

L'IMAGE DU CODE CIVIL ET L'IMAGINATION DU NOTAIRE (Pt. 1)*

par Roderick A. Macdonald**
Montréal

L'entrée en vigueur du Code civil du Québec offre aux juristes une occasion sans précédent de réfléchir sur le rôle du droit privé dans la société moderne. C'est aussi l'occasion de considérer la contribution unique que la profession notariale peut apporter à l'ordre juridique.

Pour plusieurs, le Code civil du Québec sonne le glas de la profession. Devant l'apparente préoccupation qu'on trouve dans le Code de régir expressément toute forme d'activité qui était auparavant gouvernée plus informellement par la coutume ou encore le contrat, et devant l'attachement démesuré qu'il reflète à l'égard du processus judiciaire comme moyen de résoudre les différends de droit civil, on croirait que ce sont les avocats, et non les notaires, qui sont les enfants chéris de la législature.

Toutefois, de même que le Code civil du Bas-Canada a donné naissance à la fois à des courants favorables au droit notarial et à des courants favorables au litige, de même la judiciarisation apparente du Code civil du Québec donne naissance à des courants favorables à une revalorisation de la pratique notariale. En effet, des institutions nouvellement élargies, tels l'arbitrage consensuel et la fiducie, jointes aux occasions reliées aux formes traditionnelles de pratique, suggèrent que, sous l'empire du Code civil du Québec, le notaire peut jouer un rôle fondamental d'architecte de l'ordre social. La dernière section de cet article explore les divers modèles de pratique par lesquels les notaires peuvent accomplir les trois tâches fondamentales de ce nouveau rôle: le notaire créateur, le notaire administrateur et le notaire arbitre de conflit.

The coming into force of the Civil Code of Québec has presented jurists with an unparalleled opportunity to reflect upon the role of private law in modern society. It also offers the occasion to consider the distinctive contribution that the notarial profession can make to the legal order.

Many see the Civil Code of Québec as sounding the death-knell of the profession. Its apparent preoccupation with explicitly regulating all manner of activity previously governed more informally either by custom or contract, and its

* La Chambre des notaires du Québec a aimablement consenti à la publication de ce texte, dont une première version a été publiée dans les Cours de perfectionnement du notariat en 1994. (Pt. 2) à suivre dans le prochain numéro de la Revue.

** Roderick A. Macdonald, titulaire de la chaire F.R. Scott en droit constitutionnel, professeur à la Faculté de droit et membre de l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal, Québec; fellow, Programme droit et société, Institut canadien de recherches avancées. Je tiens à remercier mes collègues G. Blaine Baker, John E.C. Brierley, Richard Janda, Pierre-Gabriel Jobin, Daniel Jutras, Nicholas Kasirer, Yves-Marie Morissette et David Stevens, qui, sous une forme ou sous une autre, m'ont aidé à développer les idées exposées dans ce texte; aucun d'entre eux, cependant, ne doit être perçu comme cautionnant mes thèses et recommandations.

overweening attachment to the judicial process as a means for resolving civil disputes suggest that advocates rather than notaries are the privileged children of the legislature.

But just as the Civil Code of Lower Canada gave rise to both notarial currents and litigation undercurrents, so to the apparent judicialization of the Civil Code of Québec gives rise to undercurrents for an enhanced notarial practice. Indeed, in combination with opportunities associated with traditional forms of practice, newly expanded institutions such as consensual arbitration and the trust suggest that under the Civil Code of Québec the notary can have a fundamental role as architect of the social order. Various patterns of practice through which notaries may perform the three basic tasks of this new role — the notary as creator, administrator and dispute settler — are explored in the last section of the article.

Introduction 98

- I. Droit, Société et le Code civil du Bas-Canada 101
- II. Le droit public, la juridicisation et la raison utilitaire 106
- III. Les droits, la judiciarisation et l'aequitas ex post facto 110
- IV. La constitution civile et les images du notariat 116

Introduction

Les juristes débattaient depuis quelque temps déjà de l'avenir de la profession notariale au Québec. Avec la récession économique des dix dernières années, les conjectures n'ont jamais été aussi nombreuses. Certains critiques disent que le notariat est une institution archaïque. La fusion des professions juridiques (ce qui signifie habituellement l'absorption par le Barreau de la profession notariale) a été avancée comme étant la seule idée logique. On nous dit, par ailleurs, que la judiciarisation croissante du droit civil québécois depuis les années 1960 a sapé les fondements mêmes du droit en tant que système normatif. Seule la profession notariale qui se consacre à la pratique du droit préventif serait en mesure de garantir la survie du droit privé tel que nous l'avons connu jusqu'à présent.

L'entrée en vigueur du *Code civil* du Québec et la réorganisation évidente d'un certain nombre de notions essentielles pour la pratique notariale traditionnelle ont donné un caractère plus urgent à la question. Bien sûr, il ne faut pas se laisser intimider par la codification ou la nouvelle codification — un simple événement littéraire, qui est presque de circonstance, dans l'histoire de l'ordre juridique.¹ Néanmoins, il y a là, une occasion privilégiée pour plusieurs institutions juridiques du Québec (la magistrature, le monde universitaire, les

¹ Pour une discussion de la codification et de la nouvelle codification comme de simples «étapes» dans la vie d'une tradition juridique, voir J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, *Québec Civil Law*, Toronto, Emond-Montgomery, 1993 aux pages 24-45 et 84-97.

services publics, le barreau et la profession notariale) de faire un examen critique et d'étudier les thèmes énoncés dans le titre de cet article.²

D'un point de vue purement pragmatique, bon nombre des propositions visant à fusionner les professions de notaire et d'avocat comportent des éléments valables pour la population en général. La possibilité d'avoir des services juridiques moins chers et la fin d'une concurrence politique et médiatique de mauvais aloi entre des champs de pratique exclusifs sont deux avantages souvent vantés.³ J'estime, toutefois, que ces propositions ne tiennent pas compte de la contribution particulière que la profession notariale a apportée au droit du Québec depuis la première fois qu'elle a été organisée par la loi, dans les années 1840,⁴ et qu'elles ne reflètent pas bien les avantages qu'une séparation des deux professions présente pour l'ordre juridique.⁵ Plus particulièrement, l'existence d'une corporation professionnelle qui est impérativement exclue de la pratique contentieuse est une garantie institutionnelle contre la judiciarisation croissante qui semble marquer la société actuelle.⁶

² L'idée d'un examen critique de la profession juridique n'est pas nouvelle, mais elle a récemment été exprimée, ailleurs, en Amérique du Nord. Ainsi, la Federation of Law Societies of Canada commandite une conférence intitulée «A New Look: A National Conference on the Legal Profession and Ethics» qui a eu lieu à Calgary (Alberta), les 9 et 10 juin, 1994. Deux études empiriques récentes ont aussi beaucoup contribué à faire comprendre le rôle des professions juridiques en Amérique du Nord: R. Abel, *American Lawyers*, Oxford, Oxford University Press, 1989 et D. Stager, *Lawyers in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1990. Malheureusement, aucune des deux n'éclaire beaucoup sur la profession notariale. Enfin, bien que beaucoup de renseignements valables sur la profession notariale soient publiés par l'*Union du notariat latin*, il ne paraît pas y avoir là l'empirisme et la tendance auto-critique que l'on retrouve habituellement à l'université.

³ La querelle interprofessionnelle la plus récente, centrée sur le pouvoir de représenter les conjoints dans une demande conjointe de divorce en vertu d'un projet de convention, a entraîné un déchirement qui n'a pas aidé l'image de ces deux professions dans le public: *Barreau du Québec v. Chambre des notaires du Québec*, [1992] R.J.Q. 1054 (C.S.). Voir aussi J. Paquet «Assez, c'est assez!» (1991) 16 *Journal Le Barreau* 6.

⁴ Voir, en général, J.-E. Roy *Histoire du notariat au Canada depuis la fondation de la colonie jusqu'à nos jours*, 4 vol., Lévis, Revue du notariat, 1899-1902; A. Vachon, *Histoire du notariat canadien, 1621-1960*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1972; J. Mackay, «La loi sur le notariat: son évolution et son histoire» (1989) 91 R. du N. 421.

⁵ Pour un avis sur certains de ces avantages, voir l'entrevue avec Guy Rocher «Quels sont les besoins juridiques de notre société?» dans *Notaire d'aujourd'hui*, congrès spécial, juin 1991 aux pages 11 à 13. Voir aussi, E. Kimmel, «The Notarial System and its Impact on Canadian Law» dans R. Landry et E. Caparros, éd., *Essays on the Civil Codes of Québec and St. Lucia*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1984 à la p. 109; V. Morin, «Le rôle du notaire dans le droit civil» dans *Le droit civil français [:] Livre-souvenir des journées de droit civil français*, Montréal, Sirey, 1936 à la p. 599; et D. Rowat, «The Notarial Profession in Québec» (1924) 2 R. du B. can. 391 pour des perceptions différentes du rôle de la profession dans différentes collectivités et à différents moments.

⁶ On peut voir des signes précoces de ce rôle particulier des professions notariales dans H. Turgeon, «Essai sur la juridiction volontaire» (1950-51) 53 R. du N. 179. Voir aussi, F. Aquin, «La juridiction volontaire» (1972) 74 R. du N. 131. Comparer cependant J.-E. Roy, «Mémoire» (1895) 1 R. de L. 531. Pour une discussion contemporaine, qui révèle en même temps l'importance du rôle du notaire et la compréhension insuffisante de sa vraie vocation, telle qu'elle est énoncée dans le présent document, voir C.É. Gagnon, *Mémoires d'un notaire de campagne*, Québec, Septentrion, 1990.

Par ailleurs, le discours de ceux qui trouvent un réconfort dans des slogans comme la «déjudiciarisation» et la «déjuridicisation» me semble avoir autant d'effets néfastes, puisqu'il repose sur un clivage structurel invivable des formes de la pratique du droit. Ne serait-ce que d'après la dimension interne des conflits interprofessionnels, ces distinctions semblent conduire à une définition distincte des rôles respectifs de l'avocat et du notaire.⁷ En outre, des études empiriques récentes montrent qu'il existe différentes formes de pratique du droit — chacune ayant sa propre logique organisationnelle et ses principes unificateurs,⁸ même dans les systèmes juridiques où la corporation détient un monopole. Au-delà de la perspective professionnelle et d'une vision du droit comme un simple produit officiel de l'État, l'élément de vérité qui peut être saisi dans l'argument en faveur de la déjudiciarisation et de la déjuridicisation montre qu'il est possible (sous réserve de certaines limites) de réorienter tous les types de pratique du droit — peu importe qu'ils soient formellement situés dans les corporations professionnelles de notaire ou d'avocat.⁹

Le présent essai constitue surtout une réflexion sur le droit du Québec au cours des prochaines décennies¹⁰ et le type de juristes qu'il faudra avoir pour relever ses défis.¹¹ Il s'agit de voir quelles sont les possibilités d'avenir de la profession notariale, notamment avec les occasions que lui offre le *Code civil* du Québec de faire preuve d'imagination dans la pratique du droit. Je ne prétends naturellement pas présenter un document détaillé ni sur le droit québécois ni sur la Chambre des notaires, mais je veux montrer en quoi la profession a contribué à l'épanouissement du droit privé au Québec et m'interroger sur la contribution qu'elle fait en permanence au droit civil.

Mes observations visent à rappeler que la qualité du droit dans les sociétés occidentales modernes et la valeur de ses professions juridiques dépendent de la société. La manière dont les professions juridiques, dans une société donnée, traduisent (et refusent de traduire) en outils juridiques officiels les valeurs et les aspirations de leur société n'est ni prédéterminée ni unidimensionnelle. La conception qu'ont les juristes de la complémentarité des ordres normatifs, étatiques et autres, dans le maintien des structures et des processus de la société

⁷ Voir R. Abel et P. Lewis, «Lawyers in the Civil Law World» dans R. Abel et P. Lewis, *Lawyers in Society: Volume Two — The Civil Law World*, Berkeley, University of California Press, 1988 à la p. 1.

⁸ Voir R. L. Abel, «Comparative Sociology of Legal Professions», dans R. Abel et P. Lewis, *Lawyers in Society: Volume Three — Comparative Theories*, Berkeley, University of California Press, 1989 à la p. 80.

⁹ Voir N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991; G. Woodman, «The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution» (1991) 32 C. de D. 2. Voir aussi M. Galanter, «Law Abounding: Legalisation Around the North Atlantic» (1992) 55 Mod. L. Rev. 1.

¹⁰ Une réflexion semblable a été entreprise il y a une quinzaine d'années par P. Nonet et P. Selznick dans *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper and Row, 1978.

¹¹ Pour une excellente collection d'études sur ce sujet, voir Abel et Lewis, *Lawyers in Society: Volume Three — Comparative Theories*, supra note 8.

civile est l'élément déterminant du succès du droit en tant qu'institution visant à faciliter les relations humaines. La façon dont les juristes d'une société se servent de leur formation pour influencer sur la construction et sur la reconstruction de la pratique quotidienne du droit officieux est le meilleur indice de la justice d'une société. Quel que soit le régime juridique adopté par l'État, il faut toujours la participation active des juristes pour le mettre en oeuvre. Et même si le droit étatique vise à être complet et à tout régir, il ne pourra jamais faire disparaître l'ordre juridique officieux et implicite.

Le présent essai vise à établir une vocation contemporaine pour le notariat, qui soit cohérente avec sa mission traditionnelle et qui tente de mieux cerner le rôle du notaire en tant qu'architecte de l'ordre social, en vertu du *Code civil* du Québec, et ce qui en découle. Il traite d'abord du thème du malaise de la modernité en insistant sur les idées reçues à propos du droit et de la société, sur les forces qui semblent avoir produit une tendance à la légalisation et à la judiciarisation au Québec, et sur les images de la profession notariale que reflètent ces idées reçues (I). L'essai traite ensuite du thème de l'accessibilité à la justice par une étude des nouvelles manières de concevoir le droit et la société, les défis du pluralisme juridique et du droit préventif dans les sociétés modernes, multiculturelles et multiethniques, et l'imagination du notaire que ces nouvelles idées présupposent (II). La troisième partie porte sur la manière dont la vocation du notaire, en tant qu'architecte de l'ordre social, implique que l'on comprenne les trois rôles du notaire en tant que créateur d'un ordre social privé, administrateur d'un ordre social privé et thérapeute dans un ordre social privé (III).

I. *Droit, Société et le Code civil du Bas-Canada*

Bien des réflexions professionnelles sur la nature du droit et la pratique du droit sont aujourd'hui inconsciemment tributaires d'une conception de la société issue d'une autre ère.¹² Malgré les changements sociaux, économiques et démographiques importants que le Québec a connus depuis le milieu du dix-neuvième siècle, un grand nombre de conceptions symboliques du rôle du droit, et plus particulièrement, du rôle du droit privé, qui avaient cours à l'époque de la codification du droit privé en 1866, influent encore sur la conscience qu'on a du droit, du moins parmi les élites sociales.¹³ En effet, même si la place contemporaine que le *Code civil* peut occuper dans la pratique est plus modeste, de par son caractère symbolique dans la théorie du droit québécois, les

¹² Voir les observations par André Morel dans «L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas Canada (1866-1890)» dans *Les journées Maximilien Caron 1992* [:] *Le nouveau Code civil — interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1992 à la p. 49.

¹³ Pour un examen des points de vue populaires du Code civil du Bas-Canada au moment de son adoption, voir A. Morel, «Le Code civil devant l'opinion publique de l'époque» dans J. Boucher et A. Morel, éd., *Le droit dans la vie familiale* [:] *Livre centenaire du code civil*, vol. I, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 39.

conceptions traditionnelles sur son rôle sont très révélatrices à cet égard.¹⁴ Quelle que soit l'importance du droit criminel, du droit commercial, du droit administratif à caractère réglementaire et du droit fiscal pour la pratique du droit, ces différentes branches sont toutes fondées sur la notion de personnalité juridique et sur le régime juridique des biens que reflète le *Code civil*.

Ainsi, on peut dire que le *Code* qui est inspiré du modèle français de 1804 constitue une sorte de constitution civile (ou sociale): c'est le document qui reflète le contrat social établissant les conditions fondamentales de la société civile.¹⁵ Alors qu'une constitution politique se borne à établir l'État et ses institutions, le *Code civil* est, lui, à la fois, plus et moins qu'une constitution politique. Plus, parce qu'il met en évidence les institutions, les notions et les repères normatifs qui permettent aux personnes et aux familles de poursuivre leurs objectifs privés tout en s'attendant à ce que leurs concitoyens connaissent ces règles. Moins, parce qu'un *Code civil* n'a pas tant pour but de constituer et d'établir la loi qu'il vise à énoncer, que de faire une synthèse écrite du «droit vivant» que nous sommes tous censés connaître et respecter.¹⁶ La métaphore doctrinale traditionnelle fait ainsi du *Code* le témoin littéraire de préceptes sur lesquels la société civile est fondée.

Un certain nombre de conséquences découlent de cette conception du droit privé.¹⁷ Premièrement, **sur le plan institutionnel**, cette conception signifie que les personnes ordinaires, aidées au besoin de leurs conseillers juridiques privés — notaires et avocats —, sont, en général, capables d'organiser leurs affaires et de les mener sans l'aide (ou la censure) des fonctionnaires publics. Ni les organismes gouvernementaux de réglementation ou d'affectation, comme les curateurs publics, registraires, organismes de protection du consommateur et régies des loyers, ni les organismes gouvernementaux spécialisés chargés de régler les conflits et de rendre des décisions, les tribunaux judiciaires et administratifs, ne sont normalement nécessaires pour la vie courante.

Deuxièmement, **sur le plan intellectuel**, cette vision du droit présuppose que les citoyens qui poursuivent leurs propres objectifs sont, en général, capables de comprendre, d'organiser et de respecter des relations exemptes

¹⁴ Pour une discussion approfondie sur ce point, voir J.-M. Brisson, «Le Code civil, droit commun?» dans *Les journées Maximilien Caron 1992* [:] *Le Nouveau Code civil — interprétation et application*, supra note 12 à la page 292. Pour une présentation moins raffinée mais plus traditionnelle, voir aussi P. Azard, «Le Code civil, pièce maîtresse de la civilisation canadienne-française» (1963) 5 C. de D. 7.

¹⁵ L'expression est de Jean Carbonnier. Voir J. Carbonnier, *Droit civil* [:] *Introduction*, 16^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1991 à la p. 134. Voir aussi J. Carbonnier, «Le Code civil» dans P. Nora, éd. *Les lieux de mémoire, La nation* vol. 2, Paris, Gallimard, 1986.

¹⁶ Voir Brierley et Macdonald, supra note 1 aux pp. 33-45.

¹⁷ Les observations qui suivent sont liées à la nature de la codification du droit privé dans la tradition du droit civil et ne sont pas seulement conçues pour s'appliquer au Code civil du Bas-Canada. Pour un point de vue sur les valeurs inhérentes au Code de 1866, voir M. Caron, «De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du *Code civil*» dans Boucher et Morel, supra note 13 à la p. 3.

d'exploitation. Que ce soit par elles-mêmes ou avec l'aide de leurs conseillers privés, les personnes exprimeront leurs désirs d'obtenir des prestations disproportionnées, réduiront leurs attentes par des compromis en réconciliant tous les conflits éventuels et, dans leurs interactions permanentes avec les autres, entretiendront les liens de solidarité sociale nécessaires au maintien d'une société juste. C'est la recherche d'objectifs et de buts communs, et non pas l'identification du conflit, qui inspire le caractère normatif du Code.

Troisièmement, **sur le plan moral**, cette conception de la société civile part de l'hypothèse qu'il peut exister un certain ordre naturel des choses (le donné) dans les relations interpersonnelles et que le droit n'est pas tout à fait un instrument construit (le construit). La principale forme que prend cet ordre trouve son expression juridique dans la détermination d'une personne qui a toujours le dernier mot dans les situations de conflit, ce qui constitue une règle qui s'applique par défaut: le parent par rapport à l'enfant; le mari par rapport à l'épouse; le propriétaire terrien par rapport au propriétaire de biens meubles. Bien qu'une bonne partie de ce présumé ordre naturel peut changer avec le temps et quel que soit, en fait, son caractère artificiel, l'existence d'un code présuppose que cet ordre puisse être compris à tout moment parce qu'il repose sur des principes généraux que sont l'ordre public, les bonnes moeurs, l'équité, la justice, au lieu de la pure technique juridique. Il s'ensuit que le droit du *Code civil* n'a qu'un rôle partiel à jouer dans l'ensemble de l'ordre normatif qui permet aux personnes de vivre en société.

Il n'est pas surprenant que les rôles établis au Québec au milieu du dix-neuvième siècle pour les notaires et les avocats aient été essentiellement fixés dans ces termes.¹⁸ Même la pratique du droit dans les cabinets d'avocats (le plus gros cabinet à l'époque comprenait trois ou quatre personnes) était autant consacrée à l'ordre législatif et contractuel qu'elle ne l'était au litige.¹⁹ Mais la théorie du notariat et la pratique des notaires reflétaient mieux les présupposés du *Code civil* en tant que constitution civile.²⁰ De par leur charge même, que la loi prévoyait, les notaires ne se présentaient pas devant les tribunaux pour des affaires contentieuses, et ils ne participaient pas, de façon marquée, à des

¹⁸ On peut faire un parallèle intéressant avec les observations de D. Sugarman, «Simple Images and Complex Realities: English Lawyers and their Relationship to Business and Politics, 1750-1950» (1993) 11 *Law and History Rev.* 257.

¹⁹ Voir la discussion dans G.B. Baker, «Law Practice and Statecraft in Mid-Nineteenth-Century Montreal: the Torrance-Morris Firm, 1848-1868» dans C. Wilton, dir., *Essays in the History of Canadian Law [:] Beyond the Law: Lawyers and Business in Canada, 1830-1930*, Toronto, The Osgoode Society, 1988. Plusieurs histoires publiées par les grands cabinets d'avocats de Montréal donnent un autre aperçu de ce rôle. Voir, par exemple, D. Tees, *Chronicles of Ogilvy, Renault, 1879-1979*, Montréal, Ogilvy, Montgomery et al., 1979; D. Mitchell, *The History of McMaster, Meighan*, Montréal, McMaster, Meighan, 1989.

²⁰ Pour des discussions sur le rôle préliminaire des notaires, voir M. Guénette, «Un portrait de l'activité notariale à Laprairie de 1760 à 1850» (1993) 95 R. du N. 314 à la 434; R. Chabot, «Joseph Papineau: un notaire aux multiples fonctions (1752-1841)» (1988) 90 R. du N. 587; A. Duval, «Le notaire et la vie quotidienne des origines à 1870» (1987) 90 R. du N. 84.

opérations à caractère éphémère du droit commercial. Les notaires intervenaient dans la conception, la promotion, l'élaboration et la structuration institutionnelle d'une entreprise, mais jamais dans l'administration interne de ses affaires courantes.²¹ Le mandat du notaire ne s'étendait pas non plus au droit pénal.

Que ce soit dans le périmètre du *Code civil* ou en dehors de celui-ci, la pratique du droit par les notaires reflétait les présupposés idéologiques dominants du droit civil. Les notaires étaient, dans leur rôle de gardiens des minutes de contrats de mariage, d'actes de donation et de transactions immobilières, les garants de la stabilité sociale. Les notaires participaient aussi de façon marquée aux grandes questions qui intéressaient l'État. On pourrait dire qu'en ce qui concerne les structures institutionnelles de gouverne de la société, on assistait à une division implicite du travail: les avocats se concentraient sur le processus judiciaire, tandis que les notaires participaient de façon plus active au processus législatif. En outre, dans le processus législatif, les notaires étaient associés de très près à des projets et à des institutions, mais non pas à la réglementation détaillée de leurs opérations.²²

Bien que cette idée puisse être poussée à l'extrême, ce n'est pas une exagération que de dire que l'image du *Code civil* en tant que constitution sociale traduisait une conception organique de la société, selon laquelle l'État était considéré fondamentalement comme une institution sociale.²³ De la même manière, le rôle qu'avait le notaire au dix-neuvième siècle était associé de près à cette conception de la société civile. Toutefois, le *Code civil* incluait une autre vision de la société civile: libérale, commerciale et dominée par les échanges.²⁴ Dans cette perspective, le *Code civil* n'est pas, avant tout, le reflet du «droit

²¹ Voir l'essai détaillé de J.C. Robert, «Un seigneur entrepreneur, Barthelemy Joliette, et la fondation du village d'Industrie, 1822-1850» (1972) 26 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 375. Voir aussi, H. LaFortune, «La situation de la profession notariale entre 1800 et 1850, vue à l'intérieur d'une étude régionale effectuée dans le bourg de l'Assomption», thèse de maîtrise, Université de Montréal, 1983 [non publiée].

²² Une thèse identique est soutenue par B. Young, «Positive Law, Positive State: Class Re-alignment and the Transformation of Lower Canada, 1815-1866» dans A. Greer et J. Radforth, dir., *Colonial Leviathan: State Formation in Mid-Nineteenth Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1992 à la p. 36.

²³ L'idée voulant qu'une bonne partie de l'histoire politique canadienne puisse être expliquée par référence aux tensions entre les conceptions libérales et organiques de la société civile et de l'État, et que la présence d'une tradition organique dans la culture politique canadienne la différencie de la culture politique américaine est maintenant bien acceptée. Pour une expression récente de cette idée, voir S.M. Lipset, *Continental Divide: The Values and Institutions of the United States and Canada*, New York, Routledge, 1990. Différentes sociétés peuvent refléter différentes tendances dans la métropole coloniale, selon l'époque où la colonie «a été abandonnée» par la métropole, ce qui explique la persistance des idées conservatrices dans la culture politique canadienne d'après une hypothèse présentée en premier lieu par Louis Hartz et appliquée au Canada par Gad Horowitz. Voir G. Horowitz, «Conservatism, Liberalism, and Socialism in Canada: An Interpretation» dans G. Horowitz, *Canadian Labour in Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1968 à la p. 3. Pour une discussion récente, voir le colloque «Hartz and Horowitz at Twenty» (1987) *Can. Hist. Rev.*

²⁴ Voir Brierley et Macdonald, *supra* note 1 aux pp. 39-45.

vivant» dans la société civile, mais un instrument législatif de l'État. Ici, le droit n'est pas la pratique réelle des citoyens, mais un texte qui est adopté. Ici, le droit n'est pas considéré comme un facteur qui renforce les valeurs des autres ordres normatifs, mais comme une source de droits et d'obligations indépendants. Vu le caractère autonome de ces droits, leur affirmation produit nécessairement un conflit juridique indépendant. Ici, c'est donc l'avocat et non pas le notaire qui est la représentation professionnelle de la pratique du droit.

Au moment de la codification, le *Code civil* du Bas-Canada a eu du succès, en tant que code de droit privé, surtout parce qu'il a pu combiner ces deux visions de la relation entre le droit et la société civile. Mais, au cours du siècle et demi qui a suivi la grande construction sociale des années 1840 jusqu'à 1860, ni la société ni l'économie du Québec ne sont restées statiques. En outre, le droit et le gouvernement en général, ainsi que le droit civil et la profession notariale en particulier, ont vu leurs rôles considérablement modifiés. Ces phénomènes de mutation ont eu lieu à l'échelle du continent nord-américain et ont pu être observés pendant toute la durée du vingtième siècle, en particulier dans les provinces de common law du Canada.²⁵ Au Québec, leur véritable portée n'est apparue que depuis les années 1960, bien qu'on ait pu en voir des traces bien avant. De fait, l'affinité étroite qui existait entre les idées et les ambitions des dirigeants de la profession notariale et des dirigeants des autres institutions d'une société conservatrice traditionnelle et réactionnaire, a laissé au début de la Révolution tranquille la profession plus vulnérable à l'effet de la transformation du vieil ordre organique sous la pression de l'idéologie politique libérale dans les années 1960 et 1970.²⁶

En un sens, on pourrait dire que, comme la profession notariale n'avait pas de stratégie pour le changement ou l'évolution face à ces bouleversements sociaux, elle s'est trouvée de plus en plus marginalisée par la modernité. Au lieu de chercher à s'adapter à l'ordre juridique libéral naissant et à l'État-providence qui l'accompagnait en s'attachant à son rôle important dans les collectivités locales, le notariat rural a souvent cherché refuge dans les pratiques familières de sa vocation historique, même lorsque les idées sous-jacentes à cette vocation ne semblaient plus prédominantes ni même pertinentes.²⁷ Pour sa part, le notariat urbain était captivé, voire ravi par les possibilités économiques que présentaient ses champs d'activité réservés, surtout dans les transactions immobilières, un intérêt qui n'était pas surprenant, vu que plus de 50 % du stock de logements du Québec a été construit (et financé) depuis 1945. Toutefois, au

²⁵ L'essai politique le plus connu qui a signalé ces changements au Canada est celui de George Grant, *Lament for a Nation*, Toronto, McClelland et Stewart, 1965.

²⁶ Pour une brève discussion et bibliographie voir Brierley et Macdonald, *supra* note 1 aux pp. 69-73 et 82-88.

²⁷ Le thème de l'adaptation professionnelle au changement social, n'a pas été étudié au Québec, en général, ce qui est surprenant. Les études analogues abondent sur ces activités aux États-Unis. Voir, par exemple, J. C. Foster, *The Ideology of Apolitical Policies: Elite Lawyers' Response to the Legitimation Crisis of American Capitalism*, New York, Garland, 1990; J.P. Heinz et E.O. Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*, Chicago, The American Bar Foundation, 1982.

cours des dernières années, on a pu assister à différentes tentatives de la profession pour réévaluer son rôle. Néanmoins, dans ses tentatives récentes, elle n'a pas souvent été capable ou désireuse de se démarquer de la logique de la société civile et du rôle du notaire dans cette société telle qu'elle existait en 1866. Pour mieux comprendre comment une nouvelle image et un nouveau rôle pour la profession peuvent être élaborés en vertu du *Code civil* du Québec, il faut examiner les deux transformations les plus notoires du droit et de la pratique du droit au cours des cent vingt-cinq dernières années, et la réaction de la Chambre des notaires à ces transformations.

II. *Le droit public, la juridicisation et la raison utilitaire*

Nombreux sont ceux qui ont soutenu que la juridicisation de la vie quotidienne était un trait marquant de la société de la fin du vingtième siècle.²⁸ Toutefois, le sens précis de cette affirmation est difficile à saisir.²⁹ Pour certains, la tendance peut être traduite et expliquée par l'expression «État-providence». Bien que l'expansion des pouvoirs publics puisse effectivement être stimulée par des notions de bien-être social, ce n'est là qu'une explication partielle. L'enjeu est, en réalité, le changement de la rationalité fondamentale du droit. Bien que ce changement ne semble s'être produit qu'au cours des cinquante dernières années, l'évolution récente du droit constitue tout simplement le paroxysme de tendances dont les origines remontent à la codification même. Il ne fait pas de doute que le fait que le droit ait été identifié d'une manière peu réfléchie avec la législation produite par l'État politique appuie la perception d'une réglementation gouvernementale de plus en plus envahissante et, en même temps, de textes légaux de plus en plus nombreux depuis 1945. Toutefois, on peut soutenir de façon plausible que la quantité de droit dans une société est une donnée constante: ce qui varie, ce sont ses formes, ses modes d'expression, ses institutions et ses prétentions.³⁰

Présentées d'une manière légèrement différente, les tendances dominantes du droit moderne peuvent être exprimées dans les perceptions d'une évolution: évolution du statut vers le contrat, de la pratique coutumière vers la législation, de la réciprocité vers l'organisation par des objectifs communs, du droit en tant que facilitation vers le droit en tant que contrôle social, de la négociation du conflit vers le règlement de litiges, et de l'ordre horizontal vers l'ordre vertical. Cette dernière perception a aussi été présentée parfois comme une évolution de l'ordre privé vers l'ordre public. Toutefois, ce ne sont là que des perceptions. Il

²⁸ Voir les essais publiés dans R. Abel, dir., *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982.

²⁹ Pour une discussion intéressante, voir M. Galanter, «Legality and Its Discontent: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization» dans E. Blankenberg et autres, *Alternativ Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1979 à la p. 11.

³⁰ R.A. Macdonald, «L'intervention réglementaire par la réglementation» dans I. Bernier et A. Lajoie, dirs., *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Toronto, University of Toronto Press, 1986 à la p. 89.

s'agit effectivement de mesurer l'activité législative et la charge de travail judiciaire, mais il est loin d'être évident sur le plan empirique que davantage d'activité législative ait créé davantage de production juridique, ou que des outils normatifs moins visibles et informels soient, en quoi que ce soit, moins importants pour la société moderne. Quoi qu'il en soit, que la loi soit la variable endogène (ou dépendante) au lieu d'être exogène (ou indépendante), la perception devient souvent réalité. De nos jours, le droit est surtout perçu à la fois par les professions juridiques et par les citoyens comme un ensemble de normes législatives explicites et immuables conçues pour des objectifs instrumentaux.³¹

Pourquoi les trois dernières décennies ont-elles vu, en particulier, le décentrage apparent du *Code civil* et de la conception organique de la société civile qu'il semblait refléter de façon prédominante? Ici, en l'absence de données épidémiologiques fiables qui dissocient la causalité de la corrélation, aucune réponse ne peut être donnée avec certitude. Au plus, on peut mettre en évidence les changements socio-économiques et démographiques qui ont eu lieu dans la société québécoise depuis 1866, notamment avec l'évolution des modèles d'activité législative.³² Les questions de savoir si, du point de vue de la cause et de l'effet, davantage de droit public a signifié moins de droit privé et, en particulier, si plus de droit étatique a causé un affaiblissement des ordres normatifs qui ne proviennent pas de l'État, doivent demeurer sans réponse, d'après notre connaissance du droit au Québec. La seule chose que l'on puisse dire est que, selon l'idéologie officielle dans les milieux politiques et à la tête de la magistrature, du Barreau, du Notariat et du monde universitaire, la réponse à ces questions est affirmative.

Il est sûr que deux des principaux aspects les plus évidents, qui distinguent la société de la fin du vingtième siècle de la société du milieu du dix-neuvième siècle, sont la portée et l'étendue des unités fondamentales de l'organisation sociale. Dans la mesure où la municipalité locale et le village ou, dans une bonne partie du Québec rural, la paroisse, étaient au coeur de l'activité quotidienne, il n'était pas nécessaire d'avoir le degré de coordination et de gestion qu'implique une réglementation plus centralisée.³³ Les présomptions du marché, que ce soit le marché explicite du contrat local ou le marché implicite de l'interaction communautaire permanente, suffisaient à créer des modèles stabilisés d'attente et de réciprocité. De fait, ce que l'on oublie souvent dans les évaluations

³¹ Voir H.W. Arthurs, «Le droit comme instrument de l'intervention de l'État: un cadre d'enquête» dans I. Bernier et A. Lajoie, dirs., *Le droit, la société et l'économie*, Toronto, University of Toronto Press, 1986 à la p. 83.

³² Pour une analyse instructive sur l'importance d'une distinction entre la corrélation et la causalité dans cette discussion, voir S.E. Merry, *Getting Justice and Getting Even [:] Legal Consciousness Among Working-Class Americans*, Chicago, University of Chicago Press, 1990 aux pp. 172-182.

³³ Pour un examen de ces deux institutions de coordination et de contrôle, voir J.D. Little, «Colonization and Municipal Reform in Canada East» (1981) 14 *Histoire sociale/Social History* 93, et A. Greer, «The Birth of the Police in Canada» dans A. Greer et J. Radforth, dir., *Colonial Leviathan: State Formation in Mid-Nineteenth Century Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1992 à la p. 17.

modernes de l'activité du marché, c'est que ces contrôles implicites des marchés constituaient un mécanisme de réglementation puissant. Dans ce modèle de mutation du droit, comme la portée et l'étendue de l'interaction sociale prennent de l'expansion, le droit est de plus en plus formalisé, bureaucratisé et caractérisé par la sanction externe. Le droit actuel, local, fluide, qui sert d'institution intermédiaire pour répondre, soit aux intérêts des élites locales, soit aux attentes de la collectivité et à sa compréhension des problèmes courants, fait progressivement place à un droit étatique, absent et fixe, qui sert les intérêts des élites plus distinctes, qui est administré par des fonctionnaires étrangers à la localité et apporte des modifications après coup à des conditions prédéterminées de conflit particulier.³⁴ Le droit local peut réapparaître (en fait, il se peut qu'il ne disparaisse jamais vraiment), mais il est aujourd'hui perçu comme présent seulement dans les interstices négociés de la pratique contractuelle, plutôt que comme un phénomène social généralisé.³⁵

Toutefois, une autre série importante de changements sociaux sont intervenus au Québec au cours du dernier siècle, à savoir, les changements économiques et démographiques. L'évolution de l'économie et de la démographie peut être constatée dans le changement des perceptions du travail, l'expansion de l'économie de consommation, la redéfinition des rôles masculins et féminins qui implique une plus grande participation des femmes à la main-d'oeuvre rémunérée, le mariage plus rare et plus tardif, la baisse du taux de natalité et, du moins dans la région métropolitaine de Montréal, une diversité ethnique de plus en plus marquée.³⁶ Bien qu'il n'existe pas de lien nécessaire entre ces différents modèles de changement social, il est devenu courant de les associer à la modernité. Dans la société moderne, les relations et les rôles sociaux ne sont plus fixés dans une forme permanente par la tradition: ils peuvent être renégociés, réorganisés et dissociés. Les rôles sociaux n'en disparaissent pas pour autant; seules leur légitimité et leur reconnaissance ont évolué.

Ces modèles de changement se manifestent de différentes manières, notamment par la législation. Les laconiques contrats nommés du *Code civil*, tout comme les principes de la responsabilité civile qu'il tend à faire valoir, ne semblent plus adaptés pour traiter de la complexité des interactions humaines contemporaines. Un contrat ou un accident ne constitue plus un lien entre des

³⁴ Certaines études montrent que le recours au droit vise précisément à faire disparaître les caractéristiques totalitaires de la collectivité locale. Voir, par exemple, S.E. Merry, «Rethinking Gossip and Scandal» dans D. Black, dir., *Toward a General Theory of Social Control*, vol. 2, New York, Academic Press, 1984 à la p. 271.

³⁵ Pour un excellent examen empirique et théorique d'un de ces exemples, voir les essais sur la relation entre Alcan et ses fournisseurs locaux, de Jean-Guy Belley, «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991) 23 C. de D. 253; «Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique» (1992) 33 C. de D. 21; «Contrat et citoyenneté. La politique d'achat régional d'une entreprise multinationale» (1993) 34 C. de D. 1063.

³⁶ Voir, pour les statistiques socio-démographiques, S. Langlois, et al., *La société québécoise en tendances, 1960-1990*, Québec, Institut Québécois de recherche sur la culture, 1990.

personnes qui implique un ordonnancement ou une réorganisation juste des avantages et des charges dans une entreprise commune. C'est plutôt l'occasion de formuler expressément des arguments de réciprocité et des conflits. Les normes du travail, les relations de travail et les régimes réglementaires d'indemnisation des victimes d'accidents du travail doivent définir les droits et les obligations dans un monde où le travail est considéré simplement comme une denrée fongible. Les organismes de protection du consommateur et d'adjudication entre locateurs et locataires rééquilibrent les rôles sociaux désuets centrés sur la prédominance hiérarchique de l'entrepreneur (vendeur, propriétaire d'immeubles) par rapport au client (acheteur, locataire), en tant que droits protégés par la loi. Les codes des droits de la personne corrigent les présomptions relatives à la classe, au caractère ethnique et au sexe. Les travailleurs, les consommateurs et les locataires (pour ne pas dire les notaires et les avocats) peuvent dorénavant revendiquer un ensemble particulier de droits et une autorité particulière reconnue par l'État.

Au cours du siècle écoulé, ces changements économiques et démographiques ont été accompagnés par une évolution de la conscience juridique. Il semble que ce soient plus les échanges et moins les coutumes et les traditions qui aient prédominé comme mode d'ordre privé. Toutefois, la conception du contrat qu'ont les juristes n'a pas évolué en fonction de ces changements. Une forme particulière d'idéologie du marché a gagné du terrain au début du vingtième siècle sous la forme de la liberté contractuelle. Toutefois, à défaut de donner un poids suffisant à la fonction sociale du contrat au moment de sa négociation, ce type particulier d'idéologie du marché se voit maintenant compensé par une forme particulière de compréhension du rôle du droit public dans l'organisation du marché. L'importance accrue du contrat exclusif, en tant qu'instrument de relations interpersonnelles, manifeste la perte d'identification avec «son fournisseur». La meilleure preuve se trouve dans la destruction des petites villes par les grandes surfaces qui s'installent à l'extérieur de celles-ci, et ce, au nom de l'efficacité.³⁷ Cette promotion du contrat explicite, en tant qu'idéologie dominante, se retrouve aussi dans la modification des limites de ce qui semble «privé» par opposition à ce qui est «public». Nulle part ailleurs, ces changements n'ont été aussi évidents que dans le domaine des relations conjugales.

Deux observations s'imposent pour conclure cette section. Tout d'abord, plus des formes triangulaires et verticales de gouverne de la société, qui impliquent le règlement des conflits et des litiges avec des tiers prétendent organiser les relations et les événements de la vie courante, moins les autres principes d'ordre social, horizontaux (et souvent bipartites), comme les coutumes, les contrats, les négociations, les biens, le vote et même le recours délibéré au hasard, semblent jouer une fonction organisatrice dans la vie privée.

³⁷ Si l'on cherche à comprendre la relation entre la tradition et le contrat, il convient de se reporter à la merveilleuse chanson des *Colocs* intitulée «La rue principale», une lamentation causée par la destruction du centre d'une petite ville du Québec suite à la construction d'un centre commercial de banlieue. On pourrait se demander si le notaire avait ou non une responsabilité pour le défaut de mesure de contrôle *ex ante* sur la pratique contractuelle lorsque le contrat lui-même a été réduit à de simples clauses passe-partout.

Deuxièmement, la rationalité des décisions dans l'adjudication publique contemporaine (et, à titre subsidiaire, du droit de la réglementation administrative) diffère de façon fondamentale de la rationalité du règlement négocié en vertu du droit privé selon le *Code civil*. Les décisions fondées sur la poursuite de buts communs (ou d'engagement partagé) et assujetties à une série illimitée de justifications, qui caractérisent le droit vécu de façon privée, laissent progressivement le pas aux décisions fondées sur les droits établis, d'après une rationalité instrumentale de réciprocité (ou de droits préexistants) et les sources restreintes de justifications qui caractérisent l'ordre législatif public.³⁸ Au lieu que l'ordre social découle de l'amalgame soigneusement homogénéisé de l'ordre public et privé, d'objectifs symboliques et instrumentaux, et de buts hédonistes et paternalistes, l'organisation sociale moderne semble dépendre du relâchement (voire de la destruction) des liens sociaux traditionnels, et de la liberté fantaisiste qu'ont les personnes de créer de nouveaux liens pour des objectifs privés qu'ils estiment les meilleurs. En particulier, le contrat notarié, en tant que constitution, semble être devenu un contrat où les avantages sont mutuellement négociés, selon le modèle de la science économique.³⁹

III. *Les droits, la judiciarisation et l'aequitas ex post facto*

La judiciarisation n'est pas le seul phénomène, bien entendu, qui caractérise la société de la fin du vingtième siècle. Le Québec semble, de plus en plus, touché par l'influence croissante du judiciaire dans tous les aspects de la vie courante. Autrement dit, on peut voir que l'espace juridique occupé par le droit réglementaire de l'État et, en particulier, par le droit public réglementaire est de plus en plus grand. Mais pourquoi cette tendance à la réglementation législative serait-elle accompagnée, même dans les domaines où le droit administratif et les organismes administratifs n'ont pas assumé un rôle prédominant, d'un recours accru aux tribunaux comme censeurs civils *ex post facto* de l'activité privée? Encore une fois, il est difficile de contrôler des statistiques qui sont valables sur le plan épidémiologique pour déterminer si cette judiciarisation apparente constitue vraiment un changement social significatif, ou s'il s'agit seulement d'une perception du changement.⁴⁰ Quoiqu'il en soit, même si l'on présume que c'est la dernière explication qui est la bonne, il est toujours possible de se demander quels sont les facteurs qui contribuent à la perception dans le public voulant que, même dans les différents domaines du droit privé, la moralité de

³⁸ Voir la discussion dans D. Howes, «Nomadic Jurisprudence: Changing Conceptions of the 'Sources of Law' in Québec from Codification to the Present» dans H.P. Glenn, dir., *Contemporary Law*, Montréal, Yvon Blais, 1990 à la p. 1.

³⁹ Voir, pour une discussion de ces conceptions subsidiaires du contrat, J.G. Belley, «Deux journées dans la vie du droit: Georges Gurvitch et Ian R. Macneil» (1988) 3 *Rev. can dr. et soc.* 27.

⁴⁰ Pour des évaluations sceptiques, voir M. Galanter, «The Day After the Litigation Explosion» (1986) 46 *Maryland Law Rev.* 3; C. Greenhouse, «Interpreting American Litigiousness» dans J. Starr et J. Collier, dirs., *History and Power in the Study of Law*, Ithica, Cornell University Press, 1989 à la p. 252.

la réglementation juridique puisse seulement être assurée grâce à la bénédiction du juge.

Il est courant de dire que l'acte notarié est une formalité. Au Québec, toutefois, l'analyse de la nature et de l'objet des formalités contractuelles n'est pas très avancée.⁴¹ La plupart de ces formalités, surtout les formalités littéraires, sont clairement conçues pour servir des fonctions de prudence et de preuve. Les personnes réfléchiront soigneusement avant de conclure une convention écrite qu'elles doivent signer, et une fois qu'elles l'auront signée, la convention ainsi signée constitue un document permanent qui facilite la preuve. Mais, à la lumière des conventions exclusivement réservées à la forme notariée, la caractéristique la plus importante de l'acte notarié tient à son rôle de mécanisme d'orientation. Ici, le formalisme ne se manifeste pas au moment de la signature ou par la suite, mais au moment de la discussion de la convention, au moment où l'on recherche les conseils du notaire et au moment où l'acte est lu à voix haute. De telles formalités d'exécution permettent aux parties contractantes de prendre la mesure de leur cocontractant, de découvrir plus clairement ce que chacun cherche à faire, et c'est là le début de l'ordre normatif implicite dans lequel leur relation va se dérouler. Il en ressort, bien entendu, que dans un monde où le contrat (et même un acte sous forme notariée) semble seulement un instrument écrit à caractère conjoncturel et non pas une invitation à créer une relation, ni les parties ni le notaire n'auront l'occasion de développer cet ordre implicite. Dans ce contexte, comme on pense que le texte incarne à la fois la convention et la relation, toute tierce partie, comme un tribunal, peut décider du sens du texte.

Quant au fond, la première hypothèse du droit privé du dix-neuvième siècle voulait que la personne à laquelle le droit donne l'initiative pour établir des modèles d'interaction ou le dernier mot pour décider de l'issue en cas de désaccord, soit située dans d'autres contextes normatifs de manière à ce que toute tendance à l'abus d'autorité ou tout excès d'égoïsme soit atténué dans les actes juridiques alors entrepris ou dans les conduites adoptées. Ainsi, l'autorité patriarcale dans la famille, pour le nom de famille, le choix de la résidence, le contrôle de l'économie familiale, le pouvoir de discipline envers les enfants, était considérée quelque peu (et peut-être même suffisamment) soumise à des normes externes implicites (l'église, la famille élargie, la collectivité des voisins). Peut-être naïvement, bien qu'en l'absence de données sociologiques il soit difficile d'établir des résultats effectifs, a-t-on présumé que le recours à des tierces parties de façon explicite ne serait pas nécessaire pour garantir l'exercice bienveillant du pouvoir patriarcal.

En outre, des considérations morales importantes guidaient les relations entre les différents cadres juridiques du droit civil, que se soit pour les relations familiales, les biens, les successions et les obligations. Des notions comme l'ordre public, la personne prudente et diligente, la bonne foi et, en particulier,

⁴¹ Pour une discussion sur le rôle du formalisme contractuel, dont les observations suivantes sont tirées, voir L. Fuller, «Consideration and Form» (1941) 41 Colum. Law Rev. 714.

les bonnes moeurs, qui sont une certaine conception du comportement interpersonnel acceptable selon les normes de la collectivité locale et non pas d'après une morale purement sectaire, imprégnaient le droit privé. Autrement dit, le droit civil présumait qu'ensemble, les propositions à valeur fondamentale d'autres ordres normatifs externes au *Code* auraient un effet internormatif,⁴² et qu'avec des principes explicites supérieurs qui se trouvaient dans le *Code civil*, cela réduirait les iniquités dans l'attribution du pouvoir par la loi ou dans les abus de ce pouvoir. La théorie des bonnes moeurs dans le *Code* voulait que, si jamais il fallait recourir à la justice pour une décision, celle-ci s'intéresserait davantage à l'équité de fond de la convention envisagée (telle que la perçoit la communauté qui sert de référence pour établir des normes) qu'aux droits précis qu'elle prévoyait.

La deuxième hypothèse de fond du droit privé du dix-neuvième siècle voulait qu'un *Code civil* ne puisse être normatif que de façon dérivée. Comme on estimait qu'il reflétait certaines présomptions communément partagées sur les principes d'organisation fondamentale de la société, le *Code civil* n'était pas perçu, en soi, comme une source de contrainte externe à la conduite. Même dans les situations de la vie courante où il prévoyait de façon explicite des recours devant les tribunaux, le *Code* était structuré de façon à ce que les parties puissent habituellement résoudre leurs différends, voire même leurs conflits ouverts, en appelant à l'aide les institutions de ces autres ordres normatifs. Ce qui est important dans cette vision de la vie en société, ce n'est pas le postulat qu'il existe un genre de paradis, antérieur au droit, où les conflits interpersonnels sont inconnus. Les conflits, la mésentente et les litiges sont inévitables lorsque des êtres humains sont en relation. Cette perspective ne présume pas, non plus, qu'en cas de conflit, l'attribution initiale ou par défaut du pouvoir et des décisions, par exemple aux maris, aux propriétaires et aux vendeurs, doit être maintenue à tout prix. L'idée fondamentale sur laquelle reposait le droit privé était que le conflit n'était pas simplement, ni même de façon première, objet de désaccord humain, mais aussi son sujet. À cet égard, le conflit n'est pas le résultat d'une concurrence entre des prétentions irréconciliables. C'est le processus et l'instrument par lesquels les personnes discutent, restructurent et règlent leurs différentes manières de comprendre leur projet commun et la portée légitime de l'autorité de l'autre.

Ce n'est pas, bien entendu, juste au moment où l'on approche d'un conflit que cette deuxième hypothèse se manifeste. Le fait que des institutions juridiques de droit privé se soient trouvées dans des cadres normatifs multiples leur a permis d'exprimer non seulement des règles (ou des normes), mais des rôles et des relations. Ainsi, un mariage était un événement en droit civil, mais il tirait une bonne partie de son essence de son contexte religieux. Le mariage amenait le couple à assumer des obligations mutuelles ainsi qu'envers la société et, en particulier, envers Dieu. De même, la propriété, malgré sa formulation apparemment absolue, était entendue dans un contexte social et religieux. Les propriétaires étaient autorisés à utiliser leurs biens et en à retirer les fruits, sous réserve de l'usucapion

⁴² Voir J. Carbonnier, «Les phénomènes d'internormativité» [1977] Euro. Y.B. Law & Soc. 42.

d'autrui, et leurs biens servaient de gage commun à leurs créanciers. Là encore, le contrat était la loi des parties. Mais le contrat n'était pas une «loi des parties écrite noir sur blanc et applicable dans ses termes stricts», pas plus que le *Code civil* du Bas-Canada n'était «noir sur blanc et ne constituait le droit applicable dans ses termes stricts» entre les parties. On s'attendait à ce que les parties à un contrat comprennent l'esprit de la convention et, de ce fait, à ce qu'elles administrent de façon équitable les termes de celle-ci, même lorsque les hypothèses sur lesquelles reposait la convention étaient modifiées du fait de circonstances imprévisibles. Elles étaient censées être les mieux à même de régler tous les types de conflits parce que le contrat était fondé sur une relation préalable et durable de voisinage ou de collectivité, cette relation étant elle-même le produit d'un ordre normatif plus riche. Dans le mariage, la propriété et le contrat, la relation incluait un tiers (d'autres membres de la société ou Dieu) qui avait des attentes légitimes fondées sur un autre ordre normatif.

Au cours du siècle dernier, le fait qu'on ait vu que, dans de vastes domaines de l'interaction humaine, ces hypothèses contextuelles internes au *Code civil* du Bas-Canada ne semblaient plus être mises en pratique dans la vie juridique courante a conduit à une crise de confiance à l'égard du droit privé en tant qu'institution facilitante. Parmi les institutions de droit privé les plus vulnérables se trouvait le contrat privé. Car, si la liberté contractuelle était un principe nécessaire pour la croissance d'une économie commerciale, justifiée par son pouvoir d'exclure l'intervention judiciaire *ex post facto* dans des ententes contractuelles bien pesées, conclues entre des commerçants (c'est-à-dire là où la *lex mercatoria* prévoyait le domaine normatif complémentaire, même si ce domaine était surtout influencé par l'idéologie libérale du «laisser faire»⁴³), elle est devenue source d'abus lors de sa nouvelle formulation, dans la théorie de la volonté et lorsqu'elle a été projetée dans d'autres situations courantes. Ceci a notamment été le cas en ce qui concerne les contrats familiaux non réglementés et les autres actes juridiques comme les testaments. Ainsi, ni le droit des contrats de mariage et des régimes matrimoniaux ni ce qui concernait les testaments ne prévoyaient de garanties *ex ante* d'équilibre ou d'équité en vertu du Code. Mais cette tendance à l'insularité juridique se manifestait aussi dans le domaine des relations contractuelles non familiales entre des non-commerçants. Ni les contrats de vente de meubles ni les baux immobiliers ni les nantissements de biens, tels qu'envisagés dans le *Code civil*, n'ont pu résister respectivement, à des inventions contractuelles comme la vente à tempérament, l'exclusion de la garantie, le paiement accéléré des loyers et les clauses de dation en paiement, qui favorisaient de façon disproportionnée les vendeurs, les locataires et les prêteurs par rapport aux acheteurs, aux locataires et aux emprunteurs.⁴⁴

⁴³ Voir la discussion sur la liberté contractuelle dans l'Introduction de *Third Report of the Commission for the Codification of the Laws of Lower Canada relating to Civil Matters*, vol. 1, Québec, George E. Desbarats, 1865.

⁴⁴ Pour une discussion de l'évolution de la liberté contractuelle et des possibilités de réorientation de la structure du contrat, voir M. Coipel, «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile» dans *Les Journées Maximilien Caron, 1990 [:] Enjeux et Valeurs d'un Code Civil Moderne*, Montréal, Thémis, 1990 à la p. 81.

L'autre dimension de la transformation actuelle du droit privé — d'un contrôle législatif *ex ante* à une judiciarisation *ex post facto* — est celle que j'ai appelée un facteur externe, c'est-à-dire le contexte nord-américain du droit civil québécois. Car ce n'est pas uniquement dans les contrats et dans le droit des obligations que les tribunaux se sont vus accorder le pouvoir accru de sanctionner les activités privées. Des décisions familiales relatives aux noms des enfants, à l'établissement de la résidence familiale et à des matières semblables sont dorénavant, en théorie du moins, assujetties au contrôle judiciaire. En cas d'échec du mariage, les tribunaux peuvent, par une compensation, redistribuer les avantages et les charges financières découlant d'un contrat de mariage antérieurement accepté. La question de savoir si, dans son testament, le défunt a laissé une provision adéquate, après son décès, pour les personnes à sa charge, est assujettie à un contrôle, sur demande en justice. Il n'y a pas si longtemps que de telles interventions judiciaires, fondées sur les droits des justiciables, existent au Québec; chacune d'elles est contraire à la tradition juridique du droit civil. Il n'est guère surprenant que ce soit une technique bien connue dans les systèmes juridiques nord-américains de common law, où les mariages laïcs, les régimes matrimoniaux de la séparation de biens et la liberté de tester ont une longue histoire.

D'un point de vue structurel, trois éléments de la culture juridique nord-américaine ayant contribué à la judiciarisation méritent d'être signalés. Premièrement, au Canada et aux États-Unis, seul le Québec connaît une profession notariale florissante. Bien qu'il y ait des notaires au Mexique, en Amérique centrale et en Amérique du Sud, l'économie commerciale dominante de l'Amérique du Nord est celle des États-Unis. Deux aspects distincts de la culture juridique nord-américaine sont en cause ici. Premièrement, le droit commercial nord-américain n'est pas exercé par un barreau séparé, devant des tribunaux spécialisés qui appliquent un code commercial distinct. Le caractère unitaire de la profession signifie que tous les aspects du droit privé sont touchés par la pratique commerciale; or, en droit commercial, les notions de contrats-types, d'annexes-types et de formalités *ex ante* sont foncièrement suspectes. La célérité, l'invention et la coutume commerciale sont les valeurs prédominantes.⁴⁵ C'est pour plusieurs des mêmes raisons socio-culturelles, relatives aux postulats sur la nature de l'exercice du droit, pour lesquelles les professions séparées en Angleterre, un pays de common law, n'ont pas survécu à leur transplantation en Amérique du Nord, que le génie des professions séparées de la France fait face, au Québec, à un défi semblable.

Une autre caractéristique du contexte nord-américain qui accroît les réflexes de contrôle judiciaire *ex post facto*, est la distinction, moins importante en common law, entre le droit public et le droit privé. Il existe des corollaires à cette idée. La Cour supérieure est considérée à la fois comme un tribunal de droit

⁴⁵ Voir J.P. Marty, «La distinction du droit civil et du droit commercial» (1981) 34 Rev. trim. dr. comm. 681. Pour un exposé sur l'un des aspects de la question au Québec, voir L. Ducharme, «Les opérations immobilières et le droit commercial» (1981) 81 R. du N. 4.

privé de compétence générale et un tribunal de droit public ayant un pouvoir de contrôle sur les tribunaux administratifs inférieurs.⁴⁶ Dès que l'on reconsidère le *Code civil* comme un texte de loi — un texte qui crée véritablement le droit qu'il annonce — on voit alors le droit privé et le droit public comme des manifestations complémentaires de la souveraineté de l'État. Il est facile, au plan intellectuel, de considérer que le tribunal exerce, non seulement un pouvoir de surveillance sur les délégués de la souveraineté publique, mais aussi un pouvoir de surveillance sur les délégués de la souveraineté privée — c'est-à-dire les propriétaires de biens et les créanciers. En effet, cette idée voulant que la Cour supérieure soit la gardienne de l'équité publique et privée est renforcée par un autre aspect, plus récent, de la compétence de la Cour en droit public: son rôle d'interprète des chartes des droits et libertés. L'incapacité de l'Office de révision du *Code civil* de convaincre l'Assemblée nationale d'inclure dans le *Code civil* les dispositions sur ce qui est devenu la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*⁴⁷ est tout à fait révélatrice de l'idée selon laquelle le droit privé serait subordonné au droit public. Les gens sont considérés non pas comme faisant fondamentalement partie de la société civile, mais comme des citoyens de l'État politique. Dans une telle conception du droit, l'on présume que les droits — l'attribution de recours judiciaires parmi les citoyens — constituent la meilleure forme d'organisation sociale.⁴⁸

La situation du Québec sur le continent nord-américain a apporté un troisième élément qui contribue à la tendance apparente vers la judiciarisation: la technicisation de la société et la banalisation des moyens et des processus qui en découle.⁴⁹ Les progrès techniques ont des conséquences directes évidentes sur la pratique notariale comme solution de rechange au règlement *ex post facto* des litiges par voie judiciaire. Au dix-neuvième siècle, la population, en grande partie analphabète et non scolarisée, se fiait au notaire comme scribe et archiviste. Du seul fait qu'il rédigeait et transcrivait des documents, le notaire exerçait une fonction pédagogique. Ce n'est plus le cas en cette fin du vingtième siècle. La population, plus instruite et plus alphabétisée, a moins besoin d'un scribe; en standardisant la fonction de transcription, l'avènement du traitement de texte a minimisé la fonction pédagogique de l'acte notarié. Parmi les grandes idées de ceux qui favorisent le contrôle judiciaire *ex post facto*, on trouve qu'une décision judiciaire est au moins une décision dans laquelle le processus justificateur répond à toute la gamme des arguments avancés pour résoudre la question en litige. Lorsqu'il perçoit le document notarié, à tort ou à raison,

⁴⁶ Voir, généralement, R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* 2^{ème} éd., x, III, Ste Foy, Presses de l'Université Laval, 1989 aux pp. 16-58, 511-571. Sur le fondement et l'étendu du pouvoir de surveillance sur les sociétés publiques ou privées, voir G.E. LeDain, «The Supervisory Jurisdiction in Québec» (1957) 35 R. du B. can. 788.

⁴⁷ L.R.Q., c. C-12.

⁴⁸ Pour une bonne analyse de cette transformation, voir M.A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

⁴⁹ Ce thème est approfondi dans G. Grant, *Technology and Empire*, Toronto, Anansi, 1971.

comme un document-type où il y a des espaces à remplir, le public a moins confiance en sa capacité d'exprimer non seulement l'accord, mais aussi le rapport implicite entre les parties. Ici, les avocats au service d'une partie se sont tout arrogés, sauf la fonction de transcription liée à l'acte notarié. Une banalisation encore plus dramatique des moyens et processus découlera vraisemblablement de l'informatisation des bureaux d'enregistrement. Si une recherche de titres en venait à être perçue comme n'étant rien d'autre que le dépouillement d'un registre électronique infaillible, le rôle des notaires comme conseillers *ex ante* disparaîtrait tout simplement. En effet, les fonctions du «title attorney», aux États-Unis, sont désormais exercées en fait, dans une large mesure, par des employés de bureau de grandes sociétés d'assurance-titres qui maintiennent leurs propres registres fonciers parallèles.

IV. *La constitution civile et les images du notariat*

Un certain nombre de points peuvent être dégagés des paragraphes précédents de cette section. L'image traditionnelle de la profession de notaire concorde avec la vision du *Code civil* en tant que constitution civile et elle y est complémentaire. Cette métaphore traduit le caractère central du droit privé, en général, et elle met en évidence les caractéristiques normatives de la stabilité, des accords familiaux à dimensions multiples et des rapports à long terme visés par les actes relevant exclusivement de la profession de notaire. Parce que fondamentalement, le *Code civil* ne créait pas le droit de la vie de tous les jours, mais qu'il reflétait plutôt le droit créé par la vie de tous les jours, les véritables législateurs étaient les juristes qui se rapprochaient le plus de la vie quotidienne. Surtout lorsque des actes en forme notariée étaient nécessaires, le notaire était considéré comme un délégué du législateur, chargé d'adapter les exigences particulières des parties, chacune dans des familles et des collectivités données, aux normes générales de la moralité juridique qui n'étaient que vaguement énoncées dans le *Code civil*. Le notaire, en tant que législateur et magistrat local — dont l'autorité était d'avantage *intuitu personae* que *rationes officiiis* — complétait la notion de *Code civil* comme constitution civile.

Le deuxième point qui ressort de l'exposé qui précède est que ces images traditionnelles ne semblent plus adaptées à la société québécoise de la fin du vingtième siècle. Non seulement les structures sociales non étatiques, comme la collectivité, la famille et l'Église, ont-elles perdu leur importance, mais elles ne semblent pas avoir été remplacées par d'autres associations intermédiaires auxquelles les gens s'identifient au plan affectif, que ce soit au niveau local, régional, national ou international. Autrement dit, les ordres normatifs qui se chevauchaient et qui étaient essentiellement en harmonie, au dix-neuvième siècle, et qui contribuaient dans une large mesure au ciment social symbolique au Québec, ont perdu de leur importance face à l'assaut de la modernité, de l'étatisme et de l'instrumentalisme. L'idée selon laquelle le droit privé est le reflet du droit vécu n'est plus jugée apte à régir les rapports sociaux. Seules des lois progressistes, destinées à corriger les défauts du droit vécu peuvent rectifier les inégalités du pouvoir social que l'on trouve dans la société moderne. Le

contrat, en tant qu'institution d'aménagement des rapports privés, n'est plus considéré comme capable de canaliser les attentes égoïstes dans un juste aménagement des rapports sociaux. Seuls les tribunaux peuvent le faire, en appliquant des normes d'équité *ex post facto*. L'image du notaire comme source d'un ordre contractuel privé juste, régi par un *Code civil* en tant que constitution civile, a été remplacée par l'image du contrat notarié comme expression ponctuelle de la volonté utilitaire, à l'instar des contrats rédigés par les avocats. Les contrats notariés sont considérés comme la chasse-gardée traditionnelle d'une profession anachronique. L'image du notaire comme sage conseiller et médiateur des rapports interpersonnels a été remplacée par une image de litige et la revendication des droits par le recours aux avocats est devenue un moyen privilégié pour résoudre des conflits. Le notaire est perçu comme un archiviste dont l'importance est gonflée, dépourvu d'imagination, qui n'a ni la compétence du banquier, de l'agent immobilier, de l'agent d'assurance, du thérapeute familial, du comptable ou du fiscaliste, ni la vigueur résolue de l'avocat de litige.

Troisièmement, la transformation des contrats et autres formes d'aménagement des rapports privés n'est qu'une manifestation parmi d'autres d'une transformation plus large des notions de normativité juridique. Si, au dix-neuvième siècle, le statut, les rapports et les rôles ont été remplacés par le contrat explicite, au vingtième siècle, par ailleurs, la notion de contrat en tant qu'institution sociale visant à atteindre des buts communs a elle-même été remplacée par la notion de contrat comme échange réciproque de choses qui reviennent de droit aux parties, conformément à la loi.⁵⁰ Toutes les initiatives et réalisations humaines, une fois dissociées de leur riche contexte normatif comme expressions d'engagements communs, peuvent être considérées comme des ensembles de droits et d'obligations susceptibles d'être sanctionnés juridiquement par les tribunaux. Le droit est codifié dans un texte et le sens du texte peut être fixé par déduction linguistique en faisant abstraction de l'histoire. Cette vision présume que tous les torts peuvent être redressés par des droits et qu'il n'existe aucun rôle social qui ne soit issu d'une tradition inégalitaire irréfléchie ou d'un exercice d'un pouvoir illégitime qui doit être corrigé. Elle présume également que le langage — un symbolisme servant à la fois à construire et à représenter la réalité — est, en droit, la réalité elle-même.

Étant donné ces observations sur l'idéologie juridique qui prévaut actuellement et les images de la profession de notaire qu'elle évoque, la profession a-t-elle un avenir? Poser la question, c'est y répondre. Si la définition de notaire est inextricablement liée aux actes professionnels qui lui sont réservés, il faut probablement répondre par la négative. Si la définition du notaire est inextricablement liée à une perception du notaire en tant qu'architecte de structures sociales, il faut répondre par l'affirmative. Malheureusement, comme nous l'avons déjà affirmé, par le passé, la profession n'a pas été, et de loin, aussi sensible aux implications de ces défis qu'elle aurait pu l'être. En effet,

⁵⁰ Pour un exposé plus approfondi sur cette autre façon de concevoir les contrats, voir I. Macneil, *The New Social Contract, An Inquiry Into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

dans plusieurs cas, la profession, surtout dans les régions urbaines, a implicitement conclu un pacte mortel avec ses concurrents éventuels. Elle a concentré son attention sur les actes qui lui sont réservés comme s'ils étaient la clé de sa survie, au détriment de sa véritable vocation.

L'attitude de la Chambre des notaires face à la liberté contractuelle a été contraire à l'intérêt véritable de la profession. Plutôt que de préconiser la liberté contractuelle comme remède à la révision judiciaire *ex post facto* des modèles des contrats, le notariat devrait prôner l'utilisation accrue des modèles des contrats nommés et une plus grande reconnaissance de la fonction des actes en forme notariée comme mécanisme d'orientation. Le remède contre l'intervention judiciaire croissante réside dans une plus grande précision *ex ante* des diverses formes de contrats, y compris, pourrait-on même prétendre, une précision accrue des règles d'ordre public qui ne pourraient être modifiées que si le contrat en cause était rédigé en forme notariée. Ces observations peuvent s'appliquer de façon plus large à l'ensemble des activités exercées par les notaires. Le discours officiel du notariat en Europe a traditionnellement été, lui aussi, celui de l'officier public: comme l'officier de l'état civil — le membre du clergé — mais contrairement à l'officier chargé des titres fonciers — le registrateur —, le notaire agit non seulement comme greffier, mais aussi comme garant de l'intégrité de l'événement humain qui est consigné.

Une autre caractéristique de la pratique notariale que la Chambre des notaires a tenté de promouvoir est celle du notaire en tant que conseiller indépendant. Le notaire agit comme conseiller dans la rédaction et la négociation de documents. Il agit également comme conseiller lorsqu'il représente les parties en matière non contentieuse. Dans chacune de ces fonctions, le rôle du notaire va au-delà de celui de greffier public et de garant de l'intégrité des transactions: le notaire devient le tiers appelé à juger de la sagesse de tout engagement. Il s'agit d'un rôle beaucoup plus délicat pour le notaire car il implique une indépendance d'esprit. Plusieurs règles du *Code de déontologie* de la profession le reconnaissent. Néanmoins, il y a au moins deux caractéristiques de la pratique notariale moderne qui vont à l'encontre la règle de l'indépendance: la concurrence et la commercialisation de la profession. Dans la mesure où le notaire doit agir comme un conseiller indépendant et impartial, il est important que son pouvoir de le faire ne soit pas assujéti à la contestation ou à la remise en question par un client lorsque ce dernier n'a qu'à se rendre à une autre adresse pour trouver un notaire qui fera ce que le sage notaire déconseille. À cet égard, la transplantation, en Amérique du Nord, de la conception civiliste du notaire s'est révélée difficile — en grande partie parce que la pratique notariale ne bénéficie pas de l'exclusivité territoriale. En outre, tant qu'il y aura un marché pour les services juridiques, le prix aura une incidence sur la nature des services rendus. On pourrait bien se demander comment serait exercée la fonction judiciaire si les juges devaient facturer leurs services et se faire concurrence pour avoir une clientèle.

Ces deux caractéristiques de la conception du notaire en tant que conseiller indépendant remontent, semble-t-il, à la notion embryonnaire, préconisée

depuis quelques décennies, de processus d'aménagement des rapports sociaux lié au travail du notaire. Il est clair qu'une bonne partie de notre conception moderne du droit et de la déontologie juridique nous vient de la notion de résolution de litiges par voie juridictionnelle. Dans une large mesure, l'enseignement du droit et la doctrine ont été consacrés à la découverte des hypothèses et des normes tacites qu'exige la fonction juridictionnelle. Cependant, très peu de travaux du genre ont été réalisés pour ce que l'on pourrait appeler «les conseils d'un tiers». Par exemple, nous ne savons pas et nous n'avons pas décidé si le rôle du notaire s'inscrit dans le processus consultatif, administratif et juridictionnel, ou s'il s'inscrit dans le processus ordinaire relatif aux contrats et à la médiation.⁵¹ Nous ne comprenons pas, non plus, à quel point l'indépendance notariale suit la même logique que l'indépendance judiciaire. Le défaut de la Chambre des notaires d'avoir conçu la pratique notariale à la lumière des divers formes et processus d'aménagement des rapports sociaux l'a laissée vulnérable à la pénétration des valeurs juridictionnelles dans toutes les autres activités qu'elle entreprend.⁵²

Malgré ces erreurs stratégiques, certains éléments du rôle traditionnel du notaire et de l'image traditionnelle de la profession méritent d'être développés. Dans la mesure où l'on compte maintenant sur le processus démocratique pour traduire l'aspect constructiviste *ex ante* de la constitution politique et sur les tribunaux pour les sanctions *ex post facto* (un rôle fortement accru par la judiciarisation galopante de ces dernières années), par le passé on pouvait considérer le notariat — soit par les actes réservés qu'il exécutait, soit par la nature des conseils qu'il était appelé à donner — comme le véritable interprète de la constitution civile. Cependant, elle est révolue cette époque où la profession pouvait se considérer comme la garante de la constitution civile. Il faut plutôt chercher à comprendre les images contemporaines qui peuvent fidèlement traduire le rôle traditionnel du notaire dans la société moderne.

⁵¹ Le penseur qui a le plus approfondi la question des formes d'ordre social était Lon Fuller. Voir K. Winston, éd., *The Principles of Social Order [:] Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1983.

⁵² Pour un exposé sur un phénomène semblable en matière de procédure équitable en droit administratif, voir R.A. Macdonald, «Procedural Fairness and Judicial Review in Administrative Law» (1979) 25 R.D. McGill 520; (1980) 26 R.D. McGill 1.