

L'image du Code civil et l'imagination du notaire (2^{ième} partie)*

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.

* Suite du numéro précédent de la Revue. 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.

** 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.

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 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.

V.	Droit, société et le Code civil du Québec	331
A.	Monisme juridique, déjuridicisation et pluralisme juridique	335
B.	Solutions de rechange, déjudiciarisation et droit préventif	340
C.	Mouvement de société et imagination du notaire	345
VI.	Le notaire, architecte de l'ordre social privé	347
A.	Le notaire, créateur de l'ordre social privé	349
B.	Le notaire, administrateur de l'ordre social privé	355
C.	Le notaire, thérapeute de l'ordre social	358
	Conclusion	362

V. Droit, société et le Code civil du Québec

Si la nouvelle codification du droit privé est un moment privilégié pour réfléchir sur les rapports entre le droit et la société, au Québec, c'est également un moment privilégié pour s'interroger sur les nombreuses perspectives d'avenir de la profession de notaire. Compte tenu de l'évolution sociale, politique et économique dont il a été question précédemment, il n'est guère surprenant que la conception qui nous a été léguée, selon laquelle le *Code civil* est une constitution civile, ait fait place, en 1994, à une autre image, plus utilitaire, celle du *Code civil* en tant que projet de société. Avec un soupçon d'éloquence,

l'ancien ministre de la Justice a tenté de cerner cette idée dans ses commentaires publiés sur le *Code civil du Québec*.⁵³

Un code civil reflète la vision qu'une société a d'elle-même et ce qu'elle veut être....Il est la trame sur laquelle se construit le tissu social.

Cependant, même dans le Québec de 1994, un Code est plus qu'une trame neutre sur laquelle se construit le tissu social. En effet, même lorsqu'une nouvelle codification est conçue comme un exercice de réforme du droit, la forme et le contenu d'un Code sont façonnés par les postulats fondamentaux d'une société à l'égard de son passé — son histoire, ses atavismes — et de son avenir — son image d'elle-même. Et même lorsque la nouvelle codification est conçue comme un moyen d'arracher au contrôle populaire le droit vécu et d'introduire des formalités étatiques dans son administration, les institutions d'un Code civil réussi doivent reproduire celles de la société civile. D'où l'intérêt de se demander dans quelle mesure le nouveau Code est une institution dérivée (un retour aux sources) et dans quelle mesure il s'agit d'un document original et autochtone. Le *Code civil du Québec* reprend-il la vocation d'un Code civil en rapport avec la vie en société, vocation qui avait été assumée initialement par la codification de 1866? S'agit-il simplement d'un reflet fidèle des grands mouvements socio-économiques du vingtième siècle au Québec projeté dans le domaine du droit privé? Est-il vraiment normatif ou s'agit-il d'un construit difficile à manier, en marge du donné que constitue le droit vécu?⁵⁴

Ces questions n'admettent aucune réponse facile, même si, à première vue, il faudrait apparemment répondre à chacune d'elle par la négative. Car si l'on devait identifier les principaux courants du nouveau Code, ils sembleraient aller directement à l'encontre de la conception du droit privé comme ordre normatif implicite dans le *Code civil du Bas-Canada*.⁵⁵ Au plan institutionnel, le nouveau Code est dirigiste: il présume que les gens ordinaires, même lorsqu'ils sont assistés par leurs propres conseillers juridiques — avocats et notaires —, ne sont tout simplement pas capables de voir à leurs affaires sans l'aide d'officiers publics. Une foule d'organismes gouvernementaux spécialisés, chargés de réglementer ou d'allouer les ressources (curateurs publics, greffiers, organisme de protection du consommateur et régie du logement) ont été créés pour assurer la gestion des activités quotidiennes de la vie privée.

⁵³ Voir *Commentaires du Ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, dernière page de la couverture.

⁵⁴ Le fait même de poser la question soulève une question épineuse, puisque certains croient que, tant au plan de sa forme qu'au plan des postulats quant aux rapports interpersonnels sur lesquels elle doit nécessairement s'appuyer, une codification du droit privé n'est plus possible. Voir, par exemple, les observations dans D. Tallon, «Codification and Consolidation of the Law at the Present Time» (1979) 14 Israël Law Rev. 1. Voir également, XI Congrès, Association internationale de droit comparé, Caracas 1982, sur le thème *La codification, forme dépassée de législation?*

⁵⁵ Voir J. Pineau, «La philosophie générale du Code civil» dans *Les journées Maximilien-Caron 1992* [:] *Le Nouveau Code civil — interprétation et application*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992 à la p. 269 et dans (1992) 71 R. du B. can. 423.

En outre, au plan intellectuel, le nouveau Code présuppose que les êtres humains sont incapables de déduire, d'organiser et d'administrer des rapports interpersonnels non fondés sur l'exploitation. Le Code présume que d'eux-mêmes, ou avec les conseils (voire l'encouragement) de leurs conseillers privés, les gens laisseront toujours libre cours à leurs désirs d'obtenir des prestations disproportionnées et que, dans la médiation continue des interactions humaines, ils chercheront à abuser et à profiter d'autrui, affaiblissant par là le tissu de la solidarité sociale, garante d'une société juste. Si les rôles et les rapports ne peuvent enrayer l'égoïsme au nom du bien commun et d'objectifs communs, c'est que l'attribution de droits et d'obligations individuels et la résolution des litiges sous la surveillance des tribunaux constituent l'organisation optimale, tant pour les actes juridiques que pour la vie privée.⁵⁶

Enfin, au plan moral, le Code est véritablement libéral et instrumental. Dans sa hâte de purger le droit privé de tous les postulats patriarcaux et désuets ayant trait, par exemple, à l'autorité respective des maris et femmes dans le mariage, il présume également que le droit relève entièrement de l'invention humaine et que les courants mouvants et imprévisibles de la vie quotidienne peuvent être contenus et atténués par simple ordre législatif. Même s'il semble privilégier la dimension morale du droit privé, avec des notions comme les clauses contractuelles abusives et le principe général de la bonne foi, il prône une conception du droit privé qui en fait le produit exclusif de l'État politique, et il nie la légitimité, en tant que règles de droit, de tous les autres ordres normatifs dans lesquels et par lesquels les individus vivent en société. La notion de bonnes moeurs comme invitation explicite à la normativité sociale est expressément incorporée dans une conception étatique de l'ordre public.

À l'instar du *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil du Québec* traduit implicitement une conception des rôles respectifs du notaire et de l'avocat qui est compatible avec ces thèmes sous-jacents; il n'est guère surprenant que la place du notaire dans ce nouvel ordre juridique soit un peu plus limitée. Bien sûr, le Code maintient l'obligation formelle de l'acte notarié pour les mêmes contrats que selon le *Code civil du Bas-Canada*: les contrats de mariage, les actes de donation entre vifs, les hypothèques immobilières et les actes de fiducie établis pour garantir le remboursement d'obligations. En outre, le rôle du notaire en tant que rédacteur de contrats et de testaments, juriste spécialisé dans les titres fonciers et officier public chargé de tenir des registres, est maintenu par d'autres dispositions du Code. Cependant, étant donné la judiciarisation générale des institutions de droit privé, et étant donné que la profession continue d'être empêchée de représenter des clients en matières contentieuses, on est en droit de se demander si le cadre réglementaire du *Code civil du Québec* est en mesure de garantir une vocation contemporaine à la profession de notaire.

⁵⁶ Voir, par exemple, les observations de D. Burman, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» dans *Les journées Maximilien-Caron [:] Les enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1990 à la p. 55; et dans J. Beaulne et D. Codere, «La réforme du droit des obligations. Pour une révision de l'avant-projet dans une perspective de déjudiciarisation» (1989) 30 C. de D. 843.

À l'instar du *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil du Québec* renferme en lui-même les germes d'une conception de la société civile opposée à la philosophie libérale. Cachées dans ses divers livres se trouvent des institutions qui reposent sur une conception post-libérale du droit privé. Deux institutions, en particulier, ouvrent la porte à ce que l'on pourrait appeler la re-privatisation du droit privé et à une re-privatisation du règlement des litiges. Ces deux institutions sont la fiducie et le contrat d'arbitrage. La fiducie permet aux citoyens de façonner une structure complètement nouvelle des droits de propriété et de redéfinir les rapports humains en termes de rôles qui se situent dans un cadre institutionnel réglementaire (et, dans une grande mesure, facilitateur) plus large. Même s'il en est question dans le livre sur la propriété, la fiducie est une institution autonome qui peut être appliquée en droit de la famille, en droit successoral et dans divers domaines du droit des obligations. Le contrat d'arbitrage permet aux citoyens d'établir pour eux-mêmes les processus et les institutions par lesquels toutes divergences d'opinions qui les opposent peuvent être négociées, étiquetées, gérées et désamorcées. Même s'il en est question dans le livre sur les obligations et même s'il semble être un moyen de régler des différends, le contrat d'arbitrage ne présuppose pas nécessairement que les divergences entre les parties atteignent le stade du litige ou qu'elles doivent nécessairement être réglées selon un processus accusatoire. Autrement dit, la fiducie est une clause privative destinée à supplanter l'ordonnancement législatif paternaliste *ex ante* de l'État, et le contrat d'arbitrage est une clause privative destinée à exclure l'ordonnancement juridictionnel paternaliste *ex post facto* de l'État. Si le *Code civil du Québec* semble être l'apothéose d'une vision libérale du monde d'échanges et de conflits, dans lequel le droit n'est pas le droit tel que vécu par les citoyens mais le texte législatif, ces deux autres institutions révèlent que cette conception du droit ne donne qu'une image partielle de ses véritables possibilités juridiques.

Il faut également se rappeler que, quelle que soit l'image sous-jacente que l'on utilise pour caractériser un code civil, et quelles que soient les institutions qu'il annonce, le droit n'est pas simplement une variable indépendante. Le droit civil surtout n'a pas pour seule fonction de servir d'outil de contrôle social sous la direction de l'État. Le droit, la pratique du droit et la vie sociale s'influencent mutuellement. Depuis un siècle, le Québec a vu de nombreux exemples de la corrélation qui existe entre le changement social et les modifications aux institutions et surtout aux pratiques du droit privé. Il n'y a aucune raison de croire qu'il n'y aura pas une telle corrélation en ce qui a trait aux changements sociaux du prochain siècle. Les grandes lignes des futurs changements socio-démographiques et des développements juridiques sont déjà perceptibles. Ailleurs en Amérique du Nord, les quinze dernières années ont vu apparaître deux thèmes relatifs à la manière dont la vie sociale et le droit privé sont conceptualisés, thèmes qui augurent non seulement d'un avenir moyen pour la profession de notaire mais de son épanouissement, si l'on fait preuve de suffisamment d'imagination juridique. Premièrement, certains juristes perspicaces en sont venus à reconnaître, avec l'avènement du multiculturalisme et de la polyethnicité, que la vie sociale est infiniment plus variée que ne l'admet

le modèle juridique centré sur l'État qui prévaut en cette fin du vingtième siècle.⁵⁷ Autrement dit, les juristes ont commencé à comprendre la notion anthropologique du pluralisme juridique comme contrepoint à la vague de juridisme qu'ils associent à l'expansion du droit public et à la particularisation législative des droits accordés par le droit privé.⁵⁸ Deuxièmement, en grande partie à cause du mouvement en faveur de l'accès à la justice, pour certains juriste perspicaces, le droit n'est plus uniquement une question d'arbitrage de différends.⁵⁹ Autrement dit, ces juristes ne considèrent plus les solutions de rechange à la résolution de litiges comme des antidotes procéduraux à la judiciarisation excessive, mais ils en viennent plutôt à étudier la notion de droit préventif comme un paradigme opposé.⁶⁰

Afin de comprendre comment ces deux mouvements peuvent se combiner au Québec et de montrer comment la profession de notaire peut les exploiter pour revendiquer un rôle dans l'univers du droit privé au cours des cinquante prochaines années, il faut commencer par un survol théorique des implications des ces conceptions opposées. Il sera ensuite possible d'examiner sommairement les diverses institutions du *Code civil du Québec* qui peuvent être considérées comme les signes annonciateurs d'une transformation du droit et de la pratique juridique. Bref, nous nous proposons de suggérer une stratégie de changement ou d'évolution propre à la profession de notaire et à ses compétences particulières. Nous nous proposons de dire pourquoi la Chambre des notaires doit explicitement adopter un modèle juridique qui va à l'encontre de celui qu'elle a défendu jusqu'ici. Nous voulons montrer comment l'imagination du notaire peut refaire l'image du notariat.

A. Monisme juridique, déjuridicisation et pluralisme juridique

La première étape incontournable pour arriver à comprendre la justice sociale en vertu du *Code civil du Québec* ainsi que les différents rôles du notaire pour faciliter son application consiste à étudier de près les idées reçues sur ce qu'est le droit et sur la manière dont le droit privé semble influencer sur la société civile. Cet exercice d'introspection devrait toujours être pratiqué par le juriste mais, depuis la disparition du mouvement intégriste des années 1940,⁶¹ il y a eu si peu de conflits idéologiques sur la nature et la portée du droit civil du Québec

⁵⁷ Voir, notamment, C. Taylor, *Multiculturalisme: différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994.

⁵⁸ Pour un exposé sur le pluralisme juridique dans le contexte anthropologique, voir C. Geertz, «Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective» dans C. Geertz, *Local Knowledge*, New York, Basic Books, 1983.

⁵⁹ La gamme des solutions de rechange possibles est examinée dans K. Winston, éd., *The Principles of Social Order [:] Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1983.

⁶⁰ Voir, généralement, P. Noreau, *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1994 aux pp. 55-95.

⁶¹ Voir, pour discussion, J.G. Belley, «Une croisade intégriste chez les avocats de Québec: *La Revue de droit* (1922-1939)» (1993) 34 C. de D. 183.

que, jusqu'à tout récemment, l'exercice était rarement entrepris. Dans les milieux universitaires, on présente parfois d'autres conceptions⁶² et, à l'occasion, des conflits interprofessionnels stimulent la controverse,⁶³ mais en général cette dernière moitié du siècle a été marquée par une acceptation généralisée du point de vue que le Code civil est de la législation (l'effort de la part du législateur) plutôt qu'un droit vécu (l'effort de la société). De fait, la Révolution tranquille a plutôt renforcé la tendance latente des juristes du Québec à pratiquer une orthodoxie idéologique en déplaçant l'objet de l'intégrisme de l'Église vers l'État.⁶⁴ Quoiqu'il en soit, il est important d'examiner comment l'historiographie influe sur la conscience et cet examen est particulièrement urgent dans le cas des sociétés modernes multiculturelles et polyethniques comme celle du Québec. En réalité, il semblerait que la compréhension populaire actuelle du droit dépend beaucoup plus d'un intérêt strictement professionnel, de présupposés acceptés sans analyse et de stipulations définitoires que de recherches empiriques significatives.⁶⁵

Cet intérêt strictement professionnel se combine avec ces présupposés et stipulations pour constituer un système de croyances qui est si largement partagé qu'on oublie qu'il s'agit effectivement d'un système de croyances.⁶⁶ Les croyances sont conformes à d'autres valeurs sociales présumées (mais, en général, non vérifiées), savoir que la société est composée exclusivement de personnes qui ont des droits, que le conflit est un produit nécessaire de la vie en société, que des acteurs rationnels qui poursuivent leurs propres objectifs créent de l'efficacité économique et que le «règlement à somme nulle» par des tiers constitue une institution inévitable dans le règlement des conflits. La conformité à ces autres valeurs est si intense que, lorsqu'elle est contestée, la contestation provoque habituellement des cris à l'hérésie de la part des juristes, plutôt qu'une réponse rationnelle. Il est paradoxal de voir qu'il s'agit là de la réponse même des juristes, comme les membres de la profession notariale, pour qui la

⁶² Voir, par exemple, P. Mackay et R. Bureau, dirs., *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987.

⁶³ L'opposition entre le Barreau du Québec et la Chambre des notaires quant à savoir si une réserve héréditaire ou une créance alimentaire *post mortem* devrait être la réponse du législateur à la liberté de tester en constitue un bel exemple.

⁶⁴ Pour une expression du point de vue selon lequel la législature est chargée du droit privé, voir J.L. Baudouin, «Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse» (1966) 44 R. du B. can. 391.

⁶⁵ Malheureusement, il y a eu peu de recherche empirique sur l'évolution du droit et sur la pratique du droit au Québec. Pour des suggestions sur l'aspect que pourrait avoir un tel programme de recherche, voir A. Sarat, «Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence» (1977) 11 L. & Soc. Rev. 427. Voir aussi S. E. Merry, *Getting Justice and Getting Even* [:] *Legal Consciousness Among Working-Class Americans*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, et J. Esser, «Evaluations of Dispute Processing: We Do Not Know What We think and We Do Not Think What We Know» (1989) 66 Denver Univ. L. Rev. 499.

⁶⁶ Bon nombre des points qui sont soulevés brièvement dans les paragraphes suivants du présent chapitre sont examinés en détail dans R.A. Macdonald, «Access to Justice and Law Reform» (1991) 10 Windsor Y.B. Access Just. 287.

reconnaissance de cette réalité sociale revue et corrigée, plutôt que du mythe reçu, permettrait effectivement d'améliorer leur position et leur rôle dans le système juridique. Les théoriciens contemporains du droit appellent ce système hégémonique de croyances le «centralisme juridique» ou le «monisme juridique». ⁶⁷

Une fois que la conception moniste du droit est bien comprise, il devient évident que ce qui est présenté habituellement comme une simple description du droit québécois est, en fait, une construction normative et complexe élaborée par les principaux penseurs juridiques sur la manière dont un tel système devrait être compris. ⁶⁸ À chaque étape dans la construction intellectuelle des éléments d'un système juridique officiel, les juristes pourraient donc concevoir l'entreprise différemment. Mais les problèmes que pose le modèle moniste ne se situent pas seulement au niveau de la normativité. Des études sociologiques récentes montrent qu'il est aussi imparfait sur le plan descriptif et qu'il n'est pas très cohérent par rapport à la pratique réelle du droit et de la justice dans la société québécoise contemporaine. ⁶⁹ Il s'ensuit que, si la compréhension populaire actuelle du droit privé au Québec découle davantage d'une idéologie juridique que de données empiriques, toute proposition, quant au rôle à venir de la profession notariale qui reposerait sur des conceptions différentes du droit et de la justice, doit d'abord être débattue au niveau idéologique. ⁷⁰

Dans la théorie juridique contemporaine, la principale solution de rechange à la conception moniste du droit et du système juridique est celle qui est qualifiée de perspective juridique pluraliste. Bien que le pluralisme juridique se soit fait reconnaître depuis relativement peu de temps en Amérique du Nord, cette idée remonte aux écrits des sociologues et des anthropologues dans les années 1930 et 1940. ⁷¹ Depuis le milieu des années 1970, cette théorie est de plus en plus présente dans la théorie juridique nord-américaine, quoiqu'elle ne le soit pas

⁶⁷ Pour un examen préalable (avec une bibliographie exhaustive) des notions de «centralisme juridique» et de ses solutions de rechange, voir J. Griffiths, «What is Legal Pluralism?» (1986) 24 J. Leg. Plur. Unofficial L. 1.

⁶⁸ Pour une déclaration classique sur l'idéologie moniste prédominante voir J.L. Baudouin et Y. Renaud, *Le Code civil*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, Introduction.

⁶⁹ Les écrits sociologiques sur la manière dont le multiculturalisme soutient des ordres juridiques pluralistes sont, bien sûr, abondants. Pour un examen général dans le contexte spécifique de la justice autochtone, voir R.A. Macdonald, «La reconnaissance et la légitimation de la justice autochtone: répercussions sur la reconstruction des systèmes juridiques non autochtones au Canada» dans Table ronde nationale sur les questions judiciaires, *Les peuples autochtones et la justice: rapport de la table ronde nationale sur les questions judiciaires*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, à la p. 239.

⁷⁰ Pour un compte rendu complet sur la manière dont ces différentes méthodes théoriques reposent toutes sur l'hypothèse «moniste», voir C. Sampford, *The Disorder of Law*, Oxford, Blackwell, 1989.

⁷¹ Voir, par exemple, G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940 et l'étude d'avant-garde de K. Llewellyn et E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941.

particulièrement au Québec.⁷² Le fait que le pluralisme ait connu une faible pénétration au Québec surprend d'autant plus qu'une bonne partie de l'activité traditionnelle des notaires peut être considérée comme reflétant les conséquences pratiques de l'adoption d'une perspective pluraliste. L'un des traits distinctifs de l'approche pluraliste est qu'elle repose sur le postulat qu'il existe une multiplicité d'ordres juridiques dans chaque société; elle rejette le caractère central de l'ordre juridique de l'État comme étant la seule et unique manifestation de la normativité du droit.⁷³ Autrement dit, elle prétend que les différents milieux sociaux créent leurs propres normes pour modeler le comportement social et leurs propres institutions pour renforcer et appliquer ces normes. Du fait que ces normes sont considérées comme du droit, il s'ensuit que le droit n'est pas entièrement le produit d'un organisme officiel de l'État qui tire sa légitimité de la Constitution.⁷⁴

Le fait d'adopter l'approche juridique pluraliste pour la profession notariale a des conséquences multiples. Par exemple, comme les pluralistes considèrent les familles, les collectivités culturelles, les lieux de travail, les quartiers, les organismes bureaucratiques, les entreprises commerciales et une quasi-infinité d'autres domaines de la société, volontaires ou non, comme des lieux importants de réglementation juridique qui sont en concurrence avec l'ordre juridique officiel du *Code civil du Québec* et qui le complètent, il en ressort une nouvelle vocation importante pour les notaires. Par contraste avec l'avocat, dont la compétence exclusive en matières contentieuses engendre une préférence pour le droit étatique appliqué dans les institutions de l'État pour rendre des décisions, le notaire est davantage concerné, comme au moment de la codification en 1866, par la facilitation de l'ordonnancement juridique local et non étatique. Le pluralisme juridique fournit la justification théorique moderne du rôle du notaire de transcender le droit étatique en aidant ceux qui vivent dans les autres systèmes normatifs à élaborer et à déployer des processus d'ordonnancement social qui sont adaptés à leurs besoins spécifiques.⁷⁵

⁷² Les premières études nord-américaines sur le pluralisme juridique tendaient à se concentrer, soit sur l'exotique, soit sur le pathologique. Ainsi, le conflit entre le droit européen et le droit autochtone dans le cadre colonial était une préoccupation prédominante. Pour une discussion voir S.E. Merry, «Law and Colonialism» (1991) 25 L. & Soc. Rev. 889. De même, les différents ordres juridiques du centre des villes mis en place par la pègre ont fait l'objet de nombreuses études, voir J. Auerbach, *Justice Without Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1983. Voir aussi G. Teubner, «Rethinking Legal Pluralism» (1992) 13 Cardozo L. Rev. 1443.

⁷³ Voir S.E. Merry, «Legal Pluralism» (1988) 22 L. & Soc. Rev. 869; N. Rouland, «Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique» dans *Droit national et Droit Mixte*, Aix, Presses de l'université d'Aix-Marseille, 1989 à la p. 41.

⁷⁴ Pour une explication convaincante sur ce point, voir P. Fitzpatrick, «Law and Societies» (1984) 22 Osgoode Hall L.J. 115.

⁷⁵ Pour différentes élaborations sur ces thèmes, voir R. Matthews, éd., *Informal Justice?*, Londres, Sage Publications, 1988. Pour une étude historique percutante sur le phénomène, quoi qu'elle ne soit pas exprimée dans les mêmes termes que le présent essai, voir H.W. Arthurs, *Without the Law*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

Encore une fois, comme le pluralisme juridique considère que les règles écrites et explicites (qu'elles soient ou non le produit d'institutions politiques ou sociales) ne sont pas les seuls instruments de normativité, on voit apparaître une seconde dimension du rôle du notaire en tant que conseiller. L'interaction entre les règles écrites et les règles coutumières (y compris les différentes règles purement implicites) et entre les institutions normatives officielles et officieuses, impose aux notaires de participer davantage au processus et aux institutions quotidiennes des différentes collectivités normatives.⁷⁶ Pour connaître le droit implicite d'une collectivité, il faut que l'on vive et travaille dans cette collectivité, ce qui milite en faveur de l'organisation institutionnelle de la pratique notariale traditionnelle dans des petites études de quartier.⁷⁷ C'est surtout parce qu'ils pratiquent dans des quartiers, et non pas dans des édifices à bureaux, que les notaires, beaucoup plus que les avocats, acquièrent cette connaissance locale.

Par ailleurs, comme le pluralisme juridique part du point de vue que les processus juridiques qui structurent et permettent l'interaction humaine sont infiniment plus variés que ceux que suggère le modèle dans lequel la priorité est donnée à la revendication de droits et à des décisions judiciaires sur ces droits, annoncées par la législation, les connaissances spécialisées que le notaire possède de longue date dans le domaine contractuel et dans les autres formes horizontales d'ordonnement social deviennent un atout significatif. De fait, dans une perspective pluraliste, la compréhension des formes et des limites de la législation, de la décision judiciaire, du contrat, de la médiation et du vote, en tant que processus d'ordonnement social, constitue une exigence fondamentale de la pratique du droit.⁷⁸ Chaque aspect de la structure juridique (règles, institutions, procédures, conceptions de la légitimité) peut être éclairé par une approche pluraliste, de sorte que le notaire devient un architecte des structures sociales. Le notaire pose moins la question de savoir «ce que dit le *Code civil du Québec*» que celle de savoir «quelles sont les matières premières juridiques à ma disposition pour aider ces parties à atteindre ce qu'elles veulent d'une manière juste et équitable».

Chacune de ces conséquences montre comment le pluralisme juridique change la conception du *Code civil du Québec* pour en faire, non pas un projet de société géré par l'État, mais une forme moderne de «constitution civile». Dans une perspective pluraliste, le *Code civil du Québec* «judicialise» la société dans la mesure seulement où les citoyens et les juristes renoncent à leur fidélité aux autres systèmes normatifs qui font concurrence au droit étatique. Le

⁷⁶ L'interaction entre les normes explicites et implicites fait l'objet d'une discussion dans R.C. Ellickson, *Order Without Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. Pour une étude plus théorique, voir R.A. Macdonald, «Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle» (1986) 18 *Sociologie et Sociétés* 47.

⁷⁷ Pour une étude récente de la pluralité des conceptions de la justice dans la société moderne, voir M. Walzer, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983; J. Coleman, *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1990 et J. Elster, *Local Justice*, New York, Russell Sage, 1992.

⁷⁸ Pour une conception bien présentée du pluralisme procédural, voir Winston, *supra* note 59.

pluralisme juridique sert aussi à reformuler les questions que posent ceux-là même qui invoquent la cause de l'accès à la justice dans son acception traditionnelle, car il suggère que le véritable accès à la justice n'est peut-être pas servi par des segments impuissants de la société québécoise qui seraient embrigadés dans un système officiel ne répondant pas suffisamment à leurs conceptions naturelles de la justice. La véritable accessibilité à la justice peut très bien être avant tout une question de pouvoir local, aspect que la profession notariale a toujours bien compris. De plus, l'approche pluraliste juridique exige aussi des juristes qu'ils gèrent les discordances entre les systèmes normatifs proposés qui se disputent attention et allégeance dans le même espace social. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire d'instituer une hiérarchie naturelle entre ces nombreux autres ordres juridiques. La justice locale officieuse peut, en fait, être plus juste que la justice étatique. Possibilité que, une fois de plus, les notaires, qui traditionnellement mettent l'accent sur la famille, la collectivité et l'ordonnement privé, ont compris depuis longtemps.

B. *Solutions de rechange, déjudiciarisation et droit préventif*

La notion de déjudiciarisation, surtout telle qu'elle est adoptée dans une perspective pluraliste, est essentielle pour comprendre les conceptions modernes de l'échec du droit. La déjudiciarisation ne signifie pas l'absence de droit, mais plutôt que l'incapacité du droit étatique de pénétrer dans la vie courante des citoyens est considérée comme une preuve de la suprématie des ordres juridiques non étatiques. Mais la déjudiciarisation n'explique qu'en partie le droit moderne, du fait qu'elle n'aborde pas les failles dans l'accès à la justice qui sont inhérentes au système juridique officiel. Pour évaluer dans quelle mesure ce système permet d'exécuter les tâches qui lui sont attribuées, il est utile d'adopter, comme instrument heuristique, la conception moniste du droit et de la justice. Comme il a été dit précédemment, et probablement par respect pour la préoccupation manifestée par les avocats pour la procédure et les recours (le règlement des litiges), plutôt que pour le fond et la planification (la prévention des litiges), le fait d'améliorer l'accès à la justice, pour le barreau, signifie habituellement l'identification et la suppression des obstacles à l'utilisation des services d'un avocat et au recours aux tribunaux.⁷⁹ Dans cette logique, la justice comprend quelque chose qui ressemble à un produit de consommation déjà emballé et prêt à être livré par le système juridique officiel dans lequel il n'y a que quelques obstacles externes à éliminer.⁸⁰

⁷⁹ Pour une excellente série de presse qui illustre ce thème à la perfection, voir A.C. Hutchinson, dir., *Access to Civil Justice*, Toronto, Carswell, 1990. Voir aussi, *Actes du colloque sur l'accès à la justice*, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1987, une conférence tenue les 6 et 7 mars 1987; et «Tenth Anniversary Symposium — Access to Justice: Law, Society and Scholarship», (1990) 10 Windsor Y.B. Access Just. 281-541.

⁸⁰ J'ai précédemment discuté en détail des faiblesses de l'image des obstacles et des autres conceptions de l'accès à la justice qui sont plus générales. Dans les prochains paragraphes, l'argument présenté dans R.A. Macdonald, «Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice?» (1992) 23 C. de D. 457, est résumé.

Les obstacles à l'accès à la justice sont habituellement qualifiés comme étant soit objectifs soit subjectifs.⁸¹ Les obstacles objectifs reflètent les contraintes restreignant la capacité des citoyens, qui savent qu'ils ont un problème pouvant être formulé en termes juridiques et qui souhaitent effectivement prendre des mesures pour le régler, de recourir aux institutions officielles de la justice étatique. En général, ces obstacles sont liés à l'accès matériel aux services juridiques et aux institutions juridiques, à des considérations économiques, au retard excessif dans le traitement des affaires et, pour certains auteurs, à la complexité de la structure du système juridique, notamment, dans son langage et ses procédures. En revanche, les obstacles subjectifs dépendent de la connaissance que les citoyens peuvent avoir du droit et de leurs croyances quant à l'utilité de l'avocat ou du recours au tribunal, c'est-à-dire les perceptions qu'ils peuvent avoir de l'efficacité et de l'équité du droit officiel. Malgré les fondements radicalement différents de ces obstacles subjectifs, la plupart ont cependant été reformulés par les principaux chercheurs, comme des problèmes de procédure (et donc comme des obstacles objectifs), et non pas comme des problèmes de fond. Si seulement les gens étaient tout à fait informés sur la manière dont le système de justice fonctionne, prétendent-ils, ils y adhéreraient avec enthousiasme.

Dans cette logique des obstacles, il n'est pas surprenant que pratiquement toutes les recommandations pour l'amélioration de l'accès à la justice soient centrées sur l'offre de services juridiques traditionnels. Pour ceux qui croient dans la primauté et l'exclusivité du droit étatique, le principe de l'égalité devant la loi peut être mis en oeuvre seulement si tous les citoyens ont un accès égal aux institutions chargées d'appliquer la loi et d'attribuer ses sanctions (les tribunaux), et aux auxiliaires de ces institutions (les avocats). Il existe, cependant, d'autres types de lacunes qui ne correspondent pas aussi bien à l'image des obstacles. L'accès à la justice, même si elle est conçue comme étant uniquement le produit de l'État, demande bien plus que l'accès à des organes de règlement des différends. Il exige aussi l'accès aux institutions pour la création et l'application du droit, à savoir: le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. En outre, la logique des obstacles ampute la notion d'accès à la justice parce que l'accès est conçu largement, en termes individuels et instrumentaux. La justice est conçue comme le règlement contradictoire et officiel des droits individuels attribués dans une logique de «justice commutative». La justice sociale ou l'idée de la «justice distributive», en tant qu'objectif de l'organisation juridique visant à traiter les relations interpersonnelles, est écartée du fait de son caractère non judiciaire.

L'«accessibilité à la justice» présentée comme un remède aux obstacles découle donc d'une conception fausse et erronée des lacunes du droit. Le droit étatique échoue le plus souvent parce que les citoyens estiment que le système officiel est biaisé, inéquitable ou fondé sur des hypothèses qui sont étrangères

⁸¹ Pour une analyse complète de ces différents obstacles et des différents types de modifications qui pourraient être apportées au système «officiel» de justice civile pour les faire disparaître, voir Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

à leurs propres croyances sur ce qui constitue la justice interpersonnelle. L'aliénation des citoyens ordinaires se révèle de quatre manières essentielles. *Du point de vue institutionnel*: de nombreux citoyens ne veulent pas voir qu'ils ont un problème défini comme étant juridique par le système officiel, mais préfèrent comprendre leurs difficultés et en traiter dans leur propre cadre socio-culturel. *Du point de vue procédural*: de nombreux citoyens qui perçoivent qu'ils ont un problème pouvant être conçu sur le plan juridique n'ont pas confiance dans le système officiel qui leur demande de décider de façon très étroite ce qui est pertinent à tout conflit, de formuler leur plainte en termes de droits à faire valoir et de s'engager dans une procédure où il y aura un gagnant ou un perdant et ce, devant un tiers qui ne provient pas du même milieu socio-culturel ou qui ne comprend pas leur contexte socio-culturel. *Sur le fond*: de nombreux citoyens sont découragés par le système officiel parce que sa conception de la justice semble lointaine et indifférente aux valeurs qui sont les leurs et parce qu'ils ne peuvent pas faire connaître leur point de vue sur la façon de corriger les manquements sur le fond qui sont entendus. *Sur le plan structurel*: quelle que soit sa formulation, le système «officiel» semble favoriser une certaine catégorie de citoyens par rapport à d'autres; les femmes, les groupes culturels, les handicapés, les jeunes, les personnes âgées et les économiquement faibles trouvent en général que le système officiel ne répond pas particulièrement à leurs circonstances personnelles (que ce soit du point de vue des structures institutionnelles, des procédures, des règles de fond et des recours ou de la conception unitaire ou universaliste de la justice).

En bref, la désillusion, le sentiment d'exclusion et le découragement, bien plus que le manque d'accès à la justice dans sa conception traditionnelle, traduisent les échecs fondamentaux du système de justice officiel pour bon nombre de citoyens. En rendant le droit et ses institutions de règlement des différends plus objectivement accessibles, on ne surmontera pas les principaux échecs du droit officiel parce que le système juridique est lui-même, dans une large mesure, la cause de l'échec. Que peut-on faire alors pour surmonter les véritables causes du manque d'accès à la justice? Fondamentalement, c'est la croyance moniste, voulant que les tribunaux sont nécessaires pour régler les conflits interpersonnels, qui doit faire l'objet d'une nouvelle appréciation. Tant que l'on considérera que la justice légale a pour rôle de garantir qu'une tierce partie objective et passive écoute fidèlement des témoignages sur des événements passés et des arguments sur des règles préexistantes qui font autorité, seules les recours devant les tribunaux pourront garantir le degré d'adhésion aux règles qu'exige le principe de la légalité. La justice officielle est ainsi vue de façon formelle comme le mécanisme grâce auquel des revendications et des conflits juridiques sont le produit de conflits humains; elle n'apparaît pas, sur le plan du fond, comme le processus effectif de leur médiation et de leur résolution. Dans cette perspective, la justice est seulement la production efficace, par des spécialistes du droit, d'affaires qui doivent être entendues et réglées par les tribunaux. En dépit de la tolérance de conceptions différentes de l'application régulière de la loi manifestée à l'occasion dans le pouvoir décisionnel, l'arbitrage commercial ou la médiation familiale, les partisans d'une conception classique

soutiennent que la décision selon la méthode contradictoire doit demeurer le régime général du règlement des différends, parce que toute solution de rechange mettrait en péril la protection pleine et entière des droits subjectifs.

La notion de formes différentes de règlement des différends fournit, toutefois, un indice important qui permettrait de surmonter le manque d'accessibilité à la justice.⁸² La plupart des conceptions des solutions de rechange en matière de règlement des différends reposent sur deux idées. La première, à savoir, que ces techniques de règlement des différends sont des solutions de rechange à un règlement judiciaire et la deuxième, que leur rôle consiste à régler des différends qui ont déjà été formulés de façon appropriée par le système juridique. Leur portée est pratiquement infinie. On y trouve de tout, sur une échelle croissante en s'éloignant de plus en plus du mode traditionnel de décision selon la méthode contradictoire, que ce soit des modifications mineures au système procédure devant les tribunaux au moyen de recours collectifs et de tribunaux de petites créances qui font oeuvre d'équité, l'élaboration de structures non judiciaires pour l'arbitrage, la médiation et la conciliation, jusqu'à des systèmes différents pour le règlement des conflits et qui reposent sur des prémisses autres que celles qui sous-tendent le système de décision pour la revendication de droits, comme l'assurance sans faute, les lignes téléphoniques ouvertes des médias pour les consommateurs et la notion de protecteur du citoyen.⁸³ Dans toutes ces conceptions habituelles, toutefois, la définition légale des droits précède la conception différente de leur revendication. Là encore, l'obstacle subjectif de la confiance s'oppose à leur épanouissement.

Dans les questions de droit privé, les solutions de rechange pour mettre fin aux conflits avant de faire valoir ses droits devraient prédominer. Bien entendu, il est important de noter qu'il existe plusieurs types de solutions de rechange applicables avant le procès et ce, depuis des années.⁸⁴ Elles vont des processus tout à fait informels de chercher conseil auprès de ses aînés, de demander l'avis de son confesseur ou de son directeur de conscience, ou de présenter sa cause à un ami ou à un voisin désintéressé. Par le passé, ces solutions de rechange incluaient aussi la consultation de son notaire de quartier. Dans chacun des cas, personne ne prétend que le conseil qui est donné constitue une opinion fondée seulement sur l'application du Code civil ou des précédents judiciaires au problème humain en cause. Le conseil est inspiré par la prudence, la courtoisie et la conciliation entre ceux qui ont déjà des interactions normatives bien établies. À un niveau légèrement plus officiel, on trouve toute une gamme d'institutions de médiation qui sont mises en place par des tiers ou commanditées en partie par des organismes sectoriels, notamment les chroniques de presse spécialisées dans le droit des consommateurs ou dans le droit des locataires, les

⁸² Pour une collection récente d'études informatives voir C. Sampson et J. McBride *Alternative Dispute Resolution*, Sainte-Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993.

⁸³ Pour une discussion sur cette gamme de possibilités, voir R.A. Macdonald, «A Theory of Procedural Fairness» (1981) 1 Windsor Y.B. Access Just. 3.

⁸⁴ Voir E. LeRoy, «La conciliation et les modes précontentieux de règlement des conflits» (1987) 12 Bull. de liaison du Lab. d'antr. jur. de Paris 39.

organismes commerciaux (*better business bureaux* et autres), les mécanismes de plaintes pour certains types de services (teintureries, concessions automobiles, agences de voyages, etc.). Bien que ces institutions semblent avoir plus de considération à l'égard du droit étatique que les processus locaux de gestion des conflits, elles ont presque toutes un aspect parasitique puisqu'elles dépendent de l'existence d'une relation affective, qu'elle soit définie par l'ethnicité, le quartier, le statut socio-économique, le sexe, la relation conjugale ou l'âge de la personne ou encore qu'elles dépendent d'une relation communautaire permanente, qu'il s'agisse de biens de consommation, de logement ou d'emploi. Le droit vécu local produit une justice différenciée qui respecte les particularités des parties et la spécificité de leurs problèmes.⁸⁵

Les stratégies suggérées ci-dessus pour améliorer l'accessibilité à la justice partent du principe voulant que les propriétés structurelles les plus troublantes du système actuel (qui devrait être considéré comme un système de dernier et non de premier recours) sont, en partie du moins, surmontables par une réorientation générale de notre conception des conflits, des droits, des décisions judiciaires et des recours judiciaires où l'on a «tout ou rien». Mais le *Code civil du Québec* semble indiquer qu'une telle réorientation est tout à fait lointaine. Plutôt que d'augmenter le nombre de cas comme les conseils de famille et le partage de l'indivision à l'amiable, il semble favoriser le recours judiciaire dès qu'il y a un conflit. Néanmoins, le seul fait que le droit étatique prévoit une certaine manière d'envisager les relations interpersonnelles — simplement parce qu'il privilégie la formulation et le règlement ultime du conflit comme étant la principale façon de négocier ces relations — n'impose pas une telle conception de la justice. C'est une conception très différente de l'ordre social que visent les partisans du droit préventif.

Un contrat, un testament, la charte constitutive d'une société ou, de façon plus générale, tout acte juridique sont, à la fois, l'aboutissement d'un processus (de négociation) et le début d'un autre. Le contrat est la représentation d'une relation interpersonnelle qui ne peut pas être éliminée de la société contemporaine.⁸⁶ En outre, le droit correctif n'est pas toujours seulement affaire de redressement des torts, c'est-à-dire régler un problème sans qu'il y ait d'opprobre moral. Il peut aussi s'agir d'une vengeance. Tant le droit préventif que le droit correctif sont, bien qu'à des degrés différents, affaire de planification des rôles et des relations, ainsi que de négociation de la dynamique des relations humaines et des conflits interpersonnels. La logique du conflit qui consiste à nommer, à blâmer et à revendiquer est celle qui est la plus souvent associée au

⁸⁵ Ce caractère spécifique est, dans une certaine mesure, déjà reconnu par le droit officiel. L'exclusion des grandes entreprises de la Cour des petites créances, l'existence de règles de preuve différentes en commercial et en civil, des règles différentes de droit positif pour les locataires résidentiels et acheteurs de produits de consommation ne constituent que quelques-unes des règles de droit visant à promouvoir l'égalité sur le fond dans la résolution des conflits, même lorsqu'il en découle une inégalité procédurale institutionnalisée.

⁸⁶ Pour une discussion sur la naissance du contrat et les avantages que cette forme d'aménagement procure, voir L.L. Fuller, «Human Interaction and the Law» (1971) 13 *Am. J. Jur.* 3.

droit correctif.⁸⁷ La logique de la conception, de la structuration et de la diffusion — qui est une logique de l'interaction permanente — est celle qui est la plus souvent associée au droit préventif.⁸⁸ Comment le rôle particulier et les capacités du notaire peuvent-ils le mieux être appliqués dans l'évaluation de l'espace social à donner respectivement au droit préventif et au droit correctif? Tel est le défi fondamental auquel font face tous ceux qui veulent mieux comprendre l'accessibilité à la justice dans le Québec contemporain.

C. Mouvement de société et imagination du notaire

L'argument des paragraphes précédents a revêtu, à la fois, une dimension explicite et implicite. Implicite, a-t-on dit, du moins en ce qui concerne les postulats annoncés, parce que le *Code civil du Québec* est déphasé par rapport à la société québécoise contemporaine. Son dirigisme, exercé par le biais du droit public et des organismes publics, est dépassé; l'équilibre qu'il établit entre les contrôles *ex ante* et *ex post facto* en matière d'équité contractuelle est mal conçu et la suppression de la notion de bonnes moeurs dans une conception étatique de l'ordre public ne rend pas justice au fondement de l'ordre contractuel. L'argument explicite est encore plus révélateur. C'est parce que nos conceptions du droit et du règlement des conflits ont été si influencées par le modernisme que nous, les juristes, avons été incapables de reconnaître les motifs de ce déphasage entre le *Code civil du Québec* et la société québécoise. L'adhésion au monisme juridique et à un modèle conflictuel des relations sociales a empêché les juristes de repenser la manière dont ils devraient poursuivre leur vocation qui est de promouvoir la justice sociale.

Tout n'est cependant pas perdu. De fait, le mouvement de société même, présenté comme l'instigateur de la recodification du droit privé, offre des indices sur la manière dont on pourrait reconcevoir l'entreprise juridique en vertu du *Code civil du Québec*. Pour reconnaître le caractère marginal des institutions sociales traditionnelles que sont la famille, la collectivité et l'église, et la transformation apparente des rôles sociaux dans des relations juridiques conçues de façon étroite, nous pouvons de ce fait voir à quel point la normativité juridique du 19^e siècle et du début du 20^e siècle était pluraliste au Québec. Bien que le langage de l'époque ait formulé ce pluralisme d'après l'importance relative des différents domaines non juridiques d'ordonnement social — l'église, la famille et le quartier — et non pas comme des lieux concurrents d'ordonnement juridique, avec le recul on peut voir que ces conflits, par exemple entre les juristes séculiers et les intégristes,⁸⁹ étaient la preuve qu'il existait un pluralisme juridique. De la même manière, les pratiques testamentaires documentées des notaires de langue anglaise, qui préféraient recourir à la

⁸⁷ W. Felstiner, *et al.*, «The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claiming...» (1980) 15 L. & Soc. Rev. 631.

⁸⁸ Noreau, *supra* note 60.

⁸⁹ Ce point est traité avec finesse par Belley, *supra* note 61 aux pp. 195-210.

fiducie, et des notaires de langue française, qui préféraient la substitution fidéicommissaire, en disent long sur le pluralisme juridique dans les usages professionnels. Le défi contemporain qui est posé à la conception moniste du droit découle surtout de la plus grande participation des femmes à la vie économique et politique et de la reconnaissance de la multi-ethnicité comme fait central dans la société québécoise, ce qui permet la récupération d'une idéologie pluraliste en droit, laquelle est beaucoup plus près de la réalité sociale.⁹⁰ Qui mieux que les notaires, une profession dont les membres reflètent plus clairement la démographie, tant d'après le sexe que la provenance ethnique, au Québec, que toute autre profession, et dont la dispersion géographique favorise la justice locale, peut donner une expression juridique à la diversité du Québec moderne?

Une compréhension plus approfondie des causes des failles qu'on perçoit dans l'État nous amène aussi à cette remise en question, en révélant les limites de toute conception de l'accès à la justice qui met en équation la justice et le droit étatique, le fond et la procédure. Les notions de solutions de rechange au règlement des conflits et de droit préventif offrent un vocabulaire qui permet d'exprimer une réorientation de la vie juridique. Une fois que la résolution judiciaire des conflits sociaux, qui ont préalablement été transformés en litiges juridiques, est comprise comme étant la véritable solution de rechange au règlement des litiges, il y a davantage de possibilités d'établir différentes formes et différents processus d'ordre juridique. Si l'on comprend l'image du droit préventif comme un moyen visant à permettre aux citoyens de développer et d'administrer leurs propres institutions de justice sociale, on reconnaît du même coup les limites des types de modèles conflictuels d'ordre juridique. Non seulement le pluralisme juridique ouvre-t-il la porte à une reconnaissance et à une légitimation des divers ordres juridiques qui sont en concurrence ouverte avec l'ordre juridique étatique, mais une fois combiné au droit préventif, il remet en question toute la notion voulant que la normativité juridique soit le fruit de l'attribution de droits et de charges susceptibles de décision judiciaire.⁹¹

De façon intuitive, les notaires ont toujours compris les leçons qu'on vient de voir. Récemment, les gens qui exercent le leadership à la Chambre des notaires ont constaté l'importance de ces intuitions pour l'avenir de la profession. Bon nombre des critiques exprimées à l'égard du *Code civil du Québec* reflètent ces instincts qui existent depuis longtemps. Ce qui est tout à fait récent, toutefois, c'est la reconnaissance croissante du fait qu'il y avait un fondement théorique important à ces intuitions. Les préoccupations contemporaines de la Chambre des notaires ne constituent pas seulement une nouvelle formulation, en cette fin du 20^e siècle, des points de vue que le public associe aux images traditionnelles de la profession dans la société québécoise. Elles constituent la première expression d'une réforme imaginative du rôle du notaire, en harmonie avec la société québécoise de 1994. La Chambre a reconnu de fait que la vocation de la profession ne se trouvera pas dans ses actes réservés ou dans le

⁹⁰ Voir Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *supra* note 81 ch. VIII, IX.

⁹¹ Voir Macdonald, *supra* note 69 à la p. 232.

parfait formulaire pour de tels actes, mais plutôt dans une conception du droit et de la société pour laquelle ces actes n'ont qu'une valeur partielle de témoignage.

La Chambre des notaires a pris acte de l'impossibilité de la tâche que le *Code civil du Québec* s'est fixée. Les notaires ont toujours compris que la plupart des dispositions législatives officielles qui traitent des personnes sont des épiphénomènes. D'un côté, on a le mariage de droit, l'adoption, l'éducation des enfants, les régimes matrimoniaux, le patrimoine familial, les obligations alimentaires, les successions et l'acquisition d'une maison, qui sont des événements qui se produisent surtout dans l'ombre des prescriptions de la loi. De l'autre, on a le mariage de fait, l'adoption de fait, le partage de fait du patrimoine familial et les obligations alimentaires de fait entre vifs et *post mortem*, dont l'esprit est tout aussi normatif que les prescriptions du Code civil ou les décisions de la Cour supérieure. Du fait qu'elle commande le Centre de droit préventif, la Chambre des notaires a commencé à donner un cadre théorique à sa philosophie bien établie voulant que le notaire soit le législateur et le magistrat de l'ordre social privé. Ni les prescriptions législatives détaillées *ex ante* (la législation), ni les décisions automatiques *ex post facto*, dans un processus judiciaire contradictoire, ne constituent le meilleur moyen d'aménager le droit vécu. L'évolution à partir de préoccupations concernant l'ordonnancement contractuel et les solutions de rechange au règlement des conflits, de la déjudiciarisation jusqu'à l'image du droit préventif, témoigne du fait que la Chambre des notaires comprend la complexité de la normativité juridique. Le véritable conseiller juridique n'est pas le pseudo-expert en contrats qui, en faisant en sorte que toutes les éventualités soient explicitement régies par une disposition contractuelle à la fin du compte, garantit pratiquement qu'il y aura des conflits à l'avenir. C'est plutôt un expert en relations sociales qui, en amenant les parties à mieux se comprendre, garantit que leur engagement dans un objectif commun orientera les désaccords éventuels pour qu'ils ne tombent pas dans un conflit où il y aura un perdant et un gagnant.

VI. Le notaire, architecte de l'ordre social privé

Les leçons de la codification et de la nouvelle codification au Québec qui ont été esquissées dans les sections précédentes de cet essai sont des leçons généralement applicables à tous les systèmes juridiques occidentaux codifiés. Dans le cas du code de 1866, on peut conclure que l'homogénéité relative de la société a produit un droit civil qui semblait unitaire et était essentiellement de nature facilitante. Mais cette apparence d'unité est trompeuse à deux égards. Tout d'abord, plusieurs autres ordres normatifs, avec des portées géographiques et démographiques différentes, complétaient le régime du droit civil. Dans les sociétés homogènes, ces autres ordres sont rarement perçus comme des ordres juridiques, mais ils sont plutôt compris comme des systèmes normatifs non juridiques, sociaux, religieux, économiques ou qui appartiennent à des clans. En outre, même au sein du régime du droit civil lui-même, il y avait une concurrence

entre des tendances intellectuelles et des institutions aux pouvoirs difficiles à évaluer. Le cadre idéologique dominant, en harmonie avec les cadres idéologiques dominants des autres aspects de la société québécoise, notamment les éléments agraires, conservateurs, hiérarchiques, organiques, religieux et anti-étatiques de la société civile rurale,⁹² était compensé par un cadre secondaire en harmonie avec d'autres cadres idéologiques de la société, par exemple le cadre plus commercial, libéral, égalitaire, individualiste, séculier et proétatique qui caractérisait la vie urbaine plutôt anglophone. Un code civil qui vise à être une constitution sociale du droit vécu reflétera nécessairement ces éléments hétérogènes, tout comme la pratique au jour le jour du droit étatique par les notaires et les avocats. Avec le temps, au fur et à mesure que la position relative de ces cadres évoluera, leurs manifestations dans le droit, la culture, l'économie et la société connaîtront aussi des changements.

Dans le cas de la recodification de 1991, on peut conclure qu'une hétérogénéité sociale accrue a produit un droit civil qui impose de façon superficielle une unité normative, en étendant la portée du droit privé et en déléguant un rôle de surveillance accrue aux tribunaux. Mais cette apparence d'unité normative est aussi trompeuse à deux égards. Malgré sa prétention à un caractère exhaustif, la portée du droit privé continue à être limitée par les autres ordres normatifs qui sont en concurrence ouverte avec lui. En contraste avec la situation dans les sociétés plus homogènes, ces ordres concurrents semblent clairement revêtir un caractère juridique parce qu'ils reposent sur une diversité socio-économique qui, à la différence des ordres normatifs de la famille et de la religion, est identique à celle de l'État. Ici, le pluralisme normatif se révèle de façon plus claire comme un pluralisme juridique. En outre, bien que le *Code civil du Québec* ait des prétentions d'exhaustivité et d'unité, comme tout autre système normatif, il ne peut jamais maîtriser la portée de sa propre application. Son cadre idéologique dominant, complété par des cadres identiques ailleurs dans la société québécoise (notamment les postulats libéraux, individualistes, universalistes et proétatiques), est compensé par d'autres cadres idéologiques, dans ce cas non pas parce que la portée du droit est limitée consciemment, mais parce que l'une de ses vertus essentielles, le libéralisme, amène à nécessairement tolérer des perspectives hétérogènes. Comme en 1866, ces diverses tendances se reflètent dans la pratique quotidienne de la profession juridique. On pourrait donc prédire qu'avec le temps, au fur et à mesure que la position relative de ces cadres idéologiques évolue, leurs manifestations d'ordre juridique, culturel, économique et social changeront elles aussi.

Dans les paragraphes suivants, nous essaierons d'illustrer, à l'aide de plusieurs institutions spécifiques du *Code civil du Québec*, un certain nombre de situations où la législation et la judiciarisation caractéristiques du Code civil atteignent leurs limites. Ces exemples montrent des cas où des changements dans l'idéologie dominante courante, reflétés dans le Code, pourraient avoir des

⁹² Voir, pour une discussion, M. Brunet, «Trois dominantes de la pensée canadienne-française: l'agriculturalisme, l'antiétatisme et le messianisme» *Écrits du Canada français*, vol. 3, 1957 à la p. 31.

conséquences juridiques notables. Ils servent aussi à indiquer là où l'imagination du notaire pourrait être mise à contribution pour que ses connaissances servent à régler les problèmes de l'ordre social privé au Québec. Trois grandes catégories de possibilités se présentent avec le *Code civil du Québec*: les situations et les structures institutionnelles où les notaires peuvent participer à la constitution ou à la *création* de l'ordre social privé; les situations et les structures institutionnelles dans lesquelles le notaire peut participer à l'*administration* d'un ordre social privé constitué antérieurement; et les situations et les structures institutionnelles où le notaire peut participer au règlement des difficultés ou à la réparation des dysfonctions, dans un ordre social privé, que leurs constitutions ou l'administration précédente n'avaient pas prévues. Ensemble, ces trois types de possibilités viennent appuyer l'image du notaire contemporain, en tant qu'architecte de l'ordre social privé.

A. Le notaire, créateur de l'ordre social privé

Le fait de dire que le notaire en tant qu'architecte de l'ordre social privé peut, en même temps, être la personne qui effectivement constitue les institutions et les processus de cet ordre social présuppose qu'il a une imagination bien au-delà de la simple faculté de localiser et de remplir un contrat type. Cela signifie que le notaire est en fait un expert dans la construction d'institutions, dans l'adaptation d'outils juridiques qui permettent aux citoyens de réaliser leurs buts. Il ne s'ensuit pas que l'exercice consiste tout simplement à questionner les parties sur les objectifs souhaités pour ensuite coucher ces objectifs sur le formulaire juridique le plus adapté. Les structures sociales ne sont pas malléables à l'infini.⁹³ Le notaire doit toujours poser des questions telles que: dans quelles circonstances générales le contrat est-il, par exemple, une forme efficace et efficiente d'interaction humaine? Dans quelles circonstances particulières doit-on éviter de réduire un modèle complexe d'interactions humaines à une formule écrite? Existe-t-il des cas où l'on devrait tout simplement adopter des modèles de contrats nommés ou de successions comme le prévoit le Code civil, au lieu de créer des formes contractuelles innomées, aux conséquences assez imprévisibles? Ce que l'on appelle ici conception et création d'institutions sociales présuppose que le notaire est surtout guidé par les intérêts et par les objectifs communs des parties à une entente et par son expérience quant aux conséquences de certains choix sur la structure de différentes formules et sur les différents processus de l'ordre social.

On peut très bien commencer cette recherche sur le rôle du notaire en tant que créateur de l'ordre social privé dans le domaine des relations affectives, comme celles qui concernent ce que l'on appelle, dans une expression au sens de plus en plus large, la famille. Dans le Québec contemporain, cette relation

⁹³ J'emprunte la notion de la réciprocité entre les fins visées et les moyens disponibles pour les poursuivre à Lon Fuller. Voir «Means and Ends» dans Winston, *supra* note 59 à la p. 47.

revêt surtout la forme du couple, dans son mode stabilisé institutionnel le plus courant qu'est le mariage. Évidemment, certains droits et obligations du couple marié sont affaire d'ordre public, et on ne peut y déroger par convention privée.⁹⁴ Mais rien n'empêche le notaire de rédiger un contrat (qu'il s'agisse ou non du contrat officiel de mariage)⁹⁵ qui contienne des clauses afférentes aux processus de règlement des désaccords en ce qui concerne la résidence familiale, le patrimoine familial, le nom des enfants, le mandat domestique et, de fait, toute autre question pour laquelle le Code établit un recours éventuel devant les tribunaux en cas de mésentente.⁹⁶ Le notaire poursuit deux objectifs distincts lorsqu'il rédige ces clauses. En premier lieu, lorsque l'entente précède le mariage, elles attirent l'attention du couple sur le type de partenariat personnel et économique qu'ils souhaitent établir. Même lorsque l'entente est post-nuptiale, c'est le même objectif qui est visé.⁹⁷ Cette discussion les aide à comprendre l'importance d'élaborer de mécanismes pour prévoir, comprendre et reformuler des difficultés qui pourraient se présenter éventuellement. Il n'est pas de pire moment pour décider qui est le propriétaire d'un billet de loterie qu'une fois que ce billet a rapporté un million de dollars. Le deuxième objectif que visent ces clauses est d'ordre exhortatoire et heuristique. En effet, elles donnent au juge — si et quand il est nécessaire de recourir aux tribunaux — une meilleure explication de la conception que se fait le couple de sa relation.⁹⁸ Plus important encore, dans les cas de conventions matrimoniales qui contiennent des clauses d'arbitrage prévoyant l'intervention volontaire de tiers avant le recours aux tribunaux, elles peuvent aussi permettre au juge de mieux comprendre la dynamique du couple.⁹⁹

Les relations affectives ne naissent pas exclusivement dans le mariage. Bon nombre de couples dans la société moderne ne sont pas mariés, que ce soit, comme dans le cas de couples homosexuels ou de personnes qui ont été mariées antérieurement et qui n'ont pas obtenu de divorce, parce que la loi leur interdit le mariage, ou parce qu'ils décident tout simplement de ne pas se marier. Il ne semblerait plus y avoir d'interdiction de contracter pour les personnes qui ne sont pas mariées et qui souhaitent vivre en couple. Ces contrats domestiques ne peuvent pas évidemment être des contrats de mariage au sens strict, mais, comme dans la caricature de convention pré-nuptiale sur la question de la vaisselle, des lits et des ordures, souvent évoquée aux États-Unis, ils peuvent gouverner tout aussi bien des relations pécuniaires que non pécuniaires. On dit

⁹⁴ Voir l'interdiction de l'article 391 C.c.Q. et les dispositions des articles 392 à 30 C.c.Q.

⁹⁵ Art. 431 à 447 C.c.Q.

⁹⁶ Voir, par exemple, Art. 52, 54, 74, 400, 411, 420 et 430 C.c.Q.

⁹⁷ Voir Art. 438 C.c.Q.

⁹⁸ En fait, le Code offre expressément des moyens par lesquels les juges peuvent être informés des spécificités de ces relations. Ainsi, l'article 430 C.c.Q. prévoit le paiement anticipé de l'indemnité compensatoire, ou du moins d'une partie de celle-ci.

⁹⁹ Bien entendu, une clause d'arbitrage standard n'est pas applicable de manière stricte dans les questions familiales (Art. 2639 C.c.Q.) bien que ces termes puissent être respectés volontairement par le couple.

que les personnes qui cohabitent choisissent souvent de vivre ainsi précisément pour éviter toute la gamme d'obligations nées en vertu du Code et afférentes au mariage. Que ce soit en fait le cas ou non, il est tout à fait prévisible que les couples qui cohabitent veuillent régler certains aspects de leur vie en commun. Qui mieux que le notaire, avec ses connaissances spécialisées dans l'aménagement contractuel de la diversité des relations pécuniaires et non pécuniaires que les couples peuvent souhaiter adopter, peut concevoir des contrats domestiques «sur mesure», en harmonie avec ce que souhaitent les parties? Le notaire peut même aller jusqu'à constituer un régime parallèle pour la résidence familiale ou le patrimoine familial, et prévoir le paiement d'une indemnité compensatoire, tout cela par contrat privé annexé à un acte de donation entre vifs. En outre, chacune de ces dispositions peut être assujettie à une clause d'arbitrage entièrement applicable qui exclut la compétence des tribunaux civils. La possibilité qu'a le notaire de prévoir par voie contractuelle les conséquences civiles d'un mariage religieux entre des parties qui rejettent le régime imposé par le *Code civil du Québec*, et qui peuvent conséquemment refuser de prononcer leurs vœux religieux dans un mariage civil, montre comment une pratique notariale imaginative peut aller dans le sens de l'instinct pluraliste, en matière juridique, que manifestent différents secteurs de la population en général.

Si l'on examine la situation des conjoints dans le mariage ou dans l'union de fait, la relation dans un couple entre le couple et ses enfants est une relation affective qui vise à durer pendant une période indéterminée. La structure contractuelle de cette relation, qu'il s'agisse d'un contrat de mariage officiel sous forme notariée, comme le prévoit le Code civil, ou d'un contrat domestique ordinaire bâti autour d'un contrat de donation entre vifs, est une constitution privée pour le couple. En tant qu'acte constitutif, il prévoit donc, habituellement de manière implicite, quels sont les organes et les processus d'administration, l'attribution de compétence des tribunaux, le mécanisme de règlement des litiges, une formule de modification ainsi que le partage des biens et des dettes lorsque la relation établie prend fin de façon légitime (par le décès, le divorce ou, dans le cas des personnes qui cohabitent, par décision mutuelle) ou de façon illégitime, par un abandon unilatéral. La vocation du notaire, en tant que créateur de l'ordre social privé d'un couple, est donc une occasion privilégiée pour lui de faire preuve d'imagination et de perspicacité.

Il existe d'autres cas où le notaire agit comme créateur de l'ordre social dans le contexte d'une relation affective. Un exemple frappant est celui du mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant.¹⁰⁰ Pourquoi un tel mandat serait-il rédigé en un acte notarié? Là encore il y a deux raisons, toutes deux liées à la vocation essentielle du notaire. En premier lieu, le mandat n'est pas simplement un échappatoire juridique advenant l'incapacité de la personne. Il fait partie d'une série continue d'ententes qui sont en général conclues dans un cadre familial. Il faut donc avoir présents à l'esprit les termes du contrat de mariage,

¹⁰⁰ Art. 2166 à 2174 C.c.Q.

de toute donation entre vifs qu'il prévoit et de toutes les ententes en ce qui concerne l'indemnité compensatoire ou la résidence familiale. Seul le notaire, qui est un conseiller familial, connaît la situation du mandant et du mandataire d'une manière assez approfondie pour avoir cette compréhension. De plus, comme le mandat est, à l'instar d'un contrat de mariage, conçu pour viser un ensemble incertain de circonstances qui s'étalent sur une période indéterminée, le notaire qui connaît les parties peut mieux juger comment ce mandat devrait être exercé, advenant qu'il soit mis à exécution. C'est pour cette raison qu'un notaire devrait être nommé comme l'un des mandataires et qu'une clause d'arbitrage en harmonie avec les objectifs du mandat devrait aussi être incluse.¹⁰¹ Dans ces dernières activités, bien entendu, la vocation du notaire revêt une deuxième dimension, celle d'administrateur de l'ordre social privé.

Lorsque l'on examine les institutions d'ordre affectif qui sont traditionnellement associées à la profession notariale, le testament vient immédiatement à l'esprit. Il n'est pas nécessaire de discuter ici de la fonction sociale du testament et des avantages de l'acte notarié au stade de l'administration de la succession.¹⁰² Ce sur quoi il faut insister, c'est le dialogue qui est établi entre le notaire et le testateur au moment de la rédaction du testament. Tout comme un contrat de mariage incluant l'institution contractuelle d'un héritier et la donation entre vifs, le testament sert d'expression et de registre affectif pour une longue période. Bien que son contenu demeure habituellement privé entre le notaire et le client, les mêmes facteurs qui concernent les circonstances de la vie, susceptibles d'évoluer, et qui influent sur la création et la révision des contrats de mariage, auront un impact sur sa révision. Le notaire doit réfléchir, avec le testateur, à l'aménagement successoral, c'est-à-dire au choix des bénéficiaires, au choix des instruments à utiliser pour garantir son exécution et aux modalités de la transmission successorale. Encore une fois, bien que le notaire ne se soit pas considéré, par le passé, comme un expert en planification successorale, il n'y a pas de raison pour que certains notaires n'acquière pas ces connaissances spécialisées, tout comme la médecine s'est développée en différentes spécialités. De fait, sur le fond, le notaire est le mieux à même d'évaluer la situation du testateur en tenant compte des ententes pécuniaires existantes et, comme sur le plan formel, les règles du Code civil signifient que le notaire est le mieux à même de procéder à la liquidation d'une succession, le notaire doué d'imagination acquerra exactement les mêmes connaissances spécialisées que le médecin de famille. La conception d'instruments juridiques appropriés pour réaliser une transmission successorale efficace et efficiente ne peut pas être réduite à une formule. Il faut au moins avoir une connaissance détaillée des circonstances du testateur et bien comprendre les processus et les techniques de l'ordre social.

¹⁰¹ Indépendamment de la conclusion d'une convention d'arbitrage, les dispositions d'ordre public du Code, comme l'article 2174 C.c.Q., doivent toujours être respectées dans l'administration du patrimoine de l'incapable.

¹⁰² Voir surtout Art. 772 C.c.Q.

Le choix à faire entre les différentes institutions de planification successorale est souvent entre la substitution fidéicommissaire et la fiducie.¹⁰³ Le recours à la substitution dans des contextes testamentaires est bien connu, mais les possibilités de planification successorale imaginative qui sont maintenant offertes grâce à la fiducie dépassent et, de loin, celles qui peuvent être prévues par testament. Comme la fiducie n'a plus maintenant besoin d'être constituée par un acte juridique à titre gratuit, tous les doutes quant à la validité des transactions entre vifs à caractère complexe, qui ont à la fois un élément onéreux et un élément gratuit, sont maintenant dissipés.¹⁰⁴ La fiducie entre vifs est par conséquent l'instrument le plus important dont dispose actuellement le notaire pour créer un ordre social privé. C'est en fait une institution juridique aux objectifs multiples, qui peut être utilisée dans plusieurs cas: on peut imaginer la fiducie familiale, la fiducie pour des fins de prodigalité, la fiducie abri fiscal, la fiducie en prévision d'une inaptitude, etc. Ces différentes formules de permutation et de combinaison de fiducies deviendront les instruments privilégiés du notaire moderne qui a l'imagination de les utiliser pour les adapter à l'ordre social privé.¹⁰⁵

Ce n'est pas seulement en ce qui concerne des relations affectives, toutefois, que la fiducie peut être un instrument valable de création d'un ordre social privé. Tout comme l'acte notarié fait en vertu du *Code civil du Bas-Canada* était exigé dès lors qu'une transaction à titre onéreux établissait une relation qui, selon toute vraisemblance, allait durer longtemps, de la même manière la fiducie en vertu du *Code civil du Québec* peut effectivement être utilisée dès lors qu'une transaction à titre onéreux établit une relation potentiellement durable. Les possibilités de créer des aménagements fiduciaires en droit commercial sont pratiquement illimitées; elles comprennent notamment des fiducies pour l'administration d'une entreprise, des fiducies d'actionnaires, des fiducies pour l'administration de biens détenus en copropriété par indivision¹⁰⁶ et des fiducies pour garantir l'exécution d'une obligation.¹⁰⁷ Dans chacune de ces situations, la fiducie peut être utilisée pour établir une relation à plus long terme entre plusieurs parties, qui réponde à leur situation propre. De fait, dans de nombreuses situations commerciales, la fiducie sert précisément à permettre aux parties de surmonter les limites du régime prévu par le Code, de suppléer au texte du Code lorsqu'il est laconique ou de créer des relations qui sont davantage définies par le rôle que simplement par des droits et obligations. Comme la fiducie peut être établie avec un minimum de formalisme, administrée de façon souple et peu coûteuse, qu'elle peut être révisée et reconstituée au fur et à mesure que le besoin s'en présente et qu'elle peut même prévoir son propre mécanisme de dissolution

¹⁰³ Art. 1218 à 1255 et 1260 à 1298 C.c.Q.

¹⁰⁴ Pour éviter toutes contestations officielles d'un acte de fiducie aux termes de l'article 1824 C.c.Q., toutes les fiducies entre vifs devraient être faites par voie d'acte notarié.

¹⁰⁵ Dans la prochaine sous-section, il sera question de la manière dont la fiducie est administrée et du rôle éventuel du notaire dans son administration.

¹⁰⁶ Voir Art. 1013, 1025, 1031 C.c.Q. pour des illustrations.

¹⁰⁷ Voir Art. 1263 C.c.Q.

et de liquidation, c'est l'instrument idéal de constitution d'un ordre social privé dans le contexte de droit commercial.¹⁰⁸

La conception de la fiducie comme d'une institution de droit commercial permet de se rappeler que tous les types d'ententes contractuelles relèvent, à bon droit, de la compétence du notaire. Les motifs qui militent en faveur de la participation du notaire à la création d'un ordre social privé dans des relations affectives à long terme militent également en faveur de la participation du notaire dans les autres domaines de l'ordre contractuel: la vente, le bail, le mandat, le contrat d'entreprise, le franchisage, le cautionnement, la société, l'association et l'hypothèque, qui en constituent les exemples les plus évidents.¹⁰⁹ Sauf dans le cas d'une vente au comptant, ces contrats ne sont pas en général instantanés. En principe, une part importante de la négociation contractuelle est consacrée au règlement des modalités qui gouvernent, soit le défaut, soit la mise en oeuvre (par exemple, dans les contrats de vente, de bail ou d'hypothèque) ou la dissolution et la liquidation (par exemple, dans les conventions de mandat, de cautionnement et de société). Mais plus souvent qu'autrement, c'est dans la structuration de la relation entre les parties avant le défaut ou la dissolution (c'est-à-dire le régime qui gouverne l'administration de la convention) que la perspicacité et les connaissances spécialisées du notaire sont les plus utiles.¹¹⁰ Cette perspicacité est particulièrement nécessaire dans les cas où la convention traite du report du partage des biens détenus en copropriété en indivision.¹¹¹ Une recherche sur l'imagination constitutive du notaire amène à prendre en considération les deux autres dimensions de la vocation du notaire en tant qu'architecte de l'ordre social privé: le rôle du notaire en tant qu'administrateur de l'ordre social privé qu'il a lui-même créé, le rôle du notaire en tant que thérapeute pour régler les maux de l'ordre social privé. Si la fiducie est, en général, l'institution prévue par le Code qui évoque le mieux l'image du notaire en tant que créateur d'ordre social privé, ce sont les règles d'administration du bien d'autrui et la convention d'arbitrage qui sont les institutions du Code les plus évocatrices de l'image du notaire, respectivement, en tant que gestionnaire et thérapeute de l'ordre social privé. Ces aspects sont examinés dans l'ordre aux deux paragraphes suivants.

¹⁰⁸ Dans les limites de l'ordre public, la fiducie peut être créée pour réaliser quelque objectif que ce soit, et elle peut prévoir toute forme d'administration ou de liquidation.

¹⁰⁹ Voir, en général, Lon L. Fuller, «The Role of Contract in the Ordering Process of Society Generally» dans L. Fuller et M. Eisenberg, *Basic Contract Law* 3^e éd., St-Paul, West Publishing, 1972 à la p. 87.

¹¹⁰ Pour une brève discussion en ce qui concerne le contrat d'hypothèque, voir R.A. Macdonald, «The Contractual Regime Governing the Administration and Enforcement of Security Agreements» dans *The Law of Real Security* (document de cours non publié, 1993), ch. 11 et 12.

¹¹¹ Art. 1013 C.c.Q.

B. *Le notaire, administrateur de l'ordre social privé*

Le rôle du notaire selon le Code civil n'est pas seulement défini par sa vocation à constituer des relations interpersonnelles. La plupart des relations sont permanentes, et les institutions juridiques qui leur confèrent une expression demandent un examen constant. Dans cette entreprise, la vocation du notaire en tant qu'administrateur de l'ordre social privé prend un rôle prépondérant. Deux dimensions différentes de ce rôle complémentaire sont à noter. De façon plus évidente, toutes les relations affectives permanentes subissent la marque du temps. Il s'ensuit que les ententes instituées par le notaire doivent faire l'objet d'un examen périodique pour voir si elles conviennent toujours. Fait tout aussi important, le Code civil prévoit un certain nombre d'institutions qui, de par leur nature même, imposent des actes d'administration quotidiens: la gestion des biens d'un mineur, ou une fiducie ou, de façon plus générale, ce que le Code décrit comme l'administration du bien d'autrui.

Il n'y a rien d'original à dire que le notaire, tout comme le conseiller financier ou le courtier en valeurs mobilières, doit constamment veiller aux affaires de ses clients. Du seul fait que le notaire a consacré des efforts considérables à la rédaction d'un bon contrat de mariage, d'une convention domestique, d'un mandat en cas d'incapacité, d'un acte de fiducie ou d'un testament, cela ne signifie pas que ces actes soient immuables, quelles que soient les circonstances à venir. D'une part, les circonstances de la vie des parties à ces conventions peuvent évoluer. Le mariage, le divorce, la naissance d'enfants, le décès d'un conjoint, l'héritage d'une succession, etc., sont tout autant d'événements qui imposent de réévaluer les ententes antérieures. D'autre part, le droit de l'État lui-même n'est pas immuable. Que ce soit par la modification des lois fiscales, des régimes de pension ou du Code civil lui-même, des ententes qui étaient auparavant intéressantes ou efficaces peuvent être rendues onéreuses ou inefficaces. Seul le notaire a le degré de perspicacité et de connaissance des circonstances de la vie de ses clients et les aptitudes d'expert pour faire le lien entre le changement du droit et les conventions antérieures afin d'administrer l'ordre social privé sur une longue période. La révision juridique annuelle devrait ainsi continuer de faire partie de la mission du notaire selon le nouveau Code.

Il existe un autre aspect au rôle du notaire en tant qu'administrateur de l'ordre social privé qui mérite attention. Pour la première fois, le Code civil a réuni en un seul titre les règles portant sur l'administration du bien d'autrui. Déjà, du fait de son implication dans les affaires familiales, le notaire était familier avec la fonction d'administration permanente dans la mesure où elle visait les biens des absents, les mineurs et autres régimes de protection. En outre, bien que la notion de liquidation de succession suggère que les ententes conclues auparavant puissent être résiliées, en fait, il s'agit essentiellement d'administrer l'ordre social privé de façon à faciliter la transmission du patrimoine du défunt. En réunissant les règles d'administration du bien d'autrui en un seul et même chapitre, le *Code civil du Québec* met en évidence le

caractère essentiel de la mission du notaire. Un certain nombre de cas différents peuvent se présenter: l'administration des biens des absents, des mineurs, des personnes inaptes, etc.; l'administration de biens détenus en copropriété en indivision, comme dans le cas d'une succession ou d'une indivision contractuelle; l'administration des biens d'une fiducie; l'administration des biens à titre de séquestre, en vertu d'un contrat de prêt dans lequel il y a eu défaut; et l'administration de biens au profit d'un créancier hypothécaire qui prend possession du bien donné en garantie.

Le cas typique où le notaire agit comme administrateur est celui de l'administration de biens des absents ou des personnes inaptes.¹¹² Il y a peu de choses à ajouter ici pour préciser le régime général du Code civil,¹¹³ si ce n'est de dire que le notaire peut alors assumer la tâche d'un administrateur ou d'un administrateur conjoint ou tout simplement garder le rôle de conseiller au tuteur ou curateur, selon le cas. Quoi qu'il en soit, le notaire exerce son rôle d'administrateur de l'ordre social privé.

Une autre dimension du rôle du notaire en tant qu'administrateur de l'ordre social privé découle de l'importance donnée récemment à des cas de copropriété par indivision. Par le passé, le droit civil traitait l'indivision comme un état de choses temporaire.¹¹⁴ À cause de son étroite association avec le droit des successions, dans lequel l'objectif ultime était de diviser la succession pour la répartir entre les ayants droit, on accordait peu d'attention à l'élaboration d'un régime de l'administration des biens détenus en copropriété par indivision. Toutefois, comme les copropriétaires dans l'indivision peuvent maintenant s'entendre pour reporter le partage des biens,¹¹⁵ les occasions d'administration permanente d'une indivision sont maintenant beaucoup plus nombreuses. Une entente visant à retarder le partage peut être conclue dans une vaste gamme de situations, par exemple, entre les héritiers d'une succession ou entre les créanciers d'une dette établie par jugement, ou les détenteurs d'un immeuble résidentiel.¹¹⁶ Dans ce dernier cas en particulier, le notaire, en tant qu'administrateur de l'ordre social privé, peut jouer un rôle prépondérant en garantissant la viabilité de l'indivision contractuelle et en empêchant un recours inutile aux tribunaux pour la désignation d'un gérant.¹¹⁷ Bien que le Code prévoit que l'administrateur a les pouvoirs de gestion de simple administration,¹¹⁸ rien n'empêche la convention de report du partage d'augmenter ses pouvoirs ou de structurer autrement leur exercice. Qui mieux que le notaire, qui a une expérience importante dans la liquidation et le partage de l'indivision successorale, peut garantir, en tant qu'administrateur de l'indivision contractuelle

¹¹² Art. 84 à 91, 177 et suiv. C.c.Q.

¹¹³ Art. 1299 à 1370 C.c.Q.

¹¹⁴ Art. 689 C.c.B.C.

¹¹⁵ Art. 1013 C.c.Q.

¹¹⁶ Art. 1014 C.c.Q.

¹¹⁷ Art. 1027 C.c.Q.

¹¹⁸ Art. 1029 C.c.Q.

lorsque le droit au partage a été reporté, que les objectifs et les buts de l'indivision seront respectés de façon fidèle?

Il n'y a peut-être pas de meilleure institution dans le nouveau Code pour permettre au notaire d'exercer son rôle d'administrateur de l'ordre social privé que la fiducie.¹¹⁹ Toutefois, l'acte de fiducie est structuré et il doit toujours y avoir un fiduciaire qui, étant indépendant, ne doit pas être un bénéficiaire ou un constituant.¹²⁰ Vu la gamme de cas dans lesquels la fiducie peut être utilisée, il existe des possibilités quasi illimitées, pour le notaire, de maintenir une pratique active en tant que fiduciaire. Tout comme il n'y a pas de raison impérative pour forcer les compagnies de fiducie à enlever l'administration des successions aux notaires, il n'y a pas de raison majeure pour faire des comptables et des compagnies de fiducie les principaux intervenants dans l'administration d'une fiducie. Le rôle traditionnel des notaires à titre de conseillers indépendants les rend parfaitement adaptés à l'exécution de la fonction de fiduciaire ou de cofiduciaire, tant dans le cadre familial que dans le cadre commercial. De fait, tout comme la rédaction habile des actes de fiducie exige la perspicacité et les connaissances d'expert du notaire, en tant que créateur d'ordre social privé, de la même manière la gestion compétente de la fiducie conformément à ses conditions et ses objectifs exige le jugement et l'imagination du notaire en tant qu'administrateur de l'ordre social privé.

L'examen du rôle potentiel du notaire à titre de fiduciaire montre qu'il existe une autre dimension à sa mission d'administrateur de l'ordre social privé. Les notaires ont la réputation parmi les parties contractantes, ou les personnes qui peuvent être en conflit, de conserver l'intégrité et le degré d'indépendance nécessaires pour servir de dépositaires de fonds ou d'autres objets de valeur.¹²¹ Bien qu'il ne soit plus fréquent, même à la campagne, de voir les notaires agir comme courtiers pour des prêts hypothécaires, comme mandataires pour des placements ou agents d'assurance, cette fonction de dépositaire demeure. En conséquence, il n'y a pas de raison pour ne pas aussi utiliser les connaissances d'expert du notaire en tant qu'administrateur indépendant dans les conventions de séquestre.¹²² Dans la mesure où un séquestre d'immeuble ou de portefeuille de placement doit intervenir, le notaire est exactement dans la même position que s'il était administrateur des biens d'une personne inapte. Là encore, les connaissances spécialisées du notaire dans la rédaction de conventions de séquestre et dans la définition des pouvoirs et responsabilités du séquestre en font un candidat idéal pour les tâches administratives envisagées.

Une des possibilités les plus intéressantes pour le notaire de mettre en oeuvre sa mission d'administrateur de l'ordre social privé se présente dans le nouveau régime des recours hypothécaires. Le recours qui consiste à prendre

¹¹⁹ Art. 1260 et suiv. C.c.Q.

¹²⁰ Art. 1275 C.c.Q.

¹²¹ Art. 2280 à 2294 C.c.Q.

¹²² Art. 2305 à 2311 C.c.Q.

possession à des fins d'administration¹²³ est l'expression généralisée des recours en vertu de la Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, qui permettait, par le passé, de prendre possession des biens d'une compagnie débitrice en défaut en vertu d'un acte de fiducie pour les administrer. Conformément au *Code civil du Québec*, ce recours hypothécaire peut être exercé contre tout débiteur qui exerce une entreprise. Quel l'actif en question soit celui d'une entreprise de fabrication ou d'un détaillant, ou qu'il s'agisse de biens locatifs, commerciaux ou résidentiels, ou même d'un portefeuille de placement, le créancier a la possibilité d'exercer la prise de possession à des fins d'administration. Par le passé, ce domaine a été presque entièrement abandonné aux comptables et aux syndics de faillite. Il n'y a cependant pas de raison pour qu'il en soit ainsi sous l'empire du nouveau Code, surtout lorsque des immeubles sont visés. Qui mieux que le notaire qui pratique dans le quartier peut superviser la perception des loyers et autres opérations d'administration? Ici, l'objet n'est pas la liquidation de l'entreprise mais son sauvetage, dans la mesure du possible, ce qui constitue un objectif tout à fait en harmonie avec les ambitions, tant du créancier que du débiteur.

Pour définir la mission du notaire en termes d'administration générale de l'ordre social privé, il faut faire preuve d'imagination, parce que, traditionnellement, le notaire a toujours eu comme rôle d'administrer les successions et d'aider les familles à inventorier et à gérer les biens des absents et des personnes inaptes, et il n'avait pas l'habitude de participer activement aux aspects administratifs des conventions commerciales qu'il avait rédigées. Néanmoins, la logique du rôle du notaire est identique dans les deux cas, et les compétences requises sont essentiellement de même nature. Que ce soit par le biais de la fiducie commerciale, de la convention de séquestre ou de la surveillance d'un recours hypothécaire, cette dimension fournit encore une autre occasion au notaire spécialisé de montrer sa mission d'administrateur de l'ordre social privé.

C. *Le notaire, thérapeute de l'ordre social privé*

Cet exposé des différents rôles que le notaire peut jouer dans la conception, la création et l'administration de l'ordre social privé ne nous amène pas, toutefois, à présumer de façon naïve que la bonne exécution de ces rôles permettra de prévenir le conflit social. Bien au contraire. Une des fonctions les plus importantes qu'une convention bien conçue peut accomplir est d'aider les parties à mieux comprendre et à mieux formuler leurs désaccords. Là où un ressentiment confus ne trouve pas d'orientation ou d'image adéquate pour son expression, il est vraisemblable que la querelle va demeurer sans solution jusqu'à ce qu'elle prenne des proportions beaucoup plus grandes, au point d'exploser de manière imprévisible et incontrôlable en un conflit qui rend impossible tout règlement facile. Le notaire a donc pour tâche primordiale,

¹²³ Art. 2773 à 2777 C.c.Q.

lorsqu'il agit à titre d'architecte de l'ordre social privé, de fournir des occasions, des processus et des formes d'expression au désaccord, à la déception et à la désillusion. Malheureusement, toutefois, même le document le plus soigneusement rédigé et le mieux administré n'est pas infaillible. Après tout, nous sommes tous des humains qui vivons dans un monde imparfait. Mais le fait que l'ordre social privé ne se rétablisse pas tout seul offre simplement au notaire une troisième possibilité de montrer ses connaissances spécialisées à cet égard, en tant que thérapeute ou réparateur de l'ordre social privé.

Il existe en général trois types différents de situations où un ordre social privé peut révéler ses défaillances. Tout d'abord, de par l'évolution naturelle de la vie, il peut devenir nécessaire d'organiser la dissolution et la liquidation d'une relation ou d'un patrimoine. De façon plus évidente, le décès, l'accident et l'incapacité sont des cas où la dissolution ou la réorganisation est nécessaire. Deuxièmement, malgré les meilleurs efforts faits par le notaire pour établir un régime stable afin de gérer une relation à long terme, des circonstances exceptionnelles peuvent empêcher la poursuite d'une relation. La détérioration d'un lien affectif, l'insolvabilité ou la faillite d'un débiteur, la mauvaise évaluation des possibilités économiques d'une entreprise ou d'une franchise commerciale, les vices cachés d'un produit vendu, impossibles à découvrir, etc., en constituent autant d'illustrations. Troisièmement, il existe des cas où, d'un commun accord, les parties à une relation ou à une entreprise en coparticipation concluent qu'il doit y être mis fin. Les cas typiques ici sont, notamment, la conversion d'une copropriété par indivision en un condominium, le divorce par consentement mutuel, la liquidation d'une société de personnes ou d'une fiducie, ou la fin d'une convention de bail à long terme. Chaque type de situation met en évidence un aspect différent de la mission du notaire en tant que thérapeute de l'ordre social privé.

Bien que les occasions pour le notaire de remplir la mission décrite soient pratiquement illimitées, la forme que donne le Code à l'exercice de ce rôle est plus limitée. Dans cette section, nous ne traiterons que de trois exemples: le rôle du notaire dans la liquidation d'une indivision, un rôle établi d'après la fonction traditionnelle du notaire dans la liquidation successorale; le rôle du notaire dans la gestion de l'exercice des recours qui découlent des relations entre le créancier et le débiteur, rôle qui trouve son illustration explicite dans la vente en justice en tant que recours hypothécaire; et le rôle du notaire dans la gestion d'un processus de résolution des conflits qui remplace la décision judiciaire, rôle prévu par le Code dans le chapitre sur les conventions d'arbitrage. Il est entendu que la portée ultime de ces trois possibilités différentes peut seulement être esquissée ici.

Il va sans dire que la liquidation d'une succession ne suggère pas automatiquement l'idée de résolution d'un conflit ou de rétablissement de l'ordre social privé. Mais chaque fois qu'une situation juridique existante est modifiée par des circonstances externes, il y a risque de conflit. L'établissement

de lots à partager, ou l'attribution de lots entre les héritiers constitue une occasion où trop souvent il y a mésentente. En outre, les conflits sur la validité d'un legs, ou même sur la totalité d'un testament et les divergences de vue sur la portée d'une obligation alimentaire *post mortem* sont tout aussi fréquents. Quel rôle peut jouer le notaire «thérapeute de l'ordre social privé» dans de telles circonstances? Bien que la règle voulant que le notaire instrumentant puisse seulement agir comme liquidateur d'une succession sans rémunération¹²⁴ ait pour objectif, normalement, d'exclure l'intervention du conseiller de famille du processus de liquidation, rien n'empêche la désignation d'un autre notaire à titre de liquidateur, ou de présenter le notaire qui sert de conseiller à un héritier agissant en cette qualité. De fait, parce que la pratique courante des protonotaires est de refuser de dispenser les héritiers d'appeler les autres successeurs,¹²⁵ le testament en forme notariée deviendra probablement une forme testamentaire privilégiée. Comme pour la contestation des lots établis par le liquidateur, même si le Code prévoit que le tribunal peut désigner un expert pour administrer le processus,¹²⁶ il n'est pas interdit au testateur de désigner le notaire instrumentant comme l'expert qui conseille le liquidateur sur ces questions. Enfin, ces observations suggèrent qu'il est possible que les biens successoraux puissent être placés sous l'administration du notaire à titre de fiduciaire et distribués conformément aux conditions de la fiducie. Elles montrent aussi l'utilité qu'il y a à prévoir l'arbitrage de tous les conflits concernant les legs ou autres droits prévus par testament.¹²⁷

Les exemples donnés ci-dessus montrent comment la rédaction d'un acte juridique peut être entreprise de façon à réduire les possibilités de litiges. Il est certain que la création de fiducies et d'autres mécanismes juridiques visant à prévoir l'administration indépendante des biens constituent deux manières de réduire les conflits. Mais le Code prévoit aussi d'autres possibilités de pratique notariale créatrice dans lesquelles le notaire agit comme thérapeute de l'ordre social privé. Il existe à cet égard un certain nombre de possibilités. Le notaire peut assumer le rôle de réparateur lorsqu'une transaction échoue, en surveillant l'exercice de l'un des recours hypothécaires privés. Le notaire peut assumer le rôle de réparateur de l'ordre social privé en relation avec la liquidation d'une société, d'une association ou d'une indivision contractuelle. Le notaire peut remplir ce rôle conformément aux termes d'une clause d'arbitrage privé.

Tout comme le notaire peut servir d'administrateur de l'ordre social privé en ce qui concerne le recours hypothécaire de reprise de possession à des fins d'administration, il peut aussi agir comme réparateur de l'ordre social privé en ce qui concerne les recours du créancier en cas de vente par le créancier¹²⁸ et de

¹²⁵ Art. 722 C.c.Q.

¹²⁶ Art. 854 C.c.Q.

¹²⁷ Bien qu'il puisse y avoir un certain doute quant à savoir si la clause d'arbitrage peut être rendue exécutoire à l'encontre d'un légataire (qui n'est pas, après tout, partie à un contrat), une fiducie testamentaire correctement rédigée peut rendre le recours aux tribunaux pratiquement inefficace.

¹²⁸ Art. 2784 à 2790 C.c.Q.

vente en justice.¹²⁹ Depuis trop longtemps, la profession a abandonné aux comptables la fonction de séquestre ou de liquidateur d'entreprise. Si le notaire est capable de liquider une succession, avec une formation complémentaire minimale, il devrait être tout aussi capable de liquider une sûreté. Comme il n'y a pas d'exigence que le contenu précis de la requête qui décrit les détails d'une vente en justice soit établi au moment du défaut,¹³⁰ il devrait maintenant y avoir une clause standard dans tous les actes d'hypothèque prévoyant que le notaire qui rédige la convention est proposé comme ayant l'autorité désignée pour procéder à une vente en justice.

La même logique du notaire en tant qu'expert dans la liquidation des opérations commerciales s'applique de façon générale à la liquidation des sociétés, des associations et des indivisions. Les modèles prévus au Code pour la liquidation et le partage successoral ne prévoient qu'un régime rudimentaire pour exécuter ces fonctions.¹³¹ Tous les contrats par lesquels une indivision est établie constituent une occasion pour le notaire de prévoir que la liquidation ultérieure de l'indivision sera administrée par ce notaire. Et ainsi chacun de ces contrats est l'occasion pour le notaire d'adapter le régime fondamental du Code aux besoins particuliers des parties. La prévision créatrice des modalités et procédures nécessaires atteste, une fois encore, du rôle important que le notaire peut jouer à titre de thérapeute de l'ordre social privé.

Mais l'occasion la plus importante qui est donnée au notaire de jouer un rôle à titre de thérapeute de l'ordre social privé se présente en matière de conventions d'arbitrage.¹³² Pour comprendre toutes les dimensions de ce rôle éventuel, il est nécessaire de se souvenir des deux fonctions distinctes d'une convention d'arbitrage. D'une part, la convention d'arbitrage sert de clause privative qui exclut la compétence des tribunaux de trancher un litige actuel ou à venir.¹³³ D'autre part, la convention d'arbitrage sert à mettre sur pied un processus de règlement des différends entre les parties à la convention.¹³⁴ Une fois que les tribunaux ont été exclus, il n'y a pas de raison, quelle qu'elle soit, pour que le processus du règlement des différends ait une quelconque ressemblance avec la procédure judiciaire contradictoire. Les parties peuvent s'entendre sur une procédure de médiation, un arbitrage *ex aequo et bono*, un renvoi à des experts, un processus de vente aux enchères ou de vente aux enchères inversée, ou simplement le tirage au sort. Il ne faut pas être un génie pour concevoir une clause d'arbitrage qui exclut une décision judiciaire. Il suffit d'avoir la perspicacité et les connaissances spécialisées qu'a le notaire en tant que thérapeute de l'ordre social pour instituer et mettre en oeuvre le processus précis de décision grâce auquel les mésententes à venir pourront être structurées, gérées et surmontées.¹³⁵

¹²⁹ Art. 2791 à 2794 C.c.Q.

¹³⁰ Art. 2791 C.c.Q.

¹³¹ Voir Art. 1037, 2235, 2249, 2264, 2279 C.c.Q.

¹³² Art. 2638 à 2643 C.c.Q.

¹³³ Art. 2638 C.c.Q.

¹³⁴ Art. 2643 C.c.Q.

¹³⁵ Pour une discussion sur la logique des différentes formes d'ordre social, voir R.A. Macdonald, *supra* note 83.

L'un des éléments clés du *Code civil du Québec* tient au fait qu'il prévoit qu'en principe tous les actes juridiques peuvent contenir une clause d'arbitrage. Hormis les questions familiales et autres questions d'ordre public, comme l'exercice de recours hypothécaires,¹³⁶ ces clauses peuvent être rendues exécutoires même si une partie change d'avis par la suite.¹³⁷ Parmi les clauses de recours les plus courantes, outre celles qui prévoient la désignation d'un tiers arbitre ou médiateur, citons celles qui organisent des processus indépendants de règlement des différends. Les clauses dites *shot-gun* et les autres conventions d'achat et de vente sont parmi les plus connues d'entre elles. Je me souviens de la règle que nous imposaient mes parents, à mon frère et moi-même, dès que nous commencions à nous disputer pour savoir comment nous partager un morceau de gâteau, une barre de chocolat ou tout autre objet: «Le plus vieux coupe et le plus jeune a le premier choix». Le notaire sage et imaginatif deviendra un expert dans chacun de ces différents modèles de règlements de différends, et il en viendra à connaître le type de situations dans lequel chaque personne a le plus de chances; il aura nécessairement une bonne idée des valeurs et des objectifs que recherchent les parties à la convention. Ici, peut-être plus que dans n'importe quel autre aspect de son rôle en tant qu'architecte de l'ordre social privé, c'est l'imagination du notaire qui est mise à l'épreuve. C'est aussi à ce moment-là que, dans la rédaction, l'administration et l'exécution des conventions d'arbitrage, il se révèle de la façon la plus manifeste comme un thérapeute de l'ordre social.

Conclusion

Pour conclure cet essai sur les nombreuses perspectives du notariat dans l'avenir, il convient de traiter de façon explicite de la manière dont la profession devra réagir au *Code civil du Québec*. Dans chacune des trois dimensions de la mission notariale présentées dans les pages qui précèdent, la notion fondamentale a été que le notaire n'était ni un scribe ni un grand maître des formules. Le notaire est un architecte de l'ordre social privé: le notaire est un créateur de cet ordre social privé; le notaire peut être son administrateur; et le notaire devrait aussi être son réparateur et un thérapeute. Ces trois aspects du rôle du notaire mettent au premier plan ce que j'ai appelé l'imagination du notaire.¹³⁸ On ne saurait trop insister sur cet aspect; je ne peux pas suggérer grand-chose qui soit véritablement original car il y a peu de choses qu'en principe les avocats ne peuvent pas accomplir eux aussi; mais, il y a aussi peu de choses qui peuvent être mises dans les formules. Pour que le notariat puisse relever le défi de sa triple mission, il lui faudra alors de l'imagination, de l'énergie, de la formation et un engagement envers le service au public. Heureusement, de par les fondements mêmes de sa profession, c'est aussi le notaire beaucoup plus que l'avocat qui a des chances de le faire.

¹³⁶ Art. 2748 C.c.Q.

¹³⁷ Art. 2638 C.c.Q.

¹³⁸ Voir J.B. White, *The Legal Imagination*, Boston, Little, Brown, 1978.

Le pessimiste trouvera, sans aucun doute, dans le *Code civil du Québec*, un point de vue de la société civile qui est tout à fait en opposition avec cette vision du potentiel de la profession notariale. Après tout, le *Code civil du Québec* semble ériger la Cour supérieure en tant qu'arbitre final et réparatrice de l'ordre social et, avec les tribunaux administratifs, elle devient la surveillante de la manière dont l'ordre social est administré. Ce même Code, qui prétend à la normativité, semble attribuer au législateur le rôle prépondérant de créateur de l'ordre social. Quoi qu'il en soit, malgré ces prétentions impérialistes, le droit civil est encore fondé sur des institutions qui mettent de la diversité dans l'ordre privé. Par conséquent, même si la Cour supérieure se voit donner un rôle accru dans la surveillance de l'ordre social, il s'agit, dans la plupart des cas, d'un rôle par défaut. Dans pratiquement tous les cas, lorsque le tribunal est amené à trancher un conflit non contractuel, par exemple, le choix du nom d'un enfant, le choix de la résidence familiale, l'autorité parentale, son autorité à cet égard peut seulement être invoquée après que les parties aient échoué dans toute tentative de compromis. En outre, dans pratiquement tous les cas où le Code attribue aux tribunaux l'autorité de réviser des contrats qui ont fait l'objet du consentement des parties, de façon *ex post facto*, les parties peuvent d'elles-mêmes établir d'autres moyens de modifier ou de réviser leurs conventions, ainsi que d'autres moyens de régler leurs différends. L'histoire montre que, lorsque les notaires répondent à leur mission traditionnelle de conseillers désintéressés, en rédigeant des contrats et d'autres actes qui, selon toute apparence, sont justes et équitables, dénués d'abus et manifestement conçus pour promouvoir une exécution de bonne foi, les tribunaux les accepteront sans réserve ni modification. Trois ou quatre années d'expérience de la confirmation des actes notariés par la Cour supérieure conduiront, on le suppose, les avocats à cesser de chercher à qualifier d'abusives des clauses qui ne le sont certainement pas. Autrement dit, il n'est pas du tout nécessaire que la judiciarisation manifeste du *Code civil du Québec* soit perçue comme une judiciarisation de premier ressort. On peut aussi la comprendre comme une judiciarisation de dernier ressort, une fois que tous les autres types de solutions pour régler les différends, conçues et administrées par les notaires, auront échoué. Chaque fois, alors, que le Code civil prévoit que «le tribunal peut, à la demande de ... en cas de désaccord ...», le notaire imaginatif lira automatiquement, «le notaire peut ...etc.».

Mais le simple fait que le rôle de l'architecte de l'ordre social privé soit ouvert au notariat ne signifie pas que le citoyen moyen conclura que les notaires devraient occuper cette fonction. Pourquoi, par exemple, des personnes qui cohabitent devraient-elles conclure que c'est au notaire de rédiger leur convention domestique? Pourquoi des créanciers et des débiteurs devraient-ils s'entendre pour conférer à un notaire l'administration d'une fiducie qu'ils ont créée? Pourquoi un couple soumettrait-il ses difficultés matrimoniales à la médiation d'un notaire? La réponse se trouve, en partie, dans la théorie sociale énoncée plus haut et, en partie, dans l'imagination du notaire. Quel que soit le ton dominant du *Code civil du Québec*, déjà la logique qui a organisé la société québécoise semble passer d'un style individualiste, libéral, universel et

conflictuel, à un autre qui est davantage collectif, communautaire, particulariste et harmonieux. Trois caractéristiques de la pratique notariale sont en harmonie avec ce changement.

Pour commencer, la justice que dispensent les tribunaux est une justice abstraite, universelle et dépourvue de nuances. La recherche empirique montre que la raison principale pour laquelle de nombreux citoyens hésitent à s'adresser aux tribunaux tient à des préoccupations subjectives, comme la réticence à l'égard des procédures contradictoires et des soupçons en ce qui concerne la capacité des juges à apprécier leur situation particulière. Cette réticence est plus évidente dans les groupes culturels, mais elle est aussi visible dans tous les sous-groupes de la population, comme les femmes, les personnes âgées, les chômeurs, les consommateurs, qui ne se sentent pas intégrés à la majorité de la société. Par contraste avec la justice étatique, la justice notariale est beaucoup plus particulière, plus sensible aux attentes du milieu et beaucoup plus apte à faire des nuances. Comme c'est souvent le notaire local qui a rédigé le contrat en réponse aux besoins des parties, c'est ce même notaire de quartier qui pourra le mieux adapter des solutions aux besoins des mêmes parties.

Deuxièmement, bon nombre des aspects de la pratique notariale sont ancrés dans les collectivités locales et visent la pratique d'un droit préventif. Là encore, la recherche empirique montre que la plupart des citoyens ne veulent pas d'un droit correctif de type conflictuel. Même lorsqu'ils s'adressent aux tribunaux, ils préfèrent des solutions proposées par des médiateurs à des solutions résultant d'un système de procédure contradictoire. Évidemment, c'est le notaire qui pratique dans une petite localité, et non pas dans un grand bureau du centre-ville ou à côté du palais de justice, qui est le plus près de la population. C'est le notaire, et non pas l'avocat (sauf dans les questions de droit criminel) qui passe le plus de temps à traiter avec les gens et qui s'occupe de leurs préoccupations, au lieu de régler des transactions d'entreprises ou de commerce. De part ses fonctions, le notaire n'est pas intéressé par le litige. Il cherche à entretenir les relations et non pas à les détruire. Le notaire cherche à faciliter la réalisation d'objectifs communs, et il n'a pas comme préoccupation de gagner une cause à tout prix.

Troisièmement, les services juridiques que les notaires offrent sont des services juridiques de type répétitif. La visite à un notaire est comme une visite annuelle chez le médecin pour un bilan de santé. Comme le notaire est dépositaire de documents authentiques, c'est lui qui a une meilleure idée du dossier juridique de son client. Ces dossiers constituent le registre des relations complexes des clients, des constitutions qu'ils ont établies, modifiées et dissoutes. Le notariat est aussi plus représentatif de la société québécoise contemporaine sur le plan démographique. Pour ces raisons, même le notaire urbain est l'équivalent de la fin du vingtième siècle du médecin de famille ou du médecin généraliste. Bien que certains notaires soient des experts en contrats commerciaux, d'autres peuvent être syndics et administrateurs, et d'autres experts en arbitrage et en gestion des litiges, mais ils sont tous au service du notaire de quartier. Ils partagent tous la même perspective sur l'objectif de

facilitation de la réglementation juridique. Ils ont tous un engagement envers leur profession en tant qu'architectes de l'ordre social privé.

Ces observations ne signifient pas que la profession ait un avenir rose, car l'image traditionnelle du notariat ne correspond pas tout à fait à la mission qui vient d'être proposée. Pour jouer avec succès ce rôle d'architecte de l'ordre social, le notaire devra acquérir des connaissances spécialisées dans un certain nombre de nouveaux domaines. S'il veut conquérir un marché pour ses services juridiques en cette fin du vingtième siècle, il lui faudra devenir spécialiste de questions comme l'administration des fiducies ou le règlement privé des différends. Transformer l'image traditionnelle de la profession, de façon à ce qu'elle reflète davantage les attentes de la société québécoise contemporaine, sera un défi à relever pour l'imagination du notaire. Pourtant, on a seulement besoin de voir les récentes initiatives de la Chambre des notaires, comme la création du Centre de droit préventif et l'autorisation donnée aux universités de combiner leur programme de diplôme d'études notariales avec des programmes de maîtrise spécialisés, pour être convaincu qu'il existe, dans la profession, une volonté que se réalise la mission du notaire en tant qu'architecte de l'ordre social privé. Chacune des caractéristiques du notariat qui a été mise en évidence plus haut est une raison pour que le public lui reconnaisse ce rôle et ce, de plus en plus. Autant de raisons pour croire que la profession notariale est promise à un brillant avenir sous l'empire du *Code civil du Québec*. Autant de raisons pour croire, enfin, que la société québécoise a besoin d'une profession notariale distincte pour assumer le rôle d'architecte de l'ordre social.