais sur ce point, quelles pourrait être, plus précisément, l'influence de ces nouvelles mutations familiales sur l'office du notaire en général, et sur celui du notaire de famille en particulier ? À la vérité, ces évolutions pourraient avoir à la fois renouvelé son devoir de conseil²¹, dans ses procédés comme dans sa temporalité, mais également son devoir d'instrumenter²², dans son domaine comme dans sa substance. En d'autres mots, qu'il s'agisse du maniement de son Verbe ou du maniement de son Sceau, le notaire ne serait pas sorti indemne de ce nouvel épisode de mutations familiales.

1. Le renouvellement du Verbe, ou l'influence des mutations familiales sur le devoir de conseil

8 - Les mutations de la famille observées ces 2 dernières décennies se sont traduites en des termes pratiques par une évolution notable des conseils donnés par les notaires à leur clientèle. En ce sens, la modification des faits a conduit, inéluctablement, à une modification du droit et plus précisément des conseils délivrés par la profession.

9 M. Barbieri, D. Breton, N. Belliot, H. d'Albis, M. Mazuy, *L'évolution démographique récente de la France : une singularité en Europe ?* : *Population* 2019/4, p. 415.

10 Th. Cruzet, M. Lebaudy, « 680 000 majeurs sous protection judiciaire fin 2014 », *Infostat Justice*, n° 143, juill. 2016 ; adde A. Bazin, E. Bocquet, *Rapp. Sénat* n° 140, 12 nov. 2019, t. 3, ann. n° 29, p. 41.

11 G. Pison, L. Toulemon, *Le nombre de décès va augmenter en France dans les prochaines années* : *Population & Sociétés*, n° 531, mars 2016 ; adde S. Papon, C. Beaumel, « Bilan démographique 2020 », *Insee Première*, n° 1834, janv. 2021.

12 Insee, « Ménages selon la structure familiale. Données annuelles de 1990 à 2018 », *Chiffres-clés*, 2 juill. 2021.

13 Insee, *Mariages – Pacs – Divorces* : *Insee Références*, 27 févr. 2020.

14 Insee, *Mariages – Pacs – Divorces* : *Insee Références*, 27 févr. 2020.

15 HCFEA, *Panorama des familles d'aujourd'hui*, 28 sept. 2021, p. 23.

16 G. Pison, *Quatre surprises démographiques en France depuis 50 ans* : *Population & Sociétés*, n° 553, mars 2018, p. 3.

17 E. Algava, K. Bloch, I. Robert-Bobée, *Les familles en 2020 : 25 % de familles monoparentales, 21 % de familles nombreuses* : *Insee Focus*, n° 249, 13 sept. 2021.

18 Insee, *Revenus et patrimoine des ménages* : *Insee Références*, 2021, p. 163.

19 Insee, « *Activité selon le sexe et l'âge. Données annuelles de 1975 à 2020* », *Chiffres-clés*, 18 mars 2021.

20 N. Frémeaux, M. Leturcq, *Individualisation du patrimoine au sein des couples : quels enjeux pour la fiscalité ?* : *Revue de l'OFCE*, 161 (2019), p. 14.

21 *Sur le sujet*, V. J.-Fr. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale* : *Defrénois*, 3^e éd., 2017, n° 277 s.

22 J.-Fr. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale* : *Defrénois*, 3^e éd., 2017, n° 64 s.

A. - L'évolution des faits : de nouvelles façons de vivre en famille

9 - Pluralité des constats. – Comme nous l'avons préalablement exposé, les évolutions démographiques, sociologiques, économiques et juridiques de ce début de XXI^e siècle ont profondément altéré les façons de « faire famille », dans le sens d'une diversification des modèles familiaux et d'une libéralisation des décisions familiales. Une synthèse s'impose donc afin de dégager les grandes lignes de ces mutations, dans leurs versants juridiques comme extra-juridiques.

10 - Constats démographiques et sociologiques. – D'un point de vue extra-juridique, d'abord, 2 constats principaux peuvent être dressés à la suite de ces mutations familiales, susceptibles d'intéresser directement le notaire : celui d'un allongement de la chronologie familiale, d'une part, et celui d'un bouleversement de la cellule familiale, d'autre part.

11 - Allongement de la chronologie familiale. – D'une part, un décalage des grandes étapes de la vie familiale semble s'être précisé ces dernières années, dans le sens d'un retardement sans cesse plus grand de celles-ci : première mise en couple plus tardive, premier enfant plus tardif, décès plus tardif, toutes ces étapes essentielles de la vie se sont inexorablement décalées dans le temps. En cela, les couples du XXI^e siècle ne sont plus, désormais, des couples de débutants : déjà forts d'une ou plusieurs expériences amoureuses parfois vécues en concubinage, ils sont aussi forts de plusieurs années d'expérience professionnelle, et donc à la tête d'une certaine situation, et d'un patrimoine souvent plus important. De même, les parents du XXI^e siècle ne sont plus de vieux adolescents mais davantage de jeunes adultes, donnant naissance à leurs enfants dans un cadre de vie patrimoniallement plus confortable. Aux côtés de la fameuse loi du rétrécissement continu de la famille de Durkheim, une nouvelle loi serait donc née, celle de l'allongement continu de la chronologie familiale, dont les incidences sur les conseils à donner par le notaire sont loin d'être anodines, nous le découvrirons.

12 - Bouleversement de la cellule familiale. – D'autre part, la hausse du célibat et des familles monoparentales, et la stabilisation des familles recomposées, constituent aussi plusieurs traits saillants des mutations familiales spécifiques à ces 2 dernières décennies. En effet, à la suite de l'explosion du modèle familial à la fin du siècle dernier, la situation semble s'être stabilisée sous réserve du développement de ce célibat (subi ou choisi) et de ces familles monoparentales. Or, ces changements poussant à leur paroxysme la loi du rétrécissement continu, ils ne peuvent qu'eux aussi être source de nouvelles pratiques notariales, destinées à répondre aux besoins de ces populations.

13 - Constats juridiques. – D'un point de vue juridique, ensuite, deux changements principaux peuvent là encore être identifiés, et résultant directement des réformes du droit de la famille de ce

début de siècle : celui d'une libéralisation dans le choix des « premières volontés », d'une part, et celui d'une libéralisation dans celui des dernières volontés, d'autre part²³.

14 - Libéralisation des « premières volontés ». – Qu'il s'agisse du choix de son mode de conjugalité, du choix de son association patrimoniale, ou du choix du cadre d'accueil de sa progéniture, ces 2 dernières décennies auront été celles d'une libéralisation sans égale de ces « premières volontés », laissées désormais à la discrétion de leurs destinataires. Car la place de la volonté a en effet été décuplée aux différents stades de la vie familiale. Lors de la mise en couple, d'abord, le choix n'est plus celui du droit ou du non-droit, mais de l'institution (le mariage), du contrat-institution (le Pacs), ou du quasi-contrat (le concubinage), aux ramifications patrimoniales particulières. Similairement, l'association patrimoniale des couples, déjà plus souple à la suite de la création du Pacs, l'est désormais plus encore avec la suppression de l'ancien carcan encadrant le changement de régime matrimonial. Enfin, là où seuls les couples de personnes de sexe différent et mariées se voyaient ouvrir les portes de la parenté légitime, l'enfant est désormais en mesure d'être également accueilli et protégé au sein d'un couple marié ou non, de parents de sexe différent ou non, avec même depuis peu un renforcement du concours de l'État, consécutivement à l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

15 - Libéralisation des dernières volontés. – Cette libéralisation des « premières volontés » s'est d'ailleurs doublée, dans le même temps, d'une libéralisation des dernières volontés, désormais éprouvée en pratique. Avec les lois de 2001 et de 2006 en droit des successions et des libéralités, les années 2000 à 2020 auront été celles de la liberté : liberté plus grande de disposer *via* les libéralités en général et les libéralités successives et les libéralités-partages en particulier, mais aussi liberté plus grande de recevoir ou non, avec la création des renoncations anticipées et des possibilités de cantonnement. Comme souvent, la liberté a avancé, là où l'ordre public a reculé. Incontestablement, donc, ce début de XXI^e siècle aura instauré de nouvelles façons de vivre en famille, articulées autour de nouveaux temps familiaux simultanément allongés, bouleversés et libéralisés. Or, les suites de ces mutations familiales, on le devine, n'auront pas été délaissées par la pratique notariale.

B. - L'évolution du droit : de nouvelles façons de structurer la famille

16 - Pluralité de conseils. – Que le notaire soit invité à rédiger les premières ou les dernières volontés de ses clients, son devoir de conseil doit assurément s'adapter aux nouvelles mutations fami-

²³ Sur l'un et l'autre changement, V. not. R. Cabrillac, *Le droit patrimonial, miroir des mutations familiales*, in *Le droit patrimonial, Miroir des mutations familiales*, (dir.) E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, 2012, *La famille en mutation* : Arch. phil. dr. 2014, n° 57, p. 73 s. – Et D. Martel, *Le droit successoral, miroir des mutations familiales*, in *Le droit patrimonial, Miroir des mutations familiales*, (dir.) E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, 2012, *La famille en mutation* : Arch. phil. dr. 2014, n° 57, p. 83 s.

liales dont les principales lignes viennent d'être dégagées. Car pour éclairer les choix et protéger les droits de chacun, le notaire se doit de prodiguer des conseils personnalisés, d'anticiper les difficultés personnelles et patrimoniales de ses clients, notamment en termes de dépendance, nouveau fléau de ce siècle, et de s'assurer en outre de leur consentement libre et éclairé, dans un contexte de vieillissement généralisé de la population. En présence comme en dehors d'un couple, de nouvelles façons de structurer la famille ont donc renouvelé la nature et l'étendue du devoir de conseil du notaire²⁴, et devront encore le renouveler à l'avenir.

17 - En présence d'un couple. – C'est lors de la mise en couple ou, le temps passant, lors de l'arrivée à la retraite de ses membres, que l'affinement du devoir de conseil du notaire s'est d'abord révélé des plus prégnants. La diversification des modes de conjugalité, la diversification des modes de vie familiale, comme la modification du profil des jeunes mariés, pacsés ou concubins, ont invité le notaire à affiner les conseils prodigués aux couples dans les choix initiaux comme dans les modifications à opérer relativement à leur union personnelle et patrimoniale. En ce sens, et afin d'assurer la pleine effectivité de son devoir de conseil, le notaire a peu à peu appris à jouer avec les différents modes de conjugalités, avant de conseiller celui étant le plus approprié, en contemplation notamment de l'allongement du temps familial et des bouleversements de la cellule familiale²⁵. Trois exemples l'illustrent à propos.

EXEMPLES

➔ **Exemple n° 1 : s'agissant de l'allongement du temps familial et de l'essor du travail féminin, d'abord, le développement des situations professionnelles et patrimoniales des jeunes mariés a peu à peu invité la profession à adapter ses conseils pour tenir compte du nouveau profil de ces couples, en privilégiant notamment la conclusion de contrats adoptant la séparation de biens²⁶.**

Exemple n° 2 : s'agissant du bouleversement de la cellule familiale, ensuite, la présence de plus en plus fréquente d'enfants de lits différents au sein des familles recomposées a invité la profession à la prudence dans les conseils donnés relatifs aux choix de l'union et du régime des biens des époux, et ce afin d'assurer la préservation des droits de chacun et la paix des familles²⁷.

Exemple n° 3 : pareillement et dans ces mêmes familles, voire au-delà, les avantages matrimoniaux ont aussi été révisés par la profession pour en faire de puissants outils d'ingénierie patrimoniale, au travers de la traditionnelle mais certainement dépassée clause d'attribution intégrale au dernier

des vivants, au travers de la clause de partage inégal ou, plus pertinemment peut-être, au travers des clauses de préciput, véritables outils d'ingénierie aptes à répondre aux nouvelles mutations de la famille et spécialement à l'essor des nouvelles unions²⁸.

18 - En dehors du couple. – Là aussi, le renouvellement des conseils donnés s'est illustré dans le renforcement de l'impératif d'anticipation patrimoniale du notaire, destiné à protéger les clients d'une éventuelle situation de dépendance liée à l'allongement du temps familial, et à assurer la transmission optimale du patrimoine dans ce même contexte²⁹. Et plusieurs exemples l'illustrent à propos.

EXEMPLES

➔ **Exemple n° 1 : s'agissant de l'allongement du temps familial, en premier lieu, la profession s'est peu à peu approprié les nouveaux mandats successoraux issus de la loi du 23 juin 2006, conçus comme de nouveaux moyens de protection de la personne âgée et de gestion de son patrimoine³⁰.**

Exemple n° 2 : similairement, cet allongement du temps familial a en deuxième lieu favorisé la pratique des libéralités successives, et ce afin de servir simultanément et pertinemment les intérêts de plusieurs générations d'héritiers³¹.

Exemple n° 3 : s'agissant des personnes vulnérables, en dernier lieu, les outils d'ingénierie patrimoniale se sont là aussi développés et démocratisés, pour être conseillés de plus en plus fréquemment et en diverses situations, que l'on pense aux mandats de gestion de valeurs mobilières confiés au protecteur, aux donations-partages avec soulte différée (compatible le cas échéant avec l'AAH), aux libéralités graduelles, aux RAARs, ou encore et de façon plus élaborée, aux donations-partages transgénérationnelles avec insertion d'une libéralité graduelle³².

24 Sur les deux versants de ce devoir : J.-Fr. Sagaut et M. Latina, *Déontologie notariale* : Defrénois, 3^e éd., 2017, n° 271 s.

25 V. spéc. Familles, solidarités, numérique, le notaire au cœur des mutations de la société, 113^e Congrès des notaires de France, 2017, p. 133 s.

26 V. not. N. Frémeaux, *Mariage et patrimoine. Quelles évolutions récentes et quelles conséquences ?*, in S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille* : PUG, 2019, p. 73 s.

27 M. Gayet, *Ingénierie patrimoniale et familles recomposées*, in *L'ingénierie patrimoniale*, (dir.) S. Lacroix de Sousa et M. Robineau : LexisNexis, 2020, p. 67 s.

28 V. A. Dobigny, *Le conjoint survivant et la clause de préciput : un avantage matrimonial à redécouvrir*, in *Le droit patrimonial, Miroir des mutations familiales*, (dir.) E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, 2012, *La famille en mutation* : Arch. phil. dr. 2014, n° 57, p. 23 s. – M. Grimaldi, *Ingénierie patrimoniale et successions*, in *L'ingénierie patrimoniale*, (dir.) S. Lacroix de Sousa et M. Robineau : LexisNexis, 2020, p. 77 s. – Adde M. Robineau, *L'assurance-vie, le couple marié et l'ingénierie patrimoniale*, in *L'ingénierie patrimoniale*, (dir.) S. Lacroix de Sousa et M. Robineau : LexisNexis, 2020, p. 105 s.

29 V. spéc. Familles, solidarités, numérique, le notaire au cœur des mutations de la société, 113^e Congrès des notaires de France, 2017, p. 282 s. et 418 s. – Adde L.-Fr. Pignarre, *Le notaire confronté à la vulnérabilité* : RJPF 2018, n° 5, p. 7. – M. Beauruel, *Le notaire confronté à la vulnérabilité de fait* : LPA 5 oct. 2020, n° 156m1, p. 5.

30 V. not. Familles, solidarités, numérique, le notaire au cœur des mutations de la société, 113^e Congrès des notaires de France, 2017, p. 524 s. – H. Bosse-Platière et B. Travely, *L'évolution du rôle du notaire au cours de la décennie passée*, in A. Gogos-Gintrand et S. Moracchini-Zeidenberg (dir.), 2010-2020. *Une décennie de mutations du droit de la famille* : Dalloz, 2021, p. 97 s. – En matière internationale, V. A. Devers et M. Farge, *La déjudiciarisation et la simplification du droit de la famille. Conséquences en droit international privé*, in S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille* : PUG, 2019, p. 135.

31 V. A. Devers et M. Farge, *La déjudiciarisation et la simplification du droit de la famille. Conséquences en droit international privé*, in S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille* : PUG, 2019, p. 135.

32 Sur l'ensemble du sujet, V. O. Chomono, *L'ingénierie patrimoniale du majeur protégé*, in *L'ingénierie patrimoniale*, (dir.) S. Lacroix de Sousa et M. Robi-

19 - On l'observe donc, l'évolution des faits a inéluctablement suscité une évolution du droit, et modifié le contenu des conseils prodigués par les notaires en ces instants familiaux décisifs où se prennent les grandes décisions engageant l'avenir de la famille ou des individus. Dans le dessein d'assurer au mieux la préservation des intérêts de leurs clients comme de leurs familles, les notaires se sont adaptés à ces nouvelles mutations familiales, pour répondre aux nouveaux défis lancés par elles, par des conseils toujours plus affinés et colorés de technicité.

Mais au-delà, les mutations familiales de ces 2 dernières décennies ont influencé, peut-être plus encore, le second devoir essentiel du notaire : son devoir d'instrumenter.

2. Le renouvellement du Sceau, ou l'influence des mutations familiales sur le devoir d'instrumenter

20 - Parallèlement au renouvellement de son Verbe, le maniement du Sceau du notaire a été puissamment renouvelé par les différentes mutations familiales observées ces 2 dernières décennies, et spécialement par celles liées au mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille et au développement corrélatif des nouvelles compétences de la profession³³. Ce renouvellement s'est ainsi illustré dans les actes comme dans les rôles du notaire.

A. - Une diversification des actes : recueillir, transcrire, établir

21 - **Constats.** – Jadis essentiellement tenu d'instrumenter les actes ou les conventions de ses clients en transcrivant en droit leurs souhaits et leurs volontés, le notaire s'est progressivement vu confier de nouvelles prérogatives, l'érigeant comme l'interlocuteur privilégié de la cellule familiale et de ses évolutions. Ainsi, et sans reprendre la stricte nomenclature des actes notariés, le notaire a été amené à instrumenter de plus en plus fréquemment soit pour recueillir les volontés de ses clients (où ses actes se sont multipliés), soit pour transcrire leurs volontés (où ses actes se sont stabilisés), soit pour établir une vérité (où ses actes ont et vont révolutionner sa pratique).

22 - **Recueillir la volonté : la multiplication.** – Dans le domaine du recueil des volontés, d'abord, le notaire s'est peu à peu vu confier (exclusivement ou non) d'innombrables missions d'instrumentation non plus destinées à transcrire en droit les volon-

tés de ses clients, mais bien à les recueillir plus simplement. En ce sens, qu'il s'agisse du recueil du consentement à l'adoption³⁴ (*C. civ.*, art. 348-3), de l'enregistrement des conventions de divorces extra-judiciaires³⁵ (*C. civ.*, art. 229-1), du recueil des acceptations à concurrence de l'actif net ou des renoncements à successions³⁶ (*C. civ.*, art. 507-1), du recueil du consentement à l'AMP³⁷ (*C. civ.*, art. 342-10), ou de celui des reconnaissances conjointes anticipées³⁸ (*C. civ.*, art. 342-11), les hypothèses d'intervention du notaire se sont infiniment diversifiées, afin de recueillir la volonté des individus dans les événements essentiels de leur vie familiale, souvent en lieu et place du greffier et/ou du juge.

23 - **Transcrire les volontés : la stabilisation.** – Différemment et, dans le domaine de la transcription des volontés, le rôle d'instrumentation du notaire s'est ici stabilisé, afin de n'ajouter aux traditionnelles rédactions d'actes (de contrats de mariage, de donations, de testaments), que quelques nouveautés, dont la privation du droit viager d'usage et d'habitation du conjoint survivant par testament authentique³⁹ (*C. civ.*, art. 763), les renoncements anticipés aux actions en réduction et en retranchement⁴⁰ (*C. civ.*, art. 930 et 1527), la rédaction des mandats de protection future (*C. civ.*, art. 477)⁴¹, ou la désignation anticipée du curateur ou du tuteur⁴² (*CPC*, art. 1255). Comparativement aux nouvelles compétences du notaire dans le recueil de la volonté des familles, la transcription de leur volonté aura donc constitué un îlot de (relative) stabilité.

24 - **Établir une vérité : la révolution.** – Car la réelle diversification des actes instrumentés par le notaire se situe assurément ailleurs, et plus précisément dans le développement des actes destinés à

neau : LexisNexis, 2020, p. 55 s. – M. Grimaldi, *Ingénierie patrimoniale et successions*, in *L'ingénierie patrimoniale*, (dir.) S. Lacroix de Sousa et M. Robineau : LexisNexis, 2020, p. 77 s.

33 Sur ce sujet, V. not. C. Pérès, *Le notaire, auxiliaire de justice* : JCP N 2016, n° 20, 1166 ; du même auteur, *La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille* : JCP N 2018, n° 14, 1151. – Fr. Letellier, *Le notaire et la déjudiciarisation par la loi du 18 novembre 2016, pour les divorces et successions* : JCP N 2018, n° 14, 1152. – M. Saulier, *Le notaire et l'enfant dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* : AJ fam. 2019, p. 259. – S. David, *Le rôle accru du notaire à l'aune de la déjudiciarisation* : JCP N 2020, n° 9, 1058.

34 V. L. n° 2010-1609, 22 déc. 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires : JO 23 déc. 2010, texte n° 1 ; JCP N 2011, n° 1, act. 101, obs. É. Mallet.

35 V. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle : JO 19 nov. 2016, texte n° 1 ; JCP N 2016, n° 47, act. 1254, obs. J. Combret et N. Baillon-Wirtz ; JCP N 2016, n° 47, act. 1256.

36 V. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : JO 24 mars 2019, texte n° 2 ; JCP N 2019, n° 13, act. 335 ; JCP N 2019, n° 13, act. 332, obs. Ch. Blanchard ; JCP N 2019, n° 13, act. 333, obs. A. Tani.

37 V. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : JO 24 mars 2019, texte n° 2 ; JCP N 2019, n° 13, act. 335 ; JCP N 2019, n° 13, act. 332, obs. Ch. Blanchard ; JCP N 2019, n° 13, act. 333, obs. A. Tani.

38 V. L. n° 2021-1017, 2 août 2021, relative à la bioéthique : JO 3 août 2021, texte n° 1 ; JCP N 2021, n° 35, act. 809 ; JCP N 2021, n° 35, 1271 à 1277.

39 V. L. n° 2001-1135, 3 déc. 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral : JO 4 déc. 2001, texte n° 1 ; JCP N 2001, n° 50, p. 1838 ; JCP N 2001, n° 51-52, p. 1881.

40 V. L. n° 2006-728, 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités : JO 24 juin 2006, texte n° 1 ; JCP N 2006, n° 41, 1327, obs. D. Vigneau.

41 V. L. n° 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs : JO 7 mars 2007, texte n° 12 ; JCP N 2007, n° 11, act. 248 ; JCP N 2007, n° 13, 1140, obs. A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz.

42 V. L. n° 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs : JO 7 mars 2007, texte n° 12 ; JCP N 2007, n° 11, act. 248 ; JCP N 2007, n° 13, 1140, obs. A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz.

établir une vérité, opérant une véritable révolution des missions la profession. En effet, qu'il s'agisse de l'acte de notoriété attestant de la qualité d'héritier⁴³ (C. civ., art. 730-1), de celui visant à suppléer le défaut d'acte de naissance en vue du mariage⁴⁴ (C. civ., art. 71), du certificat successoral européen⁴⁵ (CPC, art. 1381-1), de l'acte de notoriété suppléant l'absence ou la perte des actes de l'état civil⁴⁶ (C. civ., art. 46), ou plus encore de l'acte de notoriété constatant la possession d'état⁴⁷ (C. civ., art. 342-11), les hypothèses d'intervention du notaire aux fins d'établir une vérité (celle d'héritier, de mari, de femme, ou encore d'enfant) se sont multipliées, au point de renouveler profondément l'office traditionnel de la profession.

25 - Conséquences. – Car la place du notaire comme l'importance de l'acte notarié sont assurément ressorties transformées de cette diversification.

D'une part, le notaire a conforté sa place de pivot incontournable de la vie familiale, du berceau au tombeau, en passant par l'échafaud (i.e. la séparation). Entre 2000 et 2020, le notaire est de fait devenu l'interlocuteur privilégié de la famille, amené à intervenir dans les actes essentiels de sa vie, dans les actes structurants de celle-ci, parfois pour recueillir une volonté ou pour établir une vérité, là où il n'était traditionnellement cantonné qu'à transcrire les volontés.

D'autre part, l'acte notarié est devenu, consécutivement, l'*instrumentum* incontournable des grandes étapes de la vie familiale, souvent en substitution d'un acte de source judiciaire, jadis délivré par le greffier ou le juge. La déjudiciarisation du droit de la famille a donc donné lieu à un expansionnisme sans précédent de l'acte notarié, propulsé en porte-drapeau de la vie familiale.

En cela, la diversification des actes instrumentés par le notaire n'a pas seulement contribué à multiplier ses interventions, mais bien au-delà, a participé à renouveler le maniement de son Sceau, tout en modifiant son positionnement parmi les autres professionnels du droit chargés d'accompagner la famille, pour en faire le premier parmi eux.

Cependant et en complément, le rôle concret du notaire lors de la rédaction de ces actes a aussi évolué, au point de faire naître de nouvelles missions totalement inédites pour la profession.

B. - Une diversification des rôles : contrôler et alerter

26 - Constats. – La diversification des actes instrumentés par le notaire a engendré une évolution de ses rôles, discernable dans le développement d'un contrôle de légalité⁴⁸ désormais plus substantiel et collectif.

27 - L'évolution du contrôle de légalité : du formel au substantiel. – En premier lieu, une évolution du contrôle de légalité du notaire, du formel au substantiel, a pu être relevée à la suite du développement de certains impératifs d'investigation et d'interprétation désormais imposés à lui lors de l'instrumentation de certains actes, et proprement révolutionnaires. Deux exemples l'illustrent parfaitement.

EXEMPLES

→ **Exemple n° 1 : premièrement, les actes de notoriété confiés au notaire au cours de ces deux dernières décennies ont multiplié les hypothèses l'invitant à investiguer avant d'instrumenter, spécialement pour l'établissement du certificat successoral européen, strictement encadré par les articles 62 et suivants du règlement (UE) n° 650/2012. En ce domaine en effet, la délivrance des actes de notoriété est désormais conditionnée à la réalisation de certaines investigations du notaire, destinées à s'assurer de la véracité des faits relatés dans ses actes.**

Exemple n° 2 : deuxièmement et différemment, ces mêmes actes de notoriété ont parfois amené le notaire à faire évoluer son office, en l'obligeant de facto à interpréter les faits relatés par ses clients, comme le ferait un juge avec un justiciable. Et l'exemple ici est particulièrement trouvé avec l'acte de notoriété constatant la possession d'état, où l'article 317 du Code civil impose désormais au notaire d'interpréter les déclarations des témoins et des documents produits devant lui afin d'attester, le cas échéant, d'une réunion suffisante des éléments de la possession d'état, nécessaire à l'établissement de l'acte. De juge de l'amiable, le notaire s'est fait juge des faits.

28 - L'évolution du contrôle de légalité : du personnel au collectif. – En second lieu, une autre évolution du contrôle de légalité du notaire a pu être constatée consécutivement au développement de ses nouvelles missions d'alerte, parfois obligatoires, parfois facultatives. Plusieurs exemples l'illustrent pareillement.

EXEMPLES

→ **Exemple n° 1 : de façon obligatoire, d'abord, le notaire est désormais tenu de deux devoirs d'alerte du juge, lorsqu'à l'occasion de l'instrumentation de certains actes, celui-ci hésite à y apposer son sceau. Ces deux devoirs sont bien connus des praticiens, dans la mesure où il s'agit ici du devoir d'alerte existant dans le cadre de l'administration légale des biens du**

43 V. L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, relative à la simplification du droit : JO 21 déc. 2007, texte n° 2 ; JCP N 2008, n° 1, act. 102.

44 V. L. n° 2011-331, 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : JO 29 mars 2011, texte n° 1 ; JCP N 2011, n° 13, act. 336 ; JCP N 2011, n° 14-15, 1119, obs. J.-Fr. Humbert.

45 V. D. n° 2015-1395, 2 nov. 2015, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de successions transfrontalières : JO 4 nov. 2015, texte n° 13 ; JCP N 2015, n° 45, act. 1058.

46 V. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : JO 24 mars 2019, texte n° 2 ; JCP N 2019, n° 13, act. 335 ; JCP N 2019, n° 13, act. 332, obs. Ch. Blanchard ; JCP N 2019, n° 13, act. 333, obs. A. Tani.

47 V. L. n° 2021-1017, 2 août 2021, relative à la bioéthique : JO 3 août 2021, texte n° 1 ; JCP N 2021, n° 35, act. 809 ; JCP N 2021, n° 35, 1271 à 1277.

48 Sur ce sujet, V. C. Farenc, Protéger la convention par la bonne application de la règle de droit : la police de la légalité : Defrénois, 17 sept. 2020, n° 162a5, p. 67.

mineur (C. civ., art. 387-3), et du devoir d'alerte en présence de mandats de protection future, en cas de constatation de « mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat » (C. civ., art. 491).

Exemple n° 2 : de façon facultative, ensuite, le notaire s'est également vu confier un véritable droit d'alerte lors du changement de régime matrimonial des époux, « s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale » (C. civ., art. 1397).

29 - **Conséquences.** – En définitive, et sans être encore parfaitement perceptibles en raison de la nouveauté de ces évolutions, deux conséquences pourraient être déduites de ce contrôle de légalité revu et corrigé.

D'un côté, le développement d'un contrôle à la fois plus substantiel et collectif du notaire lors de l'instrumentation de ses actes pourrait à terme renforcer son statut d'officier public et de juge de l'amiable, parfois même en partenariat avec le juge judiciaire, destinataire de ses devoirs et droit d'alerte. Dit autrement, ces nouveaux rôles ont fait de lui le relais indispensable de la loi, dans le sillage de la disparition progressive et programmée du juge de

la scène familiale. Là où le juge s'est retiré, le notaire s'est avancé, paré de nouveaux rôles proprement révolutionnaires.

Mais d'un autre côté, un grand pouvoir emportant de grandes responsabilités, le développement de ces nouveaux rôles pourrait bien peser sur la responsabilité de la profession, dans un contexte de tarification des actes dernièrement attribués souvent dérisoire.

30 - **Conclusion.** – Aussi, quelles conclusions tirer de ces nouvelles attributions et de ces nouvelles missions du notaire, à l'aube de ces 2 dernières décennies ? Le notaire en serait-il sorti grandi ou affaibli, semblable ou différent ? Au fond, peut-être en est-il sorti autre, mais sans que cela ne doive inquiéter. En 1888 en effet, Durkheim avait avancé l'idée que « la famille d'aujourd'hui [n'était] ni plus ni moins parfaite que celle de jadis », mais qu'« elle [était] autre, parce que les circonstances [étaient] autres »⁴⁹. Mieux, « elle [était] plus complexe, parce que les milieux où elle [vivait étaient] plus complexes ; voilà tout »⁵⁰. Or cette formule pourrait bien être reprise sans en changer un mot s'agissant des nouveaux rôles du notaire en ce début de XXI^e siècle : non, le notaire d'aujourd'hui n'est ni plus ni moins parfait que celui de jadis ; il est autre, parce que les circonstances sont autres, et ses attributions comme ses missions sont plus complexes, parce que le milieu dans lequel il vit est plus complexe. Voilà tout ? Peut-être bien...

L'essentiel à retenir

- Nouveaux conseils, nouvelles instrumentations et nouvelles responsabilités, tels pourraient bien être les corollaires de ces 20 dernières années de mutations familiales sur l'office du notaire.
- Qu'il soit invité à rédiger les premières ou les dernières volontés de ses clients, son devoir de conseil doit désormais s'adapter aux nouvelles structures familiales comme à leurs évolutions prévisibles.
- Et qu'il les accompagne dans la vie ou dans la mort, le contrôle de légalité désormais entre ses mains doit s'exercer tantôt plus substantiellement, tantôt plus collectivement, c'est-à-dire dans une relation renouvelée avec la loi et le juge.

49 E. Durkheim, *Introduction à la sociologie de la famille*, *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 1888, 257-81.

50 E. Durkheim, *Introduction à la sociologie de la famille*, *Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux*, 1888, 257-81.



Toujours à portée de mains !
Consultez vos revues où que vous soyez.




SERVICE INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER

Téléchargez gratuitement l'application depuis :




Retrouvez toutes les informations sur kiosque.lexisnexis.fr

552 003 431 RCS PARIS
20REVM035 - 07/2020 PHOTO © FREEPRK.COM