

**MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI MODIFIANT LE  
*CODE DE PROCÉDURE CIVILE*  
EN MATIÈRE NOTARIALE  
ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES**

**(P.L. 443)**

**Août 1998**

**MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC**

**SUR**

**LE PROJET DE LOI MODIFIANT**  
**LE *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* EN MATIÈRE NOTARIALE**  
**ET D'AUTRES**  
**DISPOSITIONS LÉGISLATIVES**

**(P.L. 443)**

**3<sup>e</sup> trimestre 1998**



## LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec abordera sous peu le 21<sup>ème</sup> siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 17 000 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 38% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

LE COMITÉ PERMANENT DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES  
PERSONNES :

M. le bâtonnier Viateur Bergeron, c.r.  
M<sup>e</sup> Claude Boisclair  
M<sup>e</sup> Edith Deleury  
M<sup>e</sup> François Dupin  
M<sup>e</sup> Jocelyne Forget  
M<sup>e</sup> Sylvain Lussier  
M<sup>e</sup> Jean-Pierre Ménard  
M<sup>e</sup> André Murray  
M<sup>e</sup> Daniel W. Payette

INVITÉ : M<sup>e</sup> André F. Rochon

LE COMITÉ PERMANENT DU BARREAU SUR LA PROCÉDURE CIVILE :

M<sup>e</sup> Jacques J. Anctil  
M<sup>e</sup> François Bousquet  
M<sup>e</sup> Gaspard Côté, c.r.  
M<sup>e</sup> Benoît Emery  
M<sup>e</sup> Georges Emery, c.r.  
M<sup>e</sup> Denis Ferland  
M<sup>e</sup> François Fontaine  
M<sup>e</sup> Pierre A. Fournier  
M<sup>e</sup> Monique Jarry  
M<sup>e</sup> André Roy

M<sup>e</sup> Suzanne Vadboncoeur, secrétaire  
Directrice du Service de recherche et de législation  
Barreau du Québec

Les orientations de ce mémoire ont été  
approuvées par le Comité administratif  
le 13 août 1998.

Dépôt légal - Troisième trimestre 1998

## TABLE DES MATIÈRES

<b>PRÉAMBULE.....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE 1 — COMMENTAIRES GÉNÉRAUX .....</b>	<b>3</b>
1. LE VÉRITABLE RÔLE DU NOTAIRE.....	4
1.1 Le pouvoir décisionnel du notaire .....	4
1.2 Le caractère judiciaire de la décision.....	10
- Expressions tendant à démontrer que le notaire est un « quasi-tribunal » :.....	11
- Similitudes quant au processus judiciaire :.....	13
2. LE NON-RESPECT DES GARANTIES.....	15
2.1 Indépendance et impartialité institutionnelles.....	15
2.2 Publicité de la justice.....	19
2.3 Autres garanties procédurales.....	20
3. LE RÔLE DE L'HOMOLOGATION ET DES AUTRES RECOURS.....	25
3.1 L'homologation.....	25
3.2 L'ajout de recours ultérieurs.....	26
4. APPLICATION GÉNÉRALE DE LA COMPÉTENCE.....	28
5. QUELQUES DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION .....	29
5.1 Le <i>Code de procédure civile</i> .....	29
5.2 Le <i>Code civil du Québec</i> .....	30
<b>PARTIE 2 — ANALYSE DÉTAILLÉE DU PROJET DE LOL.....</b>	<b>32</b>
ARTICLE 1.....	32
ARTICLE 2 (ART . 863.4 À 863.12 C.P.C.).....	33
ARTICLE 3 (ART . 866 C.P.C.).....	49
ARTICLE 4 (ART . 872 C.P.C.).....	50
ARTICLE 5 (ART . 876.2 C.P.C.).....	51
ARTICLE 6 (ART . 877.0.1 C.P.C.).....	53
ARTICLE 7 (ART . 878 C.P.C.).....	55
ARTICLE 8 (ART . 878.1 C.P.C.).....	56
ARTICLE 9 (ART . 878.2 C.P.C.).....	57
ARTICLE 10 (ART . 880 C.P.C.).....	58
ARTICLE 11 (ART . 884.7 ET 884.8 C.P.C.).....	58
ARTICLES 12, 13 ET 14 (ART . 885, 887.1 ET 888).....	61
ARTICLE 15 (ART . 889).....	61
ARTICLES 16, 17, 18 ET 19 (ART . 890, 892, 894 ET 896).....	62
ARTICLES 20, 21 ET 22 (ART . 200, 201 ET 202 C.C.Q.).....	62
ARTICLES 23 ET 24 (ART . 205 ET 235 C.C.Q.).....	62
ARTICLES 25 ET 26 (ART . 266 ET 777 C.C.Q.).....	63
ARTICLE 27 (ART . 31 L.N.).....	63
ARTICLE 28.....	63
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>64</b>
<b>ANNEXE I —LOI MODIFIANT LE <i>CODE DE PROCÉDURE CIVILE</i> EN MATIÈRE NOTARIALE.....</b>	
<b>ANNEXE II —OPINION DU PROFESSEUR HENRI BRUN (12 JUIN 1998).....</b>	

## PRÉAMBULE

Le projet de loi 443 (Loi modifiant le *Code de procédure civile* en matière notariale et d'autres dispositions législatives) a subi une longue évolution depuis sa première version soumise au Barreau du Québec au début du mois de juillet 1997. Dans cette première version, le notaire devenait un «tribunal» au sens de l'article 4 du *Code de procédure civile* et possédait des pouvoirs exclusifs dans certaines matières. Cette proposition législative avait alors été estimée inconstitutionnelle par le constitutionnaliste réputé, le Professeur Henri Brun de l'Université Laval, parce que contraire aux garanties d'indépendance et d'impartialité institutionnelles énoncées notamment par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Cette première version avait également été l'objet d'une étude économique par la firme Marcon<sup>1</sup> afin de répondre à l'argument de diminution des coûts avancé par le ministère à cette époque. On peut lire cette étude économique — dont plusieurs conclusions restent encore valables même si le projet de loi diffère de la première version de la proposition législative — de même que l'avis juridique du Professeur Henri Brun dans le mémoire préparé par le Barreau en février 1998<sup>2</sup> qui portait sur les trois premières versions. Une quatrième fut soumise au Barreau au printemps 1998.

Il est important de garder ces faits en mémoire puisqu'on verra tout au long de la présente étude que, malgré le maquillage des mots, le projet de loi vise essentiellement le même but que la première version, soit celui de conférer aux notaires des pouvoirs décisionnels de nature judiciaire en matière de tutelles au mineur, de régimes de protection aux majeurs, de mandats en cas d'incapacité et de vérification de testament, sans toutefois préserver toutes les garanties qu'offre

---

<sup>1</sup> Il s'agit de la firme d'économistes qui a procédé à l'importante étude sur l'industrie des services juridiques, à la base du Rapport du Barreau du Québec sur l'avenir de la profession, publié en 1996.

<sup>2</sup> Barreau du Québec, Mémoire sur le document de travail modifiant le *Code de procédure civile* en matière notariale, février 1998, 53 pages plus annexes.

le système actuel aux personnes visées par ces demandes. À ce titre, il est tout aussi inconstitutionnel que la version de juillet 1997.

Contrairement à ce qu'avance la Chambre des notaires, ce projet de loi n'offre pas que de simples petits changements mineurs et sans importance, il remet en question tout un système d'administration de la justice fondé sur les valeurs démocratiques de publicité, d'indépendance judiciaire et d'impartialité que l'on a mis des siècles à bâtir. L'objectif de déjudiciarisation poursuivi par le ministère de la Justice — et qui n'est pas sans mérite — ne doit toutefois pas mettre en péril le maintien de ces valeurs; c'est là où se situe le risque rattaché à la privatisation de la justice telle que la prévoit le projet de loi 443.

Comme à l'accoutumée, le mémoire du Barreau offre en première partie les commentaires généraux qu'a inspirés aux membres des comités du Barreau sur le droit des personnes et sur la procédure civile l'étude du projet de loi 443 et présente, en seconde partie, l'étude détaillée du projet de loi. Contrairement à son habitude, le Barreau ne suggère pas (ou très peu) d'améliorations à la formulation du projet de loi; son opposition à l'égard du principe même du projet fait qu'il se limite à en soulever les incohérences juridiques et constitutionnelles.

## **PARTIE 1 — Commentaires généraux**

Les commentaires qui suivent comportent cinq sections : la première démontre que, malgré la disparition du mot « décision » du projet de loi 443 par rapport aux versions antérieures, le notaire détient un pouvoir décisionnel dans le traitement des demandes qui lui sont présentées et ce pouvoir est de nature judiciaire. La seconde section se consacre à décrire en quoi le notaire, comme décideur, ne respecte pas certains grands principes de justice qu'impose le droit constitutionnel, tels que les garanties d'indépendance et d'impartialité dont tout tribunal — ou toute personne dont la décision affecte à ce point les droits des citoyens — doit être investi en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, le caractère public des auditions, de même que certaines autres garanties procédurales rattachées à ce genre de demandes (celles qui mettent en jeu la liberté, la sécurité et l'intégrité de la personne ainsi que l'exercice de ses droits civils).

En troisième lieu, le Barreau explique comment l'homologation, de même que les recours ultérieurs ajoutés par le législateur (la révision et l'appel), ne peuvent avoir pour effet de bonifier un processus décisionnel autrement illégal parce que contraire aux principes de justice que requiert l'application de la Charte. La quatrième section critique le fait que ce nouveau pouvoir est conféré à l'ensemble des notaires du Québec, quels que soient leur âge, leur formation, leur compétence et leur expérience, en l'absence de tout critère de sélection, dans un domaine qui touche les personnes les plus vulnérables de la société. Enfin, la dernière section soulève certaines difficultés d'interprétation qui se révèlent à l'analyse du projet de loi et qui contribuent à le rendre inacceptable pour le Barreau du Québec.

## 1. Le véritable rôle du notaire

### 1.1 Le pouvoir décisionnel du notaire

D'entrée de jeu, le Barreau du Québec croit utile de rappeler, pour une meilleure analyse de ce projet de loi, que la première version de la proposition législative (celle de juillet 1997) faisait du notaire un «tribunal » au sens de l'article 4 du *Code de procédure civile* et lui donnait une compétence tantôt concurrente avec la Cour supérieure, tantôt exclusive, dans certaines matières non contentieuses (les mêmes que celles prévues au projet de loi). Le notaire avait alors sans contredit un pouvoir décisionnel. Suite aux commentaires formulés au sujet de l'inconstitutionnalité des pouvoirs ainsi conférés aux notaires, les versions subséquentes de la proposition législative — jusqu'au projet de loi 443 — ont fait disparaître toute référence à une «décision » du notaire; le processus continue toutefois de présenter plusieurs points en commun avec la démarche judiciaire traditionnelle et constitue même, aux dires du ministre de la Justice et du représentant de l'Opposition officielle (lui-même notaire), une alternative à cette démarche pour les justiciables. Voici en quels termes l'un et l'autre s'exprimaient à l'Assemblée nationale à l'occasion de l'adoption de principe du projet de loi le 5 juin dernier. D'abord le ministre, en ce qui a trait aux régimes de protection des majeurs :

«Cependant, il ne m'apparaît pas nécessaire de recourir systématiquement à un officier de justice pour accomplir les formalités requises par la loi relativement à l'ouverture ou à la révision d'un régime de protection. En effet, il serait beaucoup plus simple et plus facile pour les proches du majeur inapte qu'ils puissent entreprendre les démarches requises devant un notaire de leur choix plutôt que de se déplacer au palais de justice de leur district judiciaire. »<sup>3</sup>

(notre soulignement)

Puis, M. Bergman, sur le projet de loi en général :

---

<sup>3</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, Journal des débats du 5 juin 1998.

---

« M. le Président, ces fonctions du notaire s'exerceront concurrentement avec celles actuellement accomplies par le greffier ou par le juge. On comprend donc que la procédure actuelle demeure, de sorte que tous les justiciables se voient simplement offrir une voie nouvelle. »<sup>4</sup>  
(notre soulignement)

Le constitutionnaliste Henri Brun, dans l'opinion juridique qu'il a rédigée sur le projet de loi et que l'on retrouve à l'annexe II du présent mémoire, est aussi de cet avis :

« Ce qu'entend accomplir le projet de loi, essentiellement, c'est de rendre concurrents certains des pouvoirs que possède actuellement en exclusivité la Cour supérieure en matière de tutelles aux mineurs, de régimes de protection des majeurs et de mandat en prévision de l'inaptitude. Ces pouvoirs pourraient à l'avenir être exercés soit par la Cour, soit par le notaire, au choix du demandeur. »<sup>5</sup>

Malgré la disparition, par rapport à la première version, de l'amendement à l'article 4 du *Code de procédure civile* qui faisait du notaire un « tribunal » en certaines circonstances, et même après le retrait du mot « décision », le Barreau demeure convaincu que le notaire rend encore et toujours des décisions et que celles-ci sont de nature judiciaire. Citons, au soutien de cette affirmation, un extrait de l'avis juridique du 19 janvier 1998 préparé par le Professeur Henri Brun :

« Pour ce qui est du bannissement du mot « décision », il ne tromperait pas bien des juges, dûment prévenus. L'acte du notaire se situant entre une demande et une homologation, il ne peut être autre chose qu'une décision. La magie des mots a

---

<sup>4</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, Journal des débats du 5 juin 1998.

<sup>5</sup> BRUN Henri, Opinion sur la constitutionnalité du projet de loi 443, 12 juin 1998, p.3.

des limites. Pour que l'intervention notariale soit un acte professionnel facultatif, il faudrait tout simplement qu'on s'abstienne de légiférer.»<sup>6</sup>

Cette position du Professeur Brun est d'ailleurs confirmée par la dernière opinion qu'il a rédigée sur le projet de loi 443 le 12 juin 1998 (voir annexe II) dont voici un court extrait :

« À notre avis, rien n'a changé entre la première et la cinquième version du projet en ce qui concerne la juste qualification des pouvoirs qu'on cherche à confier au notaire. Seuls ont changé le vocabulaire utilisé pour les exprimer et l'encadrement dont ils sont maintenant assortis. »<sup>7</sup>

On note en effet dans le projet de loi un effort particulier pour laisser croire qu'il ne s'agit pas de décisions judiciaires. On tente même de suggérer que le notaire ne rend pas de décision du tout. Examinons un peu les dispositions du projet de loi pour mieux nous convaincre du contraire :

- 1) Plusieurs des articles du *Code de procédure civile*, ajoutés ou modifiés par diverses dispositions du projet de loi, utilisent les termes « demande présentée à un notaire » comme pour identifier un forum procédural nouveau, alternatif à la voie judiciaire traditionnelle<sup>8</sup>. L'expression « présenter une demande à quelqu'un » n'est jamais utilisée lorsqu'on va consulter un conseiller juridique : ce dernier prépare en effet la demande selon les termes du mandat qui lui est confié par son client aux fins de la présenter à l'instance décisionnelle en son nom pour qu'il en soit décidé. Le notaire ne saurait n'être qu'un simple conseiller juridique dans le contexte du projet de loi sous étude.

---

<sup>6</sup> Supra, voir note 2 (annexe IV p. 2).

<sup>7</sup> Supra voir note 5, (p. 5).

<sup>8</sup> Voir notamment les articles 863.4 (« peuvent aussi être présentées »), 863.6, 872, 876.2, 877.0.1, 878, 880, 884.7, 888 et 894.

- 2) Le notaire devra décider des personnes qui sont «intéressées» au sens du Code, soit pour les aviser ou les notifier (art. 863.5, 863.6, 863.7, 863.8, 863.10), soit pour évaluer la recevabilité de la demande eu égard à l'intérêt de la personne qui en est l'auteur (art. 206 et 269 C.c.Q., 866, 887.1, 890 et 892 C.p.c.).
- 3) Le notaire exercera une certaine discrétion dans le choix, le détail et la description qu'il fera dans son procès-verbal des faits au soutien de la demande, des événements, des observations, des réactions et des représentations qui se seront produits au cours des opérations, tout en observant les dispositions de l'article 863.6, bien sûr.
- 4) Le procès-verbal du notaire devra faire mention de ses opérations et de ses «conclusions» (art. 863.6) : à quoi ce mot réfère-t-il sinon à des décisions?
- 5) Le notaire devra décider si les représentations ou observations qui lui sont faites constituent ou non une «contestation réelle» du bien-fondé de la demande et, le cas échéant, se dessaisir du dossier (art. 863.7).
- 6) Habituellement, un tribunal se dessaisit d'un dossier alors qu'un conseiller juridique s'en retire (art. 863.7); de même, une demande est «examinée» par une personne appelée à rendre une décision (art. 863.7).
- 7) Dans le cadre de la rédaction de la déclaration prévue à l'article 877.0.1, le notaire devra évaluer la pertinence et l'importance des faits relatés par son client afin que la déclaration contienne tous les éléments permettant aux intéressés de donner leur avis en toute connaissance de cause.
- 8) Uniquement au niveau de l'interrogatoire que le notaire effectuera dans le cadre d'une demande en ouverture ou en révision d'un régime de protection d'un majeur, il sera appelé à prendre plusieurs décisions : en premier lieu, lui seul décidera de ce qu'il inscrira à son procès-verbal en fonction de l'importance et de la valeur qu'il accordera aux réponses qui lui auront été fournies par le majeur; il pourra également décider de se dispenser lui-même de l'interrogatoire et, en troisième lieu, il pourra

---

décider d'en déléguer l'accomplissement à un autre notaire s'il estime que l'éloignement occasionnerait des coûts trop élevés (art. 878).

- 9) Le notaire aura à évaluer « s'il est nécessaire que le majeur soit représenté ou non » (art. 878.1).
- 10) Puisque le notaire n'aura pas à transmettre à l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis l'interrogatoire ni les expertises (il n'aura qu'à en faire état selon l'art. 878.2), il devra nécessairement les évaluer lui-même pour en arriver aux « conclusions » dont il devra faire mention dans son procès-verbal. Le même raisonnement s'applique d'ailleurs lorsqu'il s'agira pour lui d'évaluer la preuve qui lui sera soumise au soutien d'une demande en remplacement d'un tuteur, en révision d'un régime de protection à un majeur ou en révocation de mandat en cas d'incapacité.
- 11) En matière de mandat en cas d'incapacité, le notaire devra décider de la validité du mandat s'il est fait devant témoins et évaluer, pour les fins de ses « conclusions », à la lumière des expertises qu'il aura demandées et de l'interrogatoire qu'il aura effectué, si le majeur est inapte ou non 1° à prendre soin de sa personne et 2° à administrer ses biens (art. 884.8).
- 12) Les dispositions générales — tant dans les règles qu'elles contiennent que dans les mots qu'elles utilisent — s'appliquent à la vérification des testaments tout comme aux autres demandes; dans le cas des demandes en vérification, personne ne doute du pouvoir décisionnel du notaire (ses décisions n'ont d'ailleurs pas à être homologuées) : pourquoi en serait-il autrement des autres demandes? Autrement dit, les « conclusions » inscrites au procès-verbal constitueraient des « décisions » en matière de vérification de testament mais pas dans les autres matières?
- 13) Dans notre système de droit judiciaire privé, l'acte qui se situe entre une demande et une homologation ne peut être autre chose qu'une décision. Même l'article 885 C.p.c., amendé par l'article 12 du projet de loi, reconnaît que l'homologation prévue au Livre VI de ce code porte sur une

---

décision ou sur un acte (voir par. a) de l'art.885); or, dans ce contexte-ci, il ne peut s'agir que d'une décision.<sup>9</sup>

Malgré ce qui est démontré plus haut, certains soutiennent qu'aucune décision n'intervient de la part du notaire au cours de ce processus, où il y a pourtant soumission d'une preuve orale et documentaire, interrogatoires, audition de témoins, etc., et que le rôle du notaire est surtout de préparer le dossier en vue de l'homologation qui constitue la véritable sanction judiciaire prévue à l'article 863.9; on peut dès lors s'interroger sur la pertinence de ce projet de loi et sur l'utilité de cette étape supplémentaire par rapport au système actuel, qui générera sans aucun doute une augmentation des coûts pour les justiciables.

Cette hypothèse d'absence de décision comporte en outre une difficulté majeure, un accroc sérieux à un principe fondamental de justice et de droit judiciaire : la personne qui rendra jugement — en l'occurrence le juge ou le greffier — n'est pas celle qui aura entendu la preuve et qui aura pu en apprécier tous les éléments. On ne saurait ainsi dissocier le pouvoir décisionnel du processus de soumission et d'appréciation de la preuve sans aller à l'encontre des fondements mêmes du droit judiciaire. Cet accroc est d'autant plus sérieux que la procédure d'homologation prévue ne donne pas vraiment ouverture à un débat, ni sur l'opportunité ni sur la légalité des décisions envisagées puisque l'avis de dépôt que les personnes intéressées recevront avec copie du procès-verbal (on ignore s'il s'agit uniquement des personnes qui se seront présentées au bureau du notaire; cette hypothèse serait nettement insatisfaisante puisque les personnes qui voudraient contester n'y auraient vraisemblablement pas été convoquées) ne contient rien sur leur possibilité de contester ou sur leur droit d'être entendues, ni sur le moment ou le lieu pour ce faire. Par conséquent, le greffier, dans la très grande majorité des dossiers, ne rendra sa décision que sur simple examen du dossier, alors que la preuve et les interrogatoires auront été faits et présentés devant un autre forum. Il

---

<sup>9</sup> L'on ne saurait en effet affirmer que tout le processus initié devant notaire, qui se déroule devant lui et qui est constaté dans un procès-verbal constitue un « acte ».

ne sera pas en mesure d'apprécier lui-même la preuve, la crédibilité des témoins, l'importance du langage non verbal, bref tous des éléments susceptibles d'influencer son jugement. Cette façon d'exercer le pouvoir judiciaire n'assure pas le respect des garanties offertes par le *Code civil du Québec* aux personnes visées par ces demandes, notamment celles énoncées aux articles 256 à 259, 268, 276 et 2169 C.c.Q., et par le *Code de procédure civile*.

À la lumière de ce qui précède, on constate donc que la position soutenue par le gouvernement à l'effet qu'il n'y a pas de décision prise par le notaire comporte des difficultés sérieuses et diminue la protection des droits des personnes.

Pour sa part, le Barreau du Québec estime au contraire que le processus qui se déroule dans le bureau du notaire constitue un processus donnant lieu à des décisions, lesquelles doivent être homologuées pour se voir conférer un caractère exécutoire.

## 1.2 Le caractère judiciaire de la décision

De l'avis du Barreau, la nature des décisions prises par le notaire dans les matières visées par le projet de loi est essentiellement judiciaire par opposition à administrative ou ministérielle, puisque par l'exercice d'une discrétion, elles appliquent un certain nombre de normes préétablies à une situation donnée et ce faisant, elles affectent le droit à la liberté d'une personne, le droit à sa sécurité et, de façon générale, l'exercice de ses droits civils. Voici d'ailleurs ce qu'en dit le Professeur Henri Brun dans son opinion sur le projet de loi (annexe II), à la page 6 :

« D'un point de vue substantif, les décisions que prendrait le notaire en vertu de ces pouvoirs auraient pour objet la protection du mineur dont les parents sont décédés, déçus ou inaptes et la possibilité pour le majeur d'exercer ses droits. Il s'agirait, autrement dit, de déterminer si et comment un jeune devrait être protégé et de déterminer si et

jusqu'à quel point un adulte devrait être frappé d'interdiction. Des décisions de cette sorte nous semblent par excellence mériter d'être classées parmi les décisions de nature judiciaire. »

La formulation de plusieurs dispositions du projet de loi laisse en effet supposer qu'il s'agit bel et bien d'un processus judiciaire et non pas d'une réunion informelle où le notaire agit comme conseiller et résume les points saillants de la réunion dans un procès-verbal. On constatera dans l'énumération qui suit les nombreuses similitudes existant entre les articles qui s'appliquent au juge et au greffier — qui, eux, exercent un véritable pouvoir judiciaire — et ceux qui touchent les notaires; les similitudes se rencontrent tantôt sur le plan de la forme, tantôt sur celui du fond.

- Expressions tendant à démontrer que le notaire est un «quasi-tribunal» :
- Les demandes sont présentées à un notaire : art. 863.4, 863.6 (dispositions générales), 872 (conseil de tutelle), 876.2 (nomination ou remplacement d'un tuteur au mineur), 877.01, 878, 880 et 882 (ouverture ou révision d'un régime de protection d'un majeur), 884.7 (prise d'effet d'un mandat en cas d'inaptitude, cessation d'effet et révocation d'un tel mandat), 888 (vérification de testament) et 894 (lettres de vérification).

Par le remplacement du mot «introduites» — terme utilisé dans la seconde version — par le mot «présentées», on ne saurait prétendre que le rôle du notaire a changé et se limite maintenant à celui de conseiller juridique de la partie requérante (surtout qu'il conserve son pouvoir décisionnel en matière de vérification de testament, sa décision n'ayant pas à être homologuée (art. 863.12)). Une partie, lorsqu'elle consulte un avocat, ne «présente» pas à ce dernier une demande d'ouverture de régime de protection, elle lui demande de préparer la requête et de la présenter à un juge ou à un greffier pour que celui-ci statue sur son contenu.

- 
- Certaines demandes peuvent être « présentées au juge, au greffier ou à un notaire » (art. 872). Comment peut-on traiter le notaire différemment du juge ou du greffier, surtout lorsque l'on a en tête les deux premières versions de la proposition législative où le notaire, sans contredit, avait un pouvoir décisionnel de nature judiciaire? Ne s'agit-il pas de trois forums différents offerts aux justiciables pour présenter leur requête?
  - De même, certaines dispositions du projet de loi énoncent que les demandes qu'il vise peuvent « aussi » ou « également » être présentées à un notaire (art. 863.4 en ce qui concerne toutes les demandes et 884.7 pour le mandat en cas d'inaptitude). L'utilisation de ces mots évoque nécessairement l'idée que la même chose ou le même geste peut être fait ailleurs; en l'occurrence ces demandes peuvent aussi être présentées à un juge ou à un greffier qui, eux, exercent un pouvoir judiciaire.
  - Certains articles du projet de loi réfèrent, comme c'est le cas lorsqu'on parle d'un tribunal, au concept juridique « saisir » : le notaire doit se dessaisir (art. 863.7 et 878.1).
  - Certaines autres expressions, outre celles qui réfèrent plus spécifiquement à un processus d'enquête et d'audition et que nous évoquerons plus loin, laissent songeur quant à l'unique rôle de conseiller que le ministère attribue au notaire :
    - le notaire doit s'assurer que la preuve nécessaire «lui est présentée » (art. 863.5);
    - la demande « qu'il examine » (art. 863.7);
    - « Lorsque'il procède à l'ouverture ou à la révision d'un régime de protection, le notaire doit ... » (art. 878.2).
  - Enfin, certaines règles contenues dans les nouvelles dispositions s'appliquant aux notaires sont énoncées dans des termes identiques ou similaires à ceux

que l'on retrouve dans des articles applicables aux juges et greffiers uniquement. On y fait référence dans la section qui suit, laquelle énonce les similitudes quant au processus judiciaire proprement dit.

- Similitudes quant au processus judiciaire :

Bien qu'on ait retiré du projet de loi toute allusion à une décision pouvant être prise par le notaire, il apparaît quand même assez évident que le notaire n'agit non pas comme un conseiller juridique mais comme une autorité décisionnelle qui applique un certain nombre de normes à une situation donnée, dans le cadre d'un processus qui se déroule devant lui et qui a tous les attributs d'un processus judiciaire.

- Le tribunal, le juge ou le greffier s'assure que la demande a été notifiée ou signifiée aux personnes intéressées (art. 863.1); le notaire s'assure que tous les intéressés sont notifiés de la demande (art. 863.5). À l'instar du tribunal, du juge ou du greffier, le notaire doit aussi s'assurer que ceux-ci exercent leur droit d'être entendus (art. 863.5). Il est admis d'emblée que les observations et représentations s'adressent généralement à une autorité décisionnelle — c'est d'ailleurs le cas pour le juge et le greffier (art. 863.2) — et non à un conseiller juridique.
- Non seulement des observations et représentations sont-elles adressées au notaire, mais une preuve lui est présentée (art. 863.5), tout comme à un juge ou à un greffier.
- Le juge ou le greffier qui constate que les observations ou les représentations constituent une contestation réelle du bien-fondé de la demande, ordonne le renvoi du dossier devant le tribunal (art. 863.2—2<sup>e</sup> al.). Lorsque la demande qu'il examine fait l'objet d'observations ou de représentations équivalant à

une contestation réelle de son bien-fondé, le notaire doit se dessaisir et transférer le dossier au tribunal compétent (art. 863.7).

- « Lorsqu'il procède » à l'ouverture ou à la révision d'un régime de protection d'un majeur (ce sont les termes utilisés par le second alinéa de l'article 878.2), le notaire, à l'instar du juge ou du greffier :
  - évalue la preuve médicale et psychosociale qui lui est soumise, ainsi que toute autre pièce pertinente;
  - procède lui-même à l'interrogatoire du majeur afin de déterminer son degré d'inaptitude;
  - peut déléguer à un autre notaire de procéder à cet interrogatoire pour éviter des frais de déplacement trop onéreux;
  - peut décider de limiter la preuve en se dispensant lui-même de procéder à l'interrogatoire.
  
- Dans les cas de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude, le notaire, tout comme le juge ou le greffier :
  - s'assure que tous les intéressés sont notifiés de la demande (de fait, il les notifie lui-même);
  - obtient une expertise médicale et psychosociale quant à l'inaptitude du mandant ainsi qu'une copie du mandat;
  - vérifie lui-même le degré d'inaptitude du mandant;
  - vérifie l'existence du mandat et sa validité s'il est fait devant témoins (ceci nécessite notamment une preuve à l'effet que les témoins n'ont aucun intérêt à l'acte et ont constaté l'aptitude du mandant au moment de la signature de l'acte);
  - interroge le mandant afin de déterminer son degré d'inaptitude et son incapacité à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens;
  - procède aux mêmes opérations en cas de révocation du mandat.

- En matière de vérification de testament, le fait que le notaire rende une décision semble admis si on en juge par l'absence d'homologation en cette matière. Pourtant, là aussi le notaire notifie aux intéressés un avis de vérification, les invite à se faire entendre, entend, le cas échéant, une preuve (on utilise ici les mêmes termes que dans les dispositions générales applicables à toutes les demandes, soit « observations ou représentations »). Le notaire, à l'instar du greffier, « examine l'original du testament ».
- Quant aux lettres de vérification, les règles sont également similaires et formulées sensiblement dans les mêmes termes (art. 894 — 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> al.).

## **2. Le non-respect des garanties**

### **2.1 Indépendance et impartialité institutionnelles**

Maintenant que l'on a identifié le rôle du notaire comme étant celui d'un quasi-tribunal ou d'un décideur, dont les décisions sont de nature judiciaire, force nous est de conclure — comme la Cour suprême du Canada l'a fait à plusieurs reprises<sup>10</sup> — que ce type de décisions, puisqu'elles affectent les droits à la liberté et à la sécurité de la personne enchâssés dans la Constitution (art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui vaut également pour l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*), requiert qu'elles se conforment à certains principes de justice qu'impose le droit constitutionnel canadien et québécois. L'un de ces principes est l'indépendance et l'impartialité institutionnelles du décideur et, comme nous le verrons ci-après, le notaire, dans le cadre de la réforme proposée, ne répond aucunement à cette exigence constitutionnelle.

---

<sup>10</sup> Voir notamment *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, (1985) 2 R.C.S.486, *B.(R.)c.Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, (1995) 1 R.C.S.315, *Rodriguez c. C.-B. (p.g.)*, (1993) 3 R.C.S. 519 et 2747-3174 *Québec Inc. c Québec (Régie des permis d'alcool)*, (1996) 3 R.C.S. 919.

---

Contrairement au juge ou au greffier, le notaire est «choisi » par celui ou celle qui retient ses services et est rémunéré par cette personne. Il peut s'agir d'un client de longue date ou d'un nouveau. Dans un cas comme dans l'autre, il répugne au principe de l'indépendance judiciaire que l'on paie son juge. Comment, en dépit du second alinéa de l'article 863.5 et des devoirs d'impartialité imposés par la loi, s'assurer alors de sa complète indépendance d'esprit et de sa totale impartialité? Le professeur Henri Brun, dans son avis juridique sur le projet de loi (voir annexe II), applique le test de la Cour suprême et conclut que l'observateur bien informé et raisonnable estimerait, dans les circonstances particulières des pouvoirs exercés par le notaire, que l'indépendance judiciaire est compromise :

« Cet environnement institutionnel dans lequel le notaire exercerait ses pouvoirs en matière de tutelle et de curatelle nous amène à constater une situation flagrante de violation lourde du droit constitutionnel applicable en matière de justice : le notaire, pour prendre ses décisions, serait situé dans un contexte institutionnel qui justifierait pleinement la personne raisonnable et informée de croire que le principe de l'indépendance judiciaire serait compromis. Ceci essentiellement en raison de la façon selon laquelle le notaire serait nommé, désigné, révoqué et rétribué. »<sup>11</sup>

Le choix du notaire se fera parfois en fonction du montant d'honoraires qu'il chargera (rien n'indique qu'il sera soumis à un tarif gouvernemental, on peut donc s'attendre soit à une guerre des prix, soit à une moins grande minutie dans l'accomplissement de certaines formalités), parfois en fonction de l'empressement qu'il manifesterà à rendre une décision conforme à la demande qui lui sera adressée. L'on assistera donc dorénavant à du « notaire shopping »!

En outre, le conflit d'intérêts du notaire est manifeste quand on pense qu'il aura à décider, conformément à l'article 863.7, si les représentations qui lui sont faites

---

<sup>11</sup> Voir annexe II, p. 10.

constituent ou non une contestation réelle du bien-fondé de la demande. Son intérêt lui dictera qu'il est préférable de les considérer comme de simples remarques et d'atténuer autant que possible les mésententes de façon à éviter de se dessaisir du dossier, alors que l'intérêt de la personne visée par la demande pourrait être tout autre. Le problème, c'est que cette décision interlocutoire relèvera du même notaire décideur dont le demandeur sera le client et qui sera rémunéré par lui.

En plus des arguments avancés par le Professeur Brun dans son avis juridique et que le Barreau du Québec fait siens sans réserve, on peut soutenir que dans le cadre du droit actuel, la décision que rend le juge ou le greffier n'a aucune incidence sur la vie personnelle ou professionnelle de l'un ou de l'autre, ce qui est loin d'être le cas pour le notaire dont la décision peut lui faire gagner ou perdre un client ou encore lui apporter plusieurs mandats intéressants (l'absence de règles en matière de conflit d'intérêts fait qu'un notaire pourra, à l'égard d'un même client, porter tour à tour les chapeaux de conseiller juridique, de décideur et de notaire instrumentant!).

Le *Code civil du Québec* reconnaît pourtant l'importance de confier cette compétence à un tribunal impartial et indépendant. Les commentaires du ministre de la Justice relativement au Livre premier, *Des Personnes*, énoncent que le Code édicte des régimes de protection souples et prévoit des garanties procédurales accrues. Plus spécifiquement au sujet des régimes de protection des majeurs, voici en quels termes le ministre s'exprime :

«Le code vise essentiellement à protéger ces personnes de manière appropriée, à organiser l'administration de leur patrimoine et, d'une façon générale, à assurer l'exercice de leurs droits civils, tout en préservant le plus possible leur autonomie. C'est dans ce but que le code établit des régimes de protection souples et prévoit des garanties

procédurales accrues en faveur des personnes  
concernées. »<sup>12</sup>

(notre soulignement)

Et il poursuit ainsi :

« Ce mécanisme facilite l'accès des régimes de protection à des personnes qui sont généralement peu au fait de leurs droits ou peu en mesure de les exercer et de leur éviter de se retrouver dans une situation d'incapacité juridique, sans que leur aptitude ait fait l'objet d'une évaluation par un tribunal impartial et indépendant.

Le rôle dévolu au tribunal dans ce domaine est majeur. »<sup>13</sup>

(notre soulignement)

Le Barreau voit dans cette privatisation de la justice que constitue la réforme proposée par le projet de loi une source perpétuelle de conflits d'intérêts. En effet, si le notaire n'est qu'un conseiller comme le prétend le ministère, il est raisonnable de croire qu'il sera le conseiller de la personne qui viendra le consulter et qui lui «présentera» la demande, puisque ce sera vraisemblablement cette personne qui paiera ses honoraires. Sans compter que cette personne pourra être un client régulier de ce notaire depuis suffisamment longtemps pour que celui-ci se sente lié par la demande du client. D'autre part, comment le notaire pourra-t-il être assuré de l'objectivité et de l'entière bonne foi de son client?

Par ailleurs, si le notaire, comme le croit le Barreau, est un quasi-tribunal devant qui se déroule une véritable audition, il se trouve aussi en perpétuel conflit d'intérêts puisque choisi et rémunéré par son client-demandeur. La Cour suprême a maintes fois reconnu que pour disposer d'une affaire, un décideur judiciaire ne

---

<sup>12</sup> Le Code civil du Québec, COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, Tome I, p. 171.

<sup>13</sup> Idem, p. 172.

---

pouvait être désigné par une personne qui pourrait apparaître avoir un intérêt dans cette affaire.<sup>14</sup>

Enfin, il répugne au sens de l'éthique d'imaginer que le notaire, après avoir reçu un mandat en cas d'inaptitude, puisse constater judiciairement l'inaptitude du mandant, compléter le mandat en procédant à l'ouverture d'un régime de protection à son égard et, éventuellement, agir comme notaire instrumentant dans la vente de ses biens puis, à son décès, régler sa succession! Le Barreau du Québec s'est maintes fois prononcé, au nom de la protection du public — et notamment des personnes les plus vulnérables de la société — contre cette confusion des rôles du notaire.

## 2.2 Publicité de la justice

Le principe de justice relatif à la publicité des audiences et garanti par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'est pas non plus respecté par le projet de loi. En premier lieu, cette privatisation de la justice fait que les « auditions » se dérouleront dans le bureau du notaire, faisant ainsi perdre aux justiciables l'avantage d'un accès facile et rapide aux dossiers d'une Cour d'archives. En outre, l'accès au dossier du notaire — sauf pour le procès-verbal à la fin du processus — échappera totalement aux personnes intéressées par la demande, contrairement au dossier de la Cour qui, dans la très grande majorité des cas, est accessible à tous. En outre, les demandes adressées au notaire n'obéissant à aucune forme ni délai, il n'y aura aucune possibilité de retracer les principaux éléments d'une demande verbale, sauf ce qu'on pourra retrouver au procès-verbal du notaire déposé au greffe du tribunal à la fin du processus. En second lieu, puisque tout se passera dans l'étude du notaire, personne, à l'exception de celles qui y seront convoquées mais qui, la plupart du temps, ignorent les règles devant présider à ce genre de procédure, ne sera en mesure de

---

<sup>14</sup> Voir notamment *Canadian Pacific c. Bande indienne de Matsqui*, (1995) 1 R.C.S. 3; *Valente c. R.* (1985) 2 R.C.S. 673 et *R. c. Généreux* (1992) 1 R.C.S. 259.

---

vérifier la légalité du processus jusqu'à l'étape de l'homologation; or, le projet de loi est muet sur la façon dont une personne pourra se faire entendre à cette étape.

Enfin, le projet de loi sous étude fait disparaître les dispositions du Code actuel relatives à la compétence territoriale du tribunal : tout notaire exerçant au Québec pourra être saisi d'une demande, indépendamment du lieu de résidence de la personne visée (majeur, mineur, mandant, testateur). Dans l'hypothèse où le notaire omettrait de notifier certaines personnes (une branche de la famille par exemple ou encore certains successibles), celles-ci devraient pratiquement faire le tour des greffes de notaire de la province avant de trouver celui qui est chargé d'entendre l'affaire. Ceci donne l'impression d'une justice cachée, d'une justice faite en catimini, tout à fait contraire au principe selon lequel justice doit non seulement avoir été rendue mais doit aussi paraître avoir été rendue.

### 2.3 Autres garanties procédurales

Les modifications suggérées par le projet de loi vont à l'encontre de la philosophie du Livre Premier du *Code civil du Québec*, axée principalement sur la protection des droits de la personne (on y a d'ailleurs intégré certaines dispositions de la Charte relatives à la sécurité et à l'intégrité de la personne). Or, du point de vue de la personne inapte ou à protéger, aucune réforme ne devrait avoir pour effet de diminuer ou de mettre en péril la mise en œuvre de ses droits, ni les garanties de fond ou de forme dont elle bénéficie en vertu des règles du système judiciaire actuel.

En 1989, lors de l'étude en commission parlementaire des nouvelles dispositions sur les régimes de protection et sur le mandat en cas d'incapacité, intégrées au Code civil en 1990<sup>15</sup>, tant le ministre de la Justice d'alors (M<sup>e</sup> Gil Rémillard) que

---

<sup>15</sup> P.L. 145 *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, présenté le 15 mai 1989, sanctionné le 22 juin 1989 et entré en vigueur le 15 avril 1990 (chap. 54).

---

le représentant de l'Opposition officielle (M<sup>e</sup> Claude Filion aujourd'hui président de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse) s'entendaient sur la nécessité de maintenir la compétence du tribunal dans ces matières à cause des garanties qu'offre le système judiciaire aux personnes dont la vulnérabilité, dans de telles circonstances, ne fait aucun doute. Voici en quels termes s'exprimait M<sup>e</sup> Filion au sujet de l'importance de protéger les droits des personnes impliquées dans le processus de mise sous tutelle ou sous curatelle :

« En effet, l'actuelle loi prévoit à la base qu'un simple certificat médical attestant qu'une personne est inapte suffit pour priver un individu du libre exercice de ses droits civils et ce, dès réception du certificat par le Curateur public. Évidemment, et je pense que tous en conviendront, c'était plutôt expéditif comme méthode et plusieurs ont dénoncé les injustices possibles avec un tel système. »<sup>16</sup>

Et il poursuivait ainsi :

« La mise sous tutelle ou sous curatelle étant un acte lourd de conséquences, il me semble que, si la préoccupation majeure du législateur est la protection, ce législateur n'a guère le choix. Seul le tribunal, comme le prévoit maintenant le projet de loi 145 à la suite du projet de loi 20, est en mesure d'offrir cette protection optimale que l'on recherche. »<sup>17</sup>

(notre soulignement)

Nul besoin de souligner que le député Filion ne faisait que renchérir sur les propos du ministre de la Justice. Le projet de loi a d'ailleurs été adopté à l'unanimité. Le projet de loi 443, s'il était adopté, nous ferait malheureusement retourner à la situation prévalant à cette époque puisque l'homologation, telle que proposée, n'apporte que de très faibles garanties et ne veut à peu près rien dire.

---

<sup>16</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30, No 119 (31 mai 1989), p. 6137.

<sup>17</sup> Idem.

Les demandes présentées à un notaire n'obéissent à aucune formalité ni délai particulier : tout peut donc se faire très rapidement, à la demande du client du notaire, sans que l'on sache si toutes les personnes ayant intérêt à être appelées l'ont effectivement été. On ignore par qui sera effectuée la notification de la demande de même que ce qui sera, de fait, notifié vu que la demande peut être verbale. En vertu du droit actuel, les requêtes demandant l'ouverture d'un régime de protection ou l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité doivent être signifiées au majeur à personne et ne peuvent être entendues avant l'expiration d'un délai de dix jours, le temps de s'assurer que tous ont bien reçu copie de la demande.

Autre exemple de garanties moindres : lors de l'ouverture ou de la révision d'un régime de protection, le notaire n'a qu'à « faire état » de l'évaluation médicale et psychosociale du majeur, de même que de l'interrogatoire de celui-ci, à l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, il n'a pas à les leur transmettre. Sous le régime actuel, l'interrogatoire doit leur être transmis et le tribunal doit entendre le majeur ou son représentant.

Compte tenu du libellé de l'article 878.1, on peut en outre s'interroger sur le droit, devant notaire, à la représentation par avocat, droit pourtant garanti par l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Parmi les dispositions préliminaires ajoutées au chapitre I du Livre VI du *Code de procédure civile* par le projet de loi, il est dit que le notaire saisi d'une demande doit « s'assurer que tous les intéressés sont notifiés de la demande, qu'ils ont l'occasion de faire les observations ou les représentations appropriées et que la preuve nécessaire lui est présentée » (art. 863.5). Quelles seront les règles de preuve applicables : s'agira-t-il de règles adaptées aux notaires? Qu'advient-il des objections à la preuve?

Ces mêmes dispositions énoncent également que lorsque la demande fait l'objet de représentations ou d'observations équivalant à une contestation réelle, le notaire doit s'en dessaisir et transmettre le dossier au tribunal compétent.<sup>18</sup> Comment le notaire évaluera-t-il s'il est confronté à une observation ou à une représentation et si l'observation ou la représentation équivaut à une contestation réelle? Jusqu'où la contestation devra-t-elle aller pour être considérée par le notaire qui l'entendra comme étant «réelle»? Qu'arrivera-t-il si la contestation ne porte pas sur le bien-fondé de la demande principale mais uniquement sur une demande incidente ou sur un aspect secondaire de la demande? Peut-on s'attendre à ce que les notaires pour qui l'adoption de ce projet de loi semble être une planche de salut, se dessaisissent volontiers de leurs dossiers? La formation des notaires est davantage axée sur leur rôle d'officier instrumentant chargé de constater des actes; elle ne va pas du tout dans le sens de la fonction judiciaire; on peut dès lors s'interroger sur leur compétence à évaluer une preuve ou à déterminer avec les nuances qui s'imposent le type de représentations qui leur sont présentées.

En vertu du Code actuel, les demandes touchant la composition ou la constitution d'un conseil de tutelle (art. 872), l'ouverture ou la révision d'un régime de protection (art. 877), l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité (art. 884.1) ou encore la vérification de testament (art. 887) sont portées devant un juge ou un greffier du district où la personne visée par la demande (le mineur, le majeur, le mandant ou le testateur, selon le cas) a son domicile ou sa résidence. Le régime proposé, par contre, permet de saisir tout notaire exerçant au Québec d'une telle demande, ce qui peut avoir pour conséquence d'empêcher, notamment pour des raisons d'éloignement, les personnes intéressées — y compris la personne visée — de se déplacer pour contester la demande ou pour donner leur avis.

---

<sup>18</sup> Les deux premières versions mentionnaient en outre que lorsqu'il ne s'agissait que de « difficultés réelles », le notaire pouvait s'adresser au juge pour obtenir des directives. Cette disposition a toutefois été abandonnée depuis.

Enfin, et ceci est probablement le commentaire le plus important eu égard à la protection des droits de la personne, les critères devant présider à l'audition de ce genre de demandes et qui sont énoncés au *Code civil du Québec* — notamment aux articles 276 et 2169 — ne s'appliqueront pas dans ce contexte de privatisation de la justice, non plus d'ailleurs que les articles 272 à 275 sur l'administration provisoire. L'article 878.2 du *Code de procédure civile* tel que proposé comporte beaucoup moins d'exigences pour le notaire que n'en comporte l'article 276 du *Code civil du Québec* pour le tribunal. N'est-il pas inquiétant de constater que dans un contexte où les droits des personnes les plus vulnérables de la société sont en jeu, la justice privée, dispensée par un notaire entre les quatre murs de son bureau, ne soit pas soumise à la même rigueur et aux mêmes garanties que la justice du système public traditionnel?

À cet égard, le régime actuel offre davantage de garanties en ce qu'il permet au tribunal de prononcer des ordonnances de sauvegarde en cas d'urgence ou de nécessité (ce que ne peut faire le notaire), c'est-à-dire statuer sur la garde du majeur et sur l'administration provisoire de ses biens dans l'attente d'un jugement final. En outre, le tribunal n'est pas lié par la demande qui lui est faite et peut, selon la preuve qui lui est soumise, fixer un régime plus approprié à la situation et à l'état de la personne visée par la demande. Le notaire ne peut procéder ainsi, il peut uniquement refuser de donner suite à la demande telle que présentée, auquel cas le requérant doit recommencer sa démarche : coûts et délais supplémentaires pour le justiciable.

Ce n'est pas parce qu'une demande n'est pas contestée qu'elle ne doit pas être soumise à toutes les garanties procédurales qu'offrent les Chartes, le Code civil et le *Code de procédure civile*; et ce n'est pas parce qu'elle ne suscite pas de « contestation réelle quant à son bien-fondé » que le processus d'audition d'une telle demande respecte nécessairement toutes ces garanties et ne peut pas être entaché de quelque irrégularité, irrégularités qui n'apparaissent pas toujours à la lecture du procès-verbal.

À la lumière des commentaires qui précèdent, on constate que la réduction au minimum des règles procédurales qui se dégage des dispositions proposées est tout à fait incompatible avec la philosophie du nouveau *Code civil du Québec*, notamment au Livre *Des Personnes*, et rend inapplicables les principes qui y sont énoncés.

### **3. Le rôle de l'homologation et des autres recours**

#### **3.1 L'homologation**

On peut s'interroger sur la nature exacte de la procédure d'homologation prévue à l'article 863.9 du projet de loi. Généralement, l'homologation a pour but de rendre une décision exécutoire sans toutefois se pencher sur le fond de la question. L'article 885 C.p.c., tel qu'amendé par l'article 12 du projet de loi, est d'ailleurs à cet effet. Pourtant, de l'avis du gouvernement, rien de ce qui se déroule dans le bureau du notaire ne donnerait lieu à une décision et l'homologation ne porterait que sur des « opérations et des conclusions ». Dans une telle hypothèse, cette sanction judiciaire aurait le défaut d'être prononcée par une personne qui n'a pas recueilli la preuve et n'a pas pu en apprécier tous les éléments, ce qui est contraire aux principes fondamentaux du droit judiciaire.

Si, au contraire, le processus devant notaire constitue, comme nous le croyons, un processus « judiciaire » générant une décision « judiciaire », une telle décision est inconstitutionnelle puisque le décideur n'offre pas les qualités d'indépendance et d'impartialité garanties par les Chartes; et l'homologation ne saurait couvrir cette illégalité basée sur une incompétence constitutionnelle.

Quel que soit le sens que l'on donne à la procédure d'homologation, et bien qu'on reconnaisse qu'elle ait une portée juridique plus large que dans la deuxième version de la proposition législative en ce qu'elle ouvre la porte à un certain contrôle de légalité, il faut toutefois admettre que cette étape où une contestation

de la légalité de la décision serait possible est peu significative parce qu'à peu près inaccessible : en effet, c'est le dépôt du procès-verbal du notaire qui tient lieu de requête en homologation; or, même si ce procès-verbal est notifié (art. 863.8) et qu'il est accompagné d'un avis de son dépôt au greffe du tribunal, cet avis ne contient aucune indication de la date et du lieu où l'homologation pourra être débattue ni du fait que la décision peut être attaquée à cette étape. Cette procédure d'homologation ne donne donc aux justiciables aucune garantie et ne confère à la décision du notaire ni validité ni légalité. Même si des règles étaient ajoutées quant à la signification de la demande d'homologation, cela ne changerait rien à la situation : la décision prise dans le bureau du notaire ne serait guère plus légale parce que non respectueuse des règles fondamentales de justice.

Comme on peut le voir, cette procédure d'homologation, peu importe l'interprétation et la portée qu'on lui donne, est source d'incertitudes et de difficultés juridiques que le gouvernement ne devrait pas sous-estimer.

### 3.2 L'ajout de recours ultérieurs

On note enfin, au projet de loi, l'ajout de plusieurs recours possibles, postérieurs à la décision du notaire sur la demande qui lui est présentée, sans doute pour bonifier cette décision et contrer les arguments d'inconstitutionnalité et d'illégalité soulevés par le Barreau du Québec et soutenus par le Professeur Brun dans ses opinions antérieures. On tente ici d'utiliser la doctrine de l'épuisement des recours pour légaliser indirectement une décision qui autrement serait illégale, en permettant l'accès en deuxième étape à une justice impartiale et indépendante (homologation par le juge ou le greffier, révision par un juge de la décision du greffier sur la demande d'homologation, puis appel de plein droit du jugement prononçant l'homologation). Or, cette doctrine de l'épuisement des recours n'a rien d'absolu et un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec le confirme. En effet, dans Ménard c. Rivest et al., le juge Louis LeBel affirme le caractère très relatif de cette doctrine :

«... il semble bien que l'existence d'un autre recours n'est pas automatiquement un obstacle au contrôle judiciaire, surtout dans le cas d'absence de compétence.

(...)

Bien qu'elle admette le maintien d'un caractère discrétionnaire de l'intervention de la Cour supérieure, la jurisprudence semble imposer une approche plus favorable à l'intervention immédiate lorsque la compétence initiale à se saisir de l'affaire fait défaut.»<sup>19</sup>

Ainsi, la doctrine de l'épuisement des recours ne saurait couvrir une décision inconstitutionnelle, prise au mépris des règles fondamentales de justice. C'est également l'avis du Professeur Henri Brun, qui, dans l'opinion rédigée sur le projet de loi (voir annexe II), écrit :

« La question, ici, est de savoir si cet encadrement des pouvoirs du notaire, et tout particulièrement la procédure d'homologation, bonifie le régime proposé au point qu'il soit possible de soutenir qu'il ne porterait pas atteinte au droit à la justice applicable en vertu du droit constitutionnel. Nous pensons que la réponse à cette question est franchement négative. Comme nous l'avons déjà indiqué, le non-respect des principes les plus fondamentaux de justice serait ici si important, par rapport à des décisions si importantes pour les droits des personnes, qu'il nous est impossible de nous convaincre qu'il puisse être rendu conforme aux exigences constitutionnelles grâce à l'ajout d'une procédure ultérieure d'homologation. »<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.), p. 2117-2118.

<sup>20</sup> BRUN Henri, Opinion sur la constitutionnalité du projet de loi 443, 12 juin 1998, p. 14.

En conclusion, le Barreau du Québec estime que malgré l'ajout des recours ultérieurs (homologation, révision, appel) devant un tribunal impartial et indépendant, et en dépit de la tentative de maquillage laissant croire qu'il n'y a pas de décision prise par le notaire, celui-ci rend effectivement une décision; cette décision est de nature judiciaire (par opposition à administrative) et à ce titre, elle doit respecter les règles fondamentales de justice telles que garanties par les Chartes. Si on devait maintenir qu'aucune « décision » n'est rendue par le notaire, il faudrait nécessairement conclure à l'inutilité des modifications proposées : celles-ci ne feraient alors qu'ajouter une étape facultative à ce qui existe déjà, entraînant inévitablement coûts et délais pour ceux et celles qui décideraient de s'en prévaloir. Aucun amendement législatif ne serait pour autant requis.

#### **4. Application générale de la compétence**

En vertu du projet de loi, tout notaire, par sa seule appartenance à l'ordre professionnel des notaires et dès l'obtention de son permis d'exercice, pourrait exercer une fonction judiciaire dans certaines matières décrites au Livre VI du *Code de procédure civile*. Cette généralisation de la compétence judiciaire semble découler du statut d'officier public du notaire — lequel a été passablement minimisé depuis que les notaires eux-mêmes ont voulu mettre l'accent sur leur rôle de conseiller juridique — et fait fi de l'expérience et des qualités humaines et professionnelles que doit posséder quiconque est appelé à décider de l'incapacité ou de l'inaptitude d'une personne. Pour accéder aux fonctions de juge et même à celles de greffier, les candidats ne doivent-ils pas répondre à certains critères et se soumettre à une procédure de sélection? Les questions de capacité et d'intégrité de la personne sont trop importantes pour être décidées par des professionnels dont la compétence à ce titre n'est sanctionnée par aucun mécanisme de contrôle ou de vérification. Si le législateur décide de conférer aux notaires une compétence particulière à cet égard, ceux-ci devront, selon nous, être soumis à une procédure de sélection et, s'ils sont retenus, abandonner leur pratique privée.

On ne saurait accepter une confusion des rôles telle qu'on la permet dans ce projet de loi.

## **5. Quelques difficultés d'interprétation**

### **5.1 Le *Code de procédure civile***

Étant donné qu'en vertu des dispositions proposées par le projet de loi 443 les demandes présentées à un notaire le sont sans formalité, on peut s'interroger sur l'application des règles générales du *Code de procédure civile* à ce régime d'exception. En effet, sur le plan procédural par exemple, les amendements proposés, au lieu de s'inscrire dans un chapitre distinct du *Code de procédure civile*, se confondent avec les règles générales en y étant intégrés; et cette façon d'ajouter ici et là des règles d'exception fait que l'on ne sait plus exactement quelles sont, parmi toutes les règles générales, celles qui continuent de s'appliquer aux demandes instruites devant notaire.

Par exemple, quelles règles applique-t-on aux demandes incidentes, faites en cours d'instance (au fait, les demandes présentées devant notaire constituent-elles des instances?)? Est-ce uniquement la demande introductive ou principale qui est visée par l'article 863.4 proposé ou si ce sont toutes les demandes, tant incidentes que principales? La lecture des articles 863.4 à 863.12 laisse à penser que le mot « demande » vise plutôt la demande introductive (composition d'un conseil de tutelle, nomination ou remplacement d'un tuteur, ouverture ou révision d'un régime de protection, etc.), ce qui exigerait que les demandes incidentes soient faites par écrit et suivent les règles usuelles des articles 78 et 88 du *Code de procédure civile*. Par contre, l'utilisation des mots « relatives au » à l'article 863.4 laisse croire au contraire que chaque dossier, tout en ne comportant qu'une demande principale, pourrait aussi inclure des demandes incidentes ou accessoires. Cette deuxième interprétation, plus fidèle à l'esprit du projet de loi,

---

signifierait que le mot «demandes» à l'article 863.4 viserait également les demandes incidentes, lesquelles, conséquemment, ne seraient soumises à aucune formalité. Quelle est la bonne interprétation?

Autres exemples : qu'en est-il des moyens préliminaires prévus aux articles 159 et suivants du *Code de procédure civile* : peut-on dire qu'ils pourront être invoqués sans toutefois être soumis aux délais de rigueur prescrits par le Code? Qu'advient-il des règles relatives à la représentation et à l'audition d'un mineur ou d'un majeur inapte (art. 394.1 à 394.5 C.p.c.)? En ce qui a trait au mineur, rien dans le projet de loi n'exclut l'application de ces règles : l'interrogation demeure donc. Quant aux majeurs inaptes, l'ajout du second alinéa à l'article 878.1 C.p.c. — à l'effet que le notaire doit se dessaisir du dossier s'il constate que le majeur inapte a besoin d'être représenté — fait nécessairement conclure à la non-application des règles générales des articles 394.1 et suivants puisque le dossier est déféré au tribunal. Pourquoi ce double régime?

## 5.2 Le *Code civil du Québec*

Les dispositions du *Code civil du Québec* constituent des règles de fond; elles devraient donc normalement être applicables aux « instances » devant notaire. Est-ce vraiment le cas? Par exemple, le notaire doit-il se soumettre aux dispositions des articles 257 à 259 et 2169 C.c.Q.? Dans ce dernier cas, est-ce à dire que le notaire pourrait compléter un mandat qui n'assurerait pas pleinement la protection de la personne ou l'administration de ses biens par un régime de protection et ce, de sa propre initiative?

Les notaires ne sauraient toutefois être assujettis aux dispositions du Code qui réfèrent spécifiquement au tribunal (par exemple les articles 272 et 276), ce qui diminue sensiblement les garanties dont bénéficient actuellement les personnes visées par ces demandes. En effet, l'article 276 C.c.Q., notamment, en exige bien davantage du tribunal que n'en impose au notaire l'article 878.2 C.p.c. tel

qu'amendé (entre autres l'obligation de faire entendre le majeur et de tenir compte de ses volontés). Doit-il se soumettre à l'article 288 C.c.Q. et inclure dans son procès-verbal les actes que le majeur peut accomplir seul ainsi que ceux pour lesquels il doit être assisté ou représenté? Ces exigences vont bien au-delà de ce qui lui est prescrit par l'article 863.6 C.p.c.

Si cette « privatisation » de la justice fait que la justice devant notaire n'est désormais soumise à aucune règle objective de procédure ou de preuve, chaque notaire se fera ses propres règles et ce sera le règne du désordre, de l'incohérence et de l'improvisation au détriment d'un équilibre assuré par l'obligation imposée au système judiciaire de respecter des garanties procédurales minimales.

---

## **PARTIE 2 — Analyse détaillée du projet de loi**

Indépendamment des arguments de fond déjà amplement explicités dans la section précédente ainsi que dans la Partie 1 et sur lesquels nous reviendrons à l'occasion, le projet de loi soumis à notre examen suscite, dans plusieurs de ses dispositions, une certaine confusion ou, à tout le moins, des interrogations quant à leur sens véritable ou à leur portée juridique. Tel que mentionné en préambule, le Barreau du Québec, compte tenu de son opposition de principe face à ce projet gouvernemental, ne suggère à peu près pas de modifications au texte ni d'améliorations.

### **Article 1**

Cet article met en évidence qu'il existera vraiment deux forums distincts et parallèles où une personne pourra présenter une demande relative à une tutelle à un mineur, à un régime de protection d'un majeur, à un mandat en cas d'incapacité, en vérification de testament ou pour l'obtention de lettres de vérification : le tribunal d'un côté — soit la justice publique traditionnelle incluant juges et greffiers — et le notaire de l'autre, que l'on peut qualifier de justice privée. On assiste donc à l'instauration d'un nouveau décideur en ces matières et avec lui, à la mise sur pied d'un nouveau mode procédural, jusqu'à ce jour interdit par nos règles de droit et de procédure.

Une telle attribution de fonctions judiciaires à une catégorie spécifique de professionnels du droit va bien au-delà d'une simple législation d'appoint visant à régler une difficulté ponctuelle — rien ne nous a encore été démontré quant à l'existence d'un problème ou d'une difficulté réelle —; elle constitue un bouleversement majeur des règles qui nous régissent depuis plus d'un siècle. Cela ne justifie-t-il pas qu'on en discute plutôt la pertinence et le mérite dans le cadre de la réforme globale de la procédure civile déjà amorcée?

**Article 2** (art. 863.4 à 863.12 C.p.c.)

**Art. 863.4 :** Les mots « peuvent aussi être présentées » indiquent une alternative offerte au justiciable quant au mode procédural à suivre; en outre, le fait qu'on réfère à des « règles particulières » démontre l'intention du législateur de créer un nouvel ordre procédural lorsque le notaire est le décideur, conformément à ce que mentionné plus haut. Il ne s'agit pas que d'un simple réaménagement mais bien d'un changement majeur des règles de procédure, de la mise sur pied d'un tout nouveau cadre procédural applicable à un nouveau décideur privé et dont plusieurs éléments vont à l'encontre des règles prescrites au Code telles que la règle de l'écrit, celle de la signification, l'imposition de délais minimums, la compétence territoriale, l'accès au dossier, l'audition publique, l'impartialité et l'indépendance du décideur, etc. Ces règles existent pour assurer une certaine rigueur et une cohérence dans les procédures certes, mais elles existent aussi et surtout pour faire en sorte que chaque personne dont les droits ou les intérêts pourraient être affectés par une demande en justice puisse avoir l'occasion de faire valoir ses prétentions, évitant ainsi que des droits se perdent.

Le projet de loi est muet quant aux règles applicables aux demandes présentées à un notaire, celles contenues à l'article 862 ne s'appliquant dorénavant que devant le tribunal à cause de la modification apportée par l'article 1 du projet de loi. On peut par ailleurs supposer qu'une demande verbale est possible : non seulement cette possibilité était clairement exprimée dans les versions antérieures du document de travail qui a précédé le projet de loi, mais une telle conclusion découle des dispositions de l'article 877.0.1 (art. 6 du P.L.) en ce que la déclaration du notaire relatant les faits qui fondent la demande ne devient nécessaire que s'il y a une demande verbale. Cette déclaration n'étant prévue que pour la demande d'ouverture ou de révision d'un régime de protection à un majeur, on ne sait toutefois pas si elle s'applique aussi aux autres demandes, le projet de loi étant silencieux à cet égard.

Les dispositions générales encadrant la présentation et l'audition d'une demande (art. 863.4 à 863.12) s'appliquent à toutes les demandes mentionnées à l'article 863.4. Comment peut-on affirmer que la démarche du notaire est décisionnelle dans le cas de la vérification de testament et qu'elle ne l'est pas dans les autres cas?

Enfin, on remarque non sans étonnement que le notaire a compétence pour entendre une demande en remplacement d'un tuteur au mineur mais non en remplacement d'un tuteur ou d'un curateur au majeur. Est-ce voulu?

Sans répéter tout ce qui est mentionné dans les commentaires généraux, qu'il suffise de souligner quelques points que nous considérons majeurs dans le fait d'octroyer des pouvoirs aussi lourds de conséquences à des décideurs privés qui « rendront justice » dans leur bureau.

Avec cette justice cachée, comment peut-on parler de tribunal indépendant et impartial lorsque la partie requérante choisit et paie son juge? Comment peut-on s'assurer du respect des garanties procédurales et de la règle de droit que confère un système de justice publique? Il est faux de prétendre que le greffier, au stade de l'homologation, va être en mesure d'en constater les accrocs et d'y remédier : aucun notaire ne sera assez négligent pour inscrire au procès-verbal les irrégularités commises volontairement ou non, par exemple que la famille était divisée en deux clans et qu'un seul a été convoqué à l'assemblée! Quel accès aux dossiers ce système privatisé offrira-t-il? L'accès prévu par l'article 866 C.p.c. se limite aux actes notariés, donc aux procès-verbaux, ce qui est plutôt mince comparativement à ce qui a fait l'objet de l'accès aux dossiers de la Cour.

Il semble assez invraisemblable que des demandes mettant en jeu la liberté, l'intégrité et la sécurité de la personne humaine et l'exercice de ses droits civils, (ouverture d'un régime de protection d'un majeur, homologation d'un mandat en cas d'incapacité, nomination d'un tuteur *ad hoc* ou d'un tuteur aux biens) puissent

ne faire l'objet d'aucun écrit, puissent n'être retracées d'aucune façon, sauf par le résumé qu'en fera le notaire dans son procès-verbal ou dans sa « déclaration ». L'absence de tout écrit accentue beaucoup le risque que tout se fasse en cachette et enlève toute transparence au processus décisionnel qui, pourtant, affecte très sérieusement les droits de la personne visée par la demande.

Le fait que ces demandes ne soient soumises à aucune formalité ouvre la porte à ce que tout se déroule dans des délais extrêmement serrés, coupant ainsi court aux possibles contestations. Les notifications risquent d'être réduites au minimum, ce qui accentuera le caractère caché de cette justice privée qui fait craindre beaucoup pour la protection des droits des justiciables.

Enfin, contrairement aux demandes soumises au tribunal, celles présentées à un notaire n'obéissent à aucune règle de compétence territoriale, ce qui fait qu'une personne de mauvaise foi — on en retrouve malheureusement plusieurs particulièrement dans ce domaine — pourrait s'adresser à un notaire exerçant dans une région située à plusieurs centaines de kilomètres du lieu de résidence de la personne visée par la demande d'interdiction, rendant ainsi toute contestation pratiquement impossible.

Il est pour le moins étonnant, voire inquiétant de constater qu'en matière de régimes de protection, tous les mécanismes actuels du Code, dont le but avoué est de protéger les droits des personnes visées par des demandes susceptibles d'affecter l'exercice de leurs droits civils, sont complètement évacués lorsque de telles demandes sont présentées à un notaire.

L'adoption de ces nouvelles dispositions placera les justiciables devant un système de justice à deux vitesses, l'un encadré et l'autre laissé à l'improvisation (le notaire ne saurait, en effet, être tenu d'observer toutes les règles de fond prévues au *Code civil*, à l'exception de celles qui ne visent pas spécifiquement le « tribunal »). Ce double système sera applicable aux mêmes personnes dans des

situations juridiques et factuelles similaires : juridiquement, rien n'est moins souhaitable.

**Art. 863.5 :** Comment le notaire s'assurera-t-il que tous les intéressés auront été notifiés? Qu'est-ce qui sera notifié lorsqu'il s'agira d'une demande verbale? un résumé de la demande préparé par le requérant? par le notaire? une lettre du notaire à l'effet qu'il procédera à l'interdiction de Madame Y tel jour et de bien vouloir s'y présenter si on a quelque chose à dire? L'expression «être notifié de la demande» a un sens bien différent de «la demande est notifiée à...». Comment s'assurer que cette lettre ou ce résumé contiendra tous les éléments essentiels de la demande et relatera tous les faits sur lesquels elle se fonde? Il nous apparaît particulièrement important, voire fondamental afin de donner ouverture au droit à une contestation, que la personne visée par la demande soit informée des motifs invoqués au soutien de la demande et des faits allégués pour en justifier les conclusions. Or, ceci ne peut se retrouver que dans un écrit.

Compte tenu de l'importance des enjeux et des répercussions qu'ils peuvent avoir sur la capacité d'une personne, nous soumettons que **la demande devrait toujours être écrite et contenir les motifs au soutien des conclusions recherchées. Et elle devrait non pas être notifiée mais signifiée** comme c'est le cas en vertu des dispositions actuelles. En effet, lorsque le législateur a introduit au *Code de procédure civile* les dispositions sur la notification en 1992 (art. 146.1 à 146.3), il n'a jamais assujéti à ce mode plus souple de transmission les demandes touchant le droit des personnes telles que celles qui sont visées par le projet de loi 443 et pour cause : l'importance de ce type de requêtes justifiait que l'on conserve un mode sûr de transmission des documents. Et pour les demandes d'ouverture de régime de protection, on a même jugé essentiel que la signification au majeur se fasse à personne (art. 877-2<sup>o</sup> al.). La signification est un mode que les gens prennent davantage au sérieux : un document signifié revêt en effet toujours plus d'importance aux yeux des personnes qui le reçoivent alors qu'au

---

contraire, plusieurs sont négligents face au courrier recommandé ou certifié qu'ils tardent à aller chercher au bureau de poste.

Les expertises médicale et psychosociale seront-elles jointes à la demande écrite? Seront-elles notifiées avec elle? Le notaire se contentera-t-il de les remettre sur place lors de l'assemblée ou se limitera-t-il à en faire simplement état à cette occasion? En outre, comment le notaire s'assurera-t-il que la preuve nécessaire pour prendre les bonnes décisions lui aura été présentée, lui qui n'est que très peu familier avec les notions de moyens et d'éléments de preuve, d'admissibilité et de recevabilité? Aura-t-il à décider des objections à la preuve? Celles-ci seront-elles considérées comme une « observation », une « représentation » ou une « contestation réelle »? Les règles de preuve seront-elles les mêmes que celles que l'on applique devant les tribunaux de droit commun ou assisterons-nous plutôt à l'émergence de règles de preuve parallèles, adaptées au genre de demande, aux circonstances spécifiques de chaque cas et à la « souplesse » du notaire appelé à l'entendre?

L'opération « maquillage » en vue de faire disparaître du projet de loi toute allusion à une possible « décision » du notaire s'est finalement soldée par l'emploi du mot « opérations » après avoir, dans certaines versions antérieures, utilisé le mot « procédés ». Pour paraphraser le professeur Henri Brun, constitutionnaliste réputé, dans un des avis juridiques préparés pour le Barreau, cette magie des mots ne trompera personne. L'analyse des actes posés par le notaire dans tout ce processus en comparaison de ceux posés par le juge ou le greffier dans ces matières ne laisse aucun doute : il s'agit bel et bien de décisions qui se situent dans le cadre d'un processus judiciaire, dont l'un des effets est de fixer les limites de la capacité d'une personne. C'était d'ailleurs le cas dans la première version (celle de juillet 1997) puisque le notaire y était, on s'en souvient, un tribunal au sens de l'article 4 du *Code de procédure civile*. Comment peut-on qualifier l'interrogatoire du majeur « d'opération » lorsque c'est le notaire qui y

---

procède alors que dans le cas du juge ou du greffier, cet interrogatoire fait partie intégrante des fonctions judiciaires qu'il exerce?

Quel est le geste, la parole ou la circonstance qui fera qu'un notaire « commencera ses opérations »? Puisqu'il doit aviser les intéressés de la date et du lieu du début des opérations, on doit supposer que celles-ci ne débiteront qu'après la première entrevue avec son client et après que les intéressés auront été identifiés par ce dernier. Mais comment exclure des « opérations » la réception de la demande verbale (donc la première entrevue avec le client), la préparation par le notaire de la « déclaration » prévue à l'article 877.0.1, la demande d'expertise médicale et psychosociale? À quoi « la date et le lieu du début des opérations » font-ils référence? Ces mots semblent viser un événement ou un geste précis : est-ce la tenue de l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis? Les « intéressés » qui doivent être avisés du début des opérations par le notaire sont-ils les mêmes que ceux qu'il doit notifier de la demande? Dans l'affirmative, pourquoi séparer dans le temps ces deux opérations (l'avis semble en effet précéder la notification puisque cette dernière fait nécessairement partie des « opérations »)?

On peut certes s'interroger sur le sens du mot « intéressés » dans la mesure où cet article oblige le notaire à tous les aviser de la date et du lieu où il « commencera ses opérations ». Un créancier de la personne visée par la demande pourrait-il être un « intéressé »? Les « intéressés » sont-ils ceux et celles qui ont un « intérêt » au sens du Code? Ce mot vise-t-il plutôt les personnes qui peuvent initier une demande (art. 206-207 C.c.Q. pour la tutelle au mineur, 269 pour les régimes de protection d'un majeur et 2166 pour le mandat)? Ou encore se limite-t-il à celles à qui on doit notifier la demande en vertu des articles 876.2, 877.0.1 et 884.7 C.p.c., qui sont en nombre beaucoup plus restreint? Par exemple, le conjoint de fait sera-t-il un « intéressé » eu égard à cette obligation du notaire?

Quant au second alinéa de cet article, sa présence même ne constitue-t-elle pas une reconnaissance implicite de la part du législateur que le notaire, dans tout ce

---

processus et plus particulièrement dans les décisions qu’il aura à prendre (notamment lorsqu’il aura à décider si les représentations constituent une contestation réelle, auquel cas il devra se départir de ce client), pourra se retrouver — et se retrouvera effectivement — en situation de conflit d’intérêts?

Comment interpréter cet alinéa en rapport avec l’article 257 du *Code civil du Québec* : en restreint-il la portée puisqu’il ne fait mention ni du respect des droits du majeur ni de la sauvegarde de son autonomie? Ces critères seront-ils donc absents des décisions prises par le notaire? **Ceci constitue un exemple éloquent des craintes suscitées par ce projet de loi au niveau de la protection des droits et du respect des garanties** : sous prétexte de vouloir simplifier et humaniser la justice, on est beaucoup moins rigoureux pour le notaire qu’on ne l’est pour le greffier ou le juge. La même remarque vaut aussi à l’égard de l’article 276 C.c.Q. : les critères qui y sont énumérés et que le tribunal doit prendre en considération constituent des garanties pour le majeur faisant l’objet d’une demande d’ouverture d’un régime de protection; or, cet article ne semble pas s’appliquer au notaire puisqu’il n’a pas été amendé par le projet de loi et qu’il continue, par conséquent, de ne s’appliquer qu’au tribunal (juge ou greffier). Encore une fois pourquoi cette différence de rigueur? **Les justiciables ne devraient-ils pas avoir les mêmes droits et jouir des mêmes garanties, quel que soit le forum judiciaire?**

**Art. 863.6** : Pour appuyer ce que nous mentionnions plus haut, le fait que le procès-verbal doive relater les faits qui fondent la demande tend à démontrer que celle-ci se fera verbalement dans la très grande majorité des cas et que ce qui est notifié aux intéressés ne contient pas nécessairement tous les faits au soutien de la demande sauf la déclaration rédigée en vertu de l’article 877.0.1 C.p.c. Or, pour que les décisions prises soient opportunes, comme l’énonce l’article 863.5, les intéressés qui ont à donner leur avis doivent être préalablement informés de ces faits, d’où la nécessité que la demande soit écrite.

Encore une fois, qui sont les personnes « intéressées » que le notaire doit identifier dans son procès-verbal : celles qui ont un intérêt au sens du Code, celles qu'il avise conformément à l'article 863.5 ou celles qu'il doit notifier aux termes des articles 876.2, 877.0.1, 884.7 et 887.1? Doit-il identifier uniquement les personnes qui se sont manifestées suite à la notification, qu'elles se soient présentées à l'audition ou qu'elles aient envoyé des représentations écrites au notaire?

Les procès-verbaux des notaires risquent de varier sensiblement d'un notaire à l'autre et ce, malgré les directives de l'article 863.6. Ils varieront également selon les circonstances de chaque affaire. Certains le feront très détaillé alors que d'autres se contenteront du minimum. Par exemple, il y a fort à parier qu'un notaire ayant connaissance que deux de ses confrères ont déjà été saisis de la demande mais ont refusé d'y donner suite pour différentes raisons, ne sera pas porté à faire état de ces tentatives infructueuses dans son procès-verbal. En outre, un notaire « discret » ne fera pas mention des représentations et des observations qui lui auront été faites, sauf des « témoignages que le notaire a mission de recueillir » qui, si l'on s'en tient à un argument de texte, semblent se limiter à ceux que le tribunal lui aurait demandé de recueillir en application du second alinéa de l'article 863.7. N'est-ce pas un peu mince pour un dossier qui, théoriquement, pourrait se retrouver à la Cour d'appel?

Le procès-verbal doit contenir un « rapport complet et circonstancié de ses opérations et de ses conclusions » : on ne peut référer à d'autres conclusions qu'à celles du notaire. N'est-ce pas encore là un autre exemple de maquillage où on tente de dissimuler le fait que le notaire rend des décisions? Quelles sont ces « conclusions » sinon l'ouverture d'un régime de protection d'un majeur et la nomination du tuteur ou du curateur, ou encore la prise d'effet du mandat en cas d'inaptitude et de la nomination du mandataire? Ces « conclusions » vont-elles jusqu'à prévoir les actes que la personne protégée continuera de pouvoir accomplir seule (art. 288 C.c.Q.)? incluent-elles la décision de ne pas prononcer le

---

régime de protection demandé et de le remplacer par un autre (l'article 268 C.c.Q. s'applique-t-il au notaire?)? Où se situent les demandes incidentes — si tant est que le notaire aura compétence pour les entendre — dans ce nouveau «jargon» judiciaire?

Dernière observation sur cet article : l'exigence de dresser un procès-verbal en minute est injustifiée; elle semble tenir moins à la sauvegarde des droits des justiciables qu'à la protection d'un groupe de professionnels en difficulté. Est-ce la qualité d'officier public du notaire qui cautionne le recours à une telle exigence? Des procès-verbaux constatant des décisions ayant des impacts financiers considérables sont rédigés quotidiennement sans pour autant qu'on leur impose ce formalisme, avouons-le, un peu dépassé. Une telle exigence occasionnera des démarches lourdes, complexes et coûteuses pour quiconque voudra en contester la validité ou en attaquer certains éléments essentiels; plutôt que de précéder par simple contestation de procès-verbal sous l'article 232 ou 233 C.p.c., on devra recourir à l'action en faux sous l'article 231, à tout le moins en ce qui touche ce que le notaire a pour mission de constater conformément à la *Loi sur le notariat*. Comment peut-on parler d'accessibilité à la justice en imposant un tel fardeau aux justiciables?

**Art. 863.7 :** Le Barreau du Québec réfère le lecteur aux commentaires formulés plus haut quant à l'absence de formation des notaires pour évaluer avec toutes les nuances nécessaires s'il s'agit d'une «observation», d'une «représentation» ou d'une «représentation équivalant à contestation». Compte tenu de l'absence d'indépendance du notaire dans tout ce processus et de sa relation professionnel/client à l'égard du requérant, on peut facilement imaginer, sans pour autant prêter de mauvaise foi à qui que ce soit, que le notaire sera peu porté à considérer que le dossier fait l'objet d'une «contestation réelle»; il tentera de résoudre la mésentente ou le différend par tous les moyens avant de se dessaisir du dossier et, malgré le second alinéa de l'article 863.5, ce ne sera pas

nécessairement toujours dans l'intérêt de la personne visée par la demande et dont les droits (ou leur exercice) sont affectés par celle-ci.

En supposant qu'il y ait contestation, qu'est-ce qui en fera une contestation « réelle »? Devra-t-elle porter sur l'opportunité d'ouvrir un régime de protection? Sur le type de régime de protection? Sur la nomination du tuteur ou du curateur? Sur le choix du mandataire? On peut supposer qu'une « contestation réelle » ne saurait viser les modalités du régime. Bien que cette expression existe déjà au Code, une telle qualification de la contestation ne saurait qu'apporter confusion et mésentente dans un contexte où la justice est appelée à être rendue par un notaire, en dehors des normes habituelles de décision où évoluent le juge et le greffier. Puisque la « contestation réelle » doit porter sur le bien-fondé de la demande, qu'advient-il des mésententes sur des aspects secondaires ou encore sur des demandes incidentes? Qui prendra les décisions sur ces questions?

L'article mentionne enfin dans son premier alinéa que le tribunal compétent est saisi de la demande par le dépôt du procès-verbal. Mais comment et par qui les parties seront-elles appelées? Rien ne l'indique. Y aura-t-il signification? avis de présentation? quel sera le contenu du procès-verbal quant à la nature de la demande si celle-ci est verbale? Est-ce un cas où on assistera à un changement de rôle du notaire qui, portant jusqu'alors le chapeau de décideur, le changera pour celui de conseiller juridique et de représentant de son client?

Le second alinéa, quant à lui, est l'objet d'un ajout plutôt récent par rapport aux premières versions. Il intègre dans notre système de droit un principe tout à fait nouveau, à savoir la délégation aux notaires — et, qui plus est, aux notaires du secteur privé — du pouvoir judiciaire de procéder à une enquête et de recueillir une preuve. En plus de douter de la formation suffisante de ces professionnels du droit pour apprécier avec les nuances nécessaires non seulement les notions de moyens et d'éléments de preuve, d'admissibilité et de recevabilité mais également la suffisance de la preuve (au fait qui décidera des objections à la preuve? On ne

doit pas oublier qu'on est ici dans un contexte de contestation. Si c'est le notaire, il s'agit alors d'une véritable décision qu'il n'a tout simplement pas la compétence de rendre, et si c'est le tribunal, cela occasionnera des coûts et des délais supplémentaires aux justiciables), nous sommes d'avis que cet alinéa va à l'encontre du principe de droit judiciaire qui veut que celui qui rend jugement doit avoir entendu la preuve. Cette exigence est encore plus forte si la cause est contestée. Or, dans les cas d'application de cet alinéa, le tribunal n'aura pas été en mesure d'apprécier la preuve et sa suffisance, la crédibilité des témoins, le langage non verbal des personnes interrogées, notamment de la personne visée par la demande, qui est particulièrement important dans ce genre de causes.

Une telle délégation du pouvoir judiciaire constitue une réforme majeure de notre système de droit, qui doit être pesée, mûrie, réfléchie. Un tel changement ne doit pas être intégré dans notre droit à la sauvette, à la faveur d'une législation ponctuelle. Cette question fera de toute façon l'objet, dans le cadre de la réforme du *Code de procédure civile*, d'une réflexion approfondie et d'une vaste consultation. En l'absence d'urgence en la matière, le ministère de la Justice serait bien avisé de laisser cette question aux soins du comité qu'il a lui-même récemment mis sur pied plutôt que, déjà, lui couper l'herbe sous le pied...

**Art. 863.8 :** Au premier alinéa de cet article, on retrouve les mots « du mineur ou du majeur inapte » : doit-on comprendre du mot « inapte » que le notaire ne déposerait son procès-verbal, dans les cas de demandes d'ouverture de régime de protection ou de prise d'effet d'un mandat en cas d'inaptitude, que s'il constatait l'inaptitude du majeur? En d'autres termes, si le notaire n'est pas convaincu de l'inaptitude du majeur, peut-il rejeter la demande? dans l'affirmative, est-il dispensé de déposer un procès-verbal à cet effet? Le mot « inapte » semble aller dans ce sens. Ne serait-ce pas là un exemple d'une décision de la part du notaire sans contrôle judiciaire?

Ce premier alinéa suscite également un commentaire sur l'incidence de la prise d'effet des décisions du notaire, notamment eu égard à la tutelle au mineur et au régime de protection d'un majeur, sur le domicile de l'un et l'autre, donc sur le lieu du dépôt du procès-verbal. Conformément aux articles 80 et 81 du *Code civil du Québec*, le mineur a son domicile chez son tuteur, le majeur sous tutelle chez son tuteur, celui sous curatelle chez son curateur. Or, si la tutelle au mineur est prononcée dès que la décision du conseil de tutelle à cet effet est prise (conformément à l'amendement apporté à l'article 205 C.c.Q.), et si le régime de protection est ouvert (ou révisé) dès que la décision est rendue par le notaire — l'article 878.2 (2<sup>e</sup> al.) dit bien «Lorsqu'il procède à l'ouverture ou à la révision d'un régime de protection, le notaire doit ...» — et que l'homologation, comme c'est normalement le cas, n'a pour objet que de rendre ces décisions effectives ou exécutoires à l'égard des tiers, le jugement d'homologation devra être prononcé dans le district du domicile du tuteur ou du curateur et non dans celui du domicile du mineur ou du majeur s'il est différent. Par contre, si comme le prétend le ministère, aucune décision judiciaire n'est prise lors de l'«audition» dans le bureau du notaire mais uniquement au niveau du greffier ou du juge de la Cour supérieure, le district où sera prononcée l'homologation devra être celui du domicile du mineur ou du majeur. (On peut dès lors s'interroger sur l'effet juridique de l'amendement apporté à l'article 205 du *Code civil du Québec* ou encore sur la nécessité que la tutelle dative soit soumise à une homologation lorsqu'elle est déferée par le conseil de tutelle.).

Quant au second alinéa, compte tenu que le procès-verbal constitue le seul document à la base d'une possible contestation après «l'audition», nous estimons qu'il devrait non pas être notifié mais être signifié. Les gens attachent en effet plus de sérieux et d'importance à un document qui arrive à destination par huissier plutôt que par courrier recommandé ou certifié. D'ailleurs, lorsque le législateur a intégré le procédé de notification au Code comme mode de transmission d'un document, il a jugé préférable, en ce qui concerne les demandes

---

visées par le projet de loi 443 qui touchent le droit et la capacité des personnes, de maintenir la signification.

Enfin, l'avis accompagnant le procès-verbal semble ne se rapporter qu'à la date du dépôt de celui-ci au greffe du tribunal, sans plus. Il ne semble en effet ne contenir aucune indication sur ce qu'il adviendra du dossier ni sur les possibilités de s'opposer de quelque façon à l'étape de l'homologation. Il s'agit **d'un autre exemple d'absence de garanties procédurales** pour les personnes dont les droits et la capacité peuvent être affectés par ces demandes.

L'homologation ayant pour but de donner force exécutoire aux décisions prises dans le bureau du notaire, qu'advient-il de la protection de la personne et de l'administration de ses biens pendant la période de 20 jours (minimum : 10 jours d'avis de dépôt et 10 jours pour faire opposition) précédant cette homologation? Le notaire n'a certainement pas le pouvoir d'émettre des ordonnances intérimaires ni de statuer conformément aux dispositions des articles 272 à 275 du *Code civil du Québec*. L'ordonnance de sauvegarde prévue au second alinéa de l'article 863.9 ne survient qu'au moment de l'homologation, donc après l'expiration de ces délais. Sous le régime actuel, ce problème ne se pose évidemment pas. Le questionnement serait par ailleurs identique même si l'on admettait que le notaire ne rend pas de décision, ce que, bien sûr, nous n'admettons pas.

**Art. 863.9 :** Au sujet de cet article, nous référons le lecteur aux commentaires généraux, notamment à ceux portant sur l'homologation et l'ajout de recours ultérieurs. Qu'il suffise de rappeler qu'il ne s'agit plus d'une homologation automatique, comme c'était le cas dans la seconde version de la proposition législative, mais de l'exercice d'une discrétion qui laisse place à un certain contrôle judiciaire de la légalité de la décision du notaire. Toutefois, tel que mentionné précédemment, cette procédure ne laisse que peu de place à un débat puisque le projet de loi est muet sur la façon pour quiconque d'intervenir à cette étape. Il est également muet sur le genre de débat qui aurait cours advenant une opposition :

---

s'agirait-il d'un procès *de novo*? de simples représentations écrites? y aurait-il signification d'un avis d'audition? D'autre part, tel que le souligne le Professeur Brun, l'ajout de cette procédure d'homologation de même que des autres recours prévus ultérieurement (révision, appel) ne pourrait avoir pour effet de valider la décision du notaire, d'en minimiser l'illégalité ou d'inciter la Cour supérieure à ne pas exercer son pouvoir de contrôle et de surveillance, surtout qu'il s'agit ici d'une question de compétence constitutionnelle.

D'autre part, le Barreau s'interroge sur la portée du second alinéa : jusqu'où pourront aller ces ordonnances? Puisqu'il n'y aura vraisemblablement pas d'audition à l'étape de l'homologation, peut-on imaginer qu'un juge ou un greffier puisse modifier les clauses d'un mandat en cas d'inaptitude ou encore décréter l'application d'un tout nouveau régime de protection non prévu au Code? Comment, en l'absence d'opposition, le juge ou le greffier peut-il prononcer des ordonnances sur simple vue du dossier, sans avoir entendu aucune représentation ni demande à cet effet? Sous le régime actuel, le greffier (ou le juge dans les cas plus complexes) entend la preuve, analyse les expertises et interroge la personne visée par la demande; il est donc en mesure de prononcer les ordonnances appropriées, contrairement à ce qui est proposé ici. L'absence de normes pouvant encadrer ce pouvoir d'injonction nous incite à exprimer certaines réserves.

**Art. 863.10 :** Encore ici, la simplification se fait au détriment du respect des règles minimales de justice : le législateur se contente d'un simple avis aux personnes intéressées (lesquelles?) et fait fi de l'exigence de signifier les jugements et ordonnances aux personnes concernées, tel que le prescrivent les articles 883 C.p.c. en matière de régime de protection d'un majeur et 884.6 en matière de mandat en cas d'inaptitude. Il est fréquent que de telles ordonnances visent des tiers; or, si l'une de ces personnes est poursuivie pour refus d'obtempérer à une ordonnance, il faudra être en mesure de prouver qu'elle en a reçu copie : il serait lourd et fastidieux de devoir assigner le greffier afin qu'il témoigne à l'effet qu'il a bel et bien « avisé » la personne en question. Il nous paraît donc essentiel de conserver l'obligation de

signifier les jugements et ordonnances aux personnes visées par ceux-ci, particulièrement lorsque les conclusions de ces jugements ou ordonnances diffèrent de celles du procès-verbal du notaire!

**Art. 863.11 :** Qui peut demander la révision du dossier à un juge? Se limite-t-on aux personnes présentes dans le bureau du notaire et au curateur public? Une personne qui n'aurait pas été convoquée chez le notaire pourrait-elle la demander? Quand le délai de dix jours commence-t-il à courir? À la date où le jugement ou l'ordonnance est rendu ou à celle où le greffier « avise » les personnes conformément à l'article 863.10? Dans ce dernier cas, à quelle date doit-on référer s'il y en a plus d'une et qu'elles diffèrent? Comment les personnes intéressées seront-elles informées de leur droit de demander une révision? L'article 863.10 est muet à cet égard.

En admettant qu'une personne intéressée demande la révision devant un juge (l'emploi du mot « juge » signifie-t-il que la révision se fait devant un juge siégeant dans son bureau?), comment pourra-t-elle soumettre une nouvelle preuve ou contredire certains éléments du procès-verbal, compte tenu que celui-ci, en minute, constitue un acte authentique qui fait foi de son contenu et ne peut être contredit que par une inscription en faux? Cette difficulté ne se présente pas lorsque la demande est entendue par un greffier. On peut supposer qu'on soumettra des objections à cette preuve, ce qui entraînera des débats longs et coûteux.

Le notaire pourrait-il être appelé à témoigner dans le dossier de révision, notamment lorsque la personne qui demande la révision invoque que le notaire a agi avec partialité ou contrairement aux intérêts de la personne visée par la demande principale? En supposant qu'il soit le notaire ou conseiller juridique régulier de la partie qui s'est adressée à lui pour prononcer l'inaptitude ou pour ouvrir un régime de protection à l'égard d'un proche, ce notaire ne pourrait-il pas invoquer son secret professionnel pour éviter de témoigner? Dans une procédure

---

en révision ou en inscription de faux, où serait soulevé une question de compétence du notaire ou un possible conflit d'intérêts ou encore dans laquelle serait mis en doute un fait constaté dans le procès-verbal, il serait probablement très difficile de faire témoigner le notaire. Est-ce là une garantie pour les justiciables? Voilà une autre illustration du perpétuel conflit de rôles du notaire mis en lumière par la réforme proposée: les rôles de conseiller juridique, d'officier public, de notaire instrumentant et de décideur jouent constamment en alternance, ce qui contribue à mettre en évidence l'absence d'indépendance et d'impartialité du notaire dans tout ce processus de privatisation de la justice.

L'article 863.11 soulève en outre une interrogation importante : le fait qu'il utilise uniquement le mot «jugement » (contrairement à l'article 863.10 qui emploie les mots «ordonnance » et «jugement ») signifie-t-il que les ordonnances ne seraient pas susceptibles d'appel, contrairement à ce que prévoit pourtant l'article 26 (1<sup>er</sup> al., par. 6) du *Code de procédure civile*? Aussi, les mots «jugement prononçant l'homologation» semblent vouloir exclure de l'appel les jugements qui rejetteraient les conclusions du procès-verbal ou qui refuseraient l'homologation: est-ce le cas? Dans l'affirmative, cet article met en lumière, une autre fois, la mise sur pied d'un régime à deux vitesses dans lequel les justiciables ont plus ou moins de droits selon qu'ils font appel à un notaire ou au système traditionnel.

**Art. 863.12 :** L'absence d'homologation en matière de vérification de testaments bouleversera les habitudes commerciales des autres provinces: comment réagiront les institutions financières devant un simple procès-verbal préparé par un notaire, elles qui s'attendent plutôt à recevoir un jugement d'homologation de la Cour supérieure? Quelques hésitations de leur part, voire des refus, sont à prévoir, durant un certain temps tout au moins.

La vérification d'un testament olographe ou fait devant témoins implique nécessairement que l'écrit soit un testament d'abord et avant tout; cette décision reviendra au notaire, qui devra appliquer avec sagesse les dispositions de l'article

714 C.c.Q. Cet article qui n'existait pas sous l'ancien Code, permet de reconnaître la validité d'un testament olographe ou fait devant témoins qui ne satisferait pleinement aux exigences de forme requises par la loi s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon certaine les dernières volontés du défunt. S'il advenait une décision négative de la part du notaire quant à la validité du testament, l'intéressé qui se serait adressé à lui, soi-disant pour gagner du temps, devrait se retourner et tenter sa chance auprès du greffier après, bien évidemment, avoir acquitté les honoraires du notaire. Résultat : double démarche, délais et coûts additionnels.

Enfin, le Barreau s'interroge sur la nécessité de devoir homologuer le procès-verbal du notaire en matière de tutelle au mineur, compte tenu qu'en vertu de l'amendement apporté à l'article 205 du *Code civil du Québec*, la tutelle pourra être déferée par le conseil de tutelle. Si la décision du conseil continue de devoir être homologuée, l'amendement n'a plus de sens et devient inutile, puisque la tutelle sera, de fait, encore déferée par le tribunal.

### **Article 3 (art. 866 C.p.c.)**

L'article 866 C.p.c. tel qu'amendé constitue, parmi les nouvelles règles, la seule disposition relative à l'accès aux dossiers du notaire que peuvent avoir les intéressés. Cet accès est à toutes fins utiles inexistant pour quelqu'un qui voudrait intervenir à la demande puisque seul le procès-verbal peut faire l'objet d'une communication et il est rédigé à la toute fin du processus. Sous le régime actuel, tout intéressé peut prendre connaissance, au greffe, d'une copie de la requête. Le caractère public de la justice, garanti par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, n'est guère respecté dans cet aspect, non plus d'ailleurs que dans l'aspect «audition» où tout se fait dans le bureau du notaire qui ne fait qu'un résumé dans son procès-verbal de ce qui s'est dit.

Par ailleurs, il faudrait s'assurer qu'en donnant communication de son procès-verbal, le notaire ne donne pas accès à des données confidentielles ou à des renseignements personnels qui pourraient y être inscrits (par exemple sur la condition médicale de la personne visée par la demande) et qui sont protégés par diverses dispositions législatives concernant la vie privée.

Dernière remarque sur l'amendement à cet article : contrairement au reste de l'article où les personnes qui ont accès aux actes sont spécifiquement désignées, l'ajout apporté par l'article 3 du projet de loi, notamment par les mots « toute personne qui démontre son intérêt », confère un pouvoir décisionnel et discrétionnaire au notaire qui devra évaluer, selon la preuve qui lui sera soumise, si la personne qui désire une copie du procès-verbal a ou non un intérêt au sens du Code. Il s'agit d'un exemple qui s'ajoute aux nombreux autres et qui démontre que le notaire détient un réel pouvoir de décision, malgré ce qu'en dit le ministère.

#### **Article 4 (art. 872 C.p.c.)**

Par l'amendement suggéré, non seulement enlève-t-on le critère de compétence territoriale (domicile ou résidence du mineur ou du majeur) pour les demandes présentées à un notaire, mais on le fait également disparaître pour les demandes présentées en vertu du régime actuel! Le législateur devrait éviter de modifier, par son projet de loi, le régime actuel des requêtes devant juge et greffier. Pour tout ce qui concerne le conseil de tutelle, et non uniquement pour les demandes en révision d'une décision du conseil, les demandes dirigées à un juge ou à un greffier devraient donc continuer d'être assujetties au critère de compétence territoriale applicable actuellement.

En supposant que les règles du *Code civil du Québec* s'appliquent au notaire, il nous apparaît inopportun, compte tenu de son conflit d'intérêts constant dans un contexte d'exercice d'un pouvoir de nature judiciaire, de lui confier le soin d'évaluer si, en l'occurrence, il serait préférable de nommer un conseil de tutelle

formé d'une seule personne plutôt que de trois, conformément à l'article 231 C.c.Q. Il doit, selon les termes de cet article, considérer différents facteurs, notamment la situation personnelle ou familiale du mineur. Dans plusieurs cas, les circonstances dans lesquelles le notaire aura obtenu son mandat rendront difficile sinon impossible une analyse totalement objective du dossier, ce qui l'empêchera de prendre sa décision (ou de «décider de sa conclusion») avec la plus entière objectivité. Le fait que la décision du notaire soit homologuée par un juge ou un greffier ne saurait couvrir l'illégalité de celle-ci qui découle de l'inconstitutionnalité du processus lui-même.

#### **Article 5 (art. 876.2 C.p.c.)**

Aux commentaires déjà formulés au sujet de l'inconstitutionnalité du processus décisionnel pour motif d'absence d'indépendance et d'impartialité du décideur, le Barreau du Québec aimerait ajouter sa très grande réserve face à la compétence conférée aux notaires — peu importe leur lieu d'exercice au Québec — en matière de remplacement du tuteur, du tuteur *ad hoc* ou du tuteur aux biens, l'ancienne action en destitution sous l'article 286 C.c.B.C. Rappelons que jusqu'à l'avènement du nouveau Code, les tribunaux — la Cour d'appel notamment — ont estimé la destitution d'un tuteur suffisamment importante pour l'assujettir à toutes les garanties procédurales rattachées à une action (par opposition à une simple requête), telles que les moyens préliminaires, les interrogatoires avant et après défense, la défense écrite, etc. Même à la lecture du nouvel article 251 C.c.Q., l'on constate que la demande en remplacement d'un tuteur nécessite une preuve d'incapacité ou de comportement fautif de la part de ce dernier puisque le jugement doit énoncer les motifs du remplacement (art. 254 C.c.Q.). Or, une telle demande sera entendue par un notaire sans être soumise à aucune forme ni délai, dans l'intimité de son bureau et sans qu'on sache si toutes les personnes ayant intérêt à être présentes ont été ou non avisées. Une certaine collusion entre une partie de la famille, l'ancien et le nouveau tuteur, même à l'insu du notaire, est toujours possible et, forcément, elle n'apparaîtrait pas au procès-verbal du notaire.

Un pareil risque de mettre la protection des droits de la personne en péril est inadmissible.

La décision du notaire sur le remplacement du tuteur devra-t-elle obéir aux prescriptions de l'article 254 C.c.Q.? Comment le notaire évaluera-t-il la preuve faite devant lui? Les notaires ne possèdent pas une formation adéquate pour ce faire. On doit garder à l'esprit que tous les notaires, par leur simple appartenance à leur ordre professionnel, auront désormais cette compétence. Quant aux objections à la preuve qui seront présentées à un notaire, les traitera-t-il comme des «observations»? comme des «représentations»? comme une contestation «simple» ou «réelle»? Ne s'agissant que d'objections à la preuve, le notaire sera-t-il porté à considérer qu'elles ne représentent pas une contestation sur le fond et, partant, ne requièrent pas qu'il se dessaisisse du dossier? Comment s'assurer que sa décision sera prise dans l'intérêt réel du mineur et non pas dans l'intérêt d'une partie de la famille uniquement (compte tenu de ses relations professionnelles, personnelles ou d'affaires avec cette partie de la famille)?

Comment s'assurer que les deux branches de la famille auront été dûment appelées à l'audition de cette demande? Le système judiciaire actuel, étant donné son caractère public et la totale indépendance de ses décideurs, impose de vérifier que toutes ces règles ont été suivies et que les droits du mineur sont protégés. Ne peut-on pas craindre un certain laxisme à cet égard si tout se fait «à la bonne franquette» dans le bureau du notaire, où aucune forme, aucun délai ni règle particulière ne sont imposés? Cette crainte s'affermite à la lecture du troisième alinéa de l'article 231 C.c.Q. — en autant qu'il s'applique au notaire — qui permet au tribunal de dispenser celui qui présente la demande de procéder à la convocation d'une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis s'il lui est démontré que des efforts suffisants ont été faits en ce sens mais sans succès. N'oublions pas que les cas de tutelle dative au mineur surviendront dans des circonstances graves ou exceptionnelles, étant donné que la tutelle légale est assumée par les parents

depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. On doit donc être doublement prudent à l'égard des droits du mineur.

### **Article 6 (art. 877.0.1 C.p.c.)**

Cet article démontre clairement l'instauration, avec la réforme proposée, d'un système de justice à deux vitesses. Alors que le système judiciaire actuel, par le biais de l'article 877 C.p.c., impose des garanties et une procédure stricte, notamment au plan de la signification (la demande doit non pas être notifiée mais signifiée et, en ce qui concerne le majeur visé par la demande, elle doit l'être à personne<sup>21</sup>), de même qu'aux plans des délais, de la rigueur de la procédure et de la preuve, le système de « justice privatisée » laisse beaucoup de place à l'improvisation. N'est-il pas étonnant que le notaire rédige lui-même ce que le demandeur — en l'occurrence son client — aura à prouver et que ce même notaire soit celui qui sera chargé d'entendre cette preuve? Autrement dit, non seulement le client choisit-il son « juge » mais il lui dicte les limites de ce qu'il aura à apprécier comme preuve, dans une déclaration que ce même « juge » prépare à partir de l'histoire que lui raconte ce client. Le principe de l'indépendance et de l'impartialité est passablement écorché dans un tel contexte, nous semble-t-il!

L'article mentionne l'obligation de notifier sa déclaration « ...à l'une des personnes mentionnées à l'article 15 du Code civil » sans plus de détails et sans respecter la hiérarchie imposée par cette disposition. Ceci signifie que dans l'hypothèse où un client voudrait mettre un proche qu'il considère un peu encombrant sous curatelle et ce, dans un délai très court, il pourrait sans problème identifier au notaire, pour les besoins de la notification, la personne dont il sait qu'elle ne s'objectera pas à son projet. En outre, il n'aurait probablement pas à lui transmettre les pièces au soutien de la demande (une copie de la déclaration et des

---

<sup>21</sup> Voir notamment U.... G.... c. A.... G.... [1994] R.D.F. 634, où la Cour d'appel a reconnu la signification à personne prescrite par l'article 877 C.p.c. comme étant une règle impérative et d'ordre public, qui ne connaît aucune exception.

---

expertises notamment) puisque la présentation des demandes devant notaire se faisant sans formalité, il paraît douteux que les dispositions du *Code de procédure civile* sur la communication des pièces (art. 331.1 C.p.c. et suivants) s'appliquent. De plus, on pourrait mettre de côté l'interrogatoire du majeur, **le notaire pouvant lui-même se dispenser de cette obligation** aux termes de l'article 878 C.p.c. L'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, de même que les personnes notifiées n'auront donc pas tout en main pour discuter en toute connaissance de cause : autre signe d'un régime à deux vitesses qui met en péril les droits du majeur. N'est-il pas curieux qu'on soit moins rigoureux lorsqu'il s'agit de faire perdre la capacité d'une personne que lorsqu'on veut lui faire passer un examen psychiatrique?

Tel que mentionné précédemment, le Barreau s'inquiète de ce qu'il adviendra de la garde de la personne inapte et de l'administration de ses biens entre la date de la « conclusion » du notaire et celle du jugement d'homologation (minimum 20 jours) : s'agissant de volets accessoires à la demande principale, les « conclusions » du notaire pourraient-elles aussi porter sur les mesures intérimaires tel que le permettent les articles 272, 274 et 275 du *Code civil du Québec*? Ces questions nécessitent une preuve, notamment quant au préjudice sérieux et à l'absence de gestion d'affaires ou de mandat : on peut questionner la formation qu'ont les notaires pour en apprécier tous les éléments. Les notaires n'ayant toutefois pas juridiction pour émettre des ordonnances, ces mesures intérimaires ne pourraient être que des souhaits, sans force exécutoire.

Enfin, l'absence de délais et de formalités de même que le caractère purement privé de la démarche (il n'y aura trace de celle-ci qu'à la toute fin du processus, après que tout aura été décidé, par le biais du dépôt du procès-verbal du notaire au greffe du tribunal) font qu'on ne pourra jamais être assuré que tous ceux et celles qui auraient intérêt, pour le mieux-être du majeur, à connaître l'existence de la demande d'ouverture ou de révision d'un régime de protection, en seront avisés et pourront se manifester en temps utile. Ceci rend les contestations relativement

aléatoires et peu probables : on sacrifie la protection des droits au profit de la rapidité et d'une prétendue efficacité.

### **Article 7 (art. 878 C.p.c.)**

Par. 1° : L'interrogatoire du majeur a notamment pour but de vérifier le degré d'autonomie du majeur, duquel découlera l'ouverture du régime approprié. À ce niveau, il est clair que le notaire possède les mêmes pouvoirs que le juge ou le greffier, soit celui d'y procéder ou de décider de ne pas y procéder, donc de s'en dispenser. N'est-ce pas là une décision, laquelle porte d'ailleurs sur un élément de preuve? Il peut même déléguer cette tâche à un autre notaire si les frais de déplacement engendrés par l'éloignement risquent d'être trop élevés. Son pouvoir d'appréciation étant assez large, on doit s'assurer que toutes les garanties offertes au majeur par le système de justice traditionnel le sont aussi par ce système privatisé, ce qui n'est malheureusement pas le cas.

Par. 2° : Le second alinéa de cet article, tel que modifié, ne s'applique qu'à l'interrogatoire fait par le juge ou le greffier. Ceci signifie que l'interrogatoire fait par le notaire n'a pas à être pris par écrit puisque l'alinéa ajouté par le paragraphe 3° de l'article 7 du projet de loi ne l'oblige qu'à en dresser procès-verbal, ce qui est non seulement fort différent mais insuffisant et inadéquat : cet interrogatoire fait partie de la preuve, ne l'oublions pas; on ne saurait laisser le contenu d'une telle preuve à la seule appréciation de ce que le notaire considère important ou essentiel dans les réponses qu'il a entendues; cette remarque revêt encore plus d'importance lorsque l'interrogatoire est effectué par un collègue d'une autre ville.

Cet aspect du projet de loi constitue un autre exemple illustrant que l'homologation n'est qu'une pure formalité destinée uniquement à donner force exécutoire aux décisions prises antérieurement par le notaire : comment le juge ou

le greffier pourra-t-il se faire une idée exacte s'il ne possède pas tous les éléments de preuve au dossier, en l'occurrence le *verbatim* de l'interrogatoire?

En outre, l'amendement apporté au deuxième alinéa fait que l'interrogatoire auquel aurait procédé le notaire ne serait pas soumis à l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis — l'interrogatoire se fait généralement hors la présence des membres de cette assemblée — ce qui, encore une fois, est de nature à diminuer les garanties offertes au majeur dans le système traditionnel.

Par. 3° : Le seul motif qui peut justifier l'absence d'interrogatoire du majeur est l'état de santé de ce dernier (art. 878 - 1<sup>er</sup> al. C.p.c.). À quoi d'autre réfèrent donc les mots « des motifs » au troisième alinéa?

#### **Article 8 (art. 878.1 C.p.c.)**

Qui sera chargé d'aviser les parties et les personnes intéressées que le dossier a été transféré au tribunal : le notaire? le requérant? le greffier?

Contrairement à l'article 394.1 du *Code de procédure civile* où on retrouve les mots « majeur qu'il estime inapte », le nouvel alinéa de l'article 878.1, en utilisant les mots « majeur inapte », crée presque une présomption d'inaptitude alors qu'en vertu du Code civil, toute personne est présumée apte. Ou alors, le notaire devra d'abord avoir statué sur l'inaptitude du majeur, ce qui confirme une prise de décision « judiciaire » de sa part, qui s'ajoute à la décision en vertu de laquelle il devra « estimer nécessaire » que le majeur soit représenté (il lui faudra, pour ce faire, évaluer toutes les circonstances dans lesquelles se trouvera le majeur).

L'inaptitude du majeur n'ayant pas encore été constatée judiciairement à cette étape des procédures, il y aurait lieu d'assurer une meilleure cohérence législative en empruntant les mêmes termes qu'à l'article 394.1 C.p.c., soit « le majeur qu'il estime inapte ».

---

### **Article 9 (art. 878.2 C.p.c.)**

Par. 1° : L'amendement proposé au premier alinéa de l'article 878.2 fait que l'obligation de produire les pièces au moins dix jours avant l'audition ne s'applique pas aux demandes présentées à un notaire. Il confirme la diminution des exigences et la disparition de la rigueur des règles pour les auditions faites devant notaire : on privilégie le client et la famille au détriment de l'inapte.

Par. 2° : Ce nouvel alinéa démontre une fois de plus que le notaire exerce un pouvoir décisionnel de nature judiciaire : sa formulation l'indique clairement (« Lorsqu'il procède à ... »). Par ailleurs, on constate le retrait, par rapport aux deux dernières versions, des dispositions permettant au notaire « d'exiger » une preuve additionnelle ainsi que la présence d'autres personnes.

Enfin, on ne peut que déplorer le fait que le législateur soit moins sévère à l'endroit du notaire qu'à l'endroit du tribunal : celui-ci, conformément à l'article 276 du *Code civil du Québec*, doit **prendre en considération**, outre les avis des personnes susceptibles d'être appelées à former le conseil de tutelle, les preuves médicales et psychosociales ainsi que l'opinion du majeur exprimée dans un mandat non homologué ou verbalement devant lui, tant sur le bien-fondé de la demande que sur la personne qui sera chargée de le représenter ou de l'assister. Or, le notaire, quant à lui, n'a qu'à **faire état** des preuves médicales, psychosociales et autres (sans avoir à les fournir à qui que ce soit), et n'a pas à requérir l'avis du majeur visé par la demande (son obligation se limitant à l'interroger pour vérifier son degré d'autonomie). Si le notaire doit inscrire des « conclusions » dans son procès-verbal quant au degré d'inaptitude et à la nature du régime de protection approprié au majeur, comment peut-il le faire sérieusement sans prendre les expertises et les autres preuves en considération? N'est-ce pas là une autre opération de maquillage? Dans un tel contexte de justice privée, qu'advient-il du droit de la personne visée par la demande de produire des témoins et de présenter une preuve (art. 879 C.p.c.)? Une preuve sur un élément

secondaire de la demande peut être justifiée sans pour autant qu'il y ait contestation sur le bien-fondé de la demande principale.

Sur le plan des expertises, on constate que le devoir imposé au notaire en matière de mandat en cas d'inaptitude d'obtenir une évaluation médicale et psychosociale (art. 884.8) n'existe pas, du moins pas dans les mêmes termes, au niveau des régimes de protection, son obligation étant de s'assurer, tel que prescrit dans les dispositions générales, « que la preuve nécessaire lui est présentée pour que les décisions opportunes soient prises » (art. 863.5). Pourquoi cette différence dans les deux types de demande? L'obtention de cette preuve médicale et psychosociale est aussi essentielle dans les régimes de protection qu'elle peut l'être dans les mandats en cas d'inaptitude. En outre, comment le notaire peut-il en faire état s'il n'a pas l'obligation de l'obtenir?

#### **Article 10 (art. 880 C.p.c.)**

Aucun commentaire.

#### **Article 11 (art. 884.7 et 884.8 C.p.c.)**

**Art. 884.7 :** On a remplacé le mot « homologation » par l'expression « prise d'effet » pour éviter toute confusion avec l'homologation prononcée ultérieurement par la Cour supérieure, étape nécessaire pour donner force exécutoire à la décision du notaire. Toutefois, ce choix d'expression pose problème : si le notaire constate la prise d'effet du mandat, c'est que celui-ci a nécessairement pris effet antérieurement! Comment une telle chose pourrait-elle être possible?

Comment le mandataire peut-il être notifié de la demande puisqu'en vertu de l'article 2166 du *Code civil du Québec*, lui seul peut la présenter? Les versions antérieures du projet de loi contenaient une disposition permettant à tout intéressé de présenter une demande à un notaire (en matière de mandat, elle venait

d'ailleurs en contradiction avec l'article 2166 C.c.Q.) mais cette disposition a été retirée de la version finale du projet de loi.

Voir également nos commentaires généraux relatifs à l'absence de règles de compétence territoriale. Le fait que tout notaire au Québec ait compétence pour entendre ce genre de demandes et qu'aucune trace n'existe dans les greffes des Palais de justice avant le dépôt du procès-verbal du notaire, rend plus aléatoire la vérification de l'existence d'une demande d'ouverture de régime de protection qui serait pendante devant la Cour supérieure ou même présentée à un autre notaire du Québec. Dans ce dernier cas, la vérification est à peu près impossible. Il faudrait à tout le moins minimiser les risques de décisions contradictoires.

Le notaire pourrait-il être appelé à donner effet à un mandat qu'il a lui-même reçu comme notaire instrumentant? Rien ne semble l'interdire. Dans l'affirmative, le notaire pourrait éventuellement être questionné sur l'accomplissement de son devoir de s'assurer de la capacité du mandant au moment de la signature de l'acte. Une telle possibilité, selon nous, met en péril l'intégrité même du processus. Le Barreau est inconfortable avec cette confusion des rôles du notaire qui peut changer de chapeaux à divers stades du dossier. En vertu du premier alinéa de l'article 884.8, le notaire vérifie la validité du mandat s'il est fait devant témoins : ceci signifie que la validité d'un mandat notarié ne peut être mise en cause à cette étape des procédures, ce qui place le notaire qui aurait lui-même rédigé le mandat en conflit d'intérêts.

Le Barreau nourrit également plusieurs réserves quant à la possibilité de présenter à un notaire une demande de révocation de mandat. Même si elle n'est pas contestée, la preuve qu'elle requiert est assez complexe (mauvaise exécution du mandat ou autre motif sérieux ainsi qu'une preuve à l'appui du régime de protection requis en remplacement); en outre, les dispositions de l'article 2177 *du Code civil du Québec* nécessitent de la part du décideur un bon jugement, une totale indépendance d'esprit et une solide expérience dans l'appréciation de la

---

preuve puisqu'il est appelé, après avoir interrogé le mandant et évalué les expertises médicale et psychosociale ainsi que les autres preuves pertinentes, non seulement à révoquer le mandat, mais aussi à exiger la reddition de compte du mandataire et à ouvrir un régime de protection approprié à l'égard du mandant.

Enfin, on peut s'interroger sur ce qui fait l'objet de la notification. En matière de régime de protection, c'est la déclaration préparée par le notaire qui est notifiée (art. 877.0.1); qu'en est-il des demandes relatives au mandat en cas d'inaptitude : le notaire devra-t-il aussi préparer un document? il semble que non puisque le second alinéa de l'article 884.7 stipule que le notaire notifie les personnes mentionnées « de la demande qui lui est faite » : l'écrit doit donc émaner de quelqu'un d'autre que du notaire. Le mandataire à l'origine de la demande devra-t-il alors soumettre une demande écrite? Le projet de loi est muet à cet égard. La formulation du premier alinéa est d'ailleurs plutôt nébuleuse quant à l'objet même de la demande : la demande vise-t-elle à constater une déclaration de cessation des effets et, le cas échéant, à constater une révocation du mandat ou s'agit-il plutôt d'une demande pour faire déclarer la cessation des effets ou pour faire déclarer la révocation du mandat? Nul besoin d'insister sur l'énorme différence entre les deux interprétations, la première supposant l'existence d'une décision antérieure à la présentation de la demande alors que la seconde vise justement l'obtention d'une décision.

En outre, l'argument soulevé en matière de régime de protection au sujet de la notification de l'une des personnes mentionnées à l'article 15 du *Code civil* vaut également ici : une personne sans scrupule pourrait choisir quelqu'un dont il sait qu'il ne s'objectera pas à la demande. Il en est de même de l'argument relatif à la signification à personne : le législateur a considéré les demandes en matière de régimes de protection et de mandat suffisamment sérieuses et importantes, eu égard à l'intérêt du majeur et du mandant, qu'il a exigé qu'il y ait signification et que celle-ci soit faite à personne (art. 884.1). Or ici, le mandant n'est que notifié

de la demande, ce qui nous semble nettement insuffisant pour assurer une protection optimale de ses droits.

Sur le plan de la forme, au second alinéa, il faudrait corriger l'impression que le mandataire substitut est aussi désigné par le curateur public, peut-être par l'ajout d'une virgule après le mot « mandant » (2<sup>e</sup> ligne).

**Art. 884.8 :** Comment ne pas reconnaître, après avoir lu cet article avec, en parallèle, les articles 884.2, 884.3 et 884.4, que se déroule devant le notaire un réel processus judiciaire? Peut-on vraiment nier l'existence de décisions de la part de ce dernier? La réponse semble évidente.

Le premier alinéa, tel que formulé, ne peut s'appliquer qu'à la prise d'effet du mandat puisqu'il prescrit l'obligation d'obtenir une expertise constatant l'inaptitude du mandant. La proposition ne prévoit aucune règle pour la cessation d'effets ou la révocation, à l'exception de l'interrogatoire prévu au second alinéa, interrogatoire dont il semble d'ailleurs pouvoir se dispenser lui-même, ce qui n'est pas acceptable au plan du respect des garanties procédurales du mandant.

#### **Articles 12, 13 et 14 (art. 885, 887.1 et 888)**

Aucun commentaire.

#### **Article 15 (art. 889)**

Le ministère de la Justice a tenu compte des remarques du Barreau, telles que présentées dans son mémoire de février 1998. Cependant, il nous semblerait plus approprié que la seconde phrase emprunte la forme négative : « Toutefois, ni le notaire qui a reçu un testament en dépôt ni un membre de son étude ne peuvent procéder à sa vérification. ».

**Articles 16, 17, 18 et 19 (art. 890, 892, 894 et 896)**

Aucun commentaire.

**Articles 20, 21 et 22 (art. 200, 201 et 202 C.c.Q.)**

Aucun commentaire.

**Articles 23 et 24 (art. 205 et 235 C.c.Q.)**

Le Barreau estime inopportun de confier à un groupe de personnes — le conseil de tutelle — sans statut particulier le pouvoir de conférer une tutelle à un mineur. Compte tenu des dispositions du nouveau *Code civil*, une tutelle dative (*ad hoc*, à la personne ou aux biens) surviendra dans des circonstances particulières, graves ou exceptionnelles, et il nous apparaît contraire à l'économie générale de notre droit civil en matière de protection des personnes inaptes que de laisser à un conseil formé de trois personnes (et, parfois d'une seule) le soin de désigner le tuteur de son choix et, en cas de conflit d'intérêts entre l'enfant mineur et le tuteur, le tuteur *ad hoc*, sans véritable contrôle sauf l'homologation qui, on l'a vu précédemment, n'est guère plus qu'une simple formalité destinée à rendre exécutoire une décision prise antérieurement. À ce sujet, précisons que le Barreau s'interroge sur la logique qui pousse le législateur à conférer une telle compétence au conseil de tutelle d'une part, et, d'autre part, à soumettre la décision de ce même conseil à la procédure d'homologation : ou il lui donne compétence, ou il ne la lui donne pas.

Compte tenu qu'on ne nous a pas démontré l'existence de problèmes réels dans le fait que le pouvoir de conférer une tutelle appartienne au tribunal, compte tenu qu'il y a peu de cas judiciairisés dans cette matière sauf lorsque les demandes émanent du curateur public — et cela ne devrait pas changer avec le projet de loi — le nombre peu élevé de dossiers en matière de tutelle dative ne saurait justifier un changement de compétence qui risquerait de diminuer les garanties procédurales accordées aux mineurs et de mettre en danger le respect de leurs

droits. Le Barreau s'oppose donc aux amendements apportés aux articles 205 et 235 du *Code civil du Québec* et considère que la tutelle devrait continuer d'être de la compétence du tribunal dans le plus grand intérêt des mineurs.

**Articles 25 et 26 (art. 266 et 777 C.c.Q.)**

Aucun commentaire.

**Article 27 (art. 31 L.N.)**

Aucun commentaire.

**Article 28**

Aucun commentaire

## CONCLUSION

Le Barreau du Québec croit fermement que le projet de loi 443 comporte de sérieuses lacunes au niveau du respect de la règle de droit et des garanties offertes aux justiciables tant par la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* que par le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*.

Le processus qui se déroule dans le bureau du notaire relève essentiellement du droit judiciaire et les décisions qu'il est appelé à rendre sont de nature judiciaire. Or, il est clairement démontré, tant par le présent mémoire que par les avis juridiques qui nous ont été soumis, que ce décideur qu'est le notaire n'offre pas les garanties d'impartialité et d'indépendance institutionnelle auxquelles peuvent s'attendre les personnes visées par ces demandes. La procédure d'homologation, comme on l'a vu, ne saurait avoir pour effet de bonifier le processus ou de « légaliser » des décisions qui ne respectent pas les règles fondamentales de justice. Hormis les demandes en matière successorale, il s'agit ici de demandes qui touchent l'état et la capacité d'une personne — une matière d'ordre public, s'il en est, et sans doute le bien le plus précieux que puisse posséder un être humain —. Avant de chambarder tout un système, pensons aux conséquences qu'un tel changement risque d'avoir sur la protection des droits des justiciables. On ne peut ainsi jouer avec l'exercice des droits civils des citoyens en instaurant un système de justice privé à l'abri de tout véritable contrôle judiciaire, sans s'assurer du respect de toutes les garanties actuellement offertes aux personnes dont les droits à l'intégrité et à la sécurité peuvent être ainsi grandement affectés.

La privatisation de la justice a ses limites, surtout lorsqu'elle menace le respect des droits. C'est précisément dans ce souci de protection des droits individuels, et dans ce souci uniquement, que le Barreau du Québec s'est tant impliqué dans ce dossier. Le respect des droits et des règles fondamentales de justice a été son seul guide.

Lors de l'ouverture du congrès annuel du Barreau du Québec tenu en juin dernier à la Malbaie, le ministre de la Justice a annoncé officiellement la mise sur pied du Comité aviseur sur la réforme du *Code de procédure civile*. Même si le projet de loi 443 semble ne comporter que des modifications mineures, il n'en est rien puisqu'il instaure un nouvel ordre procédural dans certaines matières non contentieuses qui met de côté toutes les règles qui régissent la procédure au Québec depuis des décennies (règle de l'écrit, délais minimaux, communication et production des pièces, publicité des auditions, etc.) et confie aux membres d'un ordre professionnel particulier l'exercice de certains pouvoirs décisionnels de nature judiciaire, concurremment avec la Cour supérieure. Or, le réexamen des diverses compétences ainsi que de toutes les règles procédurales fait précisément partie du mandat du Comité aviseur qui aura l'occasion de confier des mandats de recherche et d'étudier toutes ces questions dans un climat de collaboration, d'ouverture et de sérénité. Nul n'a été en mesure à ce jour de démontrer l'existence de problèmes sérieux liés au fonctionnement du système de justice dans ces matières et il n'y a aucune urgence à chambarder un système qui, somme toute, a fait ses preuves au niveau des garanties qu'il offre sur le plan de l'impartialité et de l'indépendance institutionnelles ainsi que sur le droit constitutionnel de chacun d'être entendu par un tribunal neutre et impartial. Il ne faudrait pas laisser croire qu'on a voulu, par ce projet de loi, compte tenu du moment où il a été présenté, orienter les réflexions du Comité aviseur avant même que ne débutent ses travaux.

Le Barreau du Québec insiste donc, une fois de plus, pour que l'Assemblée nationale sursoie à l'adoption du projet de loi 443 et laisse le soin au Comité aviseur d'étudier toute la question des compétences et des règles de procédure de façon à ce que, par le projet de code qu'il soumettra au gouvernement, on soit assuré de doter le Québec d'un Code de procédure simple, moderne et cohérent, qui puisse répondre aux objectifs de simplification et d'accessibilité que tout le monde recherche.

**ANNEXE I —**

**Loi modifiant le *Code de procédure civile*  
en matière notariale  
et d'autres dispositions législatives**

**(Projet de loi 443)**

**ANNEXE II —**

**Opinion du Professeur Henri Brun  
sur la constitutionnalité  
du projet de loi 443  
(12 juin 1998)**