

**MÉMOIRE SUR LE DOCUMENT DE TRAVAIL
MODIFIANT LE *CODE DE PROCÉDURE CIVILE*
EN MATIÈRE NOTARIALE**

Février 1998

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

SUR

LE DOCUMENT DE TRAVAIL MODIFIANT
LE *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* EN MATIÈRE NOTARIALE

1^{er} trimestre 1998



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec abordera sous peu le 21^{ème} 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
M^e Claude Boisclair
M^e Edith Deleury
M^e François Dupin
M^e Jocelyne Forget
Mme Diane Gauthier
M. Jean-Jacques Leclerc
M^e Sylvain Lussier
M^e Jean-Pierre Ménard
M^e Gilles Michaud
M^e André Murray
M^e Daniel W. Payette

LE COMITÉ PERMANENT DU BARREAU SUR LA PROCÉDURE CIVILE :

M^e Jacques J. Anctil
M^e Gaspard Côté, c.r.
M^e Georges Emery, c.r.
M^e Denis Ferland
M^e François Fontaine
M. le bâtonnier Pierre A. Fournier
M^e E. Leslie Groszman
M^e Monique Jarry
M^e André Roy

M^e Suzanne Vadboncoeur, secrétaire
Directrice du Service de recherche et de législation
Barreau du Québec

Les orientations de ce mémoire ont été
approuvées par le Conseil général du 12
décembre 1997.

Dépôt légal - Premier trimestre 1998

TABLE DES MATIÈRES

PRÉAMBULE.....	1
PARTIE 1 – COMMENTAIRES APPLICABLES AUX TROIS VERSIONS DE LA PROPOSITION LÉGISLATIVE.....	3
1.1 INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ INSTITUTIONNELLES.....	3
1.2 PUBLICITÉ DE LA JUSTICE.....	5
1.3 GARANTIES PROCÉDURALES.....	6
1.4 APPLICATION GÉNÉRALE DE LA COMPÉTENCE.....	11
1.5 QUELQUES DIFFICULTÉS D’INTERPRÉTATION	11
PARTIE 2 – COMMENTAIRES RELATIFS À LA TROISIÈME VERSION DE LA PROPOSITION LÉGISLATIVE.....	15
2.1 COMMENTAIRES GÉNÉRAUX.....	15
2.1.1 <i>Le processus décisionnel devant notaire.....</i>	15
2.1.2 <i>L’homologation.....</i>	25
2.1.3 <i>Le conflit d’intérêts.....</i>	27
2.1.4 <i>L’ajout de recours ultérieurs</i>	28
2.1.5 <i>La compétence territoriale des notaires</i>	29
2.2 ANALYSE DÉTAILLÉE	30
Article 1 (art. 863.4 à 863.9 C.p.c.).....	30
Article 863.4	30
Article 863.5	33
Article 863.6	36
Article 863.7	37
Article 863.8	39
Article 863.9	39
Article 2 (art. 866 C.p.c.).....	41
Article 3 (art. 872 C.p.c.).....	41
Article 4 (art. 876.2 C.p.c.).....	42
Article 5 (art. 877.01 C.p.c.).....	44
Article 6 (art. 878 C.p.c.).....	45
Article 7 (art. 878.1 C.p.c.).....	46
Article 8 (art. 878.2 C.p.c.).....	47
Article 9 (art. 880 C.p.c.).....	48
Article 10 (art. 882 C.p.c.).....	49
Article 11 (art. 884.7 à 884.9 C.p.c.).....	49

Article 884.7	49
Article 884.8	51
Article 884.9	51
Article 12 (art. 885).....	51
Article 13 (art. 887.1).....	52
Article 14 (art. 888 C.p.c.).....	52
Article 15 (art. 889 C.p.c.).....	52
CONCLUSION	53
ANNEXE I –PROPOSITION LÉGISLATIVE AMENDANT LE <i>CODE DE PROCÉDURE CIVILE</i> EN MATIÈRE NOTARIALE (VERSION DU 22 DÉCEMBRE 1997).....	
ANNEXE II –OPINION DU PROFESSEUR HENRI BRUN (3 NOVEMBRE 1997).....	
ANNEXE III – COMPLÉMENT D’OPINION DU PROFESSEUR HENRI BRUN (24 NOVEMBRE 1997)	
ANNEXE IV – DOCUMENT DU PROFESSEUR HENRI BRUN (19 JANVIER 1998).....	
ANNEXE V –ANALYSE ÉCONOMIQUE DE LA FIRME MARCON (DÉCEMBRE 1997)..	

Préambule

La proposition législative du ministère de la Justice modifiant le *Code de procédure civile* en matière notariale a été soumise au Barreau du Québec pour consultation en trois versions différentes. La première, reçue au début du mois de juillet 1997, a été soigneusement examinée par les deux comités du Barreau dont le mandat se rapprochait le plus des matières visées par ce document de travail : le comité sur le droit des personnes et le comité sur la procédure civile. Cinq séances de travail se sont tenues entre juillet et septembre 1997. Ce document a également été l'objet, à la demande du Barreau, d'une étude approfondie par le Professeur Henri Brun, constitutionnaliste émérite de l'Université Laval, dont l'avis juridique daté du 3 novembre 1997 figure à l'annexe II du présent mémoire. Enfin, pour répondre à l'argument de diminution des coûts avancé par le ministère dans la première version de son document de travail, le Barreau du Québec s'est adressé à la firme Marcon¹ afin qu'elle procède à l'analyse de la réforme proposée dans une perspective économique. Le rapport de cette firme, dont le contenu vaut certainement à l'égard des deux premières versions de la proposition législative et, dans une très large mesure, également à l'égard de la troisième, figure à l'annexe V du présent mémoire.

Suite à certains commentaires généraux formulés par le Barreau et expédiés au ministère de la Justice du Québec, celui-ci nous fit parvenir une seconde version de la proposition législative peu avant la mi-novembre; cette nouvelle version fut étudiée par les deux mêmes comités lors d'une réunion conjointe tenue le 28 novembre 1997 et soumise à l'examen du Professeur Brun qui prépara un complément d'opinion, lequel apparaît à l'annexe III de ce mémoire.

¹ 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.

Alors que le Barreau croyait que les discussions avec le ministère auraient pour base ces documents, quelle ne fut pas sa surprise de recevoir le 22 décembre 1997 une troisième version de la proposition législative, dont le texte figure à l'annexe I du présent mémoire. Compte tenu de la période des Fêtes et de la fermeture des bureaux occasionnée par la tempête de verglas survenue dans la région de Montréal dès la première semaine de travail en janvier, cette troisième version, bien qu'envoyée aux membres des deux comités ci-haut mentionnés, n'a pu faire l'objet d'une rencontre. Le Professeur Henri Brun a toutefois eu l'opportunité de l'étudier et celui-ci maintient sa position tel qu'en fait foi copie de son document daté du 19 janvier 1998 (annexe IV).

Nul besoin d'insister sur le nombre de modifications qu'a subies le présent mémoire qui a dû être épuré non seulement de tous les commentaires généraux qui ne s'appliquaient qu'à la première ou à la seconde version de manière exclusive mais également de l'analyse article par article se rapportant à chacune des versions antérieures.

Ainsi, les commentaires du Barreau du Québec sur cette proposition législative du ministère modifiant le *Code de procédure civile* en matière notariale se divisent en deux parties : la première présente des commentaires sur des grands principes se rapportant aux trois versions; quant à la seconde partie, les commentaires qu'elle contient ne sont applicables qu'à la troisième version : ils offrent d'abord une analyse générale, puis une analyse spécifique, c'est-à-dire article par article, de cette troisième version.

PARTIE 1 – Commentaires applicables aux trois versions de la proposition législative

Les commentaires qui suivent — et qui sont applicables aux trois versions de la proposition législative — comportent cinq sections : la première analyse en quoi la proposition législative porte atteinte au principe de l'indépendance et de l'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*; la seconde porte sur le caractère public des auditions, également garanti par l'article 23 de la *Charte*, mais non respecté par la réforme proposée; la troisième section explique en quoi les 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) sont réduites au minimum. En quatrième lieu, les commentaires dénoncent le fait que ce pouvoir «judiciaire» est conféré à l'ensemble des membres d'un ordre professionnel, en l'occurrence la Chambre des notaires, sans aucun critère de sélection; enfin, la dernière section soulève certaines difficultés d'interprétation qui se révèlent à l'analyse des documents et qui contribuent à rendre la proposition législative inacceptable pour le Barreau du Québec.

1.1 Indépendance et impartialité institutionnelles

Tel qu'en fait foi l'avis juridique du Professeur Henri Brun (annexe II), la nature des décisions prises par le notaire² dans les matières visées par la réforme est essentiellement judiciaire par opposition à administrative ou ministérielle, puisque par l'exercice d'une discrétion, elles appliquent un certain nombre de normes

² Le fait que l'amendement à l'article 4 du *Code de procédure civile* faisant du notaire un «tribunal» relativement à certaines matières n'apparaisse plus dans la seconde version de la proposition législative ne change rien à l'opinion du Professeur Brun quant à la nature «judiciaire» des décisions prises par un notaire : voir à ce sujet le complément d'opinion (annexe III). La troisième version n'y change rien non plus même si les rédacteurs en ont retranché toute référence à une prise de décision par le notaire : à ce sujet voir nos commentaires en Partie 2 de ce mémoire.

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. Or, ce type de décisions 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 le notaire, dans le cadre de la réforme proposée, ne répond aucunement à cette exigence constitutionnelle.

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 pourrait, à l'égard d'un même client, porter tour à tour les chapeaux de conseiller juridique, de décideur et de notaire instrumentant!). Contrairement au juge ou au greffier, le notaire peut être « choisi » par celui ou celle qui retient ses services et est rémunéré par cette personne. Le choix du notaire se fera 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) et en fonction de l'empressement qu'il manifesterà à rendre une décision conforme à la demande qui lui est adressée, que celle-ci soit ou non dans l'intérêt de la personne à l'égard de qui la demande est formulée. L'on assistera donc dorénavant à du « notaire shopping »!

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. »³

(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. »⁴

(notre soulignement)

1.2 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 la proposition législative. En premier lieu, la privatisation de la justice proposée par celle-ci fait que les audiences se déroulent 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, les demandes adressées au notaire n'obéissant à

³ Le Code civil du Québec, COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, Tome I, p. 171.

aucune forme ni délai, il n'y aura aucune possibilité de retracer les principaux éléments d'une demande verbale (art. 863.4), sauf ce qu'on pourra retrouver au procès-verbal du notaire déposé au greffe du tribunal à la fin du processus. Et même là, puisqu'aucune règle de compétence territoriale ne s'impose au notaire, le procès-verbal pourra être déposé n'importe où au Québec (seule l'homologation devra être décidée par un juge ou un greffier du district de résidence du mineur ou du majeur inapte). 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 vérifier la légalité du processus jusqu'à l'étape de l'homologation; or, la proposition législative est muette tant à l'égard de la signification ou de la notification de cette « requête en homologation » qu'à l'égard du droit des personnes intéressées d'y être entendues.

La proposition sous étude fait disparaître les dispositions du Code actuel relatives à la compétence territoriale du tribunal : tout notaire exerçant au Québec peut 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.

1.3 Garanties procédurales

Les modifications suggérées par la proposition législative vont complètement 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

⁴ Idem, p. 172.

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 1990⁵, tant le ministre de la Justice d'alors (M^e Gil Rémillard) que le représentant de l'Opposition officielle (M^e 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^e 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. »⁶

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

⁵ 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).

⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Vol. 30, No 119 (31 mai 1989), p.6137.

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. »⁷

(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. L'adoption de la proposition législative 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 rien dire.

Tel que dit précédemment, les demandes n'obéissent à aucune formalité : 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 comment, à qui et 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.

Autre exemple de l'absence de garanties : 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, et de l'interrogatoire de celui-ci (rien ne l'oblige à en tenir compte selon les termes de l'article 878.2).

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 la proposition législative, il est dit que le notaire saisi d'une demande doit « s'assurer que tous les intéressés sont notifiés de la demande,

⁷ Idem.

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 préliminaires 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 (quel dossier?) au tribunal compétent.⁸ Comment le notaire évaluera-t-il s'il est confronté à une observation ou à une représentation (le procès-verbal ne doit faire mention que des secondes)? si l'observation ou la représentation équivaut à une contestation réelle? Jusqu'où la contestation doit-elle aller pour être considérée par le notaire qui l'entend comme étant « réelle »? Qu'arrive-t-il si la contestation ne porte pas sur le bien-fondé de la demande principale mais uniquement sur une demande incidente? 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'inaptitude (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

⁸ 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 dans la troisième version.

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.

Enfin, et ceci est probablement le commentaire le plus important eu égard à la protection des droits de la personne, on n'a aucune assurance que les critères devant présider à l'audition de ce genre de demandes et qui sont énoncés au *Code civil du Québec* — aux articles 257 à 259 notamment — recevront application dans ce contexte de privatisation de la justice. On n'est guère plus assuré que les dispositions relatives à l'administration provisoire (art. 272 à 275 C.c.Q.) seront appliquées ni comment elles le seront. Enfin, 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 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.

1.4 Application générale de la compétence

En vertu de la proposition législative sous étude, 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 cette proposition législative.

1.5 Quelques difficultés d'interprétation

- Le *Code de procédure civile*

Étant donné qu'en vertu des dispositions contenues à la proposition législative 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.

Ainsi, dans la première version de la proposition législative il était énoncé que les demandes introduites devant notaire n'étaient soumises à aucune forme ni délai (il s'agissait d'un alinéa ajouté à l'article 862 du C.p.c.), ce qui écartait clairement l'application du délai de dix jours mentionné à l'article 862 quant à la présentation de la requête. Or, les deuxième et troisième versions ne parlent plus de « forme ou délai » mais de « formalité » : est-ce à dire que bien que pouvant être verbales, les demandes présentées devant notaire ne pourront l'être qu'après un délai de dix jours de leur notification conformément aux prescriptions de l'article 862 ou doit-on plutôt interpréter le mot « formalité » comme visant tant la forme que le délai, excluant ainsi l'application du délai de dix jours?

Autre 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, donc qui ne serait soumise à aucune formalité ou si ce sont toutes les demandes, tant incidentes que principales? La lecture des articles 862 à 863.7 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 à » à l'article 863.4 et le fait que le procès-verbal du notaire ait à relater les faits sur lesquels se fondent les demandes (art. 863.5 – 2^e al.) laissent 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 signifierait que le mot « demandes » à l'article 863.4 (2^e al.) 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, compte tenu du second alinéa de l'article 863.4 qui énonce que les demandes présentées devant notaire n'obéissent à aucune formalité? 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 la proposition législative 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. Cela remet-il en question le droit à la représentation par avocat devant le notaire? Pourquoi ce double régime?

- *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. Quelques interrogations se posent cependant. Plusieurs dispositions de la proposition législative contiennent une référence à l'un ou l'autre des articles du *Code civil du Québec* : cela implique-t-il un renvoi total ou partiel au Code? En d'autres termes, les règles du Code civil relatives aux matières visées par la proposition législative s'appliquent-elles dans leur intégralité ou s'agit-il d'une application limitée aux articles auxquels on réfère (ou possiblement à quelques autres)? Dans la seconde hypothèse — qui aurait pour effet de diminuer substantiellement les garanties des justiciables — il y aurait lieu de préciser lesquelles reçoivent application. À titre d'exemples, qu'advient-il des articles 257 à 259 (critères devant présider à la nomination d'un tuteur, d'un curateur ou d'un conseiller), ou de l'article 272 (ordonnance de garde pendant l'instance)? Le notaire est-il lié par l'article 276 C.c.Q. (obligations du tribunal saisi d'une

demande d'ouverture d'un régime de protection), lequel semble en exiger bien davantage du tribunal que n'en impose au notaire l'article 878.2 C.p.c. tel qu'amendé, notamment au chapitre de l'obligation de faire entendre le majeur et de la prise en considération des rapports d'expertise et d'autres éléments de preuve? 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 863.5 C.p.c. Or, on ne saurait modifier ou écarter des règles de fond par des règles de procédure.

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 – Commentaires relatifs à la troisième version de la proposition législative

2.1 Commentaires généraux

2.1.1 Le processus décisionnel devant notaire

Malgré la disparition, dans les deuxième et troisième versions, de l'amendement à l'article 4 du *Code de procédure civile* qui faisait du notaire un tribunal en certaines circonstances, cela ne change en rien la nature judiciaire des décisions que rend le notaire dans les matières où la proposition législative lui confère juridiction. À cet égard, nous référons le lecteur à l'avis juridique du Professeur Henri Brun (avis initial et complément d'avis) que l'on retrouve aux annexes II et III du mémoire : le Professeur Brun, en s'appuyant sur quelques arrêts de la Cour suprême du Canada, y explique pourquoi il considère que les décisions visées par la proposition législative sont de nature judiciaire et ce, tant sous l'aspect substantif que sous l'aspect procédural. Voici en quels termes il s'exprime :

« Du point de vue substantif, ces décisions sont en effet destinées, comme nous l'avons vu dès le départ, à l'application à des cas particuliers d'ensembles normatifs déjà prévus par le *Code civil du Québec*. Du point de vue procédural, tant le *Code de procédure civile* actuel que le document de travail entourent ces mêmes décisions de garanties qui font que le processus s'apparente à celui qui a cours devant les tribunaux judiciaires. Comme d'autre part la Cour suprême a reconnu, nous l'avons vu, que ce genre de décision affecte les droits à la liberté et à la sécurité de la personne enchâssés dans la Constitution à l'article 7 de la Charte canadienne des droits (ce qui doit valoir pour ces mêmes droits énoncés à l'article 1 de la Charte québécoise), il est difficilement possible de soutenir que ces décisions ne seraient pas sujettes au régime

de justice de l'article 23 parce qu'elles seraient de nature purement administrative. ».⁹

Et même après le retrait du mot « décision » dans la troisième version, le professeur Brun n'en est pas moins convaincu que le notaire rend encore et toujours une décision de nature judiciaire :

« 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 des limites. Pour que l'intervention notariale soit un acte professionnel facultatif, il faudrait tout simplement qu'on s'abstienne de légiférer. »¹⁰

On note en effet dans la troisième version de la proposition législative 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. C'est d'ailleurs la position qu'a soutenue le ministère de la Justice du Québec au cours d'une rencontre avec les représentants du Barreau le 20 janvier 1998. Il est vrai que le mot « décision » n'est jamais associé au rôle exercé par le notaire dans cette troisième version : la prise de décision, si l'on se fie à l'article 863.5, semble relever exclusivement de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, du conseil de tutelle ou des personnes « intéressées » au sens du premier alinéa de cet article, ce qui va tout à fait à l'encontre des règles du *Code civil du Québec*, à l'exception de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis qui a le pouvoir de nommer le conseil de tutelle (art. 222 C.c.Q.).

Hormis cette exception de même que celle de la vérification de testament, les décisions relatives aux demandes portées devant notaire doivent toutes être prises

⁹ Voir annexe II, p. 8.

¹⁰ Voir annexe IV, p. 2.

par le tribunal¹¹. Puisqu'une règle de procédure ne saurait valablement modifier une règle de fond édictée par le *Code civil du Québec*, toute décision portant sur ces matières et émanant d'une personne autre qu'un juge ou un greffier de la Cour supérieure serait illégale. Ainsi, ni l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, ni le conseil de tutelle, ni les personnes intéressées n'ont compétence constitutionnelle pour nommer un tuteur, un curateur ou un conseiller, pour interroger le majeur dans les cas d'ouverture d'un régime de protection ou de mandat en cas d'incapacité, pour décider du degré d'incapacité du majeur, du régime de protection le plus approprié ou des actes qu'il pourrait être autorisé à accomplir seul, pour déterminer la façon de pourvoir à l'administration provisoire des biens du majeur le cas échéant, ou pour statuer sur sa garde. Tel que rédigé, le deuxième alinéa de l'article 863.5 est donc inconstitutionnel, l'avis des personnes qui y sont énumérées n'étant que consultatif, à l'exception, tel que mentionné plus haut, de l'assemblée de parents qui est autorisée à former le conseil de tutelle.

Mais alors la question se pose : y a-t-il ou non décision «judiciaire» dans le bureau du notaire? Si, comme le soutient le ministère, 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 863.8, on peut dès lors s'interroger sur la pertinence et l'utilité de cette étape supplémentaire par rapport au système actuel, et sur les coûts importants qu'elle ne manquera pas d'entraîner pour les justiciables. Cette hypothèse comporte en outre une difficulté majeure, un accroc sérieux à un principe fondamental de justice : 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

¹¹ Voir à cet effet les articles 205 C.c.Q. pour la tutelle au mineur, 268 et, de façon corollaire, 272, 274, 281, 285, 288, 291 et 293 pour l'ouverture d'un régime de protection, ainsi que 2166, 2169, 2172 et 2177 pour le mandat en cas d'incapacité.

mêmes du droit judiciaire. Cet accroc est d'autant plus sérieux que la procédure d'homologation prévue à la proposition législative ne donne ouverture à aucun débat, ni sur l'opportunité ni sur la légalité des décisions envisagées : en effet, les dispositions de la proposition législative ne contiennent rien sur la signification aux intéressés de ce « procès-verbal-requête », sur leur convocation à une audition ou sur leur droit d'être entendus. Le juge ou le greffier 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. Cette façon d'exercer le pouvoir judiciaire ne respecte aucunement les 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 l'hypothèse soutenue par le ministère à l'effet qu'il n'y a pas de décision prise par le notaire comporte des difficultés certaines.

Pour sa part, le Barreau du Québec estime au contraire que le processus qui se déroule dans le bureau du notaire constitue un processus judiciaire donnant lieu à des décisions, lesquelles doivent être homologuées pour se voir conférer un caractère exécutoire compte tenu du retrait de l'amendement à l'article 4 du *Code de procédure civile* faisant du notaire un tribunal dans ces matières.

La formulation de plusieurs dispositions de la proposition législative 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.

1) Expressions tendant à démontrer que le notaire est un « quasi-tribunal » :

- Les demandes sont présentées à un notaire : art. 863.4 (disposition générale), 876.2 (nomination ou remplacement d'un tuteur au mineur), 877.01, 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 ou demanderesse (surtout qu'il conserve son pouvoir décisionnel en matière de vérification de testament, sa décision n'ayant pas à être homologuée (art. 863.7 – 2^e al.)). Une partie, lorsqu'elle consulte un avocat, présente-t-elle une demande d'ouverture de régime de protection à ce dernier? Non, elle lui demande de préparer la requête et de la présenter à un juge ou à un greffier pour que celui-ci statue sur le contenu de la requête.

- Certaines demandes peuvent être « présentées au juge, au greffier ou à un notaire exerçant au Québec » (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? Ne s'agit-il pas de trois forums différents offerts aux justiciables pour présenter leur requête?
- La demande pour constater la prise d'effet — on ne parle plus ici d'homologation — d'un mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude, la cessation des effets ou la révocation d'un tel mandat « peut également être présentée à un notaire exerçant au Québec » (art. 884.7). L'utilisation du mot « également » évoque nécessairement l'idée que la même chose ou le même geste peut être fait ailleurs. Le Petit Robert 1 nous réfère

- aux mots « de même, aussi, pareillement », que l'on peut remplacer, dans ce contexte-ci, par « à un juge ou à un greffier du district où le mandant a son domicile ou sa résidence » (art. 884.1).
- La proposition législative réfère souvent, comme c'est le cas lorsqu'on parle d'un tribunal, au concept juridique « saisir » : le notaire saisi d'une demande (art. 863.5 et 884.8); le notaire doit se dessaisir (art. 863.6 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. 863.6);
 - « le procès-verbal de nomination ou de remplacement d'un tuteur, le procès-verbal d'ouverture ou de révision d'un régime de protection à un majeur » (art. 863.7) : on ne saurait déduire des mots utilisés que le procès-verbal ne contient que des suggestions ou des recommandations, alors que le procès-verbal de vérification d'un testament (art. 863.7 – 2^e al.), lui, ferait état d'une réelle décision! Comment peut-on défendre une telle idée?
 - convoquer une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis « en vue de conférer une tutelle au mineur » (art. 876.2) : le mot «conférer» n'implique-t-il pas que la tenue d'une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis aboutira nécessairement à une décision nommant un tuteur au mineur? Rappelons qu'en vertu du *Code civil du Québec* la nomination d'un tuteur ne peut résulter de la décision de cette assemblée (art. 200 et 205 C.c.Q.), laquelle n'a le pouvoir que de désigner les personnes qui composeront le conseil de tutelle (art. 228 C.c.Q.);
 - « Lorsqu'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 et 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. Comment prétendre que dans un cas le processus est judiciaire et débouche sur une décision mais pas dans l'autre?
 - 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).
 - 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^e 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. 863.6).
 - En matière de régimes de protection d'un majeur, le juge ou le greffier peut ordonner, en tout temps avant jugement, la production de toute preuve additionnelle ou l'assignation de toute personne dont il estime le témoignage utile (art. 878.3); le notaire, quant à lui, peut exiger toute preuve additionnelle ou la présence de toute personne intéressée (art. 878.2 – 2^e al.).
 - Relativement au mandat en cas d'incapacité, la demande présentée à un juge ou à un greffier — elle origine du mandataire — doit être signifiée au mandant, à une personne raisonnable de sa famille et au curateur public (art. 884.1) alors que celle présentée à un notaire est notifiée au mandant, au mandataire s'il n'est pas lui-même demandeur, au curateur public et à l'une des personnes mentionnées à l'article 15 du Code civil (tuteur, curateur, conjoint, proche parent ou personne démontrant un intérêt particulier pour le majeur) (art. 884.7 – 2^e al.).

- Dans cette même matière, dans les deux cas, on doit obtenir une évaluation médicale et psychosociale constatant l'inaptitude du mandant ainsi qu'une copie du mandat (art. 884.2 et 884.8), on doit interroger le mandant (art. 884.4 et 884.8 –2^o al.) et tant le juge ou le greffier « saisi » de la demande que le notaire « saisi » vérifient l'inaptitude du mandant, l'existence du mandat et sa validité s'il est fait devant témoins (art. 884.3 et 884.8).
- En ce qui concerne la vérification de testament, le greffier peut dispenser le requérant d'appeler tous les successibles connus à la vérification lorsqu'il serait peu pratique ou trop onéreux de tous les appeler, et déterminer les personnes à qui signification ou notification sera faite; le notaire possède les mêmes pouvoirs sauf qu'il se dispense lui-même (art. 888 – 1^{er} et 2^e al.).
- Quant aux lettres de vérification, les règles sont également similaires et formulées sensiblement dans les mêmes termes (art. 894 – 1^{er} et 2^e al.).

2) Similitudes quant au processus judiciaire proprement dit :

Bien qu'on ait retiré de la troisième version de la proposition législative toute allusion à une décision pouvant être prise par le notaire, cette troisième version doit être lue et examinée en continuité avec les deux précédentes. Dans cette perspective, il apparaît 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.

- À l'instar du tribunal, du juge ou du greffier, le notaire doit s'assurer que la demande qui lui est présentée a été notifiée à tous les intéressés et 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.
- Tel que mentionné plus haut, les demandes sont « présentées » à un notaire; le notaire « saisi » d'une demande doit, en certaines circonstances, s'en « dessaisir ».
- « 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 - voir article 8 de la proposition législative), 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 exiger toute autre preuve additionnelle ou la présence de toute autre personne.
- 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 de l'inaptitude 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'incapacité 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 beaucoup moins contesté par le ministère 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 préliminaires applicables à toutes les demandes, soit « observations ou représentations »). Tout comme le greffier, il peut décider de ne pas notifier tous les héritiers et successibles connus, pour des raisons de coûts — il se dispense alors lui-même — et peut déterminer les personnes à qui notification sera faite. Enfin, le notaire, à l'instar du greffier, « examine l'original du testament » ou la copie certifiée qui en tient lieu et peut exiger la remise de l'original de toute personne qui le détient.

S'il s'agit d'un processus judiciaire (ou quasi-judiciaire) dans le cas d'une vérification de testament, pourquoi n'en serait-il pas de même dans les autres matières, alors qu'on utilise les mêmes termes dans les deux situations et que le processus d'audition est sensiblement le même pour le greffier ou le juge que pour le notaire, quelle que soit la nature de la demande? Le fait que le *Code civil du Québec*, à son article 772, n'exige pas, pour la vérification de testament, de décision du tribunal mais se contente de référer à la procédure prévue au *Code de procédure civile*, ne saurait à lui seul expliquer cette différence d'interprétation.

Sans mettre en doute la bonne foi des rédacteurs de la proposition législative, force nous est de conclure que pour répondre aux arguments d'inconstitutionnalité

soulevés par le Professeur Brun, on a tenté de maquiller la réalité en retirant de la troisième version le mot « décision » dans le contexte du travail du notaire. Il sera toutefois difficile de convaincre un juge appelé à « homologuer les procédés » du notaire, ou encore saisi d'une requête pour jugement déclaratoire, d'une action en nullité ou d'une demande en évocation, que tout ce processus n'est aucunement décisionnel et ne revêt aucun caractère judiciaire ou quasi-judiciaire. **Même l'article 885 C.p.c., amendé par la proposition législative, reconnaît que l'homologation prévue au Livre VI de ce code porte sur une décision ou sur un acte; or, dans ce contexte-ci, il ne peut s'agir que d'une décision.**¹².

2.1.2 L'homologation

On peut s'interroger sur la nature exacte de la procédure d'homologation prévue à l'article 863.8 de la proposition législative. Généralement, l'homologation a pour but de rendre une décision exécutoire sans toutefois se pencher sur le fond de la question. Or, de l'avis du ministère, rien de ce qui se déroule dans le bureau du notaire ne donnerait lieu à une décision; contrairement à ce qu'énonce pourtant l'article 885 C.p.c. auquel nous référerions plus haut, l'homologation ne porterait que sur des « procédés », concept nouveau dans notre *Code de procédure civile*. Mais alors d'où émanerait la décision d'opportunité dans tout ce processus? qui déciderait du bien-fondé de la demande? Ce n'est certes pas par une procédure d'homologation, même si elle peut engendrer un certain contrôle de la légalité du processus, que la Cour supérieure se prononcerait sur le mérite. Ce n'est guère davantage par l'exercice du droit d'appel qui y est rattaché, ce dernier portant exclusivement sur l'homologation proprement dite. Rappelons que le mérite dans ces matières touche le droit à la liberté et à la sécurité des personnes de même que la négation, plus ou moins complète, de l'exercice de leurs droits civils. Quelqu'un doit donc s'y pencher. Or, la proposition législative, en suggérant

¹² 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 ».

l'homologation comme sanction judiciaire, nie aux juge, greffier et tribunal cette responsabilité qui pourtant leur incombe en vertu du *Code civil du Québec*.

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, tel que nous le verrons plus loin, l'homologation ne saurait couvrir cette illégalité basée sur une incompétence constitutionnelle. De plus, 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.

Une troisième hypothèse peut être envisagée : l'homologation ne serait pas une véritable homologation mais plutôt la sanction judiciaire d'un processus initié devant notaire, où on aurait procédé à toutes les consultations requises et où tous les avis, expertises et interrogatoires ainsi que toute la preuve auraient été présentés. Mais alors se poserait le problème soulevé plus tôt : le décideur, en l'occurrence la Cour supérieure, se prononcerait sur le fond sans avoir entendu la preuve et sans en avoir apprécié les éléments, ce qui est contraire au principe même du droit judiciaire.

Quel que soit le sens que l'on donne à la procédure d'homologation, et bien qu'on reconnaisse qu'elle soit plus large dans la troisième version que dans la deuxième en ce qu'elle ouvre la porte à un certain contrôle de légalité, il faut toutefois admettre que dans l'état actuel de la proposition législative, 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. 884.9) — dans les cas d’ouverture ou de révision d’un régime de protection, c’est uniquement l’avis de dépôt du procès-verbal qui est notifié (art. 882) — il 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 ministère ne devrait pas sous-estimer.

2.1.3 Le conflit d’intérêts

Quel que soit le rôle du notaire — celui de conseiller juridique ou de décideur — le Barreau continue de voir dans cette privatisation de la justice que constitue la réforme proposée 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. Qui alors prendra les intérêts de la personne visée par la demande? Comment le notaire peut-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, peut-être un peu moins formaliste qu’à l’intérieur d’une salle d’audience d’un Palais de justice bien que plusieurs salles plus conviviales y aient été aménagées, il se trouve aussi en perpétuel conflit d’intérêts puisque choisi et rémunéré par son client-demandeur.

On doit en outre se rappeler que le notaire a intérêt à conserver le client et à régler les petites mésententes qui peuvent survenir dans son bureau afin de ne pas se dessaisir d'un dossier, compte tenu des nouveaux mandats que ce client sera susceptible de lui confier. Il répugne toutefois à l'esprit et 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.

2.1.4 L'ajout de recours ultérieurs

On note enfin, dans la troisième version de la proposition législative, 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. En d'autres termes, on tente 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.»¹³

Ainsi, la doctrine de l'épuisement des recours ne saurait couvrir une décision inconstitutionnelle, prise au mépris des règles fondamentales de justice.

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 la totale inutilité des modifications proposées : celles-ci ne feraient alors qu'ajouter une étape facultative au processus décisionnel et entraîner inévitablement coûts et délais pour ceux et celles qui décideraient de s'en prévaloir. Aucun amendement législatif ne serait alors requis.

2.1.5 La compétence territoriale des notaires

À la lecture de la proposition législative, on constate que dans plusieurs cas, tout notaire exerçant au Québec a compétence (convocation et constitution d'un conseil de tutelle, mandat en cas d'inaptitude, vérification de testament et lettres de vérification) alors que dans les autres, on fait référence à un notaire, sans plus.

¹³ [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.), p. 2117-2118.

Les mots « exerçant au Québec » ont-ils un sens? L'absence de ces mots aux articles 876.2 et 877.01 est-elle reliée au fait qu'en matière de tutelle au mineur, la procédure commence toujours par la convocation d'une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis et la constitution d'un conseil de tutelle et qu'en matière d'ouverture de régime de protection d'un majeur, les règles relatives à la tutelle au mineur s'appliquent, conformément à l'article 266 du *Code civil du Québec*? Est-elle plutôt la conséquence de l'application possible de l'article 70.2 du *Code de procédure civile* à ces demandes? *A contrario*, la présence de ces mots aux autres articles a-t-elle pour but de contrer l'application des articles spécifiques du Code relatifs à la compétence territoriale des tribunaux?

2.2 Analyse détaillée

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, la proposition législative soumise à notre examen comporte des faiblesses sur le plan de la rédaction, plongeant souvent le lecteur sinon dans la plus totale confusion, à tout le moins dans un doute sérieux quant à la portée juridique de certaines dispositions. Contrairement à son habitude, le Barreau du Québec, compte tenu de son opposition globale face à ce projet gouvernemental, ne suggérera pas de modifications au texte ni d'améliorations.

Article 1 (art. 863.4 à 863.9 C.p.c.)

Article 863.4

Alors que le ministère dit vouloir déjudiciariser certaines matières non contentieuses par ce projet de loi, comment peut-il en être ainsi puisqu'il confère au notaire, comme on l'a vu dans la section 2.1 du présent mémoire, certains pouvoirs de nature judiciaire? N'y a-t-il pas là une contradiction? Ne doit-on pas plutôt parler de « privatisation de la justice »? L'on revient à la case « départ » 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, de la règle de droit et du « due process of law » que confère un système de justice publique? 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.

Si le notaire possède des pouvoirs judiciaires, comment peut-il ne pas obéir aux mêmes règles et ne pas offrir les mêmes garanties que tout autre tribunal? 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. Peut-on imaginer qu'une demande pour « faire interdire » un parent ou un conjoint puisse se traduire par un simple appel téléphonique à un notaire et se décider dans les 48 heures, après que le notaire se soit assuré que son client (le requérant) a avisé ses proches et les a informés, dans ses propres mots, de ce qui se passera dans l'étude du notaire? 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.

Non seulement tout pourra se faire verbalement (à l'exception de la décision qui sera consignée au procès-verbal du notaire et dont copie sera déposée au greffe) mais aussi 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 (en matière de vérification de testament le notaire a même discrétion, en vertu de l'article 888, pour déterminer les personnes à qui la notification sera faite), ce qui accentuera le caractère caché de cette justice privée qui fait craindre beaucoup pour la protection des droits des justiciables. On assistera à une justice rapide, certes, mais à quel prix?

Que se passera-t-il lors d'une demande verbale (par téléphone ou autrement)? On peut supposer que, dépendamment du lieu, des pratiques ou du fait que le requérant sera ou non déjà client du notaire, ce dernier demandera au client de résumer sa demande par écrit, ou il le fera lui-même en se fiant aux dires de ce client¹⁴; ou encore, il refusera de procéder en pareilles conditions et le client s'adressera au notaire voisin et ainsi de suite jusqu'à ce qu'il trouve un notaire qui acceptera de faire droit à sa requête selon ses vœux. Veut-on de cette justice à rabais?

Le fait que les demandes puissent être verbales signifie qu'elles pourront être acheminées par téléphone, en personne ou par personne interposée, n'importe où, au bureau du notaire, à la pharmacie, au restaurant, dans le métro ou ailleurs, sans aucun encadrement; elles pourront évidemment aussi être présentées sous forme écrite mais n'obéir à aucune règle précise (par télécopieur, par courrier électronique, par lettre ou par tout autre moyen de communication). Nous référons le lecteur aux commentaires formulés précédemment, notamment aux craintes exprimées par le Barreau face à l'absence de protection des droits des citoyens visés par ces demandes. Résumons-les ainsi : 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 placerait les justiciables devant un système de justice à deux vitesses, l'un encadré et l'autre, laissé à l'improvisation. Il n'est pas souhaitable d'avoir, à l'intérieur d'un même chapitre d'une loi, deux systèmes parallèles (les articles 863 à 863.3 applicables au juge ainsi qu'au

greffier et les articles 863.4 à 863.9 applicables au notaire) fondés sur des principes juridiques différents, parfois opposés, mais applicables aux mêmes personnes dans des situations juridiques similaires : une telle juxtaposition de régimes sèmera doute, confusion et incertitude et aura pour effet de discréditer encore davantage notre système de justice.

Article 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? Parle-t-on ici de la notification au sens des articles 146.1 et suivants du *Code de procédure civile*? Dans l'affirmative, devra-t-on notifier un résumé de la demande préparé par le requérant? par le notaire? Comment s'assurer que ce résumé contiendra tous les éléments essentiels de la demande? 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?

Les procès-verbaux des notaires risquent de varier selon les notaires et selon les circonstances. 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

¹⁴ En matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection, le notaire doit en effet « établir une déclaration relatant les faits qui fondent la demande », forcément à partir de ce que lui raconte son client (art. 877.01) et le notaire entend ensuite la preuve sur cette déclaration!

suite pour différentes raisons, ne sera pas porté à faire état de ces tentatives infructueuses dans son procès-verbal. En outre, l'accès au dossier du notaire – donc son contrôle – échappera totalement aux personnes intéressées par la demande qui lui sera soumise, contrairement au dossier de la Cour qui, dans la très grande majorité des cas, est accessible à tous. Devra-t-on avoir recours à la procédure du compulsoire conformément aux articles 866 et 867 C.p.c. pour y avoir accès? Et jusqu'où ira cet accès? Le dossier du notaire sera-t-il assujéti aux règles de pratique, notamment à la règle 13.1 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière civile*, qui protège l'accès aux rapports d'expertise?

Toujours en ce qui a trait au procès-verbal, n'est-il pas curieux que celui-ci ne fasse mention que des représentations, laissant de côté les observations : est-ce volontaire ou s'agit-il simplement d'un oubli des rédacteurs? Que vise-t-on au juste par le mot « délibérations »? Qui est censé « délibérer » dans ce processus? En outre, pour les motifs énoncés précédemment dans les commentaires généraux, il est inexact juridiquement de référer aux décisions prises par l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis, par le conseil de tutelle ou les personnes intéressées, l'avis de toutes ces personnes, dans le cadre des demandes présentées à un notaire, n'étant que consultatif conformément aux prescriptions du *Code civil du Québec* (à l'exception de l'assemblée qui peut désigner les membres du conseil de tutelle)¹⁵.

Le second alinéa utilise les mots « les demandes »; on suppose qu'ils visent, en plus de la demande principale, les demandes incidentes, soit celles qui sont faites en cours d'instance : qu'advient-il lorsqu'une personne présente dans le bureau du notaire lors de « l'audition » demande la production d'un document ou une contre-expertise par exemple? Puisqu'il serait inconstitutionnel que le notaire émette une injonction, comment pourra-t-il s'assurer que sa décision sera respectée (dans l'hypothèse où cette contre-expertise lui paraîtrait constituer « une preuve nécessaire pour prendre une décision opportune »)? Si cette demande est

¹⁵ Voir supra, note 11.

contestée, le notaire devra-t-il se dessaisir du dossier, tel que le prescrit l'article 863.6, même si cette contestation ne porte pas sur la demande principale?

Le troisième alinéa de cet article introduit un nouveau concept, celui de « procédés ». Que vise-t-il exactement? S'agit-il de l'équivalent du mot « opérations » que l'on retrouve à l'article 863.6 ou est-ce différent? Puisqu'en vertu de cette disposition le notaire doit inscrire dans son procès-verbal un « rapport complet et circonstancié de ses procédés », et que comme tout procès-verbal, celui du notaire est susceptible d'être contesté, il y aurait lieu d'être plus explicite sur la portée de cet alinéa si l'on veut que les recours ouverts aux justiciables veuillent dire quelque chose. Le Barreau s'oppose à ce que la réforme proposée, qui semble n'avoir pour but que d'aider une catégorie de professionnels en perte de vitesse, serve d'occasion pour intégrer au *Code de procédure civile* des notions nouvelles ou des concepts nouveaux, surtout à l'heure où l'idée d'une réforme globale de la procédure civile au Québec rallie de plus en plus d'adeptes.

En outre, le rapport dont il est fait mention à ce troisième alinéa doit être accompagné des « actes et déclarations qu'il est tenu de rédiger » : tenu par la *Loi sur le notariat*¹⁶ ou par le *Code civil du Québec*? À quels « actes » fait-on référence? À des actes où le notaire aurait agi comme notaire instrumentant dans ce même dossier? Le Barreau s'est déjà prononcé contre cette confusion des rôles du notaire encouragée par cette réforme et susceptible de mettre en péril la protection des droits des justiciables. Où est donc l'indépendance et l'impartialité du décideur?

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

¹⁶ L.R.Q., chapitre N-2.

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*.

Article 863.6

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 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 mécontentes sur des aspects secondaires ou encore sur des demandes incidentes? Qui prendra les décisions sur ces questions?

L’article mentionne enfin 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?

Article 863.7

L’ancien article 863.7 concernant la récusation du notaire disparaît complètement de la troisième version. Ce retrait fait-il partie de l’opération maquillage dont le but est de laisser croire que le pouvoir du notaire n’est pas décisionnel? Les causes de récusation sont pourtant nombreuses dans cette réforme.

Quant au nouvel article, nous référons le lecteur aux commentaires généraux (sections 2.1.2 et 2.1.4). Qu’il suffise de rappeler qu’il ne s’agit plus d’une homologation automatique comme dans la seconde version 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 la proposition législative est muette sur la possibilité de quiconque d’intervenir à cette étape. D’autre part, tel que le souligne le Professeur Brun dans son document du 19 janvier 1998 (annexe IV), 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. Voici en quels termes il s'exprime :

« À notre avis, cet échafaudage ne tiendrait pas. Ce n'est pas parce qu'il y a homologation, et qu'existent des possibilités de révision et d'appel, qu'on peut confier n'importe quelle sorte de décisions à n'importe quels décideurs, quel que soit leur statut d'indépendance et d'impartialité institutionnelles. Comme il s'agit ici de la capacité des personnes d'exercer leurs droits civils, les décisions qui peuvent être prises doivent l'être par des décideurs institutionnellement indépendants et impartiaux au sens des Chartes canadienne et québécoise, ce qui ne serait pas le cas des notaires suivant le projet de loi. »¹⁷

Un second commentaire, relativement à cet article, porte sur la prise d'effet des décisions du notaire, notamment eu égard au régime de protection d'un majeur. Conformément à l'article 81 du *Code civil du Québec*, le majeur sous tutelle a son domicile chez son tuteur, celui sous curatelle chez son curateur. Or, si le régime de protection est ouvert (ou révisé) dès que la décision est rendue par le notaire — l'article 878.2 (2^e 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 effective ou exécutoire à l'égard des tiers cette décision, le jugement d'homologation devra être prononcée dans le district du domicile du tuteur ou du curateur et non dans celui du domicile du majeur s'il est différent. Par contre, si comme le prétend le ministère, aucune décision judiciaire n'est prise à l'étape 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 rendue cette décision devra être celui du domicile du majeur.

¹⁷ Voir annexe IV, p. 3.

Article 863.8

Rien n'indique que le juge ou le greffier entend les parties à cette étape. Tel que mentionné précédemment, la nature de cette homologation est plutôt ambiguë : le juge ou le greffier devrait, conformément à l'article 885 C.p.c., homologuer une décision alors que le présent article réfère plutôt à des « procédés ». Il ne semble toutefois pas examiner le mérite de la demande; s'il rejette les procédés, il peut cependant prononcer une ordonnance de sauvegarde. Le Barreau du Québec estime toujours que le notaire entend une preuve et qu'existe, au terme de cette audition, une décision. En l'absence de toute décision à ce niveau, comme le prétend le ministère, l'homologation ne constitue pas la procédure appropriée puisqu'il doit y avoir, après l'instruction de la preuve, une décision sur le mérite de la demande, que celle-ci soit contestée ou non, et cette décision doit émaner de la personne devant qui s'est déroulé ce processus judiciaire d'audition et d'appréciation de la preuve.

Article 863.9

Contrairement à la deuxième version de la proposition législative, la révision aurait pour objet non plus la décision de fond telle que consignée au procès-verbal du notaire mais la décision du greffier sur la demande d'homologation, ce qui inclut sans doute le refus d'homologuer. Hormis le notaire, quelle est donc l'autorité judiciaire qui se prononcera sur le mérite de la demande conformément au *Code civil du Québec*?

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?

Quand le délai de dix jours commence-t-il à courir? Compte tenu que la décision du greffier est considérée comme une décision et non comme un jugement aux termes du présent article, sera-t-elle signifiée conformément aux articles 863.3,

883 et 884.6? Comment les personnes intéressées seront-elles informées de leur droit de demander une révision? Ne faudrait-il pas que le jugement d'homologation soit signifié à toutes les personnes intéressées, y compris à la personne visée par la demande, compte tenu qu'il pourrait contenir une ordonnance de sauvegarde?

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'incapacité 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 quasi-tribunal jouent

constamment en alternance, ce qui contribue à miner la confiance du public dans l'administration de la justice.

On peut enfin s'interroger sur ce qu'il adviendra du mineur ou du majeur inapte, surtout s'il y a urgence, entre la décision prise dans le bureau du notaire et la décision sur l'homologation ou l'ordonnance intérimaire, dans l'hypothèse où, selon les dires du ministère, la décision du notaire n'en serait pas une? Comment leurs droits et leur patrimoine seront-ils protégés? Qui prendra soin d'eux?

Article 2 (art. 866 C.p.c.)

La proposition législative utilise ici l'expression « aux termes de... » au pluriel. Or, cette expression n'a pas le même sens selon qu'elle est employée au singulier ou au pluriel : dans la première hypothèse, elle signifie « à la fin de... » alors que dans la seconde elle veut plutôt dire « conformément à ». Quel sens a-t-on voulu lui donner au présent article?

Article 3 (art. 872 C.p.c.)

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 perpétuel 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 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 il aura obtenu son mandat l'empêcheront de jouir de la plus entière objectivité dans sa prise de décision. Le fait que la décision du notaire puisse être homologuée par un juge ou un greffier conformément à l'article 863.8 ne saurait couvrir l'illégalité de celle-ci qui découle de l'inconstitutionnalité du processus lui-même.

Article 4 (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)?

Aux termes de cet article, le notaire se limite à informer le mineur âgé de quatorze ans de la demande qui lui est présentée. Encore une fois, les garanties rattachées à une demande devant notaire sont moindres que celles qu'offre le système traditionnel : l'article 886 C.p.c. exige en effet que la demande lui soit notifiée.¹⁸ L'homologation ne saurait pallier les lacunes de ce système de justice à deux vitesses. En outre, le notaire doit non pas signifier ni même notifier les père et mère, frères et sœurs et autres ascendants du mineur mais uniquement les **informer**. Les convoque-t-il par téléphone? L'article mentionne en outre qu'en cas de remplacement du tuteur (démission, inconduite ou incapacité d'agir), le notaire doit aussi notifier le curateur public; mais de quoi le notifiera-t-il s'il s'agit d'une demande verbale? Devra-t-il préparer un écrit (pour lequel il chargerait sans doute des honoraires supplémentaires)?

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'affermirait 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

¹⁸ Il s'agit d'un exemple où une disposition du *Code de procédure civile*, pourtant d'application générale au Livre VI, est clairement exclue. Qu'en est-il des autres?

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.

Sur le plan de la forme, n'est-il pas étonnant qu'un chapitre du *Code de procédure civile* débute par une numérotation « xxx.2 »? Ne serait-il pas plus approprié de renuméroter l'actuel article 876.1, 876.0.1 et d'entamer le chapitre avec l'article 876.1?

Article 5 (art. 877.01 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 personne¹⁹), 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

¹⁹ 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.

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 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. 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.

Tel que mentionné dans les commentaires généraux, le Barreau s'interroge sur l'application des articles 272, 274 et 275 du *Code civil du Québec*. S'agissant de volets accessoires à la demande principale, on peut supposer que des décisions sur l'administration provisoire et la garde du majeur peuvent être prises par le notaire, sauf que 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.

Enfin, l'absence de délais et de formalités fait 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 : cela n'équivaut-il pas à sacrifier la protection des droits au profit de la rapidité et d'une prétendue efficacité?

Article 6 (art. 878 C.p.c.)

Par. 1° : L'interrogatoire du majeur a notamment pour but de déterminer 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. Pourquoi nier

cette évidence? 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 semble ne s'appliquer 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 6 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.

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^{er} al. C.p.c.). À quoi d'autre réfèrent donc les mots « des motifs » au troisième alinéa?

Article 7 (art. 878.1 C.p.c.)

Cet alinéa a-t-il pour effet d'empêcher que le majeur soit déjà représenté par avocat? Comment le tribunal sera-t-il saisi du dossier? le notaire déposera-t-il au greffe un procès-verbal faisant état des motifs de sa décision? Pourquoi ne s'agit-il pas des mêmes critères qu'à l'article 394.1? Cette décision devra-t-elle être homologuée? Qui sera chargé d'en aviser les parties et les personnes intéressées : le notaire? le requérant? le greffier? À quel stade de l'évolution du dossier le

tribunal prendra-t-il celui-ci : sera-t-il saisi d'une requête basée sur les articles 394.1 et suivants?

Compte tenu du conflit d'intérêts dans lequel il se trouve, il est possible qu'un notaire, plaçant ses intérêts et ceux de son client au-dessus des intérêts du majeur, ne trouve pas motif à se dessaisir du dossier et conserve celui-ci. Il n'y aura aucune trace de cette décision dans le procès-verbal. Pourtant, elle risque de mettre les droits du majeur en péril; et ce dernier n'est pas souvent en mesure de se défendre. L'homologation ne pourra rien changer à une situation où l'intérêt du majeur inapte aura été mis de côté. Le notaire ne saurait déterminer lui-même les règles du jeu.

Enfin, 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.

Article 8 (art. 878.2 C.p.c.)

Par. 1° : L'amendement proposé au premier alinéa 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. Ceci entre dans la logique de la proposition législative du ministère puisque ces demandes sont présentées sans formalités; cet amendement confirme toutefois 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 de nature judiciaire : non seulement sa formulation l'indique (« Lorsqu'il procède à ... ») mais également le fait qu'il puisse exiger une preuve

additionnelle implique qu'il a d'abord évalué la preuve déjà soumise et qu'il l'a considérée incomplète ou insuffisante.

Par ailleurs, comment le notaire peut-il exiger une preuve additionnelle ou la présence d'une autre personne? quelle sera la sanction du non-respect de cette « exigence »? Si la preuve additionnelle ne peut pas être obtenue avant quelques jours ou quelques semaines, le notaire aura-t-il le pouvoir de décider d'une garde et d'une administration des biens provisoires?

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). Est-ce à dire que le droit de ce dernier de produire des témoins et de présenter une preuve (art. 879 C.p.c.) n'existe plus dans ce cadre de justice privatisée?

Une réforme ne devrait jamais avoir pour effet ou conséquence de diminuer ou de mettre en péril les garanties dont bénéficient les justiciables, ni la mise en œuvre de leurs droits, surtout lorsqu'il s'agit de personnes inaptes ou autrement vulnérables.

Article 9 (art. 880 C.p.c.)

Aucun commentaire.

Article 10 (art. 882 C.p.c.)

L'avis du dépôt du procès-verbal ne donne aucun renseignement utile. Les principaux intéressés (la majeur ou le curateur public) devront se procurer une copie du procès-verbal au greffe ou auprès du notaire, ce qui occasionnera des frais. En outre, rien n'indique comment, quand et par qui ils seront avisés de l'homologation et, le cas échéant, de la révision. Encore une fois, les exigences sont moindres pour le notaire que pour le greffier ou le juge.

Article 11 (art. 884.7 à 884.9 C.p.c.)

Article 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!

Voir également nos commentaires généraux relatifs à la compétence territoriale des notaires (section 2.1.5). Cette compétence du notaire partout au Québec rend plus aléatoire la vérification de l'existence d'une demande d'ouverture de régime de protection qui serait pendante devant la Cour supérieure. Il faudrait à tout le moins minimiser les risques de décisions contradictoires et rendre obligatoire cette vérification.

Compte tenu du second alinéa de l'article 863.4 à l'effet que les demandes sont présentées par tout intéressé, est-ce à dire que la demande de prise d'effet peut l'être par une autre personne que le mandataire, contrairement à l'article 2166 C.c.Q.?

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. Ceci signifie toutefois qu'il 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 du Québec nourrit par ailleurs 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 médicales et psychosociales 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, l'argument soulevé plus haut au sujet de la signification à 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. Il en est de même de l'argument relatif à la signification à personne dans le cadre d'une demande d'ouverture de régime de protection : le législateur a considéré ces demandes suffisamment sérieuses et importantes, eu égard à l'intérêt du majeur et du mandant, qu'il a exigé que la signification soit faite à personne (art. 884.1). Or ici, le mandant n'est que notifié de la demande et Dieu sait ce qui peut arriver avec le courrier de nos jours!

Sur le plan de la forme, au premier alinéa, il faudrait corriger l'impression que le mandataire substitut est désigné par le mandant et le curateur public.

Article 884.8

Comment ne pas reconnaître, après avoir lu cet article et les articles 884.2, 884.3 et 884.4 du *Code de procédure civile* en parallèle, que se déroule un réel processus judiciaire devant le notaire? Peut-on vraiment nier l'existence de décisions de la part de ce dernier, au terme de l'instruction d'une telle demande? La réponse semble évidente.

Le Barreau réitère son commentaire au sujet de l'interrogatoire du majeur qui, lorsque fait par un notaire, n'a pas à être pris par écrit. Ici, c'est encore pire : le notaire n'a même pas à en dresser procès-verbal! Si l'interrogatoire n'est enregistré d'aucune manière, sur quoi se basera-t-on, en dehors des expertises, pour évaluer le degré d'inaptitude du mandant? À l'étape de l'homologation, le juge ou le greffier sera privé d'une partie importante de la preuve. Les intérêts du mandant sont vraiment laissés pour compte.

Enfin, le premier alinéa, tel que formulé, ne peut s'appliquer qu'à la prise d'effet. La proposition ne prévoit aucune règle pour la cessation d'effets ou la révocation, à l'exception de l'interrogatoire prévu au second alinéa.

Article 884.9

Même si le procès-verbal est notifié, il ne contient aucune indication pertinente ou utile aux personnes à qui il est notifié, relativement aux recours qui leur sont offerts.

Article 12 (art. 885)

Voir les commentaires généraux au sujet de l'homologation (section 2.1.2).

Article 13 (art. 887.1)

Le fait que tout notaire exerçant au Québec ait compétence en matière de vérification, peut, pour des raisons d'éloignement, diminuer le nombre d'interventions, voire empêcher certains intéressés de faire valoir leur point de vue, parfois parce qu'ils n'auront pas été notifiés (le notaire peut en effet les exclure de la notification conformément à l'article 888).

Puisqu'il n'y a plus de disposition sur la récusation, se pourrait-il qu'un notaire — particulièrement en régions éloignées — soit appelé, lors d'une vérification de testament, à rendre sans effet un testament antérieur dont il aurait lui-même été le notaire instrumentant?

Article 14 (art. 888 C.p.c.)

L'alinéa ajouté à l'article 888 est illégal parce que contraire à l'article 772 (2^e al.) du *Code civil du Québec* : celui-ci prévoit en effet que seul le tribunal peut dispenser le requérant d'appeler à la vérification tous les héritiers et les successibles connus. Or, si le greffier peut le faire (1^{er} al. de l'article 888), c'est qu'il entre dans la définition de « tribunal » telle qu'énoncée au dernier alinéa de l'article 4 du *Code de procédure civile*. Or, l'amendement à cet article 4 qui faisait que le mot « tribunal » pouvait aussi désigner un notaire dans certaines matières non contentieuses, a été retiré de la troisième version de la proposition législative.

Article 15 (art. 889 C.p.c.)

Comment le notaire peut-il exiger quelque chose? Quelle est la sanction du non-respect de cette exigence?

Le notaire n'examine pas l'original de la copie mais la copie elle-même!

Conclusion

Le Barreau du Québec croit fermement que la proposition législative soumise par le ministère de la Justice du Québec 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 y sont annexés, que ce décideur qu'est le notaire n'offre pas les garanties procédurales auxquelles peuvent s'attendre les personnes dont les droits à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité sont menacés par les demandes dont il est question dans cette proposition législative.

Si le gouvernement maintient son orientation et décide d'adopter un projet de loi de cette nature, il s'expose à en voir contester la constitutionnalité dès son adoption. Plusieurs véhicules procéduraux s'offrent en effet à tout contestataire potentiel. Mais personne ne sortirait gagnant d'un tel débat et encore moins les justiciables qui, les premiers, devraient pourtant pouvoir bénéficier d'une législation qui est censée protéger leurs droits.

ANNEXE I -
Proposition législative amendant le *Code de procédure civile*
en matière notariale
(version du 22 décembre 1997)



ANNEXE II –
Opinion du Professeur Henri Brun
(3 novembre 1997)



ANNEXE III –
Complément d’opinion du Professeur Henri Brun
(24 novembre 1997)



**ANNEXE IV –
Document du Professeur Henri Brun
(19 janvier 1998)**



ANNEXE V –
Analyse économique de la firme Marcon
(décembre 1997)

