

LE NOTARIAT, UNE VISION D'AVENIR POUR UNE PROFESSION MILLÉNAIRE

Jean LAMBERT

Volume 105, Number 3, December 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045846ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045846ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

LAMBERT, J. (2003). LE NOTARIAT, UNE VISION D'AVENIR POUR UNE
PROFESSION MILLÉNAIRE. *Revue du notariat*, 105(3), 829–851.
<https://doi.org/10.7202/1045846ar>

LE NOTARIAT, UNE VISION D'AVENIR POUR UNE PROFESSION MILLÉNAIRE

Jean LAMBERT*

INTRODUCTION	831
1. Le patrimoine social du notariat	831
1.1 Une expérience millénaire	831
1.2 L'officier public et le devoir d'impartialité	832
1.3 Le devoir de conseil	833
1.4 La culture du non litigieux.	834
1.5 Un capital de confiance	835
2. Problématique sociale du droit	836
2.1 La prolifération des lois et l'américanisation du droit	836
2.2 La croissance des coûts d'accès à la justice et le développement du « droit minute ».	837
3. L'accès à la sécurité juridique.	838
3.1 Un examen de conscience notariale	839

* Notaire à Montréal et président de la Chambre des notaires du Québec de 1984 à 1990. Texte composé à partir d'une allocution prononcée lors des Conférences Roger-Comtois organisées par la Chaire du notariat à l'automne 2002.

3.2	Mise en valeur du patrimoine social du notariat . .	842
3.3	Une authenticité formaliste ou un formalisme authentique	843
3.4	Cette impartialité incomprise!	844
3.5	Opposer à l'inflation législative une activité de conseil élargie	845
3.6	L'imagination à l'œuvre	846
CONCLUSION		850

INTRODUCTION

Pour traiter de ce sujet, je n'ai d'autre qualité que celle d'avoir tenu minutier et répertoire depuis plus de trente-trois ans. C'est donc la vision d'un praticien sur l'avenir de sa profession à laquelle vous êtes conviés et cela en toute simplicité et sans prétention.

À l'instar de M^e André Cossette qui savait si bien faire la différence entre les notaires et le notariat, je tenterai, au fil des pages qui suivent, d'esquisser l'avenir de cette profession millénaire en ayant les yeux rivés sur les besoins de la société québécoise et l'esprit branché sur son évolution.

Cependant, avant de spéculer sur l'avenir, il convient d'abord de faire le constat d'état de la profession, de dresser en quelque sorte l'inventaire de son patrimoine social, afin de mieux mesurer son aptitude à s'adapter aux besoins évolutifs des justiciables. Et justement, pour connaître ces besoins auxquels les notaires de demain devront répondre, je devrai m'attarder quelque peu à la problématique des besoins juridiques en ce XXI^e siècle qui débute.

1. Le patrimoine social du notariat

Pour prétendre se mettre au service de la collectivité avec pertinence, il faut s'assurer de détenir les atouts qui font du prétendant un intervenant compétent, habile et pourvu des leviers de la réussite. Le notariat dispose-t-il de ces atouts dans son patrimoine?

1.1 Une expérience millénaire

Sans bruit ni ostentation, la profession notariale a su servir avec efficacité des centaines de générations d'êtres humains dans leurs besoins de sécurité juridique. Elle l'a fait en s'adaptant aux changements sociaux, politiques et culturels les plus divers, les plus marquants et en essaimant dans tous les continents de cette terre sans périr dans les eaux troubles et agitées des mouvements révolutionnaires.

Il y a déjà une sorte de gage de fiabilité à vaincre avec succès l'épreuve du temps, et ce n'est pas peu dire lorsqu'il s'agit d'un temps millénaire. Mais plus révélatrice encore est l'identification des fondements de ce succès :

- Une disponibilité sans réserve aux justiciables par une écoute attentive et dynamique à l'expression de leur volonté contractuelle, et ce, dans un contexte de grande discrétion et de confidentialité;
- Un souci affirmé de procurer la plus grande sécurité juridique à cette expression de volonté;
- Une compétence avérée dans la rédaction d'un écrit traduisant avec précision l'accord des parties dans un langage qui leur soit compréhensible pour ainsi en assurer la meilleure exécution qui soit.

En bref, il y a l'écoute attentive, la sécurité juridique et la capacité à rédiger avec précision un écrit compréhensible.

1.2 L'officier public et le devoir d'impartialité

S'il est un trait qui distingue on ne peut mieux le notaire des autres professionnels dits « libéraux » œuvrant dans un contexte d'entreprise privée, c'est bien celui d'officier public et le devoir d'impartialité qui est indissolublement lié à ce statut. Et quand j'écris ici impartialité, je ne parle pas de neutralité, qualité plutôt passive, mais d'un devoir actif, fondé lui-même sur le devoir de conseil ci-après abordé.

Ce devoir d'impartialité est une originalité dérangement, il faut bien le constater, dans cette Amérique du Nord imbuë d'une culture anglo-saxonne qui ne conçoit pas que l'État puisse déléguer une parcelle de sa puissance, la *publica fides*, à un juriste du droit privé. Pourtant, il faut bien se rendre à l'évidence que cette particularité exceptionnelle a bien servi et continue de bien servir, de par le monde, des centaines de millions de consommateurs de services juridiques, pour utiliser une expression contemporaine.

Il ne faut toutefois pas faire l'autruche. Pour plusieurs critiques du notariat, l'impartialité ou plutôt son improbable existence, constitue le talon d'Achille du fondement même du statut d'officier

public du notaire. Il est indéniable que la culture juridique anglo-saxonne de plus en plus envahissante et les réalités de la concurrence ont ébranlé, chez plusieurs notaires, leur engagement déontologique à assurer l'équilibre juridique des parties qui se présentent à eux.

Faut-il conclure, en raison de ces nombreuses critiques et d'un doute largement répandu, que l'avenir du notariat devra se concevoir en oblitérant le devoir d'impartialité, assise multicentenaire de la profession? C'est à voir!

1.3 Le devoir de conseil

Conseiller des clients n'est pas une exclusivité du notariat puisque tous les professionnels dont les activités sont régies par le Code des professions se doivent d'aviser leurs clients dans le domaine de leur compétence. Ce devoir est un corollaire de l'indépendance qui doit toujours caractériser le geste professionnel. Alors, en quoi l'obligation du notaire se distingue-t-elle de celle qu'ont tous les professionnels de bien conseiller leurs clients?

Le devoir de conseil propre au notaire, même s'il participe du même esprit que celui de bien conseiller que nous venons de voir, va beaucoup plus loin et est beaucoup plus exigeant parce que le contexte dans lequel il s'exerce est rarement celui des autres professionnels qui, le plus souvent, ne prodiguent leurs conseils qu'à une seule personne. Le devoir de conseil du notaire prend toute sa signification lorsque le notaire a, face à lui, deux ou plusieurs personnes aux intérêts divergents, voire opposés. Ayant à assurer un équilibre entre ces intérêts, le notaire doit être actif, analyser la situation, évaluer l'attitude de chaque partie à comprendre les enjeux de l'affaire et la portée des engagements qu'elle s'apprête à souscrire, et compenser la faiblesse de l'une en lui prodiguant information et conseil au risque de déplaire grandement à l'autre. On constate que le devoir de conseil est intimement lié au devoir d'impartialité du notaire.

Il ne suffit pas au notaire de répondre aux questions du client, puisqu'il doit anticiper et intervenir. Le défaut de ce faire est d'ailleurs sévèrement sanctionné judiciairement. Ainsi, dans une affaire¹ où

1. *Pépin c. Mongeau*, [1992] R.R.A. 677 (C.A.), infirmant C.S. St-François (Sherbrooke), n° 450-05-000049-862, 18 juin 1987, j. Tôth.

les aspects juridiques du dossier étaient impeccables, le notaire fut néanmoins trouvé fautif par le tribunal au motif qu'il n'avait pas exercé pleinement son devoir de conseil en éclairant un vendeur sur la valeur économique d'un élément de la contrepartie qu'il recevait aux termes du contrat, soit une hypothèque de troisième rang, laquelle se révéla ultérieurement financièrement nulle.

1.4 La culture du non litigieux

Il ne faut pas avoir fréquenté bien longtemps des avocats et des notaires pour constater combien la vision du droit et l'approche pratique des uns et des autres diffèrent.

La mission première de l'avocat, chacun le sait, est de prendre partie et de promouvoir les intérêts de son client. Le Code de déontologie de l'avocat lui fait obligation d'éviter de se placer aux confins d'intérêts divergents. Son action s'inscrit dans un cadre revendicatif et accusatoire. L'avocat est un combattant, la cause de son client devient la sienne et elle doit prévaloir. Il y a donc chez lui une forte identification à la thèse d'une partie, la seule limitation étant que l'avocat doit demeurer loyal envers le tribunal.

Le notaire, lui, doit se tenir à distance du litige. Sa mission consiste à donner force de loi à l'entente des parties et, par sa compétence et son expérience, à prévenir les litiges.

L'avocat cherche systématiquement la petite faille me disait un bâtonnier du Québec devenu ministre : « Il doit contester tout ce qu'il a sous les yeux et anéantir les prétentions de la partie adverse », ajoutait-il.

À l'École du Barreau, on apprend aux futurs avocats non seulement la psychologie du conflit, mais aussi tous les trucs, astuces et moyens de vaincre. Aussi, ne faut-il pas se surprendre que la culture juridique des avocats s'inscrive davantage dans une vision monolatéraliste et pathologique du droit.

N'exerçant pas sa profession dans un cadre conflictuel, le notaire a une vision du droit toute centrée sur la conciliation et l'accord des justiciables. Le notaire cherche instinctivement à résoudre les différends qui peuvent surgir dans les affaires qui lui sont confiées. À l'opposé de l'avocat-combattant, y compris celui dont l'antagonisme de règle ne résulte pas d'une fréquentation

du prétoire, le notaire est un pacificateur. Par surcroît, l'acte qu'il rédige est concis et précis parce que sa compréhension doit en être aisée. La multiplication des pages et des annexes, si fréquente dans la documentation émanant des bureaux d'avocats, n'est en effet pas un trait de la pratique notariale.

À l'inverse d'un droit qui braque, prohibe et tranche, le notaire personnifie un droit accueillant qui s'associe à la réalisation des étapes heureuses de la vie : l'union conjugale, la naissance des enfants, l'acquisition de la maison familiale, le démarrage et la croissance d'une entreprise, la planification de la transmission du patrimoine, etc.

Cette vision non contentieuse du droit constitue ce que l'on désigne aujourd'hui de culture d'entreprise, la culture d'entreprise du notariat.

1.5 Un capital de confiance

Historiquement au Québec, le notaire a toujours été un juriste de proximité. On le retrouve présent sur tout le territoire jusque dans les villages les plus modestes. À une époque pas si lointaine où la population était peu instruite, le notaire constituait un des piliers de la société par le soutien et les conseils qu'il prodiguait aux gens de sa collectivité, conseils qui débordaient souvent du simple cadre juridique.

Même si cette société est aujourd'hui instruite et plus autonome que naguère, le notaire demeure, avec le médecin, le professionnel qui jouit de la plus grande confiance du public. La lecture des sondages le confirme. Sans trop le réaliser, les acteurs économiques manifestent eux aussi une très grande confiance envers la profession. Faut-il rappeler que mois après mois des dizaines de milliards de dollars transitent par les comptes en fidéicommis des notaires sans qu'il vienne à l'idée de quiconque d'exiger une quelconque caution externe pour garantir la bonne fin de ces dépôts. Voilà une marque de confiance indéniable doublée d'une économie de moyens avantageuse pour les consommateurs. J'avais l'occasion d'en parler récemment à des gens d'affaires nord-américains et ceux-ci en ont été tout simplement renversés.

2. Problématique sociale du droit

La seconde moitié du XX^e siècle a vu s'affirmer une évolution du droit contraire à la culture notariale. J'en identifie trois axes :

- l'accélération de la prolifération des lois et l'américanisation du droit;
- la croissance phénoménale des coûts d'accès à la justice et son corollaire, la naissance du « droit minute » ou *fast food juridique*;
- l'accaparement par le droit public de sujets relevant jusqu'alors de l'ordre privé et cela, particulièrement dans le domaine du droit de la famille².

2.1 La prolifération des lois et l'américanisation du droit

L'après-guerre 39-45 a vu littéralement exploser les menus législatifs des parlements. Reflétant et traduisant la sophistication sans cesse croissante d'une société logeant à l'enseigne de la modernité, la législation est devenue à ce point complexe et particularisée qu'il est maintenant courant de parler non plus du droit mais des droits. Il s'est adopté dans les quarante dernières années plus de lois, qu'entre la découverte de la Nouvelle-France et le début de la Révolution tranquille. Et fait important à noter, cette évolution législative s'est faite, sauf très rares et récentes exceptions, en évitant systématiquement d'avoir recours à l'institution notariale dans l'ignorance parfaite de ses avantages.

Ce phénomène multiplicateur des lois s'est accompagné d'un second : l'envahissement du droit par le judiciaire, par la culture « adversarial » suivant l'expression anglaise, culture grandement influencée par le droit américain. Pour une majorité de juristes, le tribunal est vu comme la réalisation la plus achevée de la civilisation occidentale, le juge étant le seul capable d'assurer la moralité dans l'ordre juridique et ce, même dans différents domaines du droit privé.

2. Ce phénomène ayant été à maintes reprises analysé avec compétence par les auteurs, je n'en traiterai ici que succinctement dans le but de mieux situer ma vision d'avenir de la profession.

Mais pouvait-il en être autrement puisque l'État balise aujourd'hui à ce point l'initiative privée que le domaine privé bascule dans l'ordre public. Et le juge, ce tiers désigné par ce même État, paraît ainsi le mieux placé pour arbitrer les intérêts privés en exerçant un contrôle *ex post facto*, comme le disait M. le professeur Roderick Macdonald³. Cette perspective des choses a pour nom la judiciarisation.

Nul étonnement, par exemple, de constater que les notaires aient été écartés de la première phase de la dernière et énième révision du *Code de procédure civile* du Québec. L'observateur pouvait très bien relever l'influence prépondérante des droits américain, britannique, néo-zélandais, australien et anglo-canadien dans le rapport du groupe de travail ministériel sur la révision du *Code de procédure civile*; elle y était d'ailleurs clairement admise par les auteurs.

2.2 La croissance des coûts d'accès à la justice et le développement du « droit minute »

Dire que la justice est dispendieuse est devenu un lieu commun tant la montée des coûts rattachés à l'accès à la justice est devenue généralisée et qu'elle incite la majorité des justiciables soit à baisser les bras soit à accepter, quand c'est possible, les limitations importantes de la formule du Tribunal des petites créances.

Il ne faut pas croire que les avocats prennent le porte-monnaie de leurs clients en otage. Il suffit en effet d'accompagner à l'occasion un avocat dans la résolution d'un dossier litigieux, pour comprendre que ces coûts élevés correspondent à une prestation justifiée. Il faut plutôt regarder du côté du système, car c'est lui qui exige des acteurs un travail de plus en plus poussé dans un environnement juridique d'une complexité grandissante et changeante.

La nature ayant horreur des extrêmes, il s'est développé par ailleurs au cours de la dernière quinzaine d'années ce que plusieurs ont désigné de « droit minute » ou *fast food juridique*, c'est-à-dire des produits ou services juridiques à bas prix livrés avec rapidité au consommateur.

3. Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », [1994] 1 C.P. du N. 1, 26, n° 49.

Ce développement touche actuellement aux secteurs du droit qu'il est aisé de réduire à quelques services standardisés dont la perception, par le consommateur, se caractérise toujours par une simplicité attrayante et un prix à l'avenant.

Dans les domaines d'activités notariales, on pense à ces formules de mandat de protection que l'État s'évertue à distribuer à tout un chacun en questionnant l'à-propos de payer des honoraires à un notaire. Il y a aussi ces entreprises de distribution de produits manufacturés les plus hétéroclites qui ont ajouté récemment, et avec un sans-gêne étonnant, une « ligne » de produits successoraux, savoir des *kits testamentaires*, accompagnés de brochures d'instructions le plus souvent trompeuses. Conséquence de l'ALENA peut-être, des entreprises américaines tentent d'introduire au Québec des formules de services qui se sont développées chez nos voisins du Sud pour combler les carences du droit des États de l'Union. J'ai à l'esprit certains assureurs titres qui dans des *closing centers*, ne se contentent pas d'évaluer et d'accepter les risques inhérents aux transactions immobilières, mais étendent aussi leur mainmise sur tout le processus juridique du financement et du transfert de propriété en faisant appel à des techniciens plutôt qu'à de véritables juristes. En fait, ces entreprises, par le biais de leurs exigences, font le droit au quotidien.

Il faut se questionner sérieusement sur les économies réelles que le consommateur réalise en employant ces formules. Ce qui séduit évidemment, c'est le côté facile et forfaitaire fort apprécié de la chose, à court terme. Mais à moyen et long termes, il est permis de se demander si la collectivité y gagnera. Notons que l'État sera lui-même malvenu de s'en plaindre puisqu'il a fait beaucoup pour banaliser le droit aux yeux des citoyens pour des motifs ayant plus à voir avec la myopie politique qu'avec une vision sociologique bien affirmée. D'ailleurs, de nos jours, qui pense et agit à long terme?

3. L'accès à la sécurité juridique

Si l'accès à la sécurité juridique demeure une valeur importante et recherchée pour nos concitoyens, alors il ne fait aucun doute dans mon esprit que l'avenir du notariat sera non seulement assuré mais brillant. Rappelons-nous que, désireux d'assurer la paix et la sécurité juridiques en Nouvelle-France, le roi avait confié la gérance du droit dans la colonie aux notaires et avait banni de séjour les avocats. Ces derniers ne furent admis en nos terres que

seize ans après la victoire du conquérant britannique, soit en 1775. Pareille décision était-elle préméditée? Certes, car le monarque avait déjà compris la portée du proverbe chinois voulant qu'il valait mieux être dans la gueule d'un tigre qu'en cour. Dans sa colonie naissante sur les rives du St-Laurent, où tout était à construire, le roi estima qu'il n'y avait aucune énergie à gaspiller au prétoire. Venant de l'autorité suprême de l'État, ce n'était pas peu dire.

L'époque de la colonisation est révolue évidemment, mais la pertinence de la question demeure. Le notariat peut-il prétendre constituer l'alternative à la juridicisation et à la judiciarisation de notre société?

Soutenir sans réserve ni nuance l'affirmative serait faire montre d'une bien grande prétention. Il est vrai qu'une profession notariale dynamique et audacieuse viendra à coup sûr tempérer, voire endiguer, les effets négatifs des trop grandes juridicisation et judiciarisation des rapports humains. Toutefois, il est trop tôt pour anticiper un retour du balancier du droit public vers l'ordre privé, même si des indices législatifs récents et le tout aussi récent discours politique semblent justifier des attentes à cet égard. Par ailleurs, le notariat doit se préparer à accueillir de nouvelles responsabilités et à s'adapter au changement. Cependant, avant d'inviter les notaires à s'investir dans de nouveaux services et à assumer de plus grandes responsabilités, il convient d'examiner, avec lucidité, la situation de la pratique notariale actuelle.

3.1 Un examen de conscience notariale

Je ne veux pas reprendre ici les propos de confrères plus qualifiés et compétents que moi au sujet de la gestion de la justice notariale et des comportements qui en découlent⁴, mais simplement les illustrer.

Je vous invite à revenir quatorze ans en arrière, lorsque le projet d'instauration d'un patrimoine familial est apparu au beau milieu des travaux sur la réforme du Code civil. Vous vous rappellerez sans doute de l'opposition véhémente de la Chambre des

4. Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999 et François FRENETTE, « La fonction créatrice de droit du notaire québécois mesurée à l'aune de son activité principale », (2001) 103 R. du N. 213 et s.

notaires à l'intrusion d'un corps aussi étranger en droit civil québécois. Je ne crois pas que le notariat du Québec ait, dans son histoire, aussi intensément contesté une initiative du législateur québécois. Le président de la Chambre était presque devenu un activiste, sautant d'une tribune à l'autre pendant des mois. Du jamais vu pour cette profession toute paisible et discrète.

Cette législation constituait le premier véritable désaveu étatique des agissements de la profession notariale et il était de taille. Il y avait bien eu un son de cloche dans le même sens lors de l'adoption de la *Loi sur la protection du territoire agricole* en 1978, mais sa portée n'avait aucune commune mesure avec celle découlant des dispositions instaurant le patrimoine familial. Ces dispositions venaient imposer une vision et une norme étatiques à des rapports privés. Elles modifiaient les effets juridiques de centaines de milliers de contrats de mariage notariés signés dans les années 50, 60 et 70⁵. Ce geste du législateur n'était rien de moins qu'un blâme adressé publiquement aux notaires. Et, en donnant à la loi une portée obligatoire pour l'avenir, le législateur ne faisait pas que « corriger » de soi-disant iniquités du passé, mais il retirait de l'ordre privé une partie importante des rapports économiques des époux. C'était une marque de non-confiance claire envers l'aptitude des notaires à présider à l'établissement d'un équilibre économique entre deux personnes choisissant de s'unir légalement. Ce désaveu était-il mérité?

L'ex-doyen et professeur Roderick A. Macdonald, dans un texte magistral sur l'avenir de la profession notariale, a écrit que les notaires, n'ayant pas eu de stratégie pour faire face et composer avec les mutations profondes du droit dans la seconde moitié du XX^e siècle, se sont réfugiés dans des pratiques familières et se sont trouvés de plus en plus marginalisés par la modernité⁶. Les notaires n'ont pas su accorder la fonction sociale du contrat à l'évolution d'une société où l'intérêt collectif a cédé de plus en plus le pas à l'intérêt individuel.

Roderick A. Macdonald a également noté que le notaire apparaissait comme un photographe qui fige des relations humaines au

5. Voir les propos de Pierre CIOTOLA dans « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », [1989] 2 C.P. du N. 1, 35, n° 27 et s., 130, n° 210 et s.

6. *Op. cit.*, note 3, 19, n° 33.

lieu de les inscrire dans un processus évolutif qu'il est en mesure de suivre⁷. Il a même assimilé le notaire au pharmacien qui délivre aux consommateurs ce qui lui est demandé⁸.

Constatons, à la décharge de la profession, que le notaire a été ignoré, voire écarté par le législateur à maintes occasions où il aurait pu et aurait dû être appelé pour jouer un rôle de premier plan. Ainsi, en a-t-il été pour la *Loi sur la protection du territoire agricole* et la *Loi sur la protection du consommateur*.

Mais, plus significatives encore sont maintes dispositions du nouveau *Code civil du Québec* axées dans leur ensemble sur la judiciarisation des rapports contractuels. Pour mieux illustrer mon propos, je ne retiendrai que cette politique de soi-disant neutralité du législateur, qui sciemment, tout au cours des travaux de la réforme du Code civil, a refusé de tirer parti des avantages de l'institution notariale pour ne pas déplaire au Barreau, politique qui s'est traduite, entre autres, par un registre foncier encore étriqué où l'État continue d'empiler et de conserver à grands frais les actes au long parce que donnant accès à l'écrit sous seing privé dont la conservation de l'original n'est pas rigoureusement assurée. Et je passe sous silence la non-fiabilité du Registre des droits personnels et réels mobiliers où aucune attestation d'authenticité n'est requise pas plus que la vérification la plus élémentaire de l'autorité du requérant signataire d'une demande d'inscription.

La faute n'appartient cependant pas toujours et exclusivement à l'autre. Le comportement d'ensemble des notaires, submergés par une demande de services sans précédent dans le secteur immobilier de l'après-guerre a sans doute contribué à nourrir le désintérêt des notaires envers les disciplines émergentes du droit. Or, l'avenir de la profession notariale passe d'abord et avant tout par une prise de conscience, réelle et bien intégrée, de la fonction sociale du notariat. Le notaire ne doit plus être ce « photographe » qui fige les situations juridiques suivant l'expression du professeur Macdonald. Il doit être un juriste actif dont la pratique quotidienne s'inscrit dans une dynamique évolutive des besoins juridiques de la société. La Chambre des notaires a d'ailleurs déployé des efforts

7. *Ibid.*, note 14, n° 22.

8. Il est intéressant ici de noter que depuis que ce texte a été écrit, les pharmaciens se sont dotés d'un endroit où ils doivent exercer en toute confidentialité le conseil auprès de leurs clients.

au cours des dernières années pour inciter les notaires à s'investir véritablement comme juristes à compétence entière dans toute la gamme des services juridiques non litigieux. Souhaitons que ces efforts n'aient pas été consentis en vain.

Il y a une attitude d'esprit que les notaires doivent cultiver au plus haut degré, celle d'une plus grande compréhension de la pertinence de leurs interventions. À mon avis, les notaires ne saisissent pas très bien la raison d'être du formalisme rattaché à leurs actes. Celui-ci est considéré comme un absolu en soi par les notaires et comme la seule finalité de leurs gestes professionnels. Cette attitude est dangereuse, car nous voyons de plus en plus le tiers arbitre de la moralité contractuelle, le juge désigné par l'État, se laisser convaincre de la relativité du formalisme notarial. Ainsi, le mandat de protection notarié est malmené par les temps qui courent et un certain courant jurisprudentiel tente de le marginaliser en établissant la suprématie du régime public de protection des inaptes sur celui découlant de l'autonomie de la volonté du principal intéressé, principe que le législateur voulait pourtant faire prévaloir avec la réforme du Code civil⁹.

Comme il n'y a pas lieu d'anticiper à court terme des changements aux tendances actuelles, à la fois législatives et jurisprudentielles, qui situent le contrat comme élément conjoncturel à être circonscrit dans son application par le judiciaire, voire circonscrit ou modulé par la rationalité normative de l'État, les notaires sont appelés au combat. Ce combat, c'est celui de faire à nouveau et avec patience la preuve de la suprématie de l'acte notarié. Les notaires devront en effet asseoir la force juridique de l'acte notarié sur un formalisme de nouvelle génération, un formalisme non plus désincarné et détaché des contractants mais rattaché à leur désir profond de sécurité juridique.

3.2 Mise en valeur du patrimoine social du notariat

[...] la caractéristique la plus importante de l'acte notarié tient à son rôle de mécanisme d'orientation. Ici, le formalisme ne se manifeste

9. Voir François DUPIN, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 146, Cowansville, Éditions Yvon Blais et François DUPIN, *Être protégé malgré soi*, dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 165, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

pas au moment de la signature ou par la suite, mais au moment de la discussion de la convention, au moment où l'on recherche les conseils du notaire et au moment où l'acte est lu à voix haute.¹⁰

Je ne saurais mieux dire que le professeur Macdonald. On reconnaît ici les premiers éléments fondamentaux du patrimoine notarial : écoute attentive, devoir de conseil, équilibre des intérêts, capacité à reproduire fidèlement les expressions des volontés dans un écrit compréhensible et, enfin, sécurité juridique.

3.3 Une authenticité formaliste ou un formalisme authentique

« Le notaire est bien plus qu'un expert du texte et de la forme contractuelle »¹¹ écrit encore le professeur Macdonald.

Cette affirmation m'a amené à revoir en quoi consiste ce formalisme notarial que certains qualifient de dépassé. J'ai constaté qu'il était tout à fait actuel pour répondre aux besoins de sécurité juridique de nos concitoyens. Je le qualifie de formalisme de nouvelle génération pour le démarquer du formalisme mécanique et d'apparence qui a souvent masqué l'œuvre authentique du notaire. Voyons ce qui en est en détail.

Pour accomplir son devoir sur le plan formel, le notaire doit bien prendre connaissance du projet des parties, en rechercher tous les éléments déterminants, vérifier si le cadre proposé correspond à celui de relations humaines que les parties entendent tisser entre elles, exercer à fond son devoir de conseil et, en définitive, transposer la situation juridique qui résulte de ces étapes préparatoires dans un instrument offrant la plus grande garantie de sécurité juridique qui soit.

Voilà terminée la phase formaliste et traditionnelle de l'acte professionnel du notaire, « celle qui est garante de l'intégrité de l'événement humain consigné »¹².

Bien intégré à la pratique quotidienne, ce formalisme ne sera plus perçu comme factice et masquant une incapacité à prendre en compte la complexité de la vie. Le notaire qui se contente de

10. *Op. cit.*, note 3, 28, n° 52.

11. *Op. cit.*, note 3, 14, n° 21.

12. *Ibid.*

présenter un texte préfabriqué en se satisfaisant d'ajouter les données nominatives aux espaces blancs n'est pas un vrai notaire et son document n'est qu'un parent éloigné d'un authentique acte notarié.

3.4 Cette impartialité incomprise!

« On a l'impression que la judiciarisation est un mal nécessaire dans une société comme la nôtre » faisait remarquer le professeur Patrice Garant¹³. Et le professeur Macdonald de poursuivre en affirmant que :

Le remède contre l'intervention judiciaire croissante réside dans la grande précision *ex ante* des diverses formes de contrats, y compris, pourrait-on même prétendre, une précision accrue des règles d'ordre public qui ne pourraient être modifiées que si le contrat en cause était rédigée (sic) en forme notariée.¹⁴

Il s'agit donc de reconnaître à l'auteur de l'acte notarié une indépendance professionnelle et une qualité d'action intellectuelle qui l'assimilent à un juge. Ainsi, il sera tout à fait sécurisant que des contractants puissent déroger du cadre normatif et des règles édictées par l'État si un professionnel indépendant, qualifié et s'assurant de l'équilibre des parties au contrat, en assure l'équité juridique. Le professeur Macdonald n'hésite pas à l'affirmer : « Nous ne comprenons pas, non plus, à quel point l'indépendance notariale suit la même logique que l'indépendance judiciaire »¹⁵.

L'impartialité ne peut-elle pas se concevoir hors du judiciaire, ne peut-elle pas être une qualité professionnelle reconnue qui est détenue et exercée par des personnes qui ne portent pas robe et ne siègent pas sur le banc? Ce n'est pas parce qu'il y a eu des manquements à l'impartialité notariale qu'il faille lui nier toute pertinence. À ce compte, on pourrait faire tout également bon marché de nombre de décisions judiciaires où ceux qui tenaient le maillet ont à certaines occasions affiché autre chose qu'une impartialité rigoureuse.

13. Dans « Le Prétoire en folie », *Le Magazine de l'Université Laval*, vol. 5, printemps/été 1991, p. 37.

14. *Op. cit.*, note 3, 38, n° 74.

15. *Op. cit.*, note 3, 39, n° 76.

En vérité, l'authenticité rattachée à l'acte notarié ne peut se concevoir sans cette essentielle impartialité, tout comme pour les autres écrits revêtus du sceau de l'autorité publique.

L'impartialité est cependant une valeur fragile. Elle doit faire l'objet d'une attention soutenue et protectrice, voire de soins nourriciers. Il est faux de croire qu'il est aisé d'être impartial surtout lorsque la pratique du notaire évolue dans un contexte de concurrence et de commercialité. Savoir s'élever au-dessus de la mêlée ne relève pas d'un talent naturel; il faut s'y exercer, éprouver son caractère, cultiver une nécessaire sérénité et surtout développer une forte résistance aux pressions qui sont parfois très vives. Le notaire doit éviter les situations à risque, c'est-à-dire celles qui compromettent son indépendance ou qui pourraient soulever une apparence de doute quant à son impartialité.

3.5 Opposer à l'inflation législative une activité de conseil élargie

Le principal effet de cette inflation législative est de rendre de plus en plus difficile la connaissance des lois [...]¹⁶

Nul n'est censé ignorer la loi paraît-il. Ce beau principe, issu d'un âge qu'il convient de considérer comme révolu, ne fait même plus sourire tant est patente son inapplicabilité, sa pertinence ayant été diluée dans l'amoncellement de lois et de règlements adoptés chaque année. Pourtant, il est de l'essence même du droit d'être saisi et bien compris par les citoyens à qui la règle s'impose. Comme nous le dit le professeur Pierre Noreau, « l'adoption de chaque loi nouvelle pose deux problèmes spécifiques : 1) celui de la connaissance, puis 2) de l'application subjective – par les citoyens – de la nouvelle législation »¹⁷.

Cette observation ouvre de nouvelles perspectives aux notaires, notamment dans l'exercice de leur devoir de conseil. En fait, il ne s'agit pas de l'exercice de ce devoir proprement dit, tel que vu précédemment. Il s'agit plutôt de l'application de ce devoir préalablement à l'engagement des parties dans un processus contractuel. En clair, les notaires, parce qu'ils jouissent d'un haut

16. Pierre NOREAU, « Contribution à la définition du concept de droit préventif », (1992) 94 R. du N. 403, 405.

17. *Ibid.*

degré de confiance du public et qu'ils ne sont pas associés dans l'esprit des gens à l'expression agressive et accusatoire du droit, doivent constituer, pour l'ensemble de la collectivité, la source d'information juridique qui puisse faire contrepoids à cette inflation législative déconcertante pour le justiciable.

Cette activité de conseil et d'information doit être préparée avec soin, organisée et gérée de manière efficace et rentable. C'est une activité professionnelle à part entière, qui connaîtra ses spécialités et à laquelle la profession consacrera toutes les ressources nécessaires à en soutenir la compétence et à la faire connaître du public. Ainsi, je l'espère, se développera chez nos concitoyens un réflexe identifiant le notariat comme première source fiable de l'information juridique. Certains jugeront utopique cette proposition tant est généralisée à l'heure actuelle l'impression que l'accès à l'information en toute chose est facile et gratuit.

Et bien justement, cette grande généralité dans la disponibilité de l'information ne doit pas tromper ceux qui sont confrontés à une problématique réelle et particulière. Qui, dans son for intérieur, croit que son cas, son affaire est en tout point semblable à celle de plusieurs autres justiciables? N'y a-t-il pas quelque particularité qui ait son importance? Pour le savoir, le citoyen fuira comme la peste ce monde où il est devenu de plus en plus à la mode de parler aux machines et de dépersonnaliser des relations juridiques et économiques souvent importantes.

Sachons tirer profit et mettre en valeur tous les éléments du patrimoine social du notariat. Le simple fait de placer le notaire non plus à l'étape de la conclusion d'un processus contractuel mais à son tout début, voire à l'étape exploratoire, vaudra au développement du service notarial beaucoup plus que certaines interventions législatives fort souhaitées et souhaitables au demeurant.

3.6 L'imagination à l'œuvre

Le professeur Macdonald, dans son texte intitulé *L'image du notariat et imagination du notaire*, invitait fortement les membres de la profession à construire la crédibilité de celle-ci sur la créativité imaginative de leurs interventions. Notaires, soyons imaginatifs, allons-y et fonçons, serions-nous tenté de conclure et ce, sans attendre le législateur.

De ce propos, j'ai identifié deux niveaux d'activité où les notaires peuvent œuvrer avec imagination pour le plus grand bonheur de leurs clients.

Le premier niveau d'activité s'aboutit pour ainsi dire à la conclusion de l'acte notarié. Après avoir satisfait au formalisme nouvelle génération dont j'ai déjà parlé, combien de notaires seraient portés à clamer « mission accomplie » en déposant la minute dans le tiroir-voûte. Pourtant, même s'il s'est agi d'un acte juridique important, certes, il n'en demeure pas moins aujourd'hui, en cette époque où plus rien n'est immuable, que l'acte notarié, si parfait soit-il, n'est souvent que le début ou même une étape parmi plusieurs dans un processus évolutif.

Le notaire doit comprendre ce phénomène caractéristique des nouveaux rapports humains. Il doit accompagner son œuvre et non seulement la classer. Il doit assister ses clients dans l'exécution du contrat, les aider et les conseiller dans la réalisation de leur projet. Il devra également en assurer systématiquement le suivi afin que, par exemple, les conventions matrimoniales, les dispositions testamentaires et autres conventions d'affaires conservent leur pertinence et soient adaptées à l'évolution des diverses situations de ses clients. Le notaire devient ainsi on ne peut plus présent dans la vie socio-juridique de sa clientèle.

Le deuxième niveau d'activité relève de l'attitude, à proprement parler créative et imaginative du notaire. Il me vient immédiatement à l'esprit, sur ce point, un acte notarié tombé en désuétude : le contrat de mariage. Pourquoi les notaires n'en font-ils plus ou plutôt, pourquoi les futurs époux ne sentent-ils plus le besoin de rencontrer un notaire avant de convoler ?

J'ai peine à croire que ces dizaines de milliers de personnes qui se marient chaque année se considèrent comme partie intégrante d'une masse homogène. Elles ont pourtant désiré du sur-mesure pour leurs habits de noces et la cérémonie, alors que pour les rapports patrimoniaux qui suivront et dont l'importance est infiniment plus durable que l'éphémère costume de noces, elles s'en remettent au régime étatique par défaut.

Il y a ici quelque chose qui cloche, qui tinte fort. Vite ! Notaires, soyons imaginatifs et allons nous inspirer du texte du professeur Alain Roy, ayant pour titre *Des contrats de mariage innovateurs*

publié dans la Revue du Notariat¹⁸. Qu'en est-il par ailleurs du mandat de protection de cette pauvre grand-mère en foyer d'accueil, mandat qui compte bien les mêmes huit pages que celui de la chef d'entreprise dont la PME assure de l'emploi à une trentaine de personnes? Problème!

Au Québec, moins de trente pour cent des entreprises réussissent le passage à la seconde génération et à peine dix pour cent en rejoignent la troisième. Voici un secteur où les besoins sont criants, pour tous ces « baby boomers » créateurs d'entreprises qui doivent passer le collier dans les prochaines années. Or, pour réussir la transmission d'une entreprise, il faut une planification financière, juridique et fiscale élaborée dans le plus grand respect du bâtisseur. Ici, il n'y a pas de formulaire qui tienne, chaque dossier étant une œuvre de création complète.

Le nouveau *Code civil du Québec* a doté le Québec d'un instrument juridique remarquable en rafraîchissant ou, plutôt et à vrai dire, en donnant à la fiducie une structure juridique étonnante. Cet outil peut être utilisé avec bonheur tant au plan de la planification des affaires des individus que sur le plan des entreprises commerciales. La flexibilité de cet instrument juridique ne cesse d'étonner et constitue un terrain fertile à l'imagination des juristes. Je dois dire qu'encore trop peu de notaires ont fait l'effort d'explorer toutes les possibilités offertes par la fiducie.

La société occidentale est vieillissante, mais celle du Québec l'est davantage que les autres. Les besoins en matière de gériatrie juridique, si vous me permettez cette association de termes, sont en croissance exponentielle. Les besoins de sécurité juridique sont ici également aussi criants sinon plus que dans le domaine de la transmission des entreprises tout juste considéré.

Nombre de curateurs et de mandataires sont tout simplement laissés à eux-mêmes dans l'administration des biens des incapables. N'y a-t-il pas lieu ici de mettre sur pied une activité structurée d'information et de conseil sur laquelle ces administrateurs du bien d'autrui pourraient s'appuyer dans l'exécution de leur tâche?

En matière de copropriété divise et indivise, formule de propriété relativement nouvelle au Québec, nous voyons poindre des

18. Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 R. du N. 64.

situations conflictuelles qui pourraient être évitées si le notaire était mis à contribution dans le processus décisionnel des syndicats de copropriété et des assemblées d'indivisaires. Il y a quelques années, certains membres de la profession avaient lancé un produit imaginatif pour aider les copropriétaires. Qu'en est-il advenu? Devant l'accroissement du parc des copropriétés au Québec, n'y a-t-il pas ici avantage à développer une activité de soutien et de conseil à la copropriété?

Je ne saurais ignorer davantage tout le domaine des recours hypothécaires où les notaires peuvent faire preuve d'audace et d'imagination pour offrir, tant aux créanciers qu'aux débiteurs, des formules économiques et efficaces pour régler leurs différends et assurer l'équité lorsque vient le temps de réaliser les sûretés.

Enfin, depuis quelques années, un certain nombre de notaires ont fait l'effort d'apprendre à gérer les différends afin d'offrir leur médiation aux parties qui vivent un désaccord important. Il faut continuer de développer la compétence des notaires dans ce domaine, car la médiation contribue activement à la déjudiciarisation.

Devant conclure, j'attire votre attention sur quelques idées qui peuvent surprendre au premier abord, mais qui sont tout à fait accordées aux besoins nouveaux de la société.

J'ai déjà invité la profession à prendre les devants pour la création d'une authentique banque d'information biométrique (ADN, etc.) dont la confidentialité et l'administration seraient confiées à notre ordre professionnel, celui qui a su démontrer depuis 1961 sa grande habileté à gérer le registre des dispositions testamentaires. Qui d'autre que le notariat peut à la fois inviter la société québécoise à tirer avantage des développements technologiques tout en assurant la plus grande confidentialité et sécurité juridique?

Une autre idée fut lancée en 1993. La Chambre des notaires et le législateur furent invités à permettre la réception instantanée d'un acte notarié dont les parties se trouveraient dans des lieux différents. À l'étranger, les dirigeants du notariat français avaient été séduits par cette idée. Je suis toujours d'avis que la sécurité juridique de l'acte notarié transnational saurait satisfaire le besoin grandissant de sécurité juridique engendré par la mondialisation

des échanges. D'ailleurs, n'est-il pas significatif qu'un notariat authentiquement latin soit en émergence aux États-Unis à la suite des travaux sur l'instauration d'un *Cyber Notary*.

Bref, si les notaires savent cultiver leur curiosité juridique pour bien être à l'affût des nouveaux besoins juridiques, le notariat saura assurer lui-même son avenir et sera plus que jamais le partenaire que l'État désirera s'associer dans l'administration de la justice. D'ailleurs, n'assistons-nous pas actuellement à une tendance favorable à l'institution notariale par l'adoption de législations sur les nouvelles procédures notariales en matières non contentieuses et surtout de rupture des unions civiles.

CONCLUSION

Les juges doivent résister à la tentation d'ajuster leurs décisions pour qu'elles s'adaptent à l'humeur générale du moment. Il peut arriver que coïncident la décision juste et l'humeur générale, mais ce sont les valeurs à long terme de la société qui doivent servir à équilibrer les décisions judiciaires.¹⁹

Cette affirmation est de la juge en chef de la Cour suprême du Canada, l'honorable Beverley McLachlin, formulée à l'occasion d'une rencontre de juges à l'Université de l'Alberta et rapportée par la Presse canadienne dans le journal *Le Devoir* du 26 septembre dernier. Je vous ai rapporté cette citation, car elle est tout à fait pertinente à mon propos, quelques légères substitutions des mots *juges* par celui de *notaires* en illustreraient l'évidence. Transposés au notariat, ces propos signifient que le notariat doit résister aux modes du moment pour s'en tenir aux valeurs qui le fondent. Cela signifie également que l'administration de la justice doit asseoir sa crédibilité sur les valeurs à long terme de la société. En d'autres mots, pour le notariat, l'adaptation aux besoins évolutifs de cette société est tout à fait de mise.

En faisant la promotion de la justice notariale, je n'ai jamais fait preuve d'une naïveté qui irait jusqu'à nier chez l'humain, l'existence de pulsions agressives et combatives et une âpreté au gain source de conflits. Il y aura toujours nécessité pour un système judiciaire efficace.

19. Beverley MCLACHLIN, juge en chef, Cour suprême du Canada, propos tenus à l'Université de l'Alberta, relevés par la Presse canadienne et reproduits dans le journal *Le Devoir*, le 26 septembre 2002, p. 5.

Ce que je propose en dernière analyse, c'est tout simplement d'inscrire la vision notariale du droit, faite de conciliation, d'entente et d'impartialité, dans l'évolution de l'encadrement organisationnel de la société. Depuis fort longtemps, le monde tente d'échapper, que dire, de s'arracher à la justice accusatoire qui, bien que nécessaire en certains cas limites, a envahi presque tous les domaines du droit. Fuir la victoire procédurale ruineuse est devenu une aspiration marquée des dernières décennies. Faire une plus large place à la vision notariale du droit viendra réconcilier le citoyen avec cette discipline fondamentale de la gérance des rapports humains et viendra donner un coup d'accélérateur à l'épanouissement du droit dans son expression positive, ce qualificatif étant à prendre dans son acception sociologique et non juridique.

Je me permets d'ajouter que la fusion des deux professions juridiques du Québec m'est toujours apparue comme un appauvrissement de la société québécoise. Alors que dans les pays dont le régime juridique origine est ou a été grandement influencé par le droit anglo-saxon, on cherche à s'affranchir du monopole exercé par les *Law Societies* sur le droit, nous avons ici au Québec deux voix tout aussi autorisées l'une que l'autre à parler de droit, et cela avec un discours fondé sur deux visions différentes du droit.

Nul ne peut soutenir que faire taire l'une de ces voix ne constituerait pas une dilapidation de richesse collective. Aussi, l'État a-t-il intérêt, dans la poursuite de la justice, non pas à ignorer, mais plutôt à s'associer le notariat et sa conception non litigieuse du droit. Une profession notariale distincte est une garantie institutionnelle contre la judiciarisation, affirmait le professeur Macdonald²⁰.

20. *Op. cit.*, note 3, 4, n° 3.